

Ornella Cutajar
(a cura di)

95 QUESITI RISOLTI DALL'ANAC E DALLA GIURISPRUDENZA

- Gravi illeciti professionali • Affidamento dei servizi legali
- Commissione giudicatrice • Offerte anomale e giudizio di verifica
 - Relazione geologica • Cronoprogramma
 - Servizi di architettura e ingegneria

A margine del seminario
*"Il Codice dei contratti pubblici
Elementi di riflessione"*
Bibbiena, 28 marzo 2019

GLI EBOOK DI

Appalti&Contratti


MAGGIOLI
EDITORE

ORNELLA CUTAJAR
(a cura di)

95 QUESITI RISOLTI DALL'ANAC E DALLA GIURISPRUDENZA

- Gravi illeciti professionali • Affidamento dei servizi legali
- Commissione giudicatrice • Offerte anomale e giudizio di verifica
 - Relazione geologica • Cronoprogramma
 - Servizi di architettura e ingegneria

In Appendice:

Bibliografia ragionata a cura di Ornella Cutajar e Carla Ragionieri

A margine del seminario
*“Il Codice dei contratti pubblici
Elementi di riflessione”*
Bibbiena, 28 marzo 2019

GLI **EBOOK** DI
Appalti&Contratti



La presente pubblicazione è tratta, con ulteriore aggiornamento, dal Seminario organizzato con il patrocinio del Comune di Bibbiena, dell'Ordine degli Architetti di Arezzo, dell'Ordine degli Avvocati di Arezzo, dell'Ordine dei Geologi di Arezzo, dell'Ordine dei Geometri di Arezzo, dell'Ordine degli Ingegneri di Arezzo presso il Centro Creativo Casentino, tenutosi a Bibbiena il 28 marzo 2019 (in occasione della presentazione della pubblicazione di O. CUTAJAR, A. MASSARI, *Il Codice dei contratti pubblici commentato con la prassi e la giurisprudenza*, II ed., Rimini, Maggioli, 2019). La presentazione è stata curata da Carla Ragionieri, Collaboratrice dei servizi internet di Maggioli Editore www.codice-deicontrattipubblici.it e del Massimario su www.appaltiecontratti.it, coautrice della bibliografia ragionata contenuta nel volume).

Relatori

Ornella Cutajar, Avvocato amministrativista del Foro di Firenze, coautrice dei servizi internet di Maggioli editore www.codice-deicontrattipubblici.it e del Massimario su www.appaltiecontratti.it.

Raimondo Calvelli, Architetto dell'Ordine degli Architetti della Provincia di Firenze.

ISBN: 978.88.916.3713.0

© Copyright 2019 by Maggioli S.p.A.

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595

www.maggiolieditore.it
e-mail: clienti.editore@maggioli.it

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

L'Autore e l'Editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative alla elaborazione dei testi normativi e per l'eventuale modifica e/o variazione della modulistica allegata.

L'Autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenuti.
L'Editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.

Premessa

Il presente lavoro, che tiene conto delle ultime novità normative a modifica del Codice dei contratti pubblici (su cui v. i primi tre quesiti, *infra*), riassume le **soluzioni offerte dall'Anac e dalla giurisprudenza** su questioni concrete; in particolare:

1. sui **gravi illeciti professionali**, che possono essere causa di esclusione da una gara pubblica, si evidenziano le soluzioni offerte sui seguenti punti:
 - a) quali siano le condotte rilevanti considerata la modifica apportata dal d.l. 135 del 2018 (convertito dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12) all'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016;
 - b) i soggetti con relativo onere dichiarativo;
 - c) la discrezionalità dell'amministrazione nella conseguente valutazione;
 - d) il divieto per i concorrenti di effettuare eventuali filtri nella selezione degli elementi ritenuti rilevanti;
 - e) l'inapplicabilità della teoria del "falso innocuo" alle procedure di evidenza pubblica;
 - f) l'applicabilità delle c.d. misure di *self cleaning*;
2. sull'**affidamento dei servizi legali** si evidenziano le soluzioni offerte sui seguenti punti:
 - a) la modalità di scelta del professionista cui affidare l'incarico legale da parte di una Pubblica amministrazione;
 - b) le modalità corrette di composizione degli avvisi finalizzati a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti nell'elenco di professionisti costituito dall'amministrazione;
 - c) in che modo possa essere garantito il principio di rotazione;
 - d) se è ancora possibile comunque l'affidamento diretto e quali sono i limiti;
 - e) se sia legittima l'esclusione di un raggruppamento temporaneo di professionisti da una gara indetta per l'affidamento di servizi di consulenza legale;
 - f) se l'affidamento del singolo incarico possa seguire il criterio del prezzo più basso;
3. sulla **commissione giudicatrice** si evidenziano le soluzioni offerte sui seguenti punti:
 - a) la natura della Commissione;
 - b) la sindacabilità delle sue valutazioni;
 - c) la composizione;
 - d) le incompatibilità e i conflitti di interesse;
 - e) il ruolo del RUP nella Commissione;
 - f) la previsione del d.l. n. 32 del 2019 convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 sulla nomina dei commissari;
 - g) la questione dell'immodificabilità dei membri;
 - h) il requisito dell'esperienza dei singoli membri;
 - i) la possibile partecipazione di soggetti esterni;
 - j) gli aspetti procedurali (verbalizzazioni ecc.);
 - k) i criteri di valutazione;

- 4. sulle offerte anomale e il giudizio di verifica** si evidenziano le soluzioni offerte sui seguenti punti:
- a) la sindacabilità delle valutazioni dell'amministrazione;
 - b) se nel procedimento di verifica dell'offerta anomala occorre garantire il principio del contraddittorio;
 - c) la natura del giudizio di verifica;
 - d) la rilevanza delle tabelle ministeriali per la determinazione del costo del lavoro;
 - e) se il giudizio finale possa essere effettuato dal RUP;
 - f) la soglia minima di utile al di sotto della quale un'offerta deve essere considerata anomala;
 - g) se sono possibili degli aggiustamenti in fase di giustificazioni;
 - h) se, in fase di giustificazioni, sia possibile modificare i costi per la sicurezza;
 - i) se il RUP possa avvalersi di esperti esterni per un supporto tecnico nel giudizio di congruità;
 - j) se la mancanza della data può comportare l'illegittimità del giudizio di verifica;
- 5. sulla relazione geologica** si evidenziano le soluzioni offerte sui seguenti punti:
- a) se in una procedura di appalto integrato di progettazione e lavori sussiste l'obbligo di indicare un geologo tra i progettisti in sede di gara e di corredare l'offerta tecnica con la relazione geologica;
 - b) se, in una gara che ha ad oggetto l'affidamento di servizi di verifica di vulnerabilità sismica dei fabbricati, la relazione geologica costituisce elemento essenziale dell'offerta;
 - c) se è consentito o meno il subappalto della relazione geologica;
- 6. sul cronoprogramma** si evidenziano le soluzioni offerte sui seguenti punti:
- a) se la produzione del cronoprogramma costituisca elemento essenziale in un appalto di forniture;
 - b) se e quando la mancata produzione del cronoprogramma comporta l'esclusione dalla gara;
 - c) se sia legittimo un cronoprogramma contenuto nell'offerta tecnica dettagliato dal quale si desumono elementi dell'offerta economica;
- 7. riguardo ai soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di attinenza all'architettura e all'ingegneria** si evidenziano le soluzioni offerte sui seguenti punti:
- a) quali siano i soggetti ammessi e se tra tali soggetti possano essere ricompresi gli enti senza scopo di lucro;
 - b) se un professionista incaricato della progettazione possa valersi di sostituti o collaboratori;
 - c) se una società che derivi per fusione da più società di ingegneria possa valersi dei requisiti delle società preesistenti;
 - d) l'attività di partecipazione di un giovane professionista nell'ambito di una ATI che concorre ad una gara di appalto di progettazione.

Si è ritenuto, infine, opportuno fornire delle indicazioni bibliografiche relative ad alcuni dei temi affrontati, che possono essere utili per valutare la posizione della dottrina sulle singole questioni.

<i>Premessa</i>	Pag. 3
1. Cenni alle ultime novità normative: Decreto Semplificazioni, Legge di bilancio 2019, Disegno di legge per la riforma degli appalti, Decreto Sblocca cantieri (Avv. Ornella Cutajar).....	» 10
1. Quali sono le novità apportate dal c.d. Decreto Semplificazioni (art. 5, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135)?...	» 10
2. Quali sono i principi e criteri direttivi contenuti nell'articolo 1 del disegno di legge delega per la riforma degli appalti AS n. 1162 (presentato al Senato il 22 marzo 2019 e assegnato alla VII Commissione permanente il 15 aprile 2019)?.....	» 10
3. Quali sono le novità apportate dalla Legge di bilancio 2019 e poi dal Decreto Sblocca cantieri (d.l. 32/2019, conv. dalla legge 55/2019) per gli acquisti sotto soglia?.....	» 11
2. Gravi illeciti professionali (Avv. Ornella Cutajar).....	» 13
1. Quale condotta integra un grave illecito professionale secondo la giurisprudenza e l'Anac?	» 13
2. Quali sono i soggetti con relativo onere dichiarativo?	» 14
3. Può essere esclusa da una gara d'appalto un'impresa laddove la risoluzione contrattuale di un precedente contratto con una diversa amministrazione appaltante sia conseguente all'inadempimento imputabile ad altro operatore del raggruppamento temporaneo?	» 16
4. Con riferimento alle singole condotte, in cosa consistono le significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione secondo la disciplina previgente di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016 e secondo l'attuale di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c-ter) del d.lgs. n. 50 del 2016 come sostituito dal "Decreto Semplificazioni"?.....	» 16
5. Quali sono le ipotesi in cui le sanzioni non comportano l'esclusione?.....	» 19
6. Sussiste un obbligo di dichiarazione di esclusioni in precedenti gare per irregolarità formali?	» 20
7. I concorrenti possono effettuare eventuali filtri nella selezione degli elementi ritenuti rilevanti?	» 20
8. L'amministrazione è tenuta a fornire un'adeguata motivazione per dimostrare che le carenze riscontrate nell'esecuzione di precedenti contratti siano talmente gravi da pregiudicare l'affidabilità del concorrente?.....	» 21
9. La valutazione dell'amministrazione è sindacabile?	» 22
10. L'eventuale riscontro negativo del possesso del requisito di partecipazione postula la previa comunicazione di avvio del procedimento di esclusione?	» 22
11. In cosa consiste il tentativo "di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio" (articolo 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016)?	» 22
12. In cosa consistono le informazioni false o fuorvianti e le informazioni omesse?	» 23
13. La falsa informazione può riguardare una precedente gara concorsuale?.....	» 23

14. In cosa si distingue l'ipotesi contemplata dall'articolo 80, comma 5, lettera c- <i>bis</i>) del d.lgs. n. 50 del 2016 (fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti) da quella prevista dallo stesso comma 5, lett. f- <i>bis</i>) (presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere)?.....	Pag. 24
15. In cosa consiste il falso innocuo? È applicabile nelle procedure ad evidenza pubblica?	» 25
16. In cosa consistono le misure di <i>self cleaning</i> ?.....	» 26
17. Le misure di <i>self cleaning</i> previste dall'articolo 80, comma 7 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 rilevano in corso di gara o solo per il futuro, in relazione, cioè, alle gare indette successivamente alla loro adozione?	» 26
18. Quale deve essere considerato il termine per l'adozione delle misure di <i>self cleaning</i> e per la loro allegazione?	» 27
19. Quali sono i presupposti imprescindibili per l'attivazione del contraddittorio procedimentale nella fase di valutazione delle misure di <i>self cleaning</i> ?	» 27
3. L'affidamento dei servizi legali (Avv. Ornella Cutajar)	» 28
1. L'incarico legale da parte di un'amministrazione è un appalto di servizi o ha un carattere fiduciario?.....	» 28
2. Quali sono le modalità di scelta del professionista cui affidare l'incarico legale secondo le Linee guida Anac n. 12?	» 28
3. Quali sono le modalità corrette di stesura dell'avviso finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti nell'elenco di professionisti costituito dall'amministrazione?	» 28
4. La scelta del professionista viene operata sulla base di quali elementi?.....	» 29
5. In che modo può essere assicurato il principio di rotazione?.....	» 29
6. È possibile procedere ad affidamento diretto degli incarichi difensivi?	» 29
7. La procedura selettiva per l'affidamento del singolo incarico può seguire il criterio del prezzo più basso?.....	» 29
8. È legittima la costituzione di un elenco di avvocati per l'affidamento di incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio quando si prevede che le richieste di iscrizione debbano essere presentate entro 60 giorni dalla pubblicazione dell'avviso e che l'elenco abbia una durata predeterminata in un anno?.....	» 30
9. È legittima l'esclusione di un raggruppamento temporaneo di professionisti da una gara indetta per l'affidamento di servizi di consulenza legale?	» 30
4. La Commissione giudicatrice (Avv. Ornella Cutajar)	» 32
1. Oltre a un compenso massimo, esiste un compenso minimo per i commissari?.....	» 32
2. L'impugnativa avverso gli atti di gara deve essere notificata alla Commissione quale soggetto controinteressato?	» 32
3. La Commissione è un organo di amministrazione attiva o svolge una funzione consultiva?.....	» 33
4. Le valutazioni della Commissione di gara sono sindacabili?	» 33
5. La Commissione deve essere formata da un numero dispari di componenti?	» 34
6. Possono partecipare alle Commissioni giudicatrici soggetti che, a diverso titolo, siano già intervenuti nella procedura concorsuale, definendone i contenuti e le regole?.....	» 35
7. Nell'ipotesi di accertata incompatibilità, occorre procedere all'annullamento della gara?	» 35
8. Nell'ipotesi di conflitto di interesse sussiste un dovere di astensione?	» 36
9. Il RUP può far parte, in qualità di membro, delle Commissioni di gara?	» 36
10. Quando deve essere nominata la Commissione?	» 36
11. Il RUP può sostituire le proprie valutazioni discrezionali a quelle della Commissione giudicatrice?	» 37

12. Fino all'adozione della nuova disciplina in materia di iscrizione all'Albo dei commissari di gara tenuto dall'Anac, da chi vengono nominati i commissari?	Pag. 37
13. La valutazione delle offerte tecniche deve essere svolta necessariamente da una Commissione giudicatrice?.....	» 37
14. La Commissione è immodificabile?.....	» 38
15. È necessario che il requisito dell'esperienza dei singoli membri copra tutti gli aspetti oggetto della gara?.....	» 39
16. Il rispetto del requisito di professionalità e omogeneità può ritenersi soddisfatto solo in caso di membri della Commissione con specifiche esperienze in settori progettuali identici a quello posto a fondamento della gara?	» 40
17. La competenza tecnica deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio?	» 40
18. La Commissione può farsi coadiuvare da soggetti esterni con funzioni di supporto?	» 41
19. La Commissione può aprire i plichi contenenti le offerte tecniche e successivamente introdurre delle previsioni di dettaglio dei criteri di valutazione contenuti nella disciplina di gara?	» 41
20. Perché il principio di segretezza dell'offerta economica e del correlativo divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica è sostanziale per la valutazione della Commissione di gara?	» 41
21. La Commissione può specificare le modalità applicative dei criteri di attribuzione del punteggio già disciplinati dalla disciplina di gara?.....	» 42
22. La valutazione della Commissione può consistere nel solo punteggio numerico?	» 43
23. Nel caso in cui le procedure che si susseguono siano diverse, sussiste l'obbligo di confermare la stessa Commissione?.....	» 43
24. Secondo la nuova disciplina del Codice le sedute della Commissione sono pubbliche in quali casi?	» 43
25. È necessario verbalizzare i singoli voti di ciascun commissario?	» 44
26. Cosa accade in caso di divergenza di valutazione tra i commissari?.....	» 44
27. È possibile una valutazione omogenea da parte dei commissari?	» 45
28. La facoltà di non aggiudicare prevista dall'articolo 95, comma 12 del d.lgs. n. 50 del 2016 compete alla Commissione?.....	» 45
29. Compete alla Commissione di gara lo svolgimento di operazioni complesse di verifica sulla concreta commerciabilità dei prodotti oggetto di gara?	» 45
5. Offerte anomale e giudizio di verifica (Avv. Ornella Cutajar).....	» 46
1. In sede di verifica di offerta anomala le valutazioni dell'amministrazione possono essere sindacate?.....	» 46
2. La valutazione della Commissione può comportare un accertamento dell'inadempimento <i>a posteriori</i> ? ..	» 46
3. Nel procedimento di verifica dell'offerta anomala occorre garantire il principio del contraddittorio?	» 47
4. Che natura ha il giudizio di verifica? In caso di giudizio positivo di congruità occorre una particolare motivazione?	» 47
5. Il giudizio di verifica può riguardare singole voci?	» 48
6. Il giudizio di verifica può essere effettuato comparando l'offerta anomala con le altre?	» 48
7. In caso di inadeguatezza della verifica di congruità per carenze istruttorie accertata in sede giurisdizionale può essere disposta l'esclusione dell'offerta sospetta di anomalia o rimane comunque competente la Commissione per il rinnovo della verifica?.....	» 48
8. Nell'ambito di una gara pubblica un'offerta può ritenersi anomala laddove il costo del lavoro sia stato calcolato in base a valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi?	» 48
9. Nell'ambito di una gara pubblica sono possibili esclusioni automatiche delle offerte anomale?	» 49

10. In una gara pubblica è prevista l'integrazione dell'offerta tecnica e di quella economica?	Pag. 49
11. A chi spetta il giudizio finale sull'anomalia dell'offerta? La valutazione può essere effettuata dal responsabile del procedimento?	» 50
12. È possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale un'offerta deve essere considerata anomala?	» 50
13. Nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione?	» 51
14. In fase di giustificazioni, è possibile modificare i costi per la sicurezza?	» 51
15. La mancata indicazione degli oneri della sicurezza comporta comunque l'esclusione dalla gara con divieto di soccorso istruttorio?	» 52
16. Il RUP può avvalersi di esperti esterni per un supporto tecnico nel giudizio di congruità?	» 52
17. La mancata apposizione della data sul provvedimento che definisce il giudizio di verifica ne comporta l'illegittimità?	» 52
18. Quando a seguito di giudizio un'offerta sia dichiarata anomala e il rinnovato giudizio di anomalia venga nuovamente dichiarato illegittimo, la stazione appaltante potrà ripeterlo per la terza volta?	» 52
6. La relazione geologica (Avv. Ornella Cutajar).....	» 54
1. In una procedura di appalto integrato di progettazione e lavori sussiste l'obbligo di indicare un geologo tra i progettisti in sede di gara e di corredare l'offerta tecnica con la relazione geologica?	» 54
2. In una gara che ha ad oggetto l'affidamento di servizi di verifica di vulnerabilità sismica dei fabbricati la relazione geologica costituisce elemento essenziale dell'offerta dove la redazione della relazione geologica non rientra tra le prestazioni oggetto dell'affidamento?	» 55
3. È consentito il subappalto della relazione geologica?	» 55
4. Il divieto di subappalto della relazione geologica sussiste anche nell'ipotesi di affidamento di un servizio relativo a indagini strutturali e analisi statica di edifici?	» 56
5. È possibile introdurre cause di esclusione non collegabili univocamente alla <i>lex specialis</i> allo scopo di integrare la documentazione tecnica con una relazione geologica?.....	» 56
7. Il cronoprogramma (Arch. Raimondo Calvelli).....	» 57
1. La produzione del cronoprogramma costituisce elemento essenziale in un appalto di forniture?	» 57
2. Il cronoprogramma è elemento necessario in quale tipo di appalto?.....	» 58
3. Il cronoprogramma costituisce elemento essenziale dell'offerta? L'eventuale mancata produzione comporta l'esclusione dalla gara?	» 58
4. L'Anac ha individuato delle ipotesi concrete in cui la produzione del cronoprogramma non risulti essenziale?	» 59
5. Se la disciplina di gara prevede l'allegazione del cronoprogramma per errore di natura formale (ad esempio derivante da un refuso), la mancata allegazione comporta l'esclusione?	» 59
6. Un cronoprogramma dettagliato contenuto nell'offerta tecnica dal quale si desumono elementi dell'offerta economica è legittimo?	» 59
8. Soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (Arch. Raimondo Calvelli)	» 60
Premessa: normativa di riferimento.....	» 60
1. Gli enti diversi da quelli indicati dall'articolo 46 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 possono essere ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento di "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"? In	

particolare, sono esclusi gli enti che non hanno scopo di lucro, come le fondazioni, regolate dal Libro I del codice civile?	Pag. 62
2. L'articolo 46, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 50 del 2016 è rilevante in merito all'individuazione dei requisiti di capacità tecnica necessari per poter essere ammessi ad una gara?	» 62
3. Un professionista incaricato della progettazione può valersi di sostituti o collaboratori?	» 63
4. L'articolazione di un concorrente in RTP in una gara per l'affidamento di servizi di architettura ed ingegneria da chi può essere formata?.....	» 64
5. Se più società di ingegneria, per fusione, costituiscono una nuova società, la nuova società può valersi dei requisiti delle società preesistenti?	» 64
6. In cosa si realizza l'attività di partecipazione di un giovane professionista nell'ambito di una ATI che concorre ad una gara di appalto di progettazione?	» 65
Bibliografia ragionata (a cura di Ornella Cutajar e Carla Ragionieri)	» 66
Acquisti sotto soglia e Legge di bilancio 2019	» 66
Decreto Sblocca cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modifiche dalla l. 14 giugno 2019, n. 55)...	» 66
Gravi illeciti professionali	» 67
L'affidamento dei servizi legali	» 68
Commissione di gara	» 68
Verifica di congruità e offerte anomale	» 69
Relazione geologica	» 69
Cronoprogramma.....	» 69
Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria	» 69

1. Cenni alle ultime novità normative: Decreto Semplificazioni, Legge di bilancio 2019, Disegno di legge per la riforma degli appalti, Decreto Sblocca cantieri (Avv. Ornella Cutajar)

1. Quali sono le novità apportate dal c.d. Decreto Semplificazioni (art. 5, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135)?

Abbiamo una nuova formulazione dell'articolo 80, comma 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 con la modifica operata dall'articolo 5 del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 coordinato con la legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 12:

- a) Nella lettera c) non risultano precisate le ipotesi di gravi illeciti professionali, per cui risulta una maggiore indeterminazione della categoria del grave illecito professionale.
- b) Le ipotesi esemplificative previste dalle lettere c-bis) e c-ter) sono diventate una autonoma causa di esclusione.
- c) Per le carenze che nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata siano causa di esclusione non è più richiesto come necessaria una sentenza o una mancata contestazione in giudizio.
- d) Introduzione dell'obbligo per la stazione appaltante di motivare l'esclusione anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.

2. Quali sono i principi e criteri direttivi contenuti nell'articolo 1 del disegno di legge delega per la riforma degli appalti AS n. 1162 (presentato al Senato il 22 marzo 2019 e assegnato alla VII Commissione permanente il 15 aprile 2019)?

Principi e criteri direttivi:

- Semplicità e chiarezza di linguaggio
- Efficienza e tempestività delle procedure di gara
- Procedure semplificate per gli affidamenti sotto soglia comunitaria
- Eliminazione degli aggravii non previsti dalle direttive europee
- Promozione della discrezionalità e della responsabilità delle stazioni appaltanti
- Riduzione degli oneri per i ricorsi amministrativi

- Razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie, anche alternativi ai rimedi giurisdizionali
- Riorganizzazione delle centrali di committenza
- Riduzione dei tempi di pagamento delle Pubbliche Amministrazioni
- Ritorno al regolamento unico attuativo.

Segnaliamo in merito **la posizione dell'Anac** che ha evidenziato le criticità del necessario coordinamento con la disciplina del d.l. n. 32 del 2019:

Autorità nazionale anticorruzione, Decreto legge 18 aprile 2019 recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici, 17 maggio 2019 (in www.anticorruzione.it):

“È stato presentato al Parlamento, nel mese di febbraio 2019, il disegno di legge recante la delega per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l’integrazione della normativa in materia di contratti pubblici. Tale circostanza, unita alle criticità sopra rappresentate, impone di prestare particolare attenzione al coordinamento generale della disciplina in materia e di limitare eventualmente gli interventi di modifica urgenti alle disposizioni che presentino effettivamente un contenuto più critico, o perché necessitano di chiarimenti da parte del legislatore o per l’impatto che a breve periodo possono avere sul mercato degli appalti pubblici”.

3. Quali sono le novità apportate dalla Legge di bilancio 2019 e poi dal Decreto Sblocca cantieri (d.l. 32/2019, conv. dalla legge 55/2019) per gli acquisti sotto soglia?

Si veda la seguente tabella relativa all’articolo 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel testo vigente modificato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. n. 55 del 14 giugno 2019:

Lavori	
Importi inferiori a € 40.000	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta (art. 36, comma 2, lettera a))
Importi pari o superiori a € 40.000 e inferiori a € 150.000	Affidamento diretto previa consultazione di almeno 3 preventivi, ove esistenti (art. 36, comma 2, lettera b))
Importi pari o superiori a 150.000 e inferiori a 350.000	Procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara di cui all’articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (articolo 36, comma 2, lettera c))
Importi pari o superiori a 350.000 euro e inferiori a 1.000.000 di euro	Procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara di cui all’articolo 63 previa consultazione, ove esistenti di almeno 15 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (articolo 36, comma 2, lettera c-bis))
Importi pari o superiori a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all’articolo 35	Procedure aperte di cui all’articolo 60 fatto salvo quanto previsto all’art. 97, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 36, comma 2, lettera d))

Si veda ora la seguente tabella comparativa con la disciplina previgente:

Disciplina	Importo inferiore a 40.000 euro	Importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 150.000	Importo pari o superiore a 150.000 e inferiore a 200.000	Importo pari o superiore a 200.000 e inferiore a 350.000	Importo pari o superiore a 350.000 e inferiore a 1.000.000	Importo pari o superiore a 1.000.000 fino alle soglie di cui all'articolo 35
Disciplina previgente	Affidamento diretto (art. 36, comma 2, lettera a))	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici (art. 36, comma 2, lettera b))	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti (art. 36, comma 2, lettera c))	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti (art. 36, comma 2, lettera c))	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti (art. 36, comma 2, lettera c))	Ricorso alla procedura ordinaria, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016
Disciplina di cui all'articolo 1, comma 912 I. 145 del 2019, poi abrogato dal d.l. n. 32 del 2019, che prevedeva deroghe facoltative fino al 31 dicembre 2019	Affidamento diretto (art. 36, comma 2, lettera a))	Affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici (Deroga facoltativa fino al 31 dicembre 2019)	Procedura negoziata con consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici (art. 36, comma 2, lettera b)) (Deroga facoltativa fino al 31 dicembre 2019))	Procedura negoziata con consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici (art. 36, comma 2, lettera b)) (Deroga facoltativa fino al 31 dicembre 2019))	Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti (art. 36, comma 2, lettera c))	Ricorso alla procedura ordinaria, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016
Disciplina in base al d.l. n. 32/2019 nel periodo di vigenza	Affidamento diretto (art. 36, comma 2, lettera a))	Procedura negoziata con consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici (art. 36, comma 2, lettera b))	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici (art. 36, comma 2, lettera b))	Ricorso alle procedure aperte di all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8 (art. 36, comma 2, lettera d))	Ricorso alle procedure aperte di all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8 (art. 36, comma 2, lettera d))	Ricorso alle procedure aperte di all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 36, comma 2, lettera d))
Disciplina vigente in base al d.l. 32 del 2019 con le modifiche apportate dalla legge di conversione n. 55 del 14 giugno 2019	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta (art. 36, comma 2, lettera a))	Affidamento diretto previa consultazione di almeno 3 preventivi, ove esistenti (art. 36, comma 2, lettera b))	Procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (articolo 36, comma 2, lettera c))	Procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (articolo 36, comma 2, lettera c))	Procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti di almeno 15 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (articolo 36, comma 2, lettera c-bis))	Procedure aperte di cui all'articolo 60 fatto salvo quanto previsto all'art. 97, comma 8) del d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 36, comma 2, lettera d))

2. Gravi illeciti professionali (Avv. Ornella Cutajar)

1. Quale condotta integra un grave illecito professionale secondo la giurisprudenza e l'Anac?

La giurisprudenza ritiene che *“qualsiasi condotta contra legem, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accREDITAMENTO dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (Cons. Stato, III, 29 novembre 2018, n. 6787; V, 13 giugno 2018, n. 3628; V, 25 febbraio 2016, n. 761). In questi termini, sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti” (Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 30 aprile 2019, n. 964).*

Nello stesso senso si è pronunciata anche la giurisprudenza che si è formata sul testo previgente della norma e che ha ritenuto che l'elenco delle condotte ivi descritte avesse natura esemplificativa aderendo a quanto affermato dall'**Anac** nelle **Linee guida n. 6** e per la quale *“il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti tipizzati, rileva ai fini dell'esclusione qualora, **sulla base del discrezionale giudizio della stazione appaltante**, sia idoneo ad integrare il «grave illecito professionale», e sia in grado dunque di ledere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico” (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 26 giugno 2018, n. 4271; TAR Campania, Napoli, sez. I, 19 febbraio 2018, n. 1076).*

Segnaliamo la sentenza del **TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 giugno 2019, n. 1140**, per il quale *“la circostanza che l'operatore economico si sia reso «colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità» costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (Consiglio di Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467). (...) La norma richiede, dunque, una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante della gravità delle inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, siano tuttavia qualificabili come «gravi illeciti professionali» e siano perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente (sez. III, 29 agosto 2018, n. 5084). In particolare, l'art. 80, comma 5, lett. c) mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità*

morale e professionale di quest'ultimo. (...) Detta valutazione, di conseguenza, può essere posta in dubbio solo ove appaia affetta da manifesti profili di irragionevolezza, incongruità ed erroneità".

2. Quali sono i soggetti con relativo onere dichiarativo?

L'Anac, con le **Linee guida n. 6** (di natura non vincolante), ha precisato l'ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, specificando al **par. 3.1** che *"I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice"*.

Soggetti individuati nell'articolo 80, comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sono:

- titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
- membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali,
- membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo,
- direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Al riguardo, abbiamo un **contrasto giurisprudenziale con due differenti indirizzi:**

- 1) il primo, che fa valere, ai fini delle verifiche e valutazioni poste in capo alle stazioni appaltanti sugli illeciti professionali dei concorrenti, la rilevanza delle posizioni di tutti i soggetti specificati al comma 3 del suddetto art. 80 del Codice, in conformità alle indicazioni recate dalle Linee guida n. 6 dell'Anac (**TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 23 ottobre 2018, n. 782, confermato da Consiglio di Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 702; da ultimo da Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649**, per il quale *"il Collegio ritiene di dover confermare il generale principio (ex multis, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6016) secondo cui tra le condanne rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti, ai fini dell'esclusione dalla gara, vanno incluse non solo quelle specificamente elencate ai commi 1 e 2 della norma, ma anche quelle comunque incidenti, ai sensi del successivo comma 5, sull'affidabilità dell'impresa. Condanne che (...) non potranno che essere riferite agli esponenti dell'impresa per mezzo dei quali la stessa agisce sul mercato o comunque tenuti, in ragione dei propri poteri di controllo, ad assicurare che la relativa attività si svolga nel rispetto delle norme di diritto vigenti"*);
- 2) l'altro, invece, che sostiene che il comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 non è passibile di interpretazioni analogiche ed estensive, dovendosi perciò circoscrivere le predette valutazioni afferenti all'illecito professionale al solo operatore economico concorrente (e/o al suo eventuale subappaltatore) (cfr. **TRGA Bolzano, 22 gennaio 2019, n. 14**, per il quale *"il Collegio ritiene che i motivi di esclusione previsti dal comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, siano da riferirsi esclusivamente all'operatore economico che partecipa alla gara, o al suo subappaltatore, come espressamente stabilito dalla stessa norma. (...) Il Collegio è consapevole che le Linee guida dell'Anac, adottate dall'Autorità in esecuzione di quanto previsto dal comma 13 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m., hanno precisato, con riferimento specifico al comma 5, lett. c) dell'art. 80, che «i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla ga-*

ra quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice» (Linee guida n. 6 approvate con deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 1293 del 16 novembre 2016, da ultimo aggiornate con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017). Va rilevato, tuttavia, che le dette Linee guida non hanno natura vincolante, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2296/2016, reso il 3 novembre 2016 dall'Adunanza della Commissione speciale: «Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dal citato art. 80, c. 13, è da ritenere che quelle ivi previste appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti» (nello stesso senso, cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299). Il riferimento contenuto nelle Linee guida ai soggetti individuati dal comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 si pone, a giudizio del Collegio, in contrasto non solo con il comma 5 dell'art. 80, ma anche con il dettato dello stesso comma 3, che si riferisce testualmente alle sole ipotesi tassative di esclusione previste ai commi 1 e 2 dell'art. 80. E tale disposizione non può essere oggetto di interpretazioni estensive o analogiche, come affermato di recente anche dal TAR Lombardia: «Né può condividersi l'interpretazione estensiva della previsione di cui all'art. 80, c. 3, d.lgs. n. 50 del 2016 delineata dall'Anac nelle linee guida n. 6/2016 ed accolta dall'amministrazione comunale in quanto si pone in netto contrasto con la lettera della norma, la quale delimita chiaramente il proprio ambito di operatività alle sole ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dello stesso articolo e non trova, pertanto, applicazione nelle ipotesi di cui al comma 5» (Milano, sez. I, 29 gennaio 2018, n. 250); **TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 17 giugno 2019, n. 7836**, per il quale «nella parte in cui dette Linee guida (affermando che i gravi illeciti professionali di cui al comma 5 dell'art. 80 assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara «quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice»), si interpretino come estensione, quale metro automatismo, ai soci di maggioranza di una società di capitali di cui al comma 3, delle ipotesi di esclusione (ed i connessi obblighi di dichiarazione) di cui al comma 5 del Codice, lett. c), dell'art. 80, esse assumono un valore sostanzialmente normativo (dal momento che fondano un obbligo diverso ed ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 80 d.lgs. 50/2016) e vanno pertanto disapplicate (in quanto costituiscono violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione e del principio del favor participationis; ed esorbitano dai limiti di deliberazione dell'Autorità di cui al comma 13 dell'art. 80 cit., non venendo in rilievo – nella parte considerata – la indicazione di «quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)». (...) Deve quindi concludersi affermando che le clausole di esclusione – ed i connessi obblighi dichiarativi – di cui all'art. 80, comma 5, lettere a) e c) del Codice d.lgs. 50/2016, non possono considerarsi rientranti nell'ambito applicativo del comma 3 della stessa disposizione e che pertanto esse operano nei confronti dei soli operatori economici e non anche nei confronti dei soci di maggioranza delle società di capitali» (conforme, in dottrina, S. CARDARELLI, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2019, 2, 149).

Fattispecie dove sono stati individuati i seguenti soggetti con obbligo dichiarativo:

- **Amministratore delegato e rappresentante legale di una cooperativa (TAR Campania, Napoli, sez. VII, 26 giugno 2018, n. 4271);**
- **Esponente di una cooperativa "già legale rappresentante e attualmente Presidente del Consiglio di Sorveglianza" (TAR Campania, Napoli, sez. I, 13 luglio 2018, n. 4677; Anac, Parere di precontenzioso 2 maggio 2018, n. 416, PREC 83/18/L, per il quale «come precisato nelle Linee guida n. 6, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o, nell'ipotesi di cause ostative riferibili (come nel caso di specie) a persone fisiche, ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016. Tra questi rientrano, come chiarito nel comunicato del Presidente dell'8 novembre 2017, i membri degli organi con poteri di direzione e vigilanza e quindi anche il Presidente del Consiglio di sorveglianza»);**

- **Membro del Collegio sindacale (anche supplente) (TAR Lazio, Roma, sez. II, 23 luglio 2018, n. 8309; TAR Lazio, Roma, sez. II, 23 luglio 2018, n. 8289);**
- **Soggetti cessati dalla carica di componenti del consiglio di amministrazione della società concorrente ma che detengono la quasi totalità del capitale sociale dell'impresa (TAR Lazio, Roma, sez. III, 12 luglio 2018, n. 7783).**

3. Può essere esclusa da una gara d'appalto un'impresa laddove la risoluzione contrattuale di un precedente contratto con una diversa amministrazione appaltante sia conseguente all'inadempimento imputabile ad altro operatore del raggruppamento temporaneo?

La giurisprudenza ritiene di no: *“secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale (relativo ad una gara indetta sotto la vigenza del precedente codice, ma applicabile anche nel vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), «non può essere esclusa da una gara d'appalto un'impresa laddove la risoluzione contrattuale di un precedente contratto con una diversa amministrazione appaltante sia conseguente all'inadempimento imputabile ad altro operatore del raggruppamento temporaneo (Cons. Stato, V, 28 settembre 2015, n. 4512, 26 giugno 2015, n. 3241). In caso contrario il giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico riposerebbe irragionevolmente su fatti ad esso non ascrivibili» (Cons. Stato, 4 dicembre 2017, n. 5704)” (Consiglio di Stato, sez. V, 7 maggio 2019, n. 2917).*

4. Con riferimento alle singole condotte, in cosa consistono le significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione secondo la disciplina previgente di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016 e secondo l'attuale di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c-ter) del d.lgs. n. 50 del 2016 come sostituito dal “Decreto Semplificazioni”?

Testo vigente della norma:

“c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento”.

Testo previgente della norma:

“significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio”.

A) Primo orientamento della giurisprudenza

Sulla rilevanza dell'eventuale giudizio avente ad oggetto la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, la giurisprudenza, aveva affermato che *“la pendenza del giudizio, avente ad oggetto la contestazione di una risoluzione contrattuale pronunciata nei confronti di un'impresa, non giustifica l'esclusione dalla gara della medesima impresa, stante l'assenza di una pronuncia definitiva in merito” (TAR Sardegna, sez. I, 26 aprile 2018, n. 374; TAR Campania, Napoli, sez. III, 6 aprile 2018, n. 2248; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955; Cons. Stato, sez. III, 29 agosto 2018, n. 5094).*

B) Secondo orientamento della giurisprudenza che ha portato alla modifica della norma da parte del “Decreto Semplificazioni” (d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in l. 11 febbraio 2019, n. 12)

“Anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi sub iudice, infatti, alla stazione ap-

paltante non è precluso applicare ugualmente la causa di esclusione in discussione, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque «con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità» (cfr. **CGARS, sez. giurisd., 30 aprile 2018, n. 252; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500**).

C) Rimessione della relativa questione alla Corte di Giustizia

Il **Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza n. 5033 del 23 agosto 2018** (preceduta da **Cons. Stato, sez. V, ord. n. 2639 del 3 maggio 2018** e da **TAR Campania, Napoli, sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5893**), ha proposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea il quesito pregiudiziale volto a stabilire “Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al considerando 101 della medesima direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il «grave illecito professionale», stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio”.

Sulla questione è intervenuta la **Corte di Giustizia europea, Quarta Sezione**, che, con la **sentenza del 19 giugno 2019, in causa C-41/18**, ha chiarito che “il potere discrezionale degli Stati membri non è assoluto e che, una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti. (...) gli Stati membri specificano «le condizioni di applicazione del presente articolo» «nel rispetto del diritto dell'Unione», l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 osta a che gli Stati membri snaturino i motivi facoltativi di esclusione stabiliti in tale disposizione o ignorino gli obiettivi o i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi” (**punto 33 della motivazione**) e che “dal testo dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto” (**punto 34 della motivazione**).

Ne deriva che, conclude la Corte, “l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), 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 osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”.

Segnaliamo anche le conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia europea Manuel Campos Sanchez Bordona, nella causa 8 maggio 2019, C-267/18:

“1. L'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), 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:

- un'amministrazione aggiudicatrice, in linea di principio, è autorizzata ad escludere dalla procedura di appalto di lavori pubblici un operatore economico nei cui confronti sia stata disposta la cessazione anticipata di un precedente contratto di appalto pubblico per violazione della clausola che lo obbligava a comunicare, ai fini della necessaria autorizzazione, che parte di tali lavori era assegnata a un subappaltatore;
- spetta al giudice nazionale chiarire, alla luce delle particolari circostanze della controversia e in applicazione del principio di proporzionalità, se la cessazione anticipata del (primo) contratto di appalto pubbli-

co fosse dovuta a una significativa carenza nell'esecuzione di un requisito sostanziale richiesto nell'ambito di detto contratto, sufficiente per escludere l'operatore economico dal (secondo) contratto.

L'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24 non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice escluda da un (secondo) contratto di appalto pubblico l'offerente che abbia occultato, dinanzi ad essa, la cessazione anticipata di un contratto precedente per significative carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale richiesto nel contesto di tale (primo) contratto. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce del principio di proporzionalità, la gravità di tale occultamento di informazioni".

D) Prima giurisprudenza sulla nuova formulazione della norma

TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 5 marzo 2019, n. 215, afferma: "affinché l'illecito professionale rilevi come motivo diretto di esclusione (lett. c/c-ter) o come motivo indiretto per falsità della dichiarazione (lett. f-bis) **non è necessario che si sia formato un giudicato**, come si poteva invece ritenere in base alla previgente versione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016. **Pertanto, fino al giudicato** (e in mancanza di sentenze esecutive favorevoli al concorrente) **la valutazione del comportamento tenuto in appalti o concessioni precedenti spetta soltanto alla stazione appaltante, la quale deve essere lealmente informata di ogni episodio astrattamente rilevante**. (...) il fatto che la decadenza dall'aggiudicazione non sia stata ancora iscritta nel Casellario Informativo dell'Anac ai sensi dell'art. 213 comma 10 del d.lgs. 50/2016 non comporta né l'irrelevanza né l'inutilizzabilità dell'informazione. La pubblicità del Casellario Informativo non è costitutiva, e non è neppure vincolante per quanto riguarda le modalità con cui il fatto viene descritto. Se un grave illecito professionale, o comunque un episodio della vita professionale, viene inserito nel Casellario Informativo, le stazioni appaltanti non possono ignorarlo, ma sono autonome nel valutarne la rilevanza nelle gare di loro competenza. In mancanza di iscrizione, le stazioni appaltanti possono procurarsi con altri mezzi le informazioni sulla vita professionale dei concorrenti, o effettuare approfondimenti su segnalazioni provenienti da terzi. L'interesse pubblico alla trasparenza delle gare e all'espulsione dal mercato degli imprenditori inaffidabili consente che a un controllo centralizzato presso l'Anac si affianchi un controllo decentrato presso le singole stazioni appaltanti. (...) L'unico effetto che la mancata iscrizione nel Casellario Informativo può produrre consiste nella tutela del buon nome dell'imprenditore nei giudizi che riguardano gravi illeciti professionali, o le conseguenze derivanti dalla falsità delle dichiarazioni relative ai suddetti illeciti. Poiché si tratta di circostanze non ancora rese pubbliche nella comunità delle stazioni appaltanti e dei soggetti economici interessati alle gare, può essere accolta la domanda di oscuramento dei dati identificativi dell'imprenditore nelle sentenze e negli altri provvedimenti giurisdizionali. Peraltro, questo non interferisce con il potere dell'Anac (ove estranea al giudizio) di gestire il Casellario Informativo secondo le finalità stabilite dall'art. 213, comma 10 del d.lgs. 50/2016".

TAR Lombardia, Milano, sez. I, 18 aprile 2019, n. 897, afferma: "una richiesta di rinvio a giudizio non è certamente ostativa all'adozione di un provvedimento di esclusione da una gara d'appalto, non essendo infatti a tal fine necessario che il procedimento penale avviato a carico di un concorrente si sia concluso con una sentenza di condanna a suo carico. Tuttavia, una richiesta di rinvio a giudizio, sebbene per gravi reati, in assenza di un autonomo accertamento dei fatti idonei a configurare un grave illecito professionale da parte della stazione appaltante, e di una congrua motivazione sul punto, non può di per sé essere sufficiente a giustificare un provvedimento amministrativo di esclusione, spesso suscettibile di arrecare gravissimi pregiudizi all'operatore economico, e in taluni casi, la cessazione della sua attività. In assenza di un'autonoma valutazione dei fatti posti a fondamento della richiesta di rinvio a giudizio, a cui il provvedimento impugnato ha invece sostanzialmente rinviato, lo stesso deve essere annullato, avvallandosi in contrario il principio secondo cui, a fronte di un atto proveniente dal solo p.m., prima ancora che il g.i.p. si sia potuto pronunciare sulla sufficienza ed idoneità degli elementi acquisiti, e prima ancora di potersi difendere nel dibattimento dalle accuse rivoltegli, un operatore economico si vedrebbe preclusa la possibilità di partecipare alle gare d'appalto, ciò che violerebbe i principi fondamentali dell'ordinamento (artt. 27 c. 2 Cost. e 6 c. 2 Convenzione europea dei diritti dell'uomo)" (nel medesimo senso cfr. **TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15 maggio 2019, n. 1091**).

5. Quali sono le ipotesi in cui le sanzioni non comportano l'esclusione?

Testo vigente	Testo previgente
c-ter): "(...) ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili"	Carenze che "hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni"

La giurisprudenza ha individuato una serie di ipotesi in cui le sanzioni non comportano l'esclusione:

- **revoca dell'aggiudicazione antecedentemente alla stipula del contratto**, che elimina in radice la possibilità che la concorrente abbia potuto commettere "gravi illeciti professionali" nell'esecuzione di un contratto non ancora stipulato (**TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828**); va, però, considerato, che "vi è grave illecito professionale quando sia stata avviata l'esecuzione anticipata del servizio, e, a causa della mancata sottoscrizione del contratto, la stazione appaltante si trovi in una situazione di incertezza sulle intenzioni dell'aggiudicatario e sulla prosecuzione del servizio" (**TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 5 marzo 2019, n. 215**);
- **applicazione di penali di modesta entità** (**TAR Sicilia, Catania, sez. I, 6 aprile 2018, n. 712**; **TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522**; **CGA per la Regione Siciliana, sez. giurisd., 28 dicembre 2017, n. 575**; **TAR Puglia, Bari, sez. I, 20 settembre 2018, n. 1232**);
- **sanzioni irrogate dall'AGCM** (v. in particolare **TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 15 gennaio 2018, n. 18**; **TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 febbraio 2017, n. 2156**; in senso contrario, però, **TAR Lombardia, Brescia, sez. I, (ord.) 12 settembre 2018, n. 352**, che afferma che "per quanto riguarda la sanzione dell'AGCM, la partecipazione a intese anticoncorrenziali può essere assimilata al grave errore professionale, e dunque costituisce causa di esclusione ex art. 80 comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016. Le sanzioni dell'Autorità rientrano tra le «altre sanzioni» previste dalla suddetta norma, e sono escludenti se non impugnate, o una volta passata in giudicato la sentenza che accerta la condotta anticoncorrenziale. Dopo un certo periodo, la riprovazione espressa dalla sanzione può essere bilanciata dalla buona condotta mantenuta dall'impresa sul mercato"; con riguardo alla violazione del patto di integrità, **TAR Puglia, Lecce, sez. II, 26 marzo 2018, n. 485**);
- **morosità di un concorrente nei confronti della stazione appaltante in relazione al pagamento di canoni relativi a rapporti concessori previamente instaurati** (**Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279**). Su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.

Sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali si è espresso di recente il **TAR Lazio-Roma, sez. I, 8 febbraio 2019, n. 1695**, per il quale "l'art. 80, comma 5, non contiene alcuna espressa previsione sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali, ciò che è coerente con il potere discrezionale di valutazione di tali fattispecie attribuito alla stazione appaltante. Una limitazione triennale è invece richiamata dal successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), da una procedura di appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 25 gennaio 2019 n. 122). In sostanza le previsioni di durata massima del periodo di interdizione dalle gare si riferisce alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente e in presenza delle quali la stazione appaltante è priva di poteri di valutazione".

6. Sussiste un obbligo di dichiarazione di esclusioni in precedenti gare per irregolarità formali?

La risposta è negativa, come afferma TAR Campania, Napoli, sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 675: *“Non coglie nel segno la prospettata censura di mancata esclusione per omessa dichiarazione di dati e notizie rilevanti ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'impresa, poiché la ricorrente fa riferimento ad **esclusioni motivate in base a situazione di irregolarità formale in cui versava Alfa al momento della partecipazione a tali procedure di gare, che non hanno alcuna connessione con la valutazione di affidabilità professionale**; né sembra postulabile che, ove una concorrente abbia dichiarato in una procedura di gara circostanza non veritiere, la stessa debba inserire l'esclusione derivante da tale comportamento nelle dichiarazioni da rendere nelle successive gare, posto che, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'Anac in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, tale causa di esclusione si riferisce – e si conchiude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata. In altri termini la condotta omissiva evocata nel ricorso non rientra nel perimetro delle circostanze «false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» né delle omissioni di «informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» (art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016).*

7. I concorrenti possono effettuare eventuali filtri nella selezione degli elementi ritenuti rilevanti?

La risposta è negativa. La **giurisprudenza** ritiene che i concorrenti *“sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (ex multis, Cons. Stato, V, 24 settembre 2018, n. 5500)” (Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649; da ultimo anche TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 aprile 2019, n. 4729)* e che non possono effettuare eventuali “filtri” nella selezione degli elementi ritenuti rilevanti (TAR Campania, Napoli, sez. II, 16 luglio 2018, n. 4701 che richiama Consiglio di Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412; Consiglio di Stato, sez. V, 5 luglio 2017, n. 3288; TAR Puglia, Bari, sez. I, 8 maggio 2018, n. 660; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 30 aprile 2019, n. 964; Consiglio di Stato, sez. III, 11 giugno 2019, n. 3908, per il quale *“l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827; V, 16 novembre 2018, n. 6461; V, 24 settembre 2018, n. 5500; V, 3 settembre 2018, n. 5142; V, 17 luglio 2017, n. 3493; V, 5 luglio 2017, n. 3288; V, 22 ottobre 2015, n. 4870), non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza (Consiglio di Stato sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; V, 11 giugno 2018, n. 3592; V, 19 novembre 2018, 6530)”*; Consiglio di Stato, sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331, per il quale *“non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. Stato, V, n. 4532/2018; n. 3592/2018; n. 6530/2018); vale a dire, non è possibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione (cfr. Cons. Stato, V, n. 1935/2018), così da nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara (cfr. Cons. Stato, III, n. 4192/2017; n. 6787/2018); al contrario, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili, e di ciò de-*

ve farsi carico l'operatore economico, il quale se si rende mancante in tale onere può incorrere in un «grave errore professionale endoprocedurale» (cfr. Cons. Stato, V, n. 5142/2018). Le informazioni dovute alla stazione appaltante comprendono, quindi, ogni addebito subito in pregresse vicende professionali che possa rivelarsi utile all'amministrazione per valutare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico e non solo, dunque, quelle informazioni che potrebbero dar luogo a provvedimenti espulsivi dalla procedura (cfr. Cons. Stato, V, n. 6461/2018)»; **TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 19 febbraio 2019, n. 160**, per il quale «è evidente, pertanto, che «colui che partecipi ad una gara per l'assegnazione di un appalto pubblico, debba segnalare qualunque fatto anche solo ipoteticamente rilevante rispetto al giudizio di affidabilità che compete alla Stazione appaltante; e che quest'ultima deve discriminare, nel novero dei fatti segnalati, gli elementi «rilevanti» rispetto a quelli che non raggiungono tale soglia di attenzione, al fine di apprezzare l'integrità/affidabilità dell'operatore economico (cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 12 luglio 2018, n. 575)»).

La posizione dell'Anac è analoga: l'Autorità, infatti, con **delibera 24 gennaio (dep. 31 gennaio) 2018, n. 72, PREC 358/17/L**, ritiene che sia «all'amministrazione aggiudicatrice, e non già al concorrente, che compete la valutazione discrezionale circa la rilevanza o meno degli eventuali precedenti professionali negativi incidenti sull'affidabilità di chi aspira a essere affidatario di un contratto».

8. L'amministrazione è tenuta a fornire un'adeguata motivazione per dimostrare che le carenze riscontrate nell'esecuzione di precedenti contratti siano talmente gravi da pregiudicare l'affidabilità del concorrente?

La giurisprudenza ritiene che la stazione appaltante «dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità (che concerne la gravità dell'illecito, non la conseguenza dell'esclusione, che è dovuta se l'illecito è considerato grave) e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con «mezzi adeguati»» (**TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 5 giugno 2018, n. 3691 che richiama Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467**; in dottrina, **G. MARGIOTTA, P.I. PORTALURI, Commento all'articolo 80, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, Codice dei contratti pubblici, t. I, Roma, 2017, pp. 1350-1351**, per i quali «l'amministrazione è tenuta a fornire un adeguato costruito motivazionale per dimostrare che le carenze riscontrate nell'esecuzione di precedenti contratti siano talmente gravi da pregiudicare l'affidabilità del concorrente» e che «l'onere motivazionale sarà attenuato nell'ipotesi in cui l'esclusione sia riconducibile alle situazioni di cui al secondo periodo dell'art. 80, comma 5, lett. c), già individuate dal legislatore come costituenti «gravi» illeciti professionali, e, soprattutto, con riferimento alla prima ipotesi (significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione) i cui presupposti applicativi sono più puntualmente specificati dalla normativa primaria»).

La sentenza del **Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755** ha evidenziato che «l'indicazione delle specifiche fattispecie contenute all'art. 80, comma 5, lett. c) cit., anche nel testo previgente (applicabile ratione temporis, prima delle recenti modifiche apportate dal d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, non applicabili direttamente seppur contenenti rilevanti elementi di carattere ermeneutico) è stata ritenuta di carattere esemplificativo nei riguardi della stazione appaltante, nel senso che, pur agevolandone gli obblighi dimostrativi, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, salvo, in tal caso, un onere della prova più rigoroso a carico della stazione appaltante. In tale contesto, la semplificazione della riforma parrebbe derivare dalla eliminazione per la stazione appaltante di tale diverso e maggior onere motivazionale per le ipotesi diverse da quelle che, da esemplificative, assumono valenza autonoma (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n.

591). In ordine al contenuto della norma previgente, quindi, è stato attribuito alla stazione appaltante un potere discrezionale di valutare «i gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità», in quanto rimette alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, le quali, dunque, hanno carattere esemplificativo».

9. La valutazione dell'amministrazione è sindacabile?

Si tratta di una discrezionalità di ampia portata per cui «il giudice potrà al più dispiegarsi nei limiti di una sua palese illogicità o arbitrarietà» (Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2017, n. 3288) e quindi di un sindacato esterno (Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258).

10. L'eventuale riscontro negativo del possesso del requisito di partecipazione postula la previa comunicazione di avvio del procedimento di esclusione?

Non occorre, secondo quanto affermato da Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649: «va confermato il principio, dal quale non vi è evidente ragione per discostarsi, secondo cui l'esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l'interessato è già necessariamente a conoscenza (ex multis, Cons. Stato, III, 13 aprile 2016, n. 1471; III, 8 giugno 2016, n. 2450; VI, 21 dicembre 2010, n. 9324). Del resto, «Il contraddittorio previsto nel nuovo Codice degli appalti, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, [...] riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, e ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale. [...] Non è certo ammissibile consentire alle concorrenti di nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara, e poi, ove siano state scoperte, pretendere il rispetto del principio del contraddittorio da parte della stazione appaltante» (Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412; in termini anche Cons. Stato, III, 5 settembre 2017, n. 4192)».

11. In cosa consiste il tentativo «di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio» (articolo 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016)?

Testo vigente	Testo previgente
«c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio»	Disposizione analoga

Si tratta di illeciti che possono essere riferiti anche a precedenti procedure ad evidenza pubblica, anche se non riguardanti la stessa stazione appaltante, «in quanto oggettivamente idonei ad incidere sulla valutazione di lealtà professionale rimessa, per quanto esposto, all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione» (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 13 aprile 2018, n. 562). La «previsione ha carattere innovativo rispet-

to a quella del previgente codice” e “non è pertanto estensibile in via retroattiva a procedure di affidamento soggette a quest’ultimo” (**Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704**).

La sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3604** ha precisato che “L’art. 5 del d.l. n. 135 del 2018 (conv. dalla n. 12 del 2019), che alla lett. c-bis) ha, tra l’altro, previsto l’esclusione per l’operatore economico nel caso in cui «abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio» senza fare alcun richiamo alla necessità della sussistenza «sentenze di condanna» definitive o non definitive. In tale prospettiva, se le irregolarità riguardano una gara il cui esito potrebbe essere stato indebitamente influenzato da comportamenti indebiti dei dirigenti della stazione appaltante e dell’impresa aggiudicataria, **la successiva conoscenza delle circostanze risultanti dalle indagini penali** comunque ben giustifica l’esclusione della concorrente responsabile a tutela dell’interesse pubblico concreto alla integrità delle gare d’appalto”.

12. In cosa consistono le informazioni false o fuorvianti e le informazioni omesse?

Si legga il testo dell’art. 80, comma 5, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016:

Testo vigente	Testo previgente
“(…) oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione e l’aggiudicazione, ovvero abbia ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”	Disposizione analoga

La **giurisprudenza** considera gli obblighi di comunicazione riferiti a “ogni vicenda pregressa concernente fatti risolutivi, errori o altre negligenze comunque rilevanti ai fini della formazione del giudizio di affidabilità” (Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592); le informazioni false o fuorvianti possono riguardare le caratteristiche dell’offerta o la campionatura del prodotto, se idonee a influire sul processo decisionale dell’amministrazione:

- **in tal senso si è espressa la giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 6 giugno 2018, n. 6339; Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2018, n. 2747; TAR Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2017, n. 1116)**; registriamo, però, la sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, 1° ottobre 2018, n. 5605**, per la quale “la presentazione da parte dell’operatore economico concorrente di una campionatura che, all’esito dei controlli previsti dalla legge di gara, presenti caratteristiche non conformi a quelle dichiarate nell’offerta tecnica, ed in particolare nelle relative schede tecniche e nei rapporti di prova, non dà luogo ad un’ipotesi di grave illecito professionale rilevante ai sensi dell’art. 80, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, in specie all’ipotesi di rilascio di informazioni non veritiere o fuorvianti suscettibili di influenzare la decisione sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione”;
- **nel medesimo senso si è espressa l’Anac, nella delibera n. 780 dell’11 (dep. 21) settembre 2018 (PREC 95/18/S):** “integra la fattispecie escludente prevista dall’art. 80, comma 5, lett. c) l’aver fornito con dolo o colpa grave informazioni false riguardo elementi dell’offerta tecnica risultate decisive ai fini dell’attribuzione del punteggio, quando tale comportamento sia tale da rendere dubbia l’integrità e/o l’affidabilità del concorrente”.

13. La falsa informazione può riguardare una precedente gara concorsuale?

La giurisprudenza ha anche di recente evidenziato che la falsa informazione non deve riguardare una precedente procedura concorsuale ma solo la gara in corso (**Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2019,**

n. 2553, per il quale “dal recente orientamento espresso da questa sezione risulta, invece, che l’ipotesi tipizzata di falsa informazione suscettibile di influenzare le decisioni della stazione appaltante può essere riferita solo alla stessa gara nell’ambito della quale la falsa informazione si verifica e non ad una precedente procedura concorsuale, a maggior ragione quando la stessa non risulta neppure annotata nel casellario informatico dell’Anac”).

14. In cosa si distingue l’ipotesi contemplata dall’articolo 80, comma 5, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016 (fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti) da quella prevista dallo stesso comma 5, lett. f-bis) (presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere)?

Ipotesi contemplata dall’art. 80, comma 5, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016	Ipotesi contemplata dall’art. 80, comma 5, lett. f-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016
Valutazione di natura discrezionale	Valutazione di natura vincolata

L’articolo 80, comma 5, lettera f-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le stazioni appaltanti escludono “l’operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”. Si tratta in tal caso di una “mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione” (**Consiglio di Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040**). **L’esclusione in tal caso è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell’operatore economico: Consiglio di Stato, sez. V, 10 ottobre 2018, n. 5838**: “l’attestazione di non essere iscritto nel casellario informatico dell’Anac per avere reso false dichiarazioni o avere presentato falsa documentazione in precedenti procedure di affidamento”, in presenza di “un’iscrizione per la contemporanea partecipazione in due diversi raggruppamenti temporanei di imprese in una precedente procedura di affidamento” integra “l’ipotesi prevista dal più volte richiamato art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016. (...) Rispetto a ciò è dunque irrilevante ogni valutazione di incidenza sulla fiducia che l’amministrazione deve nutrire nei confronti dell’operatore economico privato, tipica invece della diversa causa ostativa di cui alla lett. c) del medesimo art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici. La causa invece ritenuta dalla stazione appaltante nel caso di specie consiste in un falso dichiarativo che si colloca in una fase antecedente l’attività valutativa in questione e che nondimeno il legislatore, sulla base di una valutazione svolta in astratto, ha elevato a motivo esclusione dalle procedure di affidamento senza margine di apprezzamento in capo all’amministrazione ulteriore rispetto al riscontro del falso”.

Così la sentenza del **TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 giugno 2019, n. 1140**, ha rilevato che “nel caso di specie (...) viene in rilievo una dichiarazione omessa e non una «dichiarazione falsa» ovvero la presentazione di «falsa documentazione», ipotesi alle quali si ricollega la sanzione espulsiva prevista dalla lettera f-bis). Ed invero «solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l’automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell’inaffidabilità e della non integrità dell’operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l’esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull’affidabilità dello stesso» (Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407). (...) Ma anche avendo riguardo, secondo altro orientamento, all’oggetto della dichiarazione (Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; sez. III, 20 dicembre 2018, n. 7173; sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040), deve comunque escludersi che la sanzione antitrust irrogata ad Alfa, all’epoca sub iudice, possa annoverarsi tra le «circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione» in quanto tali destinate ad assumere rilievo ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis)».

15. In cosa consiste il falso innocuo? È applicabile nelle procedure ad evidenza pubblica?

1. Si ha falso innocuo “*od inutile (e, quindi, una concreta manifestazione di un «reato impossibile» per inesistenza dell’oggetto od idoneità dell’azione ex art. 49 comma 2 c.p.) quando – secondo un giudizio da svolgersi ex ante – non v’era alcuna possibilità di offendere l’interesse protetto (es: il notaio che attesta il falso su un elemento distonico ed inconferente con l’oggetto dell’atto che roga; il falsario che falsifica una banconota in modo così grossolano da non potere trarre in inganno neppure un minore, ecc.)*” (**Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1527**).

La sentenza della **Corte di Cassazione, sez. V penale, 29 maggio 2019, n. 23891** ha precisato che “*ricorre la fattispecie del c.d. «falso innocuo» nel caso in cui l’attestazione difforme dal vero, ovvero la materiale alterazione del documento, risultino irrilevanti ai fini del significato dell’atto, del suo valore probatorio e non esplicano effetti sulla sua funzione documentale*”.

La giurisprudenza ritiene che il falso innocuo sia inapplicabile nelle procedure di evidenza pubblica: cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1527, per il quale “*va confermato il principio (...) della inapplicabilità degli istituti, di derivazione penalistica, del falso innocuo e del falso inutile nelle procedure ad evidenza pubblica (ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2016, n. 3014), atteso che in tale contesto la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire poiché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell’amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla selezione. Pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell’elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l’impresa meriti sostanzialmente di partecipare (in termini, Cons. Stato, V, 21 giugno 2013, n. 3397; III, 16 marzo 2012, n. 1471)”; **TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 5 marzo 2019, n. 215**, per il quale “*occorre stabilire se nella vigente disciplina dei motivi di esclusione di cui all’art. 80 comma 5 del d.lgs. 50/2016 la falsità della dichiarazione (lett. f-bis), che certamente copre anche l’omissione di fatti veri, sia rilevante per sé, ossia automaticamente quando riguardi una qualsiasi delle informazioni inserite negli appositi moduli sottoscritti dai concorrenti, oppure solo quando abbia sottratto alla stazione appaltante elementi di valutazione su altre cause escludenti, ad esempio sull’esistenza di un grave illecito professionale (lett. c)) o sulle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che abbiano condotto alla risoluzione dello stesso (lett. c-ter). (...) La tesi preferibile appare la seconda, perché sanzionare anche i falsi innocui restringerebbe la partecipazione alla gara senza rendere alcuna utilità alla stazione appaltante*”.*

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la **sentenza n. 2430 del 15 aprile 2019**, ha ritenuto legittima l’esclusione disposta ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) e lettere f-bis) e f-ter) del d.lgs. 50/2016 nei confronti del concorrente il quale, nel dichiarare in sede di ammissione alla gara di aver subito, nell’ambito di un pregresso rapporto contrattuale, l’irrogazione d’una penale, aveva altresì e **falsamente** riferito che di ciò non risultava ancora annotazione nel Casellario Anac, perché “*la completezza, nonché la veridicità, della dichiarazione sostitutiva di notorietà sui requisiti per la partecipazione all’evidenza pubblica sono, come è noto, dirette alla tutela dell’interesse pubblico alla trasparenza e, al tempo stesso, alla semplificazione della procedura di gara (ex multis, Cons. Stato, V, 29 aprile 2016, n. 1641; VI, 2 luglio 2014, n. 3336)...*”. Ne deriva che l’incompletezza delle dichiarazioni derivante da una consapevole “omissione” in materia di partecipazione alle gare pubbliche d’appalto nelle procedure di evidenza pubblica, “*... lede di per sé il principio di buon andamento dell’amministrazione, perché inficia ex ante la possibilità di celere ed affidabile decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7271; Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2017, n. 2771; Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106)...*”.

Il Consiglio di Stato ha respinto l’appello perché risultava pacifico che la concorrente aveva avuto sicura notizia della annotazione del provvedimento di irrogazione di penale sul Casellario Informativo, in data an-

tecedente alla partecipazione, per cui la dichiarazione poi resa in sede di gara, con cui negava l'esistenza dell'annotazione, in realtà iscritta, risultava in effetti "... **artatamente diretta a fuorviare il giudizio della Commissione...**" comportando così l'esclusione.

2. La posizione dell'**Anac** è analoga: l'**Autorità, con delibera 11 (dep. 21) settembre 2018, n. 780, PREC 95/18/S** ha affermato che "*ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/2016 costituisce autonoma causa di esclusione la presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalto. Per costante giurisprudenza del Consiglio di Stato la norma va ragionevolmente intesa nel senso di non potersi attribuire valenza escludente alle **falsità del tutto irrilevanti**, posto che l'esclusione «è volta a sanzionare l'accertamento della non veridicità di dichiarazioni rese al fine di beneficiare di un determinato provvedimento e non certo la falsità di una dichiarazione del tutto irrilevante rispetto al conseguimento di quel beneficio» (Consiglio di Stato, 13 novembre 2015, n. 5192; in termini TAR Bolzano, 4 dicembre 2017, n. 345)".*

16. In cosa consistono le misure di *self cleaning*?

Le misure di **self cleaning** consistono in "*misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, misure adeguate per la riorganizzazione del personale, attuazione di sistemi di rendicontazione e di controllo, creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento*" (**Considerando 102 direttiva 24/2014/UE**).

L'articolo **80, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50**, specifica che con tali misure il concorrente prova "*di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati ed illeciti*".

Le **Linee guida n. 6 dell'Anac** prevedono, al punto 6.1, che "*L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato*" e, al punto 7.4, che "*Le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self cleaning sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata*".

Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424 ha stabilito che "*Il self cleaning prefigura, alternativamente, la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto coinvolto, la quale sostituzione è, ricorrendone le condizioni, idonea ad impedire l'automatismo solutorio delle misure interdittive sui contratti in essere o, quanto meno, a legittimare al commissariamento dell'impresa, con prosecuzione controllata dell'esecuzione dei contratti in essere, ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettica confisca*".

17. Le misure di *self cleaning* previste dall'articolo 80, comma 7 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 rilevano in corso di gara o solo per il futuro, in relazione, cioè, alle gare indette successivamente alla loro adozione?

La **giurisprudenza** ritiene che tali misure rappresentino "*una conseguenza di precedenti condotte illecite e, in quanto tali, rispondono alla finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato, ma non sono certamente idonee a sanare l'illiceità di condotte pregresse*", potendo "**rilevare solo per il futuro, in re-**

lazione, cioè, alle gare indette successivamente alla loro adozione (ex multis, TAR Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394, TAR Milano, IV, 10 novembre 2017, n. 2123)” (TAR Puglia, Bari, sez. III, 1° ottobre 2018, n. 1252; TAR Lazio, Roma, sez. II, 23 luglio 2018, n. 8309). Deve pertanto escludersi che la mera sostituzione degli organi di vertice possa precludere, in pendenza di procedura ad evidenza pubblica, l’operatività di una clausola di estromissione (cfr. **Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2018, n. 5424**), la sostituzione operata prima della partecipazione non può considerarsi irrilevante, purché se ne accerti l’effettività.

18. Quale deve essere considerato il termine per l’adozione delle misure di *self cleaning* e per la loro allegazione?

Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6016 afferma: “*Il momento ne ultra quem per l’adozione delle misure di self cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte, posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d’altro, alternativa della par condicio dei concorrenti, non assumendo perciò alcun rilievo gli stati soggettivi di buona o malafede, di conoscenza o ignoranza della causa di esclusione da parte dell’operatore economico (al quale resta imputabile, quanto meno, la violazione di un obbligo di diligenza)*” (nello stesso senso, cfr. **TAR Lazio, Roma, sez. II, 12 febbraio 2019, n. 1863**).

19. Quali sono i presupposti imprescindibili per l’attivazione del contraddittorio procedimentale nella fase di valutazione delle misure di *self cleaning*?

Si è evidenziato che “*la giurisprudenza, nel confermare la sussistenza dell’obbligo di attivare il contraddittorio procedimentale nella fase di adozione del provvedimento di esclusione e di valutazione delle misure di self cleaning, ha precisato che esso presuppone «il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l’amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l’immediata esclusione della concorrente»* (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192)” (**TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2019, n. 2771**).

Nello stesso senso **Anac, parere di precontenzioso n. 611 del 27 giugno 2018 (PREC 64/18/L)**.

3. L'affidamento dei servizi legali (Avv. Ornella Cutajar)

1. L'incarico legale da parte di un'amministrazione è un appalto di servizi o ha un carattere fiduciario?

Così recita **Corte dei Conti Emilia-Romagna, sez. contr. delib., 26 aprile 2017, n. 75**: *“A decorrere dall'entrata in vigore, il 19 aprile 2016, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche il singolo incarico di patrocinio legale deve essere inquadrato come appalto di servizi; ciò, sulla base del disposto di cui all'art. 17 (recante «Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi»), che considera come contratto escluso la rappresentanza legale di un cliente, da parte di un avvocato, in un procedimento giudiziario dinanzi a organi giurisdizionali, nonché la consulenza legale fornita in preparazione di detto procedimento. Tale interpretazione pare preferibile anche tenuto conto di come l'art. 17 richiamato recepisca direttive dell'Unione europea che, com'è noto, accoglie una nozione di appalto molto più ampia di quella rinvenibile dal nostro codice civile. In ogni caso, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 del citato decreto legislativo, l'affidamento dello stesso deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità. L'applicazione anche al singolo patrocinio della disciplina del codice dei contratti pubblici conferma l'orientamento consolidato della Corte in merito all'impossibilità di considerare la scelta dell'avvocato esterno all'ente come connotata da carattere fiduciario”*.

2. Quali sono le modalità di scelta del professionista cui affidare l'incarico legale secondo le Linee guida Anac n. 12?

Le Linee guida Anac n. 12 riportano, quali “migliori pratiche” (**par. 3.1.3**), quelle che si basano sulla costituzione degli Albi di professionisti presso ciascun ente: *“In tal modo, infatti, l'amministrazione può restringere tra essi il confronto concorrenziale al momento dell'affidamento, con effetti positivi in termini di maggiore celerità dell'azione amministrativa”*.

3. Quali sono le modalità corrette di stesura dell'avviso finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti nell'elenco di professionisti costituito dall'amministrazione?

Deve essere sempre aperto, salvo eventuali limiti e requisiti di ingresso (**par. 3.1.3, Linee guida Anac n. 12**): gli elenchi di professionisti sono *“eventualmente suddivisi per settore di competenza, previamente co-*

stituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta, pubblicati sul proprio sito istituzionale”).

4. La scelta del professionista viene operata sulla base di quali elementi?

La scelta del professionista può avvenire sulla base “dell'esperienza e della competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione”; oppure sulla base “della pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione”; oppure, infine, sulla base “del costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali” (**Linee guida Anac n. 12, par. 3.1.3**).

5. In che modo può essere assicurato il principio di rotazione?

La stazione appaltante deve garantire “l'equa ripartizione degli incarichi, onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni Professionisti”; in ogni caso, “la stazione indica in modo chiaro nell'avviso pubblico per la costituzione degli elenchi i criteri di selezione, il relativo procedimento e gli eventuali limiti al numero di incarichi conferibili” (Linee guida n. 12, par. 3.1.3; nel medesimo senso cfr. **Corte dei Conti Emilia-Romagna, sez. contr., delib., 12 settembre 2017, n. 129**).

6. È possibile procedere ad affidamento diretto degli incarichi difensivi?

Si legge nella **Relazione AIR delle Linee guida Anac n. 12**, a commento del relativo **par. 3.1.4**: “l'affidamento diretto, senza alcuna preventiva valutazione comparativa, deve costituire una modalità di affidamento eccezionale, essendo incompatibile con i principi di cui all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici. Pertanto, la determinazione in esame evidenzia che l'affidamento diretto del servizio legale è possibile solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre”.

L'affidamento diretto è quindi possibile “nei casi di consequenzialità tra incarichi (come in occasione dei diversi gradi di giudizio) o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento che siano positivamente conclusi” (**par. 3.1.4.1, Linee guida Anac n. 12**).

7. La procedura selettiva per l'affidamento del singolo incarico può seguire il criterio del prezzo più basso?

La giurisprudenza si è espressa in senso negativo:

- **TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 9 gennaio 2018, n. 135**, per il quale “la procedura selettiva per l'affidamento del singolo incarico non configura una violazione del codice dei contratti pubblici che esclude i servizi legali dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici e, soprattutto, esclude che tali servizi possano essere affidati con il criterio del prezzo più basso (...). Inoltre, va precisato che per effetto del

superamento del sistema tariffario i compensi delle attività forensi sono demandati ad accordi fra le parti. Ne deriva che le tabelle allegate al d.m. n. 55 del 2014 non possono più essere elevate a parametro di legittimità dei compensi contrattualmente stabiliti”.

- **TAR Lazio-Roma, sez. II-bis, 9 gennaio 2018, n. 144:** in tema di procedura selettiva per l'affidamento di singoli incarichi, va precisato che non configura una violazione del Codice dei contratti pubblici che esclude i servizi legali dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici e, soprattutto, esclude che tali servizi possono essere affidati con il criterio del prezzo più basso laddove il regolamento non prevede una procedura competitiva al ribasso, limitandosi a prestabilire un criterio della scelta del singolo professionista cui affidare uno specifico incarico in base al preventivo meno oneroso per l'amministrazione.
- **TAR Puglia, Lecce, sez. II, 31 maggio 2017, n. 875:** pur essendo il patrocinio legale escluso dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti, per espressa previsione dell'art. 17, comma 1, lett d), d.lgs. n. 50/2016, va affidato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel rispetto dei principi generali fissati dall'art. 4 del Codice medesimo.

8. È legittima la costituzione di un elenco di avvocati per l'affidamento di incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio quando si prevede che le richieste di iscrizione debbano essere presentate entro 60 giorni dalla pubblicazione dell'avviso e che l'elenco abbia una durata predeterminata in un anno?

Secondo **Anac, Linee guida n. 12, par. 3.1.3:** *“L'iscrizione dei soggetti interessati, provvisti dei requisiti richiesti e analizzati sulla base dei curricula o da sintetiche schede riepilogative della carriera professionale, deve essere consentita **senza limitazioni temporali, né quantitative**”.*

In giurisprudenza, invece, segnaliamo la sentenza del **TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 9 gennaio 2018, n. 150:** *“È legittima la costituzione di un elenco di avvocati per l'affidamento di incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio da parte delle società del gruppo Alfa, nella parte in cui prevede che le richieste di iscrizione debbano essere presentate entro 60 giorni dalla pubblicazione dell'avviso e che l'elenco abbia una durata predeterminata in un anno. Si tratta di servizi esclusi dal Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 50/2016, per i quali devono essere comunque rispettati i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e pubblicità. In particolare, dall'art. 1 della l. n. 247/2012, si evince che il regolamento impugnato nel prevedere un elenco chiuso limitato a chi abbia presentato la domanda di iscrizione entro il termine di 60 giorni, non reca alcuna lesione all'indipendenza e all'autonomia degli avvocati”.*

9. È legittima l'esclusione di un raggruppamento temporaneo di professionisti da una gara indetta per l'affidamento di servizi di consulenza legale?

L'Autorità di vigilanza (anche se con riferimento al previgente d.lgs. n. 163 del 2006) e la giurisprudenza sono concordi nel ritenerla illegittima: l'applicazione dei principi del *favor participationis* e della massima apertura alla concorrenza rende ammissibile la partecipazione alla gara di professionisti anche nella forma giuridica di raggruppamento temporaneo, anche se l'art. 4, comma 1, della legge 2012 n. 247, nella parte in cui dispone che in caso di associazioni tra professionisti “l'incarico professionale è tuttavia sempre conferito all'avvocato in via personale”, deve essere rispettato in sede esecutiva (**AVCP, 14 gennaio 2010, n. 4; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, ord., 9 gennaio 2015, n. 17**).

In conclusione:

- è preferibile procedere con la costituzione di elenchi specifici di avvocati per ciascun ente, con iscrizione non soggetta a limitazioni né temporali né quantitative;
- la scelta del professionista avviene in base a parametri, preferibilmente curricolari, mediante un confronto concorrenziale fra i soggetti iscritti all'elenco;
- è possibile l'affidamento diretto al professionista in caso di peculiarità della questione o di incarichi connessi/complementari;
- l'affidamento del singolo incarico non può seguire il criterio del prezzo più basso.

4. La Commissione giudicatrice (Avv. Ornella Cutajar)

1. Oltre a un compenso massimo, esiste un compenso minimo per i commissari?

I compensi minimi erano stati fissati dal **d.m. 12 febbraio 2018** (G.U. n. 88 del 16 aprile 2018), ma il **TAR Lazio, Roma, sez. I, con la sentenza n. 6925 del 31 maggio 2019** ha annullato tale decreto proprio “nella parte in cui fissa il compenso lordo minimo per i componenti della commissione giudicatrice”, perché “va considerato il principio secondo cui il legislatore ubi voluit dixit: nella disposizione in rassegna il legislatore parla espressamente di compenso «massimo», senza lasciare margini interpretativi in ordine alla possibilità di stabilire anche un compenso «minimo» o un compenso tout court, sicché ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell’aggiunta di un diverso «limite» da fissare dev’essere rifiutata «in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire)» (TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 6 marzo 2019, n. 3023). Inoltre deve aversi riguardo alla ratio sottesa alla disposizione in parola, che è quella del contenimento della spesa, reso possibile anche attraverso specifici meccanismi di trasparenza. Invero, nella relazione illustrativa della disposizione è espressamente indicato che «le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico dell’intervento tra le somme a disposizione della stazione appaltante. Lo stesso comma prevede l’emanazione di un decreto ministeriale (emanato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita l’Anac) per la determinazione della tariffa di iscrizione all’albo e del compenso massimo per i commissari. I dipendenti pubblici sono gratuitamente iscritti all’Albo e ad essi non spetta alcun compenso, se appartenenti alla stazione appaltante». Dunque, dovendo le spese per il funzionamento della commissione costituire una voce del quadro economico dell’intervento, mentre si spiega la fissazione di un compenso «massimo», va in direzione decisamente contraria la fissazione di un compenso «minimo»”.

2. L’impugnativa avverso gli atti di gara deve essere notificata alla Commissione quale soggetto controinteressato?

No, perché la Commissione è un organo tecnico privo di rilevanza esterna (**TAR Campania Napoli, sez. V, 30 maggio 2018 n. 3587**). Lo stesso “atto di nomina della Commissione, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l’onere dell’immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. III, sentenza 11 maggio 2018, n. 2835), anche in tale caso puntualmente invocata

a confutazione dell'eccezione da parte ricorrente, «**La nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato** (cfr. infra multis Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 92)»; (in termini cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257)» (TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 14 gennaio 2019, n. 79).

3. La Commissione è un organo di amministrazione attiva o svolge una funzione consultiva?

La questione della natura giuridica delle commissioni giudicatrici è di antica data. Secondo una prima opinione la commissione sarebbe stata un organo di amministrazione attiva (**Consiglio di Stato, parere 29 febbraio 1968, n. 1379; TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 maggio 2002, n. 4438; TAR Valle d'Aosta, 6 maggio 1995, n. 53**), mentre, secondo altra opinione, risultata prevalente, la Commissione svolge una funzione consultiva e preparatoria (**Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 1991, n. 1081; TAR Lombardia, Brescia, 3 febbraio 1984, n. 25; Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2016, n. 223**); cfr., anche, **Anac, Linee guida n. 5, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici"**, approvate con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016, aggiornate con delibera 10 gennaio 2018, n. 4, che specifica, nel par. 1.1, n. 5) i "compiti attribuiti alla commissione giudicatrice. Il Codice dei contratti pubblici prevede che la commissione giudicatrice è responsabile della valutazione delle offerte tecniche ed economiche. La stazione appaltante può prevedere ulteriori adempimenti per la commissione, purché questi siano indicati nella documentazione di gara. Tra questi è da ricomprendere l'ausilio al RUP nella valutazione della congruità delle offerte tecniche, rimessa a quest'ultimo dalle Linee guida n. 3 del 26 ottobre 2016. **Alla commissione non possono essere attribuiti compiti di amministrazione attiva, che competono alla stazione appaltante**".

4. Le valutazioni della Commissione di gara sono sindacabili?

L'Anac e la giurisprudenza sono costanti nel ritenere che, stante l'ampia discrezionalità tecnica della Commissione di gara, le valutazioni siano sindacabili solo se manifestamente illogiche, irrazionali, arbitrarie ovvero fondate su un palese e manifesto travisamento dei fatti (**Anac, delibera 8 novembre 2017, n. 1145, PREC 259/17/L; Anac, delibera 13 febbraio (dep. 19 febbraio) 2019, n. 121, PREC 253/18/S**, per il quale secondo "il consolidato orientamento della giurisprudenza (...) le valutazioni effettuate dalle commissioni di gara, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte (in tal senso, ex multis: TAR Venezia, sez. I, 7 giugno 2018, n. 613; TAR Napoli, sez. I, 24 gennaio 2018, n. 742; deliberazioni Anac n. 193 del 1 marzo 2018 e n. 687 del 18 luglio 2018)"; **Consiglio di Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5694; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 6 dicembre 2017, n. 1901; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 dicembre 2017, n. 361; TAR Puglia, Bari, sez. I, 25 gennaio 2018, n. 107; Consiglio di Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, n. 658; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 3 febbraio 2018, n. 323; TAR**

Lazio, Roma, sez. I, 2 marzo 2018, n. 2328; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 18 aprile 2018, n. 893; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 20 aprile 2018, n. 436; Consiglio di Stato, sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2719; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 3 agosto 2018, 1261; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 21 settembre 2018, n. 9528; TAR Campania, Salerno, sez. I, 24 ottobre 2018, n. 1493; Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2018, n. 6464; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 10 dicembre 2018, n. 2769; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 3 aprile 2019, n. 951; TAR Sardegna, sez. II, 6 maggio 2019, n. 390; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 9 maggio 2019, n. 2484, per il quale “gli arresti della giurisprudenza amministrativa sulla natura dei giudizi espressi dalle commissioni di concorso nelle procedure di valutazione in gare di appalto che prevedono il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (...), in quanto espressione di discrezionalità tecnica, possono essere oggetto di sindacato di legittimità del giudice amministrativo nei soli limiti del travisamento dei presupposti di fatto, dell’illogicità e della manifesta irragionevolezza o della non corrispondenza delle valutazioni con le risultanze di fatto (ex multis, Cons. Stato, sez. III, 17 dicembre 2018, n. 7102; id., sez. IV, 31 agosto 2018, n. 5129; id., sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4153; id., sez. IV, 17 aprile 2018, n. 2279; id., sez. VI, 19 gennaio 2018, n. 352; TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 luglio 2018, n. 4600; id., sez. IV, 21 giugno 2018, n. 4191; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 22 giugno 2018, n. 1566; TAR Trento, 11 dicembre 2018, n. 274; TAR Lazio, sez. II-quater, 14 novembre 2017 n. 11322)”; **TAR Campania, Napoli, sez. I, 15 maggio 2019, n. 2584**, per il quale “per giurisprudenza consolidata (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, n. 433/2019), nelle gare di appalto che prevedono il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un’ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione giudicatrice, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta”; **TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 31 maggio 2019, n. 1109**, per il quale “costituisce ius receptum (...) che le valutazioni della commissione di gara in relazione ai contenuti delle offerte tecniche dei diversi partecipanti costituiscono uno degli esempi più nitidi di esercizio di una potestà amministrativa di natura tecnico-discrezionale, con la conseguenza che a fronte dei giudizi tecnici espressi, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio della Commissione – avente margini di opinabilità – con il proprio giudizio. Le valutazioni delle commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono, infatti, espressione di discrezionalità tecnica sindacabile dal G.A. non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione (ex multis TAR Calabria, Reggio Calabria, 30 giugno 2017, n. 624)”; **TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 giugno 2019, n. 7728**, per il quale “secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, infatti, «la valutazione delle offerte (...) nonché l’attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell’ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall’art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica» (Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5655). Conseguentemente – come pure ripetutamente affermato – «per sconfessare il giudizio della commissione di gara non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l’evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto» (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173)”; nello stesso senso, da ultimo, **TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 giugno 2019, n. 7729; TAR Lazio, Roma, sez. II, 18 giugno 2019, n. 7926**).

5. La Commissione deve essere formata da un numero dispari di componenti?

Per l’orientamento maggioritario sì, e nel numero deve essere computato anche il Presidente, ma non il Segretario. Deve essere comunque considerata l’ipotesi in cui il numero dei componenti non sia deci-

sivo laddove la decisione sia stata unanime (**Anac, deliberazione 8 novembre 2017, n. 1143 (PREC. 152/17/S; Consiglio di Stato, sez. V, 6 luglio 2018, n. 4143)**).

6. Possono partecipare alle Commissioni giudicatrici soggetti che, a diverso titolo, siano già intervenuti nella procedura concorsuale, definendone i contenuti e le regole?

La giurisprudenza e l'Anac, in osservanza dell'articolo 77, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, escludono che i commissari possano aver svolto un'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta (**Anac, deliberazione 8 novembre 2017, n. 1143; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 29 giugno 2017, n. 1074**, per il quale “è illegittima la composizione della commissione di gara il cui presidente ha approvato e sottoscritto l'Avviso pubblico di indizione della procedura, ponendosi tale nomina in violazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui i commissari componenti la Commissione giudicatrice non devono aver svolto né possono svolgere altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”; nello stesso senso **TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306**).

In merito la sentenza del **Consiglio di Stato, sez. III, 17 giugno 2019, n. 4035** ha chiarito che “l'articolo 77, comma 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 riprende testualmente il tenore e ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione al quale l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio aveva posto in evidenza come la norma de qua rispondesse all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (7 maggio 2013, n. 13).

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

- la predetta norma di cui all'art. 84, comma 4 doveva essere interpretata in senso restrittivo, trattandosi di disposizione limitativa delle funzioni proprie dei dipendenti dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255);
- la previsione di principio di cui all'art. 84, comma 4, non vale, dunque, a rendere incompatibili tutti i soggetti che, in quanto dipendenti della stazione appaltante, siano in qualche misura coinvolti, per obbligo di ufficio, nello specifico lavoro, servizio o fornitura che è oggetto dell'appalto, né è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, ma la prova della effettiva incompatibilità, per conflitto di interessi, deve essere fornita dalla parte che la deduce (sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242 e 23 marzo 2017, n. 1320; sez. III, 22 gennaio 2015, n. 226);
- ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova della situazione di incompatibilità, ciò che rileva è il dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara (sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191)”.

7. Nell'ipotesi di accertata incompatibilità, occorre procedere all'annullamento della gara?

No, l'illegittimità può essere rimossa con la sola ripetizione degli atti viziati, in tal caso il vizio riguarda il provvedimento di nomina della Commissione e gli atti conseguenti (**TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 settembre 2018, n. 1593**).

8. Nell'ipotesi di conflitto di interesse sussiste un dovere di astensione?

Sì, come si desume dall'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 (**Consiglio di Stato, sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299** (Riforma della sentenza del TAR Campania, Napoli, n. 3063 del 2018): *“La disciplina relativa alla composizione della Commissione coinvolge molteplici aspetti, ed in particolare, oltre a quelli della competenza e della non influenzabilità del giudizio (cui fanno riferimento più prettamente il 4° e 5° comma dell'art. 77 cit.), anche di prevenzione delle frodi e della corruzione attraverso l'eliminazione del conflitto di interessi. Il comma 2 del richiamato art. 42 recita: «Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62». L'art. 7 dispone: «1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza». Dalla lettura della norma discende che quanta alla prima parte non si verte in ipotesi di mera facoltà, quanto piuttosto di dovere, essendo l'astensione facoltativa prevista per gli altri casi”.*

9. Il RUP può far parte, in qualità di membro, delle Commissioni di gara?

Sì, la nuova formulazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, a seguito della modifica apportata dal decreto correttivo, d.lgs. n. 56 del 2017, prevede che *“La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”.*

L'eventuale incompatibilità deve *“pertanto essere comprovata allegando elementi concreti, sintomatici di un'interferenza fra le funzioni assegnate al RUP e quelle della Commissione di gara, tali da compromettere l'imparziale svolgimento dell'incarico di membro della commissione di gara da parte della stessa persona che ne ha assunto le funzioni di RUP (cfr., ex multis, TAR Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565)”* (**TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 19 gennaio 2019, n. 53**).

10. Quando deve essere nominata la Commissione?

Ai sensi dell'articolo 77, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016 la nomina e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Il principio della posteriorità della nomina della Commissione giudicatrice rispetto al termine di scadenza per la presentazione delle offerte riguarda la formazione del collegio nella sua interezza e non la (eventuale e previa) individuazione di alcuni dei suoi componenti (**Consiglio di Stato, sez. III, 3 luglio 2018 n. 4054**).

11. Il RUP può sostituire le proprie valutazioni discrezionali a quelle della Commissione giudicatrice?

No, l'attività di valutazione spetta esclusivamente alla Commissione. Si veda **TAR Puglia, Lecce, sez. III, 3 agosto 2018, n. 1262**, per il quale *“premesse che l'art. 31 del d.lgs. n. 50/2016 individua ruolo e funzioni del Responsabile unico del procedimento (RUP) negli appalti e nelle concessioni e che i compiti fondamentali del RUP sono specificati al comma 4 del predetto articolo per le varie fasi del procedimento di affidamento, osserva, in particolare, il Collegio che:*

- *il predetto art. 31, comma 4, lett. c), prevede che il RUP «cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure»; e*
- *l'ultimo capoverso del punto 5.2 («Verifica della documentazione amministrativa da parte del RUP») delle Linee guida 3/2016 emanate dall'Anac (recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni») prevede che «In ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure, e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate».*

In base alla normativa applicabile, dunque, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, il RUP, nell'esercizio delle proprie funzioni, esercita un'attività di natura vincolata, dovendo verificare la regolarità delle procedure di gara, sulla base della legge e della lex specialis, ma non potendo in alcun modo sostituire le (eventuali) proprie valutazioni discrezionali a quelle della Commissione giudicatrice, a cui soltanto sono riservate le valutazioni discrezionali nell'ambito della gara. Ne deriva che eventuali violazioni formali/procedimentali nell'iter formativo della impugnata decisione del RUP, come quelle dedotte da parte ricorrente, sono comunque rese irrilevanti dall'art. 21-octies, comma 2, parte prima, della legge n. 241/1990 e ss.mm., a norma del quale «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

12. Fino all'adozione della nuova disciplina in materia di iscrizione all'Albo dei commissari di gara tenuto dall'Anac, da chi vengono nominati i commissari?

Dalla stazione appaltante, anche dopo l'entrata in vigore del “correttivo” (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 in vigore dal 20 maggio 2017), che ha abrogato l'art. 77, comma 12 (solo in quanto inutile duplicato dell'art. 216, comma 12, d.lgs. 50/2016 avente lo stesso contenuto).

Si segnala che, con la modifica apportata in sede di conversione dalla l. n. 55 del 14 giugno 2019, il d.l. n. 32 del 2019 ha stabilito che la previsione di cui all'articolo 77 comma 3 sull'istituzione dell'albo non trovi applicazione fino al 31 dicembre 2020, *“fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”* (articolo 1, lettera c) (secondo quanto già affermato dalla giurisprudenza, **TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 7 giugno 2019, n. 7468; TAR Veneto, sez. I, 19 aprile 2018, n. 431; TAR Lazio, Roma, sez. I-quater, 4 ottobre 2017, n. 10034**).

13. La valutazione delle offerte tecniche deve essere svolta necessariamente da una Commissione giudicatrice?

La giurisprudenza ha costantemente evidenziato che tale valutazione debba essere effettuata dalla commissione giudicatrice, mentre la fase di esame della documentazione amministrativa può essere svolta dal

seggio di gara, in quanto attività priva di discrezionalità. Si veda **TAR Campania, Napoli, sez. I, 4 gennaio 2018, n. 72**, per il quale *“la gara aggiudicata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è una procedura composta da varie fasi, alcune delle quali necessitano di competenze amministrative ed altre, invece, di competenze tecniche, possono quindi distinguersi le sottofasi della verifica della documentazione amministrativa prodotta dalle imprese, che hanno fatto domanda di partecipazione alla gara, che sono caratterizzate da un’attività priva di qualsiasi discrezionalità e ben possono essere svolte, sempre pubblicamente, anche dal seggio di gara eventualmente in composizione monocratica (ivi compreso lo stesso responsabile unico del procedimento), dalla sottofase di valutazione delle offerte tecniche che deve essere svolta necessariamente da una commissione giudicatrice e che si compendia nell’apprezzamento, massima espressione della discrezionalità tecnica, degli elementi tecnici delle singole offerte e nell’attribuzione dei relativi punteggi sulla base dei pesi e punteggi appositamente indicati (Con. Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4190; TAR L’Aquila, sez. I, 8 luglio 2017, n.248; TAR Valle d’Aosta, sez. I, 15 maggio 2015)”*.

14. La Commissione è immodificabile?

La giurisprudenza afferma che il principio di assoluta immodificabilità delle commissioni giudicatrici possa essere derogato in caso di indisponibilità da parte di un commissario a svolgere le proprie funzioni, possibilmente in fase antecedente all’inizio delle operazioni valutative (**TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 19 febbraio 2018, n. 1082; Consiglio di Stato, sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830**, che richiama *“i principi espressi da questo Consiglio di Stato nella decisione della Quinta Sezione n. 5732/2014, secondo cui:*

- *la nomina di una commissione di gara contenente un commissario incompatibile non solo inficia le decisioni e le determinazioni a valle, assunte dalla commissione stessa in quanto manifestazioni di volontà complessa imputabili a tale organo, ma preclude anche la nomina di tutti i medesimi commissari (e non solo di quello dichiarato incompatibile), a tutela dei principi di trasparenza e di imparzialità delle operazioni di gara;*
- *non esiste un principio assoluto di unicità o immodificabilità delle commissioni giudicatrici, poiché tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni;*
- *è ammessa la sostituzione avvenuta per indisponibilità di un componente in un momento in cui la commissione non aveva ancora cominciato le operazioni valutative (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169);*
- *ogni qualvolta emergano elementi che siano idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a compromettere tale delicato e cruciale ruolo di garante di imparzialità delle valutazioni affidato alle commissioni di gara, la semplice sostituzione di un componente rispetto al quale sia imputabile la causa di illegittimità dovrebbe dunque ritenersi né ammissibile, né consentita, in particolare nelle ipotesi in cui la commissione abbia già operato;*
- *il rischio che il ruolo e l’attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano avere inciso nei confronti anche degli altri commissari durante le operazioni di gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo, impedisce la sua semplice sostituzione ed implica la decadenza e la necessaria sostituzione di tutti gli altri commissari;*
- *la sostituzione totale di tutti i commissari (in luogo del solo commissario designato in modo illegittimo) garantisce maggiormente il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività di gara;*
- *non è possibile estendere gli effetti dell’invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima, ai sensi degli artt. 84, commi 4 e 10, del Codice dei contratti pubblici, anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell’intera gara, atteso che la stessa pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13, ha stabilito inequivocabilmente e perentoriamente che*

- «secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento»;
- vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non certo gli atti anteriori, anche in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte;
 - non si vede perché la rinnovazione delle operazioni di gara dovrebbe essere tanto radicale da incidere su tutti gli atti a monte, compreso il bando di gara, il disciplinare e tutti gli atti in base ai quali è stata indetta la gara, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della commissione, il che non incide affatto, né in senso logico né giuridico, sui predetti atti a monte del procedimento, non inficiandoli in alcun modo;
 - la rinnovazione radicale finirebbe per pregiudicare gli interessi pubblici sottesi alla gara d'appalto, anche sotto il profilo dei costi amministrativi aggiuntivi, senza in alcun modo tutelare detti interessi pubblici, ma esclusivamente, ed in modo sbilanciato, l'interesse privato dell'appellante a poter formulare una nuova offerta competitiva”).

15. È necessario che il requisito dell'esperienza dei singoli membri copra tutti gli aspetti oggetto della gara?

La giurisprudenza ritiene che non sia necessario: si veda **TAR Basilicata, sez. I, 18 settembre 2018, n. 635**, per il quale “il criterio dell'esperienza è stato comunemente interpretato, pur con riferimento alla corrispondente previsione del pregresso Codice degli appalti pubblici (art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163/2006), nel senso che «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 ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla lex specialis ai fini valutativi» (Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4316; TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 1411), dovendo viepiù ritenersi che «la composizione plurale dell'organo è finalizzata a garantire proprio la presenza al suo interno di uno spettro ampio di competenze» (TAR Campania, Napoli, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 97), e ciò «senza esigere necessariamente che l'esperienza professionale copra tutti gli aspetti oggetto della gara» (Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2012, n. 3124; TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 10 aprile 2013, n. 3648). (...) Tale orientamento, di recente perspicuamente ripreso da TAR Trento, Trentino-Alto Adige, sez. I, 19 gennaio 2017, n. 19, è certamente riferibile anche all'interpretazione dell'art. 77 del vigente codice degli appalti, considerato la perfetta sovrapposibilità, in parte qua, tra le due disposizioni succedutesi”; cfr., anche, **Consiglio di Stato, sez. V, 1° ottobre 2018, n. 5603**, per il quale “in riferimento all'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato formatasi con riguardo a tale disposizione del previgente codice dei contratti pubblici interpreta in modo costante il requisito dello «specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto» nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debba essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (così, da ultimo, Cons. Stato, IV, 20 aprile 2016, n. 1556; V, 18 giugno 2018, n. 3721, 15 gennaio 2018, n. 181, 11 dicembre 2017, n. 5830)”; da ultimo, **Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2019, n. 2638**, per il quale l'articolo 84, comma 2 del d.lgs. 163 del 2006, cui corrisponde l'articolo 77, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, “nel correlare la pregressa esperienza dei componenti della commissione giudicatrice allo «specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto», induce ad attribuire rilevanza, al suddetto fine, all'ambito tematico «principale» della gara, escludendo le molteplici e variegate discipline e/o settori di attività con le quali l'oggetto della gara medesima interferisce in concreto. La norma, in altre parole, non richiede una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumu-

lativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto: ciò anche sul presupposto, del resto, che all'esperienza nel «settore» primario, cui si riferisce l'oggetto del contratto, si accompagna una analoga esperienza nei settori «secondari», che con quell'oggetto interferiscono o si intersecano», nonché **TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 24 maggio 2019, n. 6490**, per il quale “secondo principi consolidati nella giurisprudenza amministrativa, in tema di gare pubbliche, il requisito dell'esperienza nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla lex specialis, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere (Consiglio di Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2241”; **Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2019, n. 4050**, per il quale “la legittima composizione della commissione (che deve essere formata da «esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto», ex art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016, e già ex art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006) presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3400); dall'altro il requisito enunciato deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere. Non è in proposito necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 18 giugno 2018, n. 3721; VI, 10 giugno 2013, n. 3203; III, 17 dicembre 2015, n. 5706; 9 gennaio 2017, n. 31)”.

16. Il rispetto del requisito di professionalità e omogeneità può ritenersi soddisfatto solo in caso di membri della Commissione con specifiche esperienze in settori progettuali identici a quello posto a fondamento della gara?

La giurisprudenza non ritiene che sia necessaria tale condizione perché renderebbe difficoltosa la valida formazione di Commissioni giudicatrici. Si evidenzia, tuttavia, un orientamento recentissimo del TAR Sicilia, Palermo, che “con sentenza n. 79 del 14 gennaio 2019 (richiamando CGA, ord. 701/2008) ha ritenuto illegittima la composizione della commissione di gara sul rilievo che « ... la **professionalità propria di uno dei due membri tecnici della commissione risulta effettivamente non coerente con lo 'specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto'**, che è connotato dalla estrema complessità tecnica dell'apparato diagnostico da fornire, e, d'altra parte, non è stato fatto nemmeno constare che il medesimo avesse già acquisito significative esperienze nella partecipazione a gare vertenti su oggetti similari»” (**TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 11 marzo 2019, n. 743**).

17. La competenza tecnica deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio?

No, può “risultare anche da incarichi svolti e attività espletate”; si veda **TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 5 novembre 2018, n. 10617**: “per giurisprudenza pressoché costante, «Nelle procedure di eviden-

za pubblica, non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente la commissione giudicatrice copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea; ciò tenuto conto, altresì, che la competenza tecnica non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo viceversa risultare anche da incarichi svolti e attività espletate» (cfr. TAR Veneto, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 92)".

18. La Commissione può farsi coadiuvare da soggetti esterni con funzioni di supporto?

Sì, ma i soggetti esterni possono intervenire solo nell'attività di supporto, non nella fase di valutazione (TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 24 giugno 2017, n. 219, per il quale "non è illegittimo che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, a condizione che tali soggetti esterni si limitino a compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima (cfr., Cons. Stato., sez. III, sentenze n. 303/2015 e n. 4430/2015). Sennonché, nel caso di specie, (...) non è dato inferire né a quali soggetti sia stato delegato lo svolgimento delle prove pratiche, né quando queste prove pratiche siano state espletate, né se ad esse fossero presenti i membri della Commissione, né, infine, in cosa esse siano consistite").

19. La Commissione può aprire i plichi contenenti le offerte tecniche e successivamente introdurre delle previsioni di dettaglio dei criteri di valutazione contenuti nella disciplina di gara?

No, l'eventuale apertura viola il principio di segretezza delle offerte. La giurisprudenza è pacifica in merito (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 10 febbraio 2018, n. 399).

20. Perché il principio di segretezza dell'offerta economica e del correlativo divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica è sostanziale per la valutazione della Commissione di gara?

Perché i dati economici eventualmente presenti nell'offerta tecnica non sono elementi del tutto marginali dell'offerta economica ed hanno, quindi, l'attitudine potenziale di condizionare le scelte discrezionali della Commissione di gara (TAR Puglia, Lecce, sez. III, 3 agosto 2018, n. 1262, per il quale "con riferimento al principio di segretezza dell'offerta economica e del correlativo divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, osserva il Collegio che (...) alla stregua della giurisprudenza prevalente (...), il divieto di commistione dell'offerta tecnica e di quella economica (anche ove inteso in senso relativo ed applicato in concreto), si intende comunque violato – ad avviso di questa Sezione – non solo nei casi in cui siano presenti nell'offerta tecnica presentata dati economici che consentano di ricostruire nella sua interezza il contenuto dell'offerta e di rilevare agevolmente la percentuale di ribasso, bensì anche nell'ipotesi in cui (come nella specie) i dati economici presenti nell'offerta tecnica non siano elementi del tutto marginali dell'offerta economica ed abbiano, quindi, l'attitudine potenziale di condizionare/influenzare le scelte discrezionali della Commissione di gara. (...) Non può in alcun modo ritenersi che l'esclusione della Società ricorrente dalla gara, derivante dalla rilevata presenza di dati economici non oscurati nell'offerta tecnica, sia sta-

ta disposta in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto, per giurisprudenza consolidata, «tra le cause di esclusione determinate da violazioni delle regole fondamentali in tema di formulazione delle offerte, rientra anche il mancato rispetto del principio di segretezza dell'offerta (...)» (Consiglio di Stato, sezione V, 11 giugno 2018, n. 3612, cit.) ovvero «il principio di tassatività delle cause di esclusione nelle gare pubbliche, di cui all'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 163/2006, ammette che tra di esse possano ricomprendersi le violazioni delle regole fondamentali in tema di offerte (elementi essenziali dell'offerta), tra le quali deve essere certamente annoverato il principio di segretezza dell'offerta, che ne costituisce un corollario immanente» (Consiglio di Stato, sezione III, 3 aprile 2017, n. 1530, cit.)".

La posizione dell'**Anac** è analoga ed è stata trasfusa nel recentissimo parere formulato ai sensi dell'articolo 211-ter del d.lgs. n. 50 del 2016, **delibera 29 maggio (dep. 12 giugno) 2019, n. 452**: "sia nelle Linee guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria» che nel Bando tipo n. 3, la riduzione del tempo di redazione del progetto è, invece, inclusa nell'offerta economica. Gli atti di indirizzo dell'Anac appena richiamati recepiscono, sul punto, l'orientamento di questa Autorità che già si era espressa ritenendo che la c.d. «offerta tempo» sia parte integrante dell'offerta economica (parere n. 151 del 9 settembre 2015; parere 29 luglio 2014, n. 8). In merito si è espressa anche la giurisprudenza evidenziando che «... la separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, propria delle procedure di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio generale diretto a evitare che la commissione di gara sia influenzata nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica». Inoltre, sulla base del presupposto che l'offerta temporale, come quella economica, è legittimamente assoggettata a un'attribuzione di punteggi con metodo automatico, occorre anche concludere che «... la conoscenza di elementi economico-temporali da parte della commissione, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della commissione stessa, sicché è corretto stabilire che nessun elemento economico ma nemmeno temporale debba essere reso noto alla commissione medesima prima che questa abbia effettuato le proprie valutazioni sull'offerta tecnica» (Consiglio di Stato, decisione n. 5461 del 27 dicembre 2016)".

21. La Commissione può specificare le modalità applicative dei criteri di attribuzione del punteggio già disciplinati dalla disciplina di gara?

La giurisprudenza ritiene di sì, con il limite del divieto di modifica sostanziale dei criteri di valutazione e dei fattori di ponderazione fissati nel bando; si veda **TAR Lazio, Roma, sez. I-quater, 23 gennaio 2018, n. 840**; **TAR Campania, Napoli, sez. II, 16 maggio 2019, n. 2604**, per il quale "il Collegio condivide la giurisprudenza che ha ben evidenziato che «nelle gare pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione giudicatrice può autovincolare la discrezionalità attribuita dai criteri di valutazione stabiliti dal bando di gara, senza modificare in alcun modo questi ultimi, ma, a ulteriore garanzia della trasparenza del percorso motivazionale che presiede all'attribuzione dei punteggi per le offerte, specificare le modalità applicative di tale operazione, sempre che ciò non integri una modifica sostanziale dei criteri di valutazione e dei fattori di ponderazione fissati nel bando (C. Stato, III, 27 settembre 2012, n. 5111; V, 3 giugno 2013, n. 3036; 19 settembre 2012, n. 4971; 18 agosto 2010, n. 5844). Se è dunque vietato per il seggio di gara enucleare sub-criteri non previsti dal bando e avulsi da quelli stabiliti nella lex specialis che comportino l'alterazione del peso di quelli contemplati dal disciplinare (C. Stato, III, 10 gennaio 2013, n. 97; 1° febbraio 2012, n. 514 e 29 novembre 2011, n. 6306), è invece consentito alla

Commissione effettuare una declinazione dei criteri e dei sub criteri e della loro valorizzazione (C. Stato, III, 21 gennaio 2015, n. 205)» (cfr. TAR Bologna, Emilia-Romagna, sez. II, 14 marzo 2018, n. 226)».

22. La valutazione della Commissione può consistere nel solo punteggio numerico?

La giurisprudenza, con orientamento costante, ritiene che il punteggio numerico sia sufficiente in presenza di una disciplina di gara che descrive nel dettaglio l'apparato delle voci e delle sottovoci con i relativi punteggi. Si veda, da ultimo, **Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2019, n. 1887; TAR Campania, Napoli, sez. I, 15 maggio 2019, n. 2584**, per il quale se il disciplinare di gara reca "specifica indicazione in ordine ai criteri e sub-criteri di valutazione dell'offerta, in relazione ai quali la ponderazione è ricondotta ad una soglia con valore numerico determinato che prevede uno scarto tra il minimo e il massimo", "la discrezionalità dell'amministrazione non solo viene veicolata in ambiti obbligatori di valutazione ma viene, altresì, previamente definita e precisata in maniera tale da consentire, pur attraverso la mera attribuzione del voto numerico, di risalire all'iter logico seguito nella assegnazione del concreto punteggio attribuito. Peraltro, la griglia di valutazione appare dettagliata e non generica, conforme, pertanto, agli orientamenti giurisprudenziali che individuano le condizioni in presenza delle quali la valutazione può legittimamente essere espressa attraverso la mera attribuzione del voto numerico (Consiglio di Stato, sez. V, n. 4438/2017 e n. 1889/2016; sez. III, n. 2050/2015)".

23. Nel caso in cui le procedure che si susseguono siano diverse, sussiste l'obbligo di confermare la stessa Commissione?

No, perché la riconvocazione della stessa Commissione sussiste solo in caso di rinnovo del procedimento di gara (articolo 77, comma 11 del d.lgs. n. 50 del 2016) (**TAR Piemonte, sez. I, 12 febbraio 2018, n. 203**, per il quale "l'art. 77, undicesimo comma, prevede che «in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti» deve essere riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione. Nella vicenda in esame, il Comune non ha rinnovato il procedimento di gara. Le due procedure che si sono susseguite sono tra loro parzialmente diverse (la prima era una procedura negoziata, la seconda è una procedura aperta; differenti sono il capitolato ed il disciplinare di gara). Non vi era, dunque, l'obbligo di confermare la commissione nella identica composizione").

24. Secondo la nuova disciplina del Codice le sedute della Commissione sono pubbliche in quali casi?

L'art. 47, comma 1, lett. b) del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha aggiunto il comma 1-bis all'art. 78 del d.lgs. n. 50 del 2016, per il quale "Con le linee guida di cui al comma 1 sono, altresì, disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici".

Le Linee guida Anac n. 5, approvate con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016, aggiornate con delibera 10 gennaio 2018, n. 4, prevedono, quindi, le seguenti "modalità di svolgimento dei lavori da parte della commissione. In generale la Commissione: **i) apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche** al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza dei documen-

ti richiedi nel bando di gara ovvero della lettera di invito; **ii) in una o più sedute riservate, o lavorando da remoto, mediante un canale telematico che assicuri l'autenticità nonché la riservatezza delle comunicazioni, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi** applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito; **iii) successivamente, in seduta pubblica**, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede alla individuazione delle offerte che superano la soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3 del Codice dei contratti pubblici ovvero indica al RUP le offerte che, secondo quanto previsto dall'art. 97, comma 6 del Codice dei contratti pubblici appaiono, sulla base di elementi specifici, potenzialmente anomale, ferma restando la facoltà del RUP di decidere al riguardo” (**par. 1.1, n. 8**).

25. È necessario verbalizzare i singoli voti di ciascun commissario?

No, è sufficiente la verbalizzazione del voto complessivo finale. La separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale. Si veda **TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 7 gennaio 2019, n. 5**, per il quale “*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*» (Cons. Stato, sez. III, n. 4772 del 2017, nonché, sez. V, n. 952 del 2018)”; nello stesso senso **TAR Puglia, Bari, sez. III, 25 giugno 2018, n. 934**.

26. Cosa accade in caso di divergenza di valutazione tra i commissari?

La giurisprudenza ritiene che vengano assorbiti dalla decisione collegiale finale, che ne costituisce sintesi. Si vedano **Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1765**, per il quale “*la divergenza delle valutazioni dei singoli commissari in ordine alle singole voci dell'offerta tecnica è immanente alla dialettica propria di un organo collegiale chiamato a scrutinare le offerte di una gara d'appalto ed è espressione delle preferenze soggettive dei commissari (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 giugno 2013, n. 3203). Pertanto, il medesimo elemento può legittimamente essere remunerato con un punteggio elevato da parte di alcuni componenti e con retribuzione più bassa da parte di altri in conseguenza del ritenuto maggiore o minore pregio tecnico-qualitativo della proposta sulla base di elementi di preferenza, necessariamente soggettivi e opinabili, circa le soluzioni offerte. Anzi, tali differenze di attribuzione dei punteggi sono fisiologiche e costituiscono un'indiretta testimonianza di autonomia di giudizio del singolo componente della commissione. In ogni caso, gli apprezzamenti dei singoli commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali*”; **Consiglio di Stato, sez. III, 15 novembre 2018, n. 6439**, per il quale “*ciascun singolo commissario di gara deve esprimere il proprio giudizio di preferenza variamente graduato espresso in forma lessicale che, viene successivamente sommato a quello degli altri commissari, per formare la preferenza della commissione sull'offerta di ciascun concorrente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2016, n. 4415)*”.

27. È possibile una valutazione omogenea da parte dei commissari?

La giurisprudenza afferma che “nessuna regola vieta l’omogeneità delle valutazioni da parte dei commissari” (Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2019, n. 1887, che richiama Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2017, n. 3994).

28. La facoltà di non aggiudicare prevista dall’articolo 95, comma 12 del d.lgs. n. 50 del 2016 compete alla Commissione?

No, l’art. 95, comma 12 del d.lgs. n. 50 del 2016 attribuisce alla stazione appaltante, e non alla Commissione giudicatrice, la facoltà di non aggiudicare la gara quando nessuna offerta sia ritenuta, a giudizio discrezionale dell’amministrazione “conveniente o idonea”, purché tale facoltà sia indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera d’invito (Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725).

29. Compete alla Commissione di gara lo svolgimento di operazioni complesse di verifica sulla concreta commerciabilità dei prodotti oggetto di gara?

Nella fattispecie “i beni oggetto di gara devono essere nuovi di fabbrica, provvisti di marcatura CE e rispondenti alle normative vigenti, in particolare al decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 46, di recepimento della direttiva 93/42/CEE ed al d.m. 20 febbraio 2007. La controversia sul punto riguarda dunque la presunta violazione delle direttive CE in materia di dispositivi medici (direttiva 93/42/CE) e di strumenti di misurazione (direttiva 90/384/CE), necessarie per la commerciabilità del prodotto. Sul punto, va evidenziato che il sistema delineato dal decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 46 è imperniato sul principio della c.d. responsabilità diretta del fabbricante, il quale, ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. f), è il «responsabile della progettazione, della fabbricazione, dell’imballaggio e dell’etichettatura di un dispositivo in vista dell’immissione in commercio a proprio nome» e, in quanto tale, garantisce e dichiara che i prodotti commercializzati si attengono alle disposizioni applicabili, tanto a tutela della salute e dell’incolumità degli utilizzatori. **Né può affermarsi che compete alla commissione di gara lo svolgimento di operazioni complesse di verifica sulla concreta commerciabilità dei prodotti medicali, che, con tutta evidenza, spettano ad altri organismi (Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2018, n. 968)** (TAR Puglia, Bari, sez. II, 25 febbraio 2019, n. 308).

5. Offerte anomale e giudizio di verifica (Avv. Ornella Cutajar)

1. In sede di verifica di offerta anomala le valutazioni dell'amministrazione possono essere sindacate?

L'Anac e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che siano sindacabili solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (da ultimo cfr. **TAR Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2019, n. 228**), anche alla luce di *“vizi che, seppur lamentati come afferenti a singole e specifiche voci, ad esse non siano circoscritti, ripercuotendosi sull’attendibilità dell’offerta nel suo insieme”* (**TAR Campania, Salerno, sez. I, 26 febbraio 2019, n. 334**). In particolare, *“come ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, il provvedimento adottato dalla stazione appaltante a conclusione del sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta è caratterizzato da discrezionalità tecnica, facendo riferimento a scienze specialistiche prive di oggettiva certezza, per cui, ove dia conto in modo plausibile, ancorché opinabile, delle conclusioni raggiunte, non può essere efficacemente contestato nell’ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità in quanto il giudice in nessun caso potrebbe sostituirsi all’amministrazione ritenendo illegittima una determinazione plausibile e non manifestamente illogica (così TAR Lazio, 24/2017, cit.; id., 20 aprile 2016, n. 6785; ma anche, ex plurimis, Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; id., sez. V, 29 aprile 2015, n. 2175)”* (**TAR Campania, Napoli, sez. IV, 9 maggio 2019, n. 2484**; nello stesso senso, cfr. **TAR Campania, Napoli, sez. IV, 6 maggio 2019, n. 2427**; **TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 21 maggio 2019, n. 6250**; **TAR Toscana, sez. I, 18 giugno 2019, n. 925**).

2. La valutazione della Commissione può comportare un accertamento dell'inadempimento a posteriori?

No, la valutazione è di tipo prognostico (**Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2018 n. 5231**, per il quale *“nelle gare pubbliche il giudizio circa l’incongruità dell’offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attuabile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto. Si tratta peraltro di una valutazione prognostica (tanto che non è possibile enucleare una soglia minima di utile), che prescinde dall’accertamento, a posteriori, dell’eventuale inadempimento, anche solo parziale”*).

3. Nel procedimento di verifica dell'offerta anomala occorre garantire il principio del contraddittorio?

La giurisprudenza ritiene di sì, anche se il procedimento ha una struttura monofasica (giustificazioni-chiarimenti): “come è stato affermato in giurisprudenza, il vigente art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 non articola più il contraddittorio inerente alla valutazione di anomalia o di congruità secondo rigide e vincolanti scanzioni procedurali, limitandosi a stabilire che «la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni», delineando un **procedimento monofasico e non più trifasico** (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio), come nel regime precedente (TAR Valle d'Aosta, 1° maggio 2017, n. 29; si veda, inoltre, TAR Lazio, Roma, 19 novembre 2018, n. 1155)” (TAR Marche, sez. I, 15 aprile 2019, n. 223).

4. Che natura ha il giudizio di verifica? In caso di giudizio positivo di congruità occorre una particolare motivazione?

La giurisprudenza unanime ritiene che debba avere natura globale e sintetica (TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 26 aprile 2019, n. 5253; Cons. di Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444) e che non occorra una particolare motivazione del giudizio positivo, che può essere anche *per relationem*. Si vedano TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 26 aprile 2019, n. 5253; TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 26 febbraio 2019, n. 2568, per il quale “la verifica di anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà dell'offerta e l'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. In quest'ottica, il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione, ma può esclusivamente verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza”; Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540: “È ben vero che l'orientamento di questo Consiglio richiede una motivazione specifica ed analitica nel caso che l'offerta venga giudicata non congrua, mentre ammette che la motivazione favorevole possa essere esternata con riferimento alle giustificazioni presentate dal concorrente. Ciò, tuttavia, presupponendo che, in ordine a specifici rilievi o esigenze di approfondimento, siano state date specifiche argomentate giustificazioni, e quindi dal richiamo adesivo si possa comprendere il percorso logico che supporta il giudizio”; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 9 maggio 2019, n. 2484, per il quale “il giudizio negativo di anomalia richiede una motivazione rigorosa ed analitica che, invece, non è necessaria nell'ipotesi di esito positivo, ove è sufficiente una motivazione per relationem alle giustificazioni, in quanto adeguate, del concorrente (ex multis, Cons. St., sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7128; id., sez. III, 14 novembre 2018, n. 6430; id., sez. V, 17 maggio 2018, n. 2951; id., sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935)”; Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2019 n. 3879, per il quale “il giudizio favorevole di non anomalia non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente essendo l'amministrazione tenuta a un obbligo di puntuale motivazione solo in caso di manifestazione di un giudizio negativo (Cons. Stato, III, 18 dicembre 2018, n. 7129)”.

S è anche precisato che, in questa materia, deve applicarsi “il principio per cui per contestare un esito positivo della verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta va fornita una prova fondata su elementi concreti accompagnati da conteggi analitici e non da generiche considerazioni circa l'implausibilità del calcolo di alcuni fattori dell'offerta (TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 9 gennaio 2018, n. 138)” (TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 1° aprile 2019, n. 4244).

5. Il giudizio di verifica può riguardare singole voci?

No, *“il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell’offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un’inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione”* (TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 26 aprile 2019, n. 5253), in quanto *“ai fini della verifica di congruità dell’offerta, il giudizio sull’anomalia è ampiamente discrezionale e va effettuato sulla base della serietà dell’offerta nel suo complesso e non su base atomistica (ex plurimis: Cons. Stato, sez. VI, n. 2662/2015; sez. V, n. 2274/2015; sez. V, n. 369/2017; sez. III, n. 3329/2015)”* (TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 6 maggio 2019, n. 5671).

6. Il giudizio di verifica può essere effettuato comparando l’offerta anomala con le altre?

Un consolidato orientamento giurisprudenziale insegna che la verifica di congruità di un’offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte: **Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726**, ha, infatti, osservato che *“tra i principi generali in tema di sindacato del giudizio di non anomalia dell’offerta, la giurisprudenza di questo Consiglio ha enunciato quello per cui la verifica di congruità di un’offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell’offerta analizzata ed alla capacità dell’impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798)”*.

7. In caso di inadeguatezza della verifica di congruità per carenze istruttorie accertata in sede giurisdizionale può essere disposta l’esclusione dell’offerta sospetta di anomalia o rimane comunque competente la Commissione per il rinnovo della verifica?

La giurisprudenza ritiene che le carenze istruttorie non possano essere surrogate da una verifica in sede giudiziale, si avrà solo la regressione della procedura alla fase di verifica dell’anomalia stessa di competenza della Commissione (TAR Marche, sez. I, 15 aprile 2019, n. 223).

8. Nell’ambito di una gara pubblica un’offerta può ritenersi anomala laddove il costo del lavoro sia stato calcolato in base a valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi?

No, deve trattarsi di discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali parametri non assumendo le tabelle valore di parametro assoluto e inderogabile (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097, per il quale *“nell’ambito di una gara pubblica un’offerta non può ritenersi anomala laddove il costo del lavoro sia stato calcolato in base a valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi non assumendo i costi medi della manodopera, indicati nelle dette tabelle ministeriali, valore di parametro assoluto e inderogabile essendo, invece, necessarie discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali valori”*; conforme Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1099).

9. Nell'ambito di una gara pubblica sono possibili esclusioni automatiche delle offerte anomale?

Le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale devono risultare espressamente dalla disciplina di gara, ai sensi dell'articolo 97 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 (**TAR Calabria, Reggio Calabria, 11 febbraio 2019, n. 119**, per il quale *“nell'ambito di una gara pubblica la facoltà di contemplare ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale, ex art. 97, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, costituisce un'eccezione la quale deve risultare da inequivoche disposizioni della legge di gara*).

Si segnala la recentissima modifica dell'**articolo 97, comma 8**, operata dal **c.d. Decreto Sblocca cantieri (d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla l. n. 55 del 2019, art. 1, comma 20, lett. u)**, che quindi recita: *“Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e commi 1-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”*.

In merito si è espressa anche l'**Anac (Autorità nazionale anticorruzione, Decreto legge 18 aprile 2019 recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici, 17 maggio 2019** (in www.anticorruzione.it): *“l'obbligo di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, introdotto al comma 8 dell'art. 97 al ricorrere delle condizioni ivi indicate (carattere non transfrontaliero dell'appalto e numero di offerte ammesse almeno pari a 10), è già stato oggetto di censura da parte del Consiglio di Stato nel parere n. 782/2017 reso sullo schema del correttivo al d.lgs. n. 50/2016 laddove, coerentemente con gli insegnamenti della CGUE, ha rammentato che «l'esclusione automatica – da considerare comunque un'eccezione rispetto alla regola che impone la verifica in contraddittorio Autorità nazionale anticorruzione della congruità delle offerte sospette – non può essere prevista come un obbligo (come sembra fare il correttivo seppure limitatamente agli appalti di lavori di importo fino a un milione di euro), ma deve restare una facoltà lasciata alla stazione appaltante»”*.

10. In una gara pubblica è prevista l'integrazione dell'offerta tecnica e di quella economica?

No, sono possibili solo chiarimenti per sanare eventualmente mere irregolarità formali (cfr. **TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 7 febbraio 2019, n. 138**, per il quale *“nell'ambito di una gara pubblica, anche se non è prevista l'integrazione dell'offerta tecnica e di quella economica, l'amministrazione può intervenire al fine di ottenere chiarimenti in ordine alla documentazione prodotta per sanare eventualmente mere irregolarità formali”*), perché *“secondo consolidata giurisprudenza, l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, nel disciplinare il soccorso istruttorio, esclude che quest'ultimo possa essere utilizzato per integrare l'offerta, circoscrivendone l'utilizzo alle carenze di qualsiasi elemento formale; il soccorso istruttorio, infatti, ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005)”* (cfr., anche, **TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2019, n. 2898**).

11. A chi spetta il giudizio finale sull'anomalia dell'offerta? La valutazione può essere effettuata dal responsabile del procedimento?

Alla stazione appaltante e per essa al responsabile del procedimento (cfr. **Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 869**, per il quale *“una cosa è il giudizio finale (valutazione) sull'anomalia dell'offerta, che spetta effettivamente alla stazione appaltante e per essa al responsabile del procedimento, ed altra cosa è il procedimento di verifica dell'anomalia (che può snodarsi attraverso una serie articolata di fasi, comprensive anche di apprezzamenti e valutazioni tecniche in senso stretto, in relazione alle quali il responsabile del procedimento può procedere alla nomina di una commissione tecnica ovvero può avvalersi degli uffici tecnici dell'amministrazione), dando vita ad una fase istruttoria finalizzata alla formulazione del giudizio finale, con la conseguenza che può ritenersi sufficiente ai fini della legittimità della valutazione di anomalia dell'offerta che la stessa sia adottata dal responsabile del procedimento”*).

Il quadro normativo in merito è stato ben delineato da **TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 13 marzo 2019, n. 3328**: *“sin dal previgente sistema normativo (d.lgs. n. 163/2006 e d.P.R. n. 207/2010) al RUP era infatti riconosciuta la «gestione integrale della procedura di gara, svolgendo egli il fondamentale ruolo di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo idoneo a una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione committente», con la conseguenza che nelle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa doveva riconoscersi a tale figura «il ruolo di 'filtro' tra le valutazioni tecniche della commissione (...) e le scelte della stazione appaltante»; mentre la commissione aggiudicatrice, «organo straordinario» incaricato della valutazione delle offerte («sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto»), nella fase di verifica delle offerte anormalmente basse «ha ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte», ferma restando la possibilità di coinvolgere nuovamente la commissione nel caso in cui «la verifica delle offerte a rischio di anomalia chiami in causa anche l'apprezzamento di elementi dell'offerta tecnica, e quindi richieda anch'essa il possesso di determinate cognizioni e competenze» (così Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36). Non vi sono ragioni per ritenere che la disciplina oggi vigente abbia inteso modificare tale assetto di competenze (l'art. 97, c. 5, d.lgs. n. 50/2016 affida la gestione del subprocedimento di anomalia alla «stazione appaltante» e dunque al soggetto che indice e gestisce la procedura; cfr. art. 3, c. 1, lett. o), d.lgs. n. 50/2016). Ne segue che, come condivisibilmente rilevato dal Ministero, l'integrazione apportata nel 2017 alle linee guida Anac n. 3/16 ha «natura di mero chiarimento» delle indicazioni contenute nell'atto stesso”*.

12. È possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale un'offerta deve essere considerata anomala?

Può essere modesto e comportare altri vantaggi (**Cons. Stato, sez. III, 1° marzo 2018, n. 1278**), non può essere pari a zero. Infatti, *“nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci; in effetti il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; e al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire*

una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 270)" (TAR Campania, Salerno, sez. I, 8 aprile 2019, n. 579).

La sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3833** ha, peraltro, evidenziato che "secondo la giurisprudenza amministrativa, «la stazione appaltante deve (...) accertarsi che l'indicazione di un valore zero non impedisca la valutazione dell'offerta stessa o delle altre offerte presentate dai concorrenti, per esempio, determinando la sostanziale inapplicabilità della formula matematica per il computo del relativo punteggio» (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053). Nel caso di specie, nonostante l'offerta della controinteressata contemplasse una voce pari a 0, la stazione appaltante ha dimostrato di aver correttamente applicato la formula prevista nella lex specialis di gara per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, anche in considerazione dello scarso peso della voce medesima nell'ambito della complessiva offerta, per la quale, del resto, la stessa appellante ha formulato un'offerta pari a soli tre euro. (...) Ai sensi dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, la determinazione dell'amministrazione di procedere alla verifica di anomalia dell'offerta nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla norma è del tutto facoltativa e di natura spiccatamente discrezionale, non soggetta alla sindacabilità del giudice amministrativo se non per le ipotesi di manifesta illogicità ed irragionevolezza, caso che non ricorre nella fattispecie in questione, in ragione della marginalità della voce dell'offerta economica per la quale la controinteressata ha offerto 0 nell'ambito dell'offerta complessiva".

13. Nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione?

Per giurisprudenza consolidata nelle gare pubbliche, "quando il sistema di selezione delle offerte è basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e, soprattutto, sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici, ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione; nel caso invece di offerta selezionata con il criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è ammessa la possibilità di presentare varianti; in ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, è consentito alle imprese di proporre le variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio" (TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 marzo 2019, n. 3806).

14. In fase di giustificazioni, è possibile modificare i costi per la sicurezza?

Con riferimento specifico alla modifica dei costi per la sicurezza nelle gare pubbliche vige il divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni, e, in particolare, vige il divieto della sostanziale revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, tuttavia, il giudizio sull'anomalia postula un

apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e nel contraddittorio procedimentale afferente al relativo segmento procedurale, sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, ferma restando la sua strutturale immutabilità; cfr. **TAR Campania, Napoli, sez. IV, 23 gennaio 2019, n. 356**, per il quale *“La giurisprudenza ammette che in materia di verifica dell'anomalia delle offerte, non sono a priori inammissibili le modifiche delle giustificazioni ovvero le giustificazioni sopravvenute, come pure le eventuali compensazioni tra sottostime e sovrastime. Tale possibilità resta, tuttavia, condizionata al fatto che l'offerta risulti nel suo complesso equilibrata ed affidabile (TAR Campania, Napoli, sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 5841)”*.

15. La mancata indicazione degli oneri della sicurezza comporta comunque l'esclusione dalla gara con divieto di soccorso istruttorio?

Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 3 del 24 gennaio 2019 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale se il diritto dell'Unione europea osti a una disciplina nazionale quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del Codice dei contratti pubblici italiano in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. “soccorso istruttorio”.

16. Il RUP può avvalersi di esperti esterni per un supporto tecnico nel giudizio di congruità?

La giurisprudenza ha più volte ritenuto che *“il RUP è l'organo titolare della competenza a condurre il sub-procedimento di verifica e può avvalersi di esperti non appartenenti all'Ente per meglio formulare il proprio giudizio tecnico sulla congruità delle offerte, purché tali soggetti si limitino a prestare attività di consulenza e di assistenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 6765/2008)”* (**Consiglio di Stato, sez. III, 30 agosto 2018, n. 5088**).

17. La mancata apposizione della data sul provvedimento che definisce il giudizio di verifica ne comporta l'illegittimità?

No; come afferma **TAR Toscana, sez. I, 21 maggio 2019, n. 739**, *“secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, la mancanza della data non costituisce vizio invalidante del provvedimento, ma mera irregolarità (TAR Molise, 27 settembre 2007, n. 675)”*.

18. Quando a seguito di giudizio un'offerta sia dichiarata anomala e il rinnovato giudizio di anomalia venga nuovamente dichiarato illegittimo, la stazione appaltante potrà ripeterlo per la terza volta?

In merito, segnaliamo la sentenza del **TAR Piemonte, sez. I, 31 dicembre 2018, n. 1386**, per il quale *“avendo la stazione appaltante già esercitato per due volte lo stesso potere sullo specifico profilo di anomalia dell'offerta avente ad oggetto il costo del lavoro, non vi sia più spazio per un'ulteriore valutazione. Le esigenze di celerità che sottendono il rito accelerato per i contratti pubblici e l'effettività della tutela degli ope-*

ratori economici imposta dall'ordinamento europeo, unitamente al principio di buona fede procedimentale e processuale, obbligano la stazione appaltante ad esplicitare in modo esaustivo le proprie ragioni. (...) Pertanto, ove il rinnovato giudizio di anomalia venga nuovamente dichiarato illegittimo, la stazione appaltante non potrà ripeterlo per la terza volta, per cui il Collegio ritiene di dover annullare l'atto di aggiudicazione (...) e di disporre il superamento della fase procedurale di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Afferma il Collegio che la insostenibilità dell'offerta accertata in sede giudiziale non può più essere rimessa in discussione, senza timore di invadere la sfera di riserva del potere amministrativo che la stazione appaltante, pur essendo stata messa in condizioni di riesercitare, non ha riesercitato in maniera soddisfacente e corretta evitando di disporre quegli accertamenti istruttori che la Sezione è stata costretta a disporre con la verificazione. A tal fine, utilizzando i poteri di cui all'art. 74 c.p.a., il Collegio richiama il precedente di questo Tribunale, sezione II, n. 304 dell'8 marzo 2018".

6. La relazione geologica (Avv. Ornella Cutajar)

1. In una procedura di appalto integrato di progettazione e lavori sussiste l'obbligo di indicare un geologo tra i progettisti in sede di gara e di corredare l'offerta tecnica con la relazione geologica?

Dipende dalla natura delle prestazioni affidate all'appaltatore, laddove cioè queste implicino una modificazione sostanziale delle previsioni progettuali formulate dalla stazione appaltante. Al riguardo segnaliamo la sentenza del **Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2019, n. 1412**, per la quale *“la più recente giurisprudenza di questa Sezione, superando il precedente contrario orientamento interpretativo, ha affermato che i concorrenti ad una procedura di appalto integrato di progettazione e lavori devono allegare al progetto esecutivo presentato in sede di gara la **relazione geologica solo se contenente integrazioni o modifiche alla corrispondente relazione facente parte del progetto definitivo posto a base di gara**. Solo in tal caso, l'esclusione conseguente alla mancata allegazione della relazione specialistica è determinata dalla carenza di un elemento essenziale dell'offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 65; Cons. St., sez. V, 28 agosto 2017, n. 4080; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2016, n. 4553; Cons. St. sez. V, 17 febbraio 2016, n. 630). L'obbligo di indicare un geologo tra i progettisti in sede di gara e di corredare l'offerta tecnica con la relazione geologica dipende, quindi, dalla natura delle prestazioni affidate all'appaltatore, laddove cioè queste implicino una modificazione sostanziale delle previsioni progettuali formulate dalla stazione appaltante ed in tal caso l'esclusione conseguente alla mancata allegazione della relazione specialistica è determinata dalla carenza di un elemento essenziale dell'offerta (non dalla mera carenza formale della relazione)”*; cfr. anche **Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430**: *“l'obbligo di indicare un geologo tra i progettisti in sede di gara e di corredare l'offerta tecnica con la relazione geologica dipende, in concreto, dalla natura delle prestazioni affidate all'appaltatore, laddove cioè queste implicino una modificazione sostanziale delle previsioni progettuali formulate dalla stazione appaltante e a condizione che la relativa necessità sia espressamente prefigurata nelle regole operative di gara. Depone in questo senso l'esigenza che la determinazione degli obblighi progettuali e documentali imposti dalle stazioni appaltanti ai concorrenti siano chiaramente definiti nei documenti di gara e che a tali soggetti non siano addossati oneri che le prime, nell'ambito della loro discrezionalità e sulla base del grado di dettaglio della progettazione a base di gara, delle caratteristiche delle opere e delle migliorie consentite, hanno ritenuto non necessari”*.

2. In una gara che ha ad oggetto l'affidamento di servizi di verifica di vulnerabilità sismica dei fabbricati la relazione geologica costituisce elemento essenziale dell'offerta dove la redazione della relazione geologica non rientra tra le prestazioni oggetto dell'affidamento?

Non costituisce elemento essenziale, secondo quanto afferma **Anac, delibera 20 dicembre 2017 (dep. 17 gennaio 2018), n. 1336 (PREC 138/17/L)**: *“l'orientamento della giurisprudenza (Consiglio di Stato, 21 aprile 2016, n. 1595 e Consiglio di Stato, 20 luglio 2016, n. 3285) e dell'Autorità (delibera n. 583 del 18 maggio 2016 e delibera n. 615 del 7 giugno 2017) secondo cui la relazione geologica rientra tra gli elaborati progettuali che compongono il progetto esecutivo anche in assenza di esplicita previsione del bando in tal senso e anche nel caso di insussistenza di modifiche rilevanti dal punto di vista geologico tra la progettazione definitiva posta a base di gara e quella di livello esecutivo oggetto di offerta tecnica – fondato sul combinato disposto del comma 1 dell'art. 35 del d.P.R. 207/2010 («il progetto esecutivo prevede almeno le medesime relazioni specialistiche contenute nel progetto definitivo») e del comma 1, lett. a) dell'art. 26 dello stesso d.P.R. 207/2010 (secondo cui il progetto esecutivo deve necessariamente comprendere – inter alia – la relazione geologica) – trova applicazione nel caso di appalti di servizi di progettazione, con riferimento alla progettazione esecutiva; (...) la gara in epigrafe non è una gara di progettazione ma ha ad oggetto servizi di verifica di vulnerabilità sismica dei fabbricati e che la redazione della relazione geologica non rientra tra le prestazioni oggetto dell'affidamento (...) la lex specialis di gara non richiede la presenza della figura professionale del geologo; (...) le indagini diagnostiche e geognostiche, rientranti nell'oggetto della gara, sono attività specialistiche di supporto alla progettazione che, a differenza della relazione geologica, possono essere oggetto di subappalto (art. 91, comma 3, d.lgs. n. 163/2006); (...) non è legittima l'esclusione degli operatori economici che non hanno incluso un geologo tra i soggetti che svolgeranno il servizio oggetto della gara”.*

3. È consentito il subappalto della relazione geologica?

No, vi è un espresso divieto, secondo quanto prescrive l'articolo 31, comma 8, d.lgs. 50 del 2016: negli *“incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento”* *“l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche”.*

In merito si legga quanto stabilito da Anac:

Linee guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria” (delibera 14 settembre 2016, n. 973 aggiornata al d.lgs. n. 56 del 2017 con delibera 21 febbraio 2018, n. 138, e ulteriormente aggiornata con delibera 15 maggio 2019, n. 417)

(...)

3. Divieto subappalto relazione geologica

3.1. Un terzo elemento di base è quello previsto dall'art. 31, comma 8, del Codice, per il quale **non è consentito il subappalto della relazione geologica**, che non comprende, va precisato, le prestazioni d'opera riguardanti le indagini geognostiche e prove geotecniche e le altre prestazioni specificamente indicate nella norma. Conseguentemente, la stazione appaltante deve assicurare:

a) l'instaurazione di un rapporto diretto con il geologo mediante l'avvio di una procedura finalizzata alla

sua individuazione che preceda o accompagni l'avvio della procedura finalizzata all'individuazione degli altri progettisti, ovvero

b) la presenza del geologo all'interno della più complessa struttura di progettazione, quale componente di una associazione temporanea, associato di una associazione tra professionisti quale socio/amministratore/direttore tecnico di una società di professionisti o di ingegneria che detenga con queste ultime un rapporto stabile di natura autonoma, subordinata o parasubordinata, quale dipendente oppure quale consulente con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua, iscritto all'albo professionale e munito di partita IVA, che abbia fatturato nei confronti del soggetto offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, nei casi indicati dal d.m. 2 dicembre 2016, n. 263. Si ritiene che le stazioni appaltanti possano ammettere queste ultime modalità anche con riferimento ai professionisti e alle associazioni tra professionisti. Tanto deriva dalla necessità di garantire la indispensabile presenza del geologo in ogni livello della progettazione e di prevenire quindi eventuali subappalti indiretti della relazione geologica, oltre che dall'esigenza di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo a tale progettista specialista.

4. Il divieto di subappalto della relazione geologica sussiste anche nell'ipotesi di affidamento di un servizio relativo a indagini strutturali e analisi statica di edifici?

La posizione dell'Anac è espressa con **delibera 13 settembre 2017, n. 9844, Prec. 122/17/S.**

Anac ritiene che in tal caso non sussista, perché, tenuto conto dei casi previsti dall'articolo 31, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 *"il richiamo al divieto di subappalto (anche come disciplinato dalla previgente normativa di cui al d.lgs. 163/2006) risulta incongruo per la tipologia del servizio richiesto"*.

5. È possibile introdurre cause di esclusione non collegabili univocamente alla *lex specialis* allo scopo di integrare la documentazione tecnica con una relazione geologica?

No, come ha evidenziato la sentenza del **TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 27 maggio 2019, n. 519**, per il quale *"nella fattispecie il documento di specifica tecnica dei servizi prevede all'interno della progettazione esecutiva una relazione geotecnica, e non vi sono elementi che impongano di leggere questa previsione come riferita a una relazione geologica. Nel ricorso, del resto, non è evidenziato alcun rapporto di pregiudizialità necessaria tra un approfondimento geologico e i lavori oggetto di progettazione. Si deve quindi ritenere che ai concorrenti fosse effettivamente richiesta una relazione geotecnica, la quale non è di competenza dei soli geologi, implicando anche valutazioni ingegneristiche e di coordinamento con le scelte progettuali. Poiché non è possibile introdurre cause di esclusione non collegabili univocamente alla *lex specialis*, neppure allo scopo di integrare la documentazione tecnica con una relazione geologica (v. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5364), si deve ritenere che l'ammissione alla gara del RTP controinteressato sia stata, sotto questo profilo, corretta"*.

7. Il cronoprogramma (Arch. Raimondo Calvelli)

1. La produzione del cronoprogramma costituisce elemento essenziale in un appalto di forniture?

No e vediamo perché.

Il cronoprogramma assume specifica valenza e funzionalità in un appalto di lavori, perché tipico appalto di durata e articolato in diverse fasi e sub-fasi, dall'allestimento del cantiere al collaudo dell'opera, in particolare:

- **individua “il dettaglio dell'organizzazione dei mezzi d'opera e delle risorse umane impegnate nelle diverse componenti dell'opera” (Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612);**
- **verifica i tempi e i costi delle lavorazioni (TAR Puglia, Bari, sez. I, 26 luglio 2017, n. 861, per il quale “il cronoprogramma inoltre, non localizza necessariamente i giorni festivi, poiché trattasi di un elaborato teorico utile ad individuare la sequenza logica delle lavorazioni, il loro andamento ed il tempo necessario alla loro esecuzione”;** TAR Sicilia, Catania, sez. I, 15 ottobre 2018, n. 1952; Cons. Stato, sez. VI, 24 aprile 2018, n. 2495);
- **verifica “le modalità di svolgimento delle lavorazioni sotto il profilo temporale” (TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1020; TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 10480 del 30 ottobre 2018) e solo in tal caso “assurge ad elemento essenziale dell'offerta rappresentando impegno negoziale sul rispetto della tempistica delle singole fasi lavorative e certificando la serietà della complessiva offerta contrattuale, almeno in relazione ai tempi di esecuzione” (TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 giugno 2018, n. 7237);**
- **verifica il corretto svolgimento dei lavori (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 17 ottobre 2018, n. 2322) e la sospensione per attività di interesse pubblico durante l'esecuzione dell'opera (cfr. I. SAVELLI, Direzione Lavori/2. Sospensione cantiere, contabilità e SAL: le indicazioni del MIT, in Edilizia e Territorio, 31 gennaio 2018);**
- **verifica “le modalità di svolgimento delle lavorazioni in riferimento alle proposte migliorative” (TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 259; TAR Campania-Napoli, sez. I, 18 novembre 2016, n. 2519);**
- **verifica il rispetto della disciplina sulla sicurezza sui luoghi di lavoro (TAR Toscana, sez. II, 12 novembre 2018, n. 1475);**
- **verifica “le scansioni interne delle attività di progettazione, da fornirsi con il cronoprogramma e che assolve alla funzione di coordinamento delle operazioni con gli uffici del Comune” (G. FERRARI, I. TARANTINO, Cronoprogramma e progettazione esecutiva, commento a TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2012, n. 199, in Urb. e App., 2012, 5, p. 602 ss.).**

La produzione del cronoprogramma non ha alcuna valenza nell'appalto di forniture anche nell'ipotesi in cui sia prevista dal bando di gara, perché si tratta di rapporto ad esecuzione istantanea (TAR Puglia, Bari, sez. I, 4 marzo 2019, n. 339).

Di qui la risposta negativa al quesito.

2. Il cronoprogramma è elemento necessario in quale tipo di appalto?

Nelle sole ipotesi di appalto volto anche alla progettazione esecutiva. **Anac, con parere di precontenzioso 21 gennaio 2015, n. 5 (PREC 224/14/S-L)**, al riguardo, richiama “quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, ad esempio TAR per la Sicilia, sezione distaccata di Catania, sez. IV, sent. n. 880 del 27 marzo 2013, che riconosce il cronoprogramma quale elemento astrattamente necessario da corredare all'offerta nelle sole ipotesi di appalto volto anche alla progettazione esecutiva, tuttavia ritenendo che dello stesso si possa prescindere con apposita motivata determinazione del responsabile del procedimento”.

3. Il cronoprogramma costituisce elemento essenziale dell'offerta? L'eventuale mancata produzione comporta l'esclusione dalla gara?

L'allegazione del cronoprogramma, necessaria al fine di illustrare sotto il profilo temporale (tale dovendo necessariamente essere il contenuto di un “cronoprogramma”) le modalità di svolgimento delle lavorazioni in riferimento alle proposte migliorative e, altresì, per rappresentarne i criteri qualitativi e gli elementi necessari per valutare le relative capacità realizzative delle società partecipanti, **costituisce un documento essenziale dell'offerta**. Pertanto, **la sua carenza non è emendabile mediante il potere di soccorso istruttorio**, rappresentando impegno negoziale sul rispetto della tempistica delle singole fasi lavorative e certificando la serietà della complessiva offerta contrattuale, almeno in relazione ai tempi di esecuzione. Quindi, **ove il cronoprogramma sia stato previsto non solo formalmente ma, soprattutto, sostanzialmente quale elemento imprescindibile per la valutazione della serietà dell'offerta** dalla sua mancata allegazione può legittimamente farsi discendere la sanzione dell'esclusione dell'impresa concorrente inadempiente (TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 259).

G. FERRARI, I. TARANTINO, *Cronoprogramma e progettazione esecutiva*, commento a TAR Lazio, Latina, sez. I, 8 marzo 2012, n. 199, in *Urb. e App.*, 2012, 5, 602, scrivono che “**il limite dell'immodificabilità dell'offerta, della perentorietà del termine per la sua presentazione ed in generale non può tradursi in una lesione della regola della par condicio, che informa tutte le procedure di confronto competitivo**. Data la premessa, da essa la giurisprudenza del giudice amministrativo fa discendere il divieto di modificare, con la produzione di documenti e chiarimenti, gli elementi costitutivi dell'offerta, sulla quale si effettua la valutazione e si attribuisce il punteggio (CGA Sicilia, sez. giurisd., 28 luglio 2006, n. 478; Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2005, n. 624). Inoltre l'integrazione postuma può avere ad oggetto la sola documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione, e non già il contenuto negoziale dell'offerta tecnica, giacché altrimenti si verificherebbe un'impropria rimessione in termini dell'offerente, consentendogli di rimediare tardivamente alle carenze della sua proposta tecnica ed infrangendo in tal modo il principio di imparzialità, che impone di trattare senza discriminazioni i concorrenti, nel rispetto delle scadenze e delle procedure predisposte ex ante con il bando di gara (TAR Lazio, sez. III, 9 dicembre 2010, n. 35952)”.

4. L'Anac ha individuato delle ipotesi concrete in cui la produzione del cronoprogramma non risulti essenziale?

Sì; prendiamo il **parere di precontenzioso Anac n. 78 del 23 aprile 2014 (PREC 12/14/L)**, dove l'essenzialità del cronoprogramma è esclusa dalla formulazione del disciplinare di gara, che attribuisce il punteggio massimo con riferimento **esclusivo al ribasso percentuale sul tempo per l'esecuzione dei lavori senza che vi siano riferimenti al cronoprogramma**.

5. Se la disciplina di gara prevede l'allegazione del cronoprogramma per errore di natura formale (ad esempio derivante da un refuso), la mancata allegazione comporta l'esclusione?

La risposta dipende dal tipo di appalto e se dal complesso della disciplina possa desumersi che l'allegazione del cronoprogramma in realtà non costituisca elemento essenziale. Abbiamo avuto ad esempio un caso concreto di recente definito dalla sentenza del **TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 339 del 4 marzo 2019**, che ha valutato irrilevante il refuso contenuto in un disciplinare di gara di forniture di arredi scolastici che richiedeva per errore formale l'allegazione del cronoprogramma. Il TAR ha evidenziato *"che tutte e tre le concorrenti in gara hanno offerto di eseguire la fornitura nel tempo minimo di 48/60 giorni prescritto dalla lex specialis; che la formula prevista dall'art. 17 del disciplinare di gara per l'attribuzione dei 5 punti relativi all'offerta temporale sembra **fondata – esclusivamente – sul ribasso temporale in giorni, ciò rendendo, di fatto, ininfluenza il cronoprogramma contestato ai fini del punteggio finale**"* (ordinanza n. 463 del 6 dicembre 2018, che ha rigettato l'istanza cautelare nel ricorso promosso dalla seconda classificata).

6. Un cronoprogramma dettagliato contenuto nell'offerta tecnica dal quale si desumono elementi dell'offerta economica è legittimo?

L'Anac ha dato risposta negativa nel **parere di precontenzioso n. 711 del 24 luglio 2018 (PREC 153/18/L)**, perché *"il cronoprogramma è un fattore automatico ed in quanto tale deve essere conosciuto esclusivamente al momento della valutazione degli elementi dell'offerta economica, a tutela del principio di segretezza"*.

Nel caso specifico, *"il concorrente ha inserito nell'offerta tecnica la tavola grafica che scandisce la sequenza temporale delle lavorazioni: per ciascuna delle undici fasi individuate è indicata la durata in giorni, la data di inizio e di fine lavori e l'articolazione settimanale, per un tempo totale di esecuzione di 340 giorni a fronte dei 400 giorni previsti dal bando. Ciò ha posto la commissione nella condizione di conoscere un aspetto significativo dell'offerta economica in una fase della procedura di gara dedicata alla valutazione dell'offerta tecnica e tale circostanza è di per sé idonea, ancorché in termini di ipotetica possibilità, a condizionare il processo valutativo della commissione in ordine all'offerta tecnica (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 825 e sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287; parere n. 151 del 9 settembre 2015)"*.

Non solo. L'Anac ricorda che nei documenti di gara la stazione appaltante aveva chiaramente raccomandato di tenere separate le informazioni che attengono ai due elementi dell'offerta.

Il parere è quindi a favore dell'amministrazione che ha escluso l'impresa. *"È conforme alla normativa di settore – conclude l'Anac – l'operato della stazione appaltante che ha escluso l'impresa dalla gara per aver inserito la riduzione temporale nella busta relativa all'offerta tecnica"*.

8. Soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

(Arch. Raimondo Calvelli)

Premessa: normativa di riferimento

Normativa europea

Direttiva 2014/24/UE

Considerando n. 14: *“la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, **a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare.** Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e **altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza**”.*

Art. 19, comma 1: *“Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.*

Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto di cui trattasi”.

Art. 80, comma 2: *“L'ammissione alla partecipazione ai concorsi di progettazione non può essere limitata:*

- *al territorio di un solo Stato membro o a una parte di esso;*
- *dal fatto che i partecipanti, secondo il diritto dello Stato membro in cui si svolge il concorso, debbano essere persone fisiche o persone giuridiche...”.*

Normativa interna di attuazione

Decreto legislativo 50/2016

Art. 3, comma 1, lett. p): definisce “«operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”.

Art. 3, comma 1, lett. vvvv): si definiscono “servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici” i “servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell’articolo 3 della direttiva 2005/36/CE”.

Art. 46, comma 1: “1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria:

- a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura:** i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, gli archeologi;
- b) le società di professionisti:** le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;
- c) società di ingegneria:** le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;
- d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri,** costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d);**
- f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria,** anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura.
(...).”

D.m. Infrastrutture e Trasporti n. 263 del 2 dicembre 2016

Distingue i professionisti:

- “professionisti singoli o associati”,
- “società di professionisti”,

- “società di ingegneria”,
- “raggruppamenti temporanei”,
- “consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria e dei GEIE”,

ponendo per ciascuno di essi l’obbligo di inserire ed indicare, nell’organigramma, i soggetti impiegati per funzioni professionali e tecniche.

Proponiamo di seguito una tabella riassuntiva dei soggetti ammessi alle gare per l’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria:

- Persone fisiche che rendono tali servizi a titolo professionale
- Società di ingegneria o comunque società costituite tra simili professionisti con finalità di lucro costituite ai sensi del Libro V del codice civile italiano
- Gruppi europei di interesse economico, ovvero raggruppamenti temporanei o consorzi stabili, costituiti comunque tra società di ingegneria o società regolate dal Libro V del codice civile italiano con finalità di lucro.

Vediamo ora le questioni emerse nella giurisprudenza.

1. Gli enti diversi da quelli indicati dall’articolo 46 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 possono essere ammessi a partecipare alle gare per l’affidamento di “servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”? In particolare, sono esclusi gli enti che non hanno scopo di lucro, come le fondazioni, regolate dal Libro I del codice civile?

La risposta è negativa alla luce del quadro normativo esposto in Premessa:

- **natura speciale dell’art. 46 del d.lgs. n. 50 del 2016:** il concetto di “operatore economico” è più circoscritto rispetto alla norma generale di cui all’articolo 45 dello stesso d.lgs.;
- **il decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti n. 263 del 2 dicembre 2016** omette di indicare i requisiti che dovrebbero possedere gli enti senza scopo di lucro. Tale omissione preclude a questi enti la partecipazione ad una gara, poiché con riferimento a tali enti le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di stabilire quali siano le professionalità che l’operatore economico deve dimostrare di possedere nell’organico, e con quali specifiche responsabilità.

La questione interpretativa è stata rimessa alla Corte di Giustizia europea dal TAR Lazio, Roma, sez. I, con l’ordinanza del 28 febbraio 2019, n. 2644: *“Se il combinato disposto del considerando n. 14 e degli articoli 19, comma 1, e 80, comma 2, della direttiva 2014/24/UE ostino ad una norma come l’art. 46 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, a mezzo del quale l’Italia ha recepito nel proprio ordinamento le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, che consente ai soli operatori economici costituiti nelle forme giuridiche ivi indicate la partecipazione alle gare per l’affidamento dei «servizi di architettura ed ingegneria», con l’effetto di escludere dalla partecipazione a tali gare gli operatori economici che erogano tali prestazioni facendo ricorso ad una diversa forma giuridica”.*

2. L’articolo 46, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 50 del 2016 è rilevante in merito all’individuazione dei requisiti di capacità tecnica necessari per poter essere ammessi ad una gara?

No, e vediamo perché.

Normativa europea sull'individuazione dei requisiti di capacità tecnica

Direttiva 2014/24/UE

Articolo 58, par. 4: *“le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”, potendo “esigere, in particolare, che (...) dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza. (...)”.*

Art. 60, par. 4: *“Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate con uno o più mezzi di cui all'allegato XII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi”; l'all. XII, parte II, lett. a), punto i), dir. cit., indica tra i relativi “mezzi di prova” l’“elenco dei lavori eseguiti negli ultimi (...) anni”, “corredato di certificati di corretta esecuzione e buon esito dei lavori più importanti”.*

Fattispecie

Bando di gara che in una procedura avente a oggetto *“Redazione del progetto esecutivo ed esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova scuola secondaria di primo grado degli Istituti Alfa e Beta”*, nell'ambito di un'attività di ricostruzione post-sisma, prevedeva che la capacità tecnica dei progettisti dovesse essere dimostrata non attraverso i servizi di progettazione svolti in passato, ma attraverso i lavori realizzati sulla base dei progetti da essi redatti.

Concorrente ammesso, quindi, alla gara pur non avendo comprovato in sede di presentazione dell'offerta i lavori realizzati, sostenendo poi nel successivo ricorso promosso contro la sua ammissione che *“l'art. 46 n. 50/2016 avrebbe ormai equiparato i «committenti pubblici e privati» (ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), richiedendo soltanto la prova dell'avvenuto espletamento del servizio e non della successiva esecuzione delle opere progettate”.*

La risposta del TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 30 marzo 2018, n. 3570 (che ha ritenuto illegittima l'ammissione del concorrente) è stata la seguente: *“l'art. 46, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 non è rilevante in punto di individuazione dei requisiti di capacità tecnica, limitandosi a delimitare la platea dei soggetti «ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria» (includendo tra i “prestatori” di detti servizi i professionisti, singoli o associati, le società tra professionisti e quelle di ingegneria, i consorzi, i GEIE e i «raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura»); né è consentito ricorrere al soccorso istruttorio, tenuto conto della chiara formulazione delle norme di gara e della sanzione escludente ivi esplicitamente prevista (giòva ribadire che il rigore di questa disciplina si spiega con l'«importanza» dell'appalto desumibile dalla peculiare natura del suo oggetto, venendo in rilievo, come già osservato, la realizzazione di un edificio scolastico nell'ambito di attività di ricostruzione post sisma)”.*

3. Un professionista incaricato della progettazione può valersi di sostituti o collaboratori?

La risposta è positiva sulla base dell'**art. 2232 del c.c.**, dove è prescritto, che *“il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto”*, così sancendo il carattere rigorosamente personale della prestazione resa ed il contestuale divieto del suo esercizio in una forma collettiva impersonale, ma che *“può*

tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione”.

In tal senso, resta fermo il principio che “«nel caso in cui il professionista si avvalga, nell'espletamento dell'incarico, della collaborazione di sostituti, ai sensi dell'art. 2232 c.c., gli eventuali contatti tra il cliente e questi ultimi, in assenza di uno specifico mandato in loro favore, non generano un nuovo rapporto professionale, ma restano assorbiti nel rapporto tra committente e professionista incaricato» (cfr., Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 1847” (TRGA Trento, sez. unica, 11 marzo 2010, n. 83).

4. L'articolazione di un concorrente in RTP in una gara per l'affidamento di servizi di architettura ed ingegneria da chi può essere formata?

La risposta è contenuta nelle Linee guida Anac n. 1, secondo cui l'articolazione del concorrente in RTP potrà essere formata da tutti i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1, lettere da a) a d) ma anche comprendere i soggetti di cui alla lettera f) del medesimo comma. **I requisiti finanziari e tecnici dovranno essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento.**

5. Se più società di ingegneria, per fusione, costituiscono una nuova società, la nuova società può valersi dei requisiti delle società preesistenti?

Sì, e vediamo perché.

Secondo AVCP, parere sulla normativa 18 gennaio 2009, n. AG-18/09, “l'art. 2501 c.c. contempla due diverse modalità operative dell'istituto:

- **fusione mediante costituzione di una società nuova**, in cui due o più società distinte si estinguono per costituirne una nuova (c.d. fusione in senso stretto);
- **fusione per incorporazione**, in cui una società (incorporante) rimane in vita ed assorbe le altre (incorporate) che, quindi, si estinguono (c.d. fusione per incorporazione).

Gli effetti dell'operazione si producono dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione: la nascita di una nuova società oppure l'incorporazione di una società in un'altra. L'effetto costitutivo di una nuova società si avrà solo nel primo caso, mentre ai sensi dell'art. 2504-bis c.c., la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione.

Il breve excursus della disciplina codicistica illustrata consente, dunque, di ritenere che, in caso di fusione mediante costituzione di nuova società ai sensi dell'art. 2501 c.c., (...), trattandosi di estinzione delle precedenti società e di costituzione di una nuova compagine, con apposita (nuova) iscrizione nel registro delle imprese, a norma del codice civile e, quindi, con attribuzione di una nuova partita IVA ovvero del codice fiscale (...), una società in tal modo costituita, pertanto, sembra soddisfare il requisito richiesto dalla suindicata norma del Codice, affinché la stessa possa **avvalersi nei primi tre anni dalla costituzione, per la partecipazione a procedure di affidamento di incarichi tecnici, dell'esperienza dei soggetti ivi indicati**”.

6. In cosa si realizza l'attività di partecipazione di un giovane professionista nell'ambito di una ATI che concorre ad una gara di appalto di progettazione?

Risponde TRGA Trentino-Alto Adige, Trento, 2 novembre 2018, n. 242: ***“In tema di obbligo di partecipazione di un «giovane professionista» nell'ambito di un'ATI che partecipa ad una gara di appalto di progettazione ai sensi dell'articolo 4 del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n. 263 di data 2 dicembre 2016 (Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) è necessario che detta partecipazione sia effettiva. La norma in questione, infatti, fra i requisiti di idoneità professionale richiesti in capo ai concorrenti, stabilisce – per la parte qui di interesse – che «ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 48 del codice, per i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui all'articolo 46, comma 1, lettera e) del codice i requisiti di cui agli articoli 2 e 3 devono essere posseduti dai partecipanti al raggruppamento. I raggruppamenti temporanei, inoltre, devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza, quale progettista». La norma, rivestente finalità promozionale per consentire la maturazione di una significativa ed adeguata esperienza professionale al giovane professionista, va interpretata ed applicata in termini rigorosi, conformemente alla dizione letterale («quale progettista») e, pertanto, per l'attività partecipativa del giovane professionista nell'ambito dei raggruppamenti temporanei affidatari dei servizi di architettura e ingegneria, va intesa come previsione della sottoscrizione del progetto o comunque dalla effettiva partecipazione del giovane professionista allo specifico servizio di progettazione, non potendosi invece ammettere che il rispetto della norma regolamentare possa essere garantito dalla partecipazione del giovane professionista alla diversa attività di direzione lavori, misura e contabilità, dato che queste attività professionali non possono equivalere, coincidere o sovrapporsi con l'attività di progettazione, ed anzi seguono – in successione – la fase progettuale”***.

Bibliografia ragionata

(a cura di Ornella Cutajar e Carla Ragionieri)

Acquisti sotto soglia e Legge di bilancio 2019

S. BIANCARDI, *Il regolamento degli acquisti sotto soglia di beni e servizi*, II ed., e-book, Rimini, Maggioli, febbraio 2019

Decreto Sblocca cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modifiche dalla l. 14 giugno 2019, n. 55)

- M. ALESIO**, *Decreto Sblocca-cantieri: seria semplificazione o modesto "ritorno al passato"?*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 3 maggio 2019
- S. BIANCARDI**, *Servizi e forniture: manuale per la gestione degli appalti sopra e sotto soglia comunitaria*, XII ed., Rimini, Maggioli, 2019
- E. D'ARCHIVIO**, *Sblocca cantieri: le modifiche introdotte al Codice degli Appalti*, in *Altalex*, 30 aprile 2019
- A. DI RUZZA, A. PEPE**, *L'avvalimento e il subappalto nel nuovo Codice dei contratti pubblici dopo il Decreto Sblocca Cantieri: è un vero cambio di passo?*, in www.appaltitalia.it, 24 aprile 2019
- G. FERRARO**, *Sblocca cantieri: le criticità connesse alla c.d. inversione procedimentale*, in www.appaltiecontratti.it, 7 maggio 2019
- M. GENTILE**, *Decreto "sblocca-cantieri": prime riflessioni sulle modifiche all'articolo 80*, in www.appaltiecontratti.it, 26 aprile 2019
- M. GIUSTINIANI, F. CARINGELLA**, *Il Codice dei contratti pubblici al suo terzo tagliando: riforma della riforma o restaurazione?*, in www.italiappalti.it, 21 giugno 2019
- M. GIUSTINIANI, P. FONTANA**, *L'abrogazione del rito processuale super-accelerato ad opera del decreto "sblocca-cantieri": ratio, ricadute pratiche, osservazioni critiche e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *ItaliAppalti*, 29 maggio 2019
- M. GRECO**, *Il decreto legge "sblocca" (o blocca?) cantieri d.l. 18 aprile 2019, n. 32*, in www.appaltiecontratti.it, 29 aprile 2019
- M. LIPARI**, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni (art. 120, commi 2-bis e 6-bis del c.p.a.) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20 giugno 2019
- A. MASSARI**, *Gli appalti pubblici dopo il decreto "sblocca-cantieri" e le altre recenti novità*, Rimini, Maggioli, 2019
- A. MASSERA**, *Il diritto dei contratti pubblici nel breve e nel medio periodo: riflessioni a proposito del c.d. decreto legge Sblocca Cantieri*, in www.appaltitalia.it, 8 maggio 2019

- I. OLIVERI**, *I cantieri non si sbloccano agendo solo sulla fase della gara*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 30 aprile 2019
- E. QUADRI**, *Quale riorganizzazione per il codice degli appalti?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 10 aprile 2019
- V. QUINTALIANI**, *Commento all'art. 1 e 2 del d.l. n. 32 del 18 aprile 2019 "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" relative alle modifiche al codice degli appalti*, in www.appaltiecontratti.it, 29 aprile 2019
- G. ROVELLI**, *Il Decreto Sblocca Cantieri*, in www.appaltitalia.it, 23 aprile 2019
- G. ROVELLI**, *Alcune considerazioni sulla legge di conversione del decreto Sbloccacantieri. Un anticipo di riforma complessiva del Codice?*, in www.italiappalti.it, 18 giugno 2019
- A. SALAMONE**, *Incentivi per funzioni tecniche (art. 113 del codice dei contratti): conseguenze della riformulazione normativa introdotta dal c.d. "decreto sblocca cantieri"*, in www.appaltiecontratti.it, 26 aprile 2019
- G. SORRENTINO**, *Le procedure di gara sottosoglia nel Decreto "Sblocca Cantieri": il nuovo sistema dei controlli "semplificati" per gli acquisti effettuati in modalità telematica*, in www.appaltiecontratti.it, 18 aprile 2019
- S. USAI**, *Decreto sblocca-cantieri: ridefinizione delle soglie dell'art. 36 ed i rapporti tra esclusione automatica e l'interesse transfrontaliero dell'appalto (quale condizione che il RUP ora è tenuto a certificare)*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 7 maggio 2019
- S. USAI**, *Sblocca-cantieri: la prevalenza del criterio del minor prezzo e l'esclusione automatica obbligatoria*, in www.appaltiecontratti.it, 21 maggio 2019
- S. USAI**, *L'affidamento diretto puro e l'affidamento diretto mediato dal confronto tra preventivi (previsto dalla legge di conversione del Decreto Sblocca Cantieri)*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 11 giugno 2019
- S. USAI**, *L'acquisizione di beni e servizi nel provvedimento di conversione del Decreto Sblocca-cantieri*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 18 giugno 2019

Gravi illeciti professionali

- A. AMORE**, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2015 tra Linee guida dell'Anac e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e App.*, 2017, n. 6, pp. 763 ss.
- S. CALDARELLI**, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito" professionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2019, n. 2, p. 149 ss.
- F. CARINGELLA, M. PROTTO**, *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, Dike, 2017, pp. 388 ss.
- V. CIACCIO**, *I "gravi illeciti professionali" alla prova del decreto-legge semplificazioni*, in www.italiappalti.it, 14 gennaio 2019
- M. DI DONNA**, *I cartelli antitrust e l'esclusione dalla gara d'appalto al debutto del nuovo Codice*, commento a TAR Campania, Napoli, sez. IV, 2 gennaio 2017, n. 10, in *Urb. e App.*, 2017, 4, pp. 554 ss.
- M. GIOVANNELLI**, *Esclusione dalla gara per grave inadempimento pregresso*, commento a Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070, in *Urb. e App.*, 2016, 10, pp. 1117 ss.
- G. GUZZO**, *Appalti pubblici - Disciplina, procedura e nuovi profili processuali*, Milano, Giuffrè, 2019
- W. LO NIGRO**, *Informazioni false rese sugli elementi dell'offerta tecnica ed esclusione del concorrente*, commento a TAR Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2017, n. 11161, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, pp. 227 ss.
- G. LOMBARDO, I.A. SAVINI, A. FEZZA**, *Le misure di "self cleaning" tra Codice dei contratti pubblici, le Linee Guida Anac e modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in *Riv. Trim. App.*, 2019, 1, pp. 247 ss.
- G. MARGIOTTA, P.L. PORTALURI**, *Commento all'articolo 80*, in particolare par. 5.3. *Illeciti professionali*, in **R. GAROFOLI, G. FERRARI**, *Codice dei contratti pubblici*, VII ed., Tomo I, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Artt.1-93), Roma, Nel Diritto Editore, 2017, pp. 1348 ss.
- A. MAURO**, *Selezione delle offerte (Artt. 77-82)*, in **M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI** (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 287 ss., qui pp. 317 ss. (par. 4.2.2, *Il comma 5 dell'art. 80*)

- I. MAZZEO, L. DE PAULI**, *Le linee guida dell'Anac in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e App.*, 2018, 2, pp. 155 ss.
- J. NARDELLI**, *I gravi illeciti professionali alla luce delle Linee guida Anac n. 6 del 2016*, in italiappalti.it, 25 settembre 2017
- M. PANI, C. SANNA**, *Reati incidenti sull'attività professionale e necessità di rigorosa motivazione*, commento a Cons. Stato, V, 13 marzo 2017, n. 1141, in *Urb. e App.*, 2017, 4, pp. 479 ss.
- I. SPAZIANI**, *Dichiarazioni ex art. 80, comma 1 e 80, comma 5, lett. c): tra tassatività delle fattispecie di reato e "grave illecito professionale"*, in www.appaltiecontratti.it, 5 febbraio 2018
- I. SPAZIANI**, *Ancora sull'art. 80, comma 5, lett. c): l'AGCM sulla rilevanza degli illeciti antitrust e delle pratiche commerciali scorrette*, in www.appaltiecontratti.it, 28 febbraio 2018
- O. TOSCANO**, *Il margine di discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione del "grave illecito professionale" e la qualificazione delle fattispecie escludenti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) (CGA Sicilia, 30 aprile 2018, n. 252)*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2019, 1, pp. 151 ss.

L'affidamento dei servizi legali

- F.P. BELLO, E. LUPO**, *Incarichi legali della P.A.: la rilevanza della dimensione temporale dell'affidamento nel testo definitivo delle Linee guida Anac n. 12*, in www.appaltitalia.it, 8 gennaio 2019
- G. COLAVITTI**, *L'affidamento dei servizi legali tra codice dei contratti pubblici e linee guida Anac: una probabile violazione del divieto di gold plating*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2019, 1, pp. 47 ss.
- M.C. MANAI**, *La procedura d'incarico a legali esterni per la tutela dell'Ente Locale*, Rimini, Maggioli, 2016
- C. MORELLI**, *Affidamento dei servizi legali: ecco le Linee Guida Anac*, in www.altalex.com, 9 novembre 2018

Commissione di gara

- S. CRESTA**, *Incompatibilità tra ruolo di RUP e di presidente della commissione di gara tra difficoltà interpretative ed incertezze giurisprudenziali*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 16 marzo 2018
- R. IOVINO**, *L'Anac fissa i requisiti dei commissari di gara e le modalità di iscrizione nell'Albo nazionale obbligatorio*, in *Azienditalia*, 2017, n. 3, pp. 351 ss.
- A. LONGO, E. CANZONIERI**, *Pubblicità delle procedure telematiche e sindacato sulle valutazioni della commissione di gara*, commento a sentenza Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990, in *Urb. e App.*, 2017, n. 3, pp. 399-401
- M. MORBIDUCCI**, *Il Consiglio di Stato sull'incompatibilità dei componenti delle commissioni giudicatrici (alcune note in tema di profili sostanziali e processuali)*, commento a Consiglio di Stato, 19 ottobre 2018, n. 5958, in www.appaltiecontratti.it, 3 aprile 2019
- M. NUNZIATA**, *Le novità in tema di commissione di gara*, in **M.A. SANDULLI, N. LIPARI, F. CARDARELLI** (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, cap. XIII, Milano, Giuffrè, 2017
- I. OLIVERI**, *Commissioni di gara: l'iperburocrazia di Codice ed Anac blocca l'efficienza*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 12 luglio 2017
- P. ORETO**, *Codice dei contratti e Commissari di gara: è tutto da rifare?*, in www.lavoripubblici.it, 14 settembre 2018
- S. USAI**, *La Commissione di gara nel nuovo codice degli appalti, le linee guida Anac e la questione delle competenze (prima parte)*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 21 luglio 2016
- S. USAI**, *Le novità delle Linee guida n. 5 in tema di criteri di scelta dei commissari: la questione della nomina della commissione nel sotto soglia comunitario*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 1° dicembre 2016

- S. USAI**, *La Commissione di gara negli enti locali tra (troppe) incompatibilità e dubbi interpretativi*, in www.appaltiecontratti.it, 20 dicembre 2016
- S. USAI**, *La Commissione di gara non può adottare provvedimenti di esclusione*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 31 gennaio 2017
- S. USAI**, *Commissione di gara negli Enti locali: tutti incompatibili*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 13 giugno 2017
- S. USAI**, *Anche il segretario della commissione deve essere esperto nel settore "cui afferisce l'oggetto del contratto"?*, in www.appaltiecontratti.it, 27 luglio 2017
- S. USAI**, *Ancora "cantiere aperto" per le commissioni di gara*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 24 ottobre 2017
- S. USAI**, *Commissioni di gara ad "orologeria"*, in www.appaltiecontratti.it, 26 ottobre 2017
- S. USAI**, *TAR ancora in conflitto tra loro e con l'Anac sulla composizione della Commissione*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 14 marzo 2018
- S. USAI**, *Illegittima la Commissione di gara senza specificare i criteri di nomina*, in *Quotidiano Enti Locali e PA (Sole 24 Ore)*, 26 aprile 2018
- S. USAI**, *La nomina della Commissione di gara nel periodo transitorio fino all'istituzione dell'Albo dei Commissari*, in *Urb. e App.*, 2018, n. 5, pp. 599 ss.
- S. USAI**, *Nuova posposizione dell'entrata in vigore dell'albo dei commissari*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 16 aprile 2019

Verifica di congruità e offerte anomale

- A. LONGO, E. CANZONIERI**, *Sulla doverosità del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*, in *Urb. e App.*, 2019, n. 2, pp. 272 ss.
- D. PULIATTI**, *Soglie di anomalia, verifica della congruità ed esclusione automatica: chiarimenti sull'art. 97 D.Lgs. 50/2016 dopo il d.l. "Sblocca Cantieri"*, in www.appaltiecontratti.it, 13 maggio 2019

Relazione geologica

M.T. DELLA VITTORIA SCARPATI, *La completezza dell'offerta nell'appalto integrato con riferimento alla relazione geologica*, commento a Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1412 del 28 febbraio 2019, in *Appalti&Contratti Imprese*, 27 marzo 2019

Cronoprogramma

S.M. SISTO, *Il cronoprogramma non costituisce elemento essenziale dell'offerta tempo in presenza del ribasso temporale in giorni*, in www.appaltiecontratti.it, 6 aprile 2019

Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

M. PETRULLI, *Aggiornate le Linee guida n. 1 recanti "Indicazioni generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'Ingegneria"*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 12 giugno 2019