

Riflessioni a prima lettura sul nuovo codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo alle novità in tema di sistemi di affidamento, di celebrazione della gara, di requisiti di partecipazione, di criteri di selezione, di aggiudicazione, di autotutela, di risoluzione e di obblighi di trasparenza

a cura di *Francesco Armenante*

Sommario

1.1.	<i>Premesse</i>	5
1.2.	<i>Profili strutturali della procedura di affidamento</i>	6
1.3.	<i>La determina a contrarre</i>	8
1.4.	<i>La procedura negoziata e gli affidamenti diretti</i>	12
1.5.	<i>Le operazioni di gara (principio di pubblicità)</i>	18
1.6.	<i>La segretezza della valutazione delle offerte tecniche</i>	22
1.7.	<i>La tempestività delle operazioni (principio di continuità)</i>	23
1.8.	<i>Verbalizzazione delle sedute e obblighi di trasparenza infragata</i>	25
1.9.	<i>La verifica amministrativa ed i motivi di esclusione</i>	29
1.10.	<i>Gli altri requisiti</i>	37
1.11.	<i>Il nuovo soccorso istruttorio e il D.G.U.E.</i>	40
1.12.	<i>L'avvalimento</i>	43
1.13.	<i>I criteri di selezione delle offerte</i>	46
1.14.	<i>L'anomalia delle offerte</i>	52
1.15.	<i>Il seggio di gara</i>	58
1.16.	<i>La proposta di aggiudicazione</i>	65
1.17.	<i>L'aggiudicazione</i>	66
1.18.	<i>La responsabilità precontrattuale della P.A.</i>	69
1.19.	<i>Forme di giustizia domestica: l'autotutela</i>	72
1.20.	<i>Lo stand still period</i>	78
1.21.	<i>La stipula del contratto e l'esecuzione anticipata</i>	79
1.22.	<i>La forma del contratto</i>	82
1.23.	<i>Il controllo sugli atti delle procedure di affidamento</i>	84
1.24.	<i>La disciplina delle concessioni</i>	86
1.25.	<i>La modifica (oggettiva e soggettiva) del contratto</i>	90
1.26.	<i>Risoluzione e recesso dal contratto d'appalto</i>	94
1.27.	<i>La disciplina dell'accesso</i>	98
1.28.	<i>Gli obblighi di comunicazione</i>	105
1.29.	<i>Gli obblighi di trasparenza (accesso civico e F.O.I.A.)</i>	108
1.30.	<i>Adempimenti successivi all'aggiudicazione.</i>	111
	<i>Bibliografia essenziale</i>	115

1.1. Premesse

La gestione di un procedimento di gara presenta aspetti particolarmente complessi e non sempre definibili in modo univoco.

L'entità del fenomeno è avallata dalla copiosa giurisprudenza pretoria che si rinviene in *subiecta materia*, relativa all'intera procedura di gara e alle singole fasi in cui essa, diacronicamente, può articolarsi. Alcuni di tali orientamenti giurisprudenziali costituiscono, ora, diritto positivo, in virtù di apposite novelle normative; tuttavia, la mancanza di un chiaro paradigma normativo impone all'operatore di ricercare gli indirizzi ermeneutici offerti dal giudice amministrativo.

Del resto, non può revocarsi in dubbio che la giurisprudenza, quale diritto vivente, oltre ad integrare il dettato normativo, riveste un ruolo prevalente rispetto alle posizioni della giuspubblicistica.

Anche la recente codificazione, pur presentando apprezzabili profili di innovazione, soprattutto nell'ottica di una tendenziale semplificazione, non risulta pienamente esaustiva degli istituti ivi trattati, tantomeno può consentire di superare le molteplici criticità che caratterizzano la gestione dell'attività negoziale.

Un sistema articolato di fonti, cui concorrono anche Linee Guida ed atti di indirizzo da parte dell'ANAC e di Organi di Governo, non sembra possa costituire la migliore piattaforma su cui strutturare un'attività semplificata ed agevole da applicare.

Le argomentazioni di seguito svolte consentono di tracciare alcuni percorsi risolutivi delle problematiche più ricorrenti nelle procedure in esame, tenendo conto sia del dettato normativo (anche in un'ottica di comparazione con la precedente disciplina di settore) sia delle c.d. "buone prassi", oltre che dei prevalenti indirizzi giurisprudenziali; il tutto nell'obiettivo di fornire un'analisi della normativa, in un'ottica diacronica, seguendo cioè l'*iter* procedimentale dell'attività negoziale ed analizzando le singole sub-fasi in cui si articola.

Il lavoro non costituisce un commentario del nuovo codice né presume di proporre una trattazione esaustiva e completa, potendo, invece, rappresentare un supporto teorico-pratico, utile in sede di espletamento delle varie attività oltre che per affrontare le questioni maggiormente controverse.

1.2. Profili strutturali della procedura di affidamento

La procedura di affidamento di un contratto o di una concessione pubblica costituisce la prima fase dell'attività contrattuale della P.A.¹.

Tale attività è strutturalmente bifasica: alla fase pubblicistica (che attiene alla selezione del miglior contraente) segue quella privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale².

Gli stessi atti di avvio della procedura di gara rispondono a tale diversa finalità.

Il bando (così come il disciplinare e la lettera di invito) regola la fase pubblicistica di svolgimento della gara, indicando l'oggetto della prestazione richiesta dall'amministrazione, i potenziali concorrenti (ovvero i requisiti di partecipazione), le modalità di partecipazione (e di presentazione delle offerte), le modalità di celebrazione della gara, gli adempimenti in capo all'aggiudicatario.

Diversamente, il capitolato d'appalto costituisce un contratto "in embrione"³, riportando (secondo il tradizionale schema negoziale) i vincoli sinallagmatici (le obbligazioni che saranno assunte dalle parti contraenti).

Anche la giurisprudenza ha rimarcato tale struttura, in special modo in sede di valutazione e apprezzamento dei poteri esercitati (ed esercitabili) da parte della P.A.⁴. In

¹ La tematica è stata, da sempre, oggetto di approfondimenti. Tra le numerose pubblicazioni, si segnalano: BORTOLOTTI D., (voce) *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1989, IV, pp. 36 ss.; VIRGA P., *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971; GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Milano, 1964; GRECO R., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1988; AA. VV., *Commento al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2006; AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; DE NICTOLIS R., *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, 2008; SANINO M., *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008.

² Tale struttura trova precisa definizione nello stesso codice dei contratti, all'art. 30, comma 8, laddove si rinvia alla legge sul procedimento per la prima delle suddette fasi e al codice civile per quella, a valle, privatistica.

³ L'art. 137 del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il Regolamento di esecuzione e attuazione del (precedente ed abrogato) codice dei contratti pubblici, considera il capitolato parte integrante del contratto.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9/10/2015, n. 4684, per il quale: "Anche se, nelle gare di appalti pubblici, il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura – il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando – tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara, in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in

particolare, se nella vicenda pubblicistica l'amministrazione assume le vesti di "stazione appaltante" ed opera mediante atti e provvedimenti di matrice pubblicistica, una volta sorto il vincolo negoziale si è in presenza di "parti contraenti", il cui vincolo sinallagmatico si articola in atti di matrice privatistica.

Nella prima fase, cioè, l'amministrazione deve conformarsi alle regole procedurali che sottendono l'esercizio dei poteri pubblicistici, con l'osservanza (tra l'altro) dell'obbligo di motivazione nelle determinazioni adottate e con il rispetto delle garanzie partecipative in caso di esercizio postumo del potere di riesame.

Nella distinta fase privatistica, gli istituti applicabili (salvo diversa disciplina recata dal codice o dal regolamento) albergano nel codice di diritto comune⁵.

La distinzione rileva anche sul piano processuale.

La giustiziabilità degli atti della fase pubblicistica è rimessa alla cognizione del giudice amministrativo; una volta sorto il vincolo negoziale, le controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria; con l'unica variante che, nel caso di provvedimenti capaci di incidere sull'esito della procedura di gara, anche se temporalmente postumi alla sottoscrizione del contratto (si pensi all'esclusione dell'aggiudicataria che ha prodotto dichiarazioni la cui mendacità emerga solo dopo la conclusione della gara), gli stessi devono comunque rispettare il paradigma pubblicistico.

Sul medesimo crinale, può osservarsi che il concorrente può azionare i meccanismi di giustiziabilità dell'inerzia provvedimentoale (ai sensi dell'art. 117 del d.

attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97. Nel caso in cui sussistano eventuali contrasti interni tra le singole disposizioni della lex specialis tra i vari atti che la compongono (bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto), sussiste nondimeno una gerarchia differenziata tra di essi, con prevalenza del contenuto del bando di gara, potendo le disposizioni del capitolato speciale soltanto integrare, ma non modificare, quelle del bando". Sulla prevalenza del bando rispetto alla lettera di invito, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7/11/2014, n. 5497. Sulla prevalenza del bando rispetto al capitolato, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 5/09/2016, n. 4171.

⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 20/06/2014, n. 14, in cui si sottolinea che: *"La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono".* Principio confermato da Cons. Stato, sez. V, 13/09/2016 n. 3865.

lgs. n. 104/2010⁶) e, quindi, ricorrere al Giudice amministrativo per ottenere la definizione di una procedura avviata e non conclusa; tale rito speciale non è, invece, azionabile nel caso di mancata corresponsione del prezzo (salvo i casi di giurisdizione esclusiva), restando esperibili gli ordinari rimedi per l'adempimento coattivo della prestazione a carico dell'amministrazione (*recte*: della parte) inadempiente.

1.3. La determina a contrarre

La prima fase dell'attività negoziale della pubblica amministrazione corrisponde al procedimento di gara (ad evidenza pubblica), le cui subfasi sono declinate dall'art. 32 del codice (rubricato "*fasi delle procedure di affidamento*")⁷, che riproduce, quasi integralmente, l'art. 11 del d. lgs. n. 163/2006, salvo le novità di seguito evidenziate.

Sulla scorta degli atti di programmazione e di progettazione (tendenzialmente doverosi anche per gli appalti di servizi e forniture, alla stregua degli artt. 31 e ss. del nuovo codice), deve adottarsi la **determina a contrattare**, in cui occorre esternare, oltre che gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, anche le ragioni della scelta di una procedura negoziata (*recte*: la sussistenza dei relativi presupposti), dell'utilizzo del criterio del prezzo più basso⁸, della preferenza per alcuni fattori di ponderazione, dell'individuazione di una marca specifica nell'ambito di una fornitura.

Sempre in tale determina occorre richiamare le attività prodromiche svolte, quale, ad esempio, l'indagine di mercato per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure negoziate di cui all'art. 36 del codice.

Il primo atto esterno/è il bando o avviso⁹, con il quale la stazione appaltante si

⁶ Recante il codice del processo amministrativo.

⁷ Per approfondimenti, *cfr.* BIANCARDI S., *Appalti di servizi e forniture*, Maggioli, 2010; DE NITTIS C., *I contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010.

⁸ Evidenziando ed attestando la sussistenza di una delle tassative ipotesi previste dall'art. 95, comma 4, del Codice per l'utilizzo di tale criterio.

⁹ Nelle more dell'approvazione del *bando-tipo*, **i bandi di gara devono contenere** le informazioni di cui all'Allegato XIV, Parte I, lettera C, tra cui:

1. Nome, numero di identificazione, ove previsto, indirizzo comprensivo di codice NUTS, telefono, fax, posta elettronica e indirizzo Internet dell'Amministrazione aggiudicatrice e, se diverso, del servizio al quale rivolgersi per informazioni complementari.

2. Posta elettronica o indirizzo Internet al quale i documenti di gara saranno disponibili per l'accesso gratuito, illimitato e diretto. Se l'accesso gratuito, illimitato e diretto non è disponibile

per i motivi illustrati all'art. 74, commi 2 e 3, un'indicazione relativa alle modalità di accesso ai documenti di gara.

3. Tipo di amministrazione aggiudicatrice e principale attività esercitata.

4. Se del caso, l'indicazione che l'amministrazione aggiudicatrice è una centrale di committenza o che è coinvolta una qualsiasi altra forma di appalto congiunto.

5. Codici CPV. Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto.

6. Il codice NUTS del luogo principale per l'esecuzione dei lavori nel caso di appalti di lavori o il codice NUTS del luogo principale di consegna o di prestazione per gli appalti di forniture e di servizi. Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto.

7. Descrizione dell'appalto: natura ed entità dei lavori, natura e quantità o valore delle forniture; natura ed entità dei servizi. Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto. Eventualmente, una descrizione di qualsiasi opzione.

8. Ordine di grandezza totale stimato dell'appalto o degli appalti; se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto.

9. Ammissione o divieto di varianti.

10. Tempi di consegna o di fornitura di beni, lavori o servizi e, per quanto possibile, la durata del contratto.

11. Condizioni di partecipazione, compreso quanto segue: a) l'indicazione, eventuale, se si tratta di un appalto pubblico riservato a laboratori protetti o la cui esecuzione è riservata all'ambito di programmi di lavoro protetti; b) indicare, in caso se, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, la prestazione del servizio sia riservata a una particolare professione; riferimenti alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in questione; c) un elenco e una breve descrizione dei criteri riguardanti la situazione personale degli operatori economici che possono comportarne l'esclusione e dei criteri di selezione; livello o livelli minimi specifici di capacità eventualmente richiesti. Indicazione delle informazioni richieste (autocertificazioni, documentazione).

12. Tipo di procedura di aggiudicazione; eventualmente, motivazione del ricorso alla procedura accelerata (in caso di procedure aperte e ristrette e di procedure competitive con negoziazione).

13. Eventualmente, indicare se: a) si tratta di un accordo quadro; b) si tratta di un sistema dinamico di acquisizione; c) si tratta di un'asta elettronica (in caso di procedure aperte o ristrette o di procedure competitive con negoziazione).

14. Se l'appalto deve essere suddiviso in lotti, indicazione della possibilità per gli operatori economici di presentare offerte per uno, per più e/o per l'insieme dei lotti. Indicazione di ogni possibile limitazione del numero di lotti che può essere aggiudicato ad uno stesso offerente. Se l'appalto non è suddiviso in lotti, indicazione dei motivi, a meno che tale informazione non sia fornita nella relazione unica.

15. In caso di procedura ristretta, procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo o partenariato per l'innovazione, quando ci si avvale della facoltà di ridurre il numero di candidati che saranno invitati a presentare offerte, a partecipare al dialogo o a negoziare: numero minimo e, eventualmente, numero massimo previsto di candidati e criteri oggettivi da applicare per la scelta dei candidati in questione.

16. In caso di procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo o partenariato per l'innovazione, indicare, eventualmente, il ricorso a una procedura che si svolge in più fasi successive, al fine di ridurre gradualmente il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare.

17. Eventualmente, le condizioni particolari cui è sottoposta l'esecuzione dell'appalto.

18. Criteri di aggiudicazione dell'appalto o degli appalti. Salvo nel caso in cui l'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del solo prezzo, i criteri che determinano l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro ponderazione vanno indicati qualora non figurino nel capitolato d'oneri ovvero, nel caso del dialogo competitivo, nel documento descrittivo.

rivolge agli operatori economici, invitandoli a partecipare, alla stregua delle modalità (temporali, formali e procedurali) ivi dettate (da ciò la definizione di *lex specialis*).

Per quanto concerne i sistemi di scelta del contraente (ovvero, come recita l'art. 32, comma 3, "la selezione dei partecipanti"), la nuova nomenclatura del codice (artt. 59 e ss.) tratta delle procedure aperte¹⁰ (già asta pubblica), di quelle ristrette¹¹ (già licitazione privata), di quelle negoziate (vere e proprie trattative private) e di altre assolutamente innovative (quali, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione).

In tale fase procedimentale assumono rilievo gli adempimenti concernenti la pubblicazione degli atti indittivi della gara, in special modo per le procedure ordinarie.

La disciplina è dettata dagli artt. 72 e ss. del Codice, in virtù dei quali si impone la pubblicazione del bando sulla GUCE (per le sole gare di importo sopra soglia), oltre che (successivamente e nel medesimo testo) sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, secondo gli indirizzi che dovranno essere dettati con apposito decreto del M.I.T., d'intesa con l'ANAC (entro sei mesi dall'entrata in vigore del codice).

Nelle more, fino alla data indicata nel predetto Decreto, gli avvisi e i bandi devono essere pubblicati anche nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti (art. 73, comma 4)¹².

19. Termine ultimo per la ricezione delle offerte (procedure aperte) o delle domande di partecipazione (procedure ristrette e procedura competitiva con negoziazione, sistemi dinamici di acquisizione, dialogo competitivo, partenariati per l'innovazione).

20. Indirizzo al quale le offerte o le domande di partecipazione sono trasmesse.

21. In caso di procedure aperte: a) periodo di tempo durante il quale l'offerente è vincolato alla propria offerta; b) data, ora e luogo di apertura delle offerte; c) persone autorizzate ad assistere alle operazioni di apertura.

22. Lingua/e utilizzabile/i nelle offerte o nelle domande di partecipazione. (...) Altre informazioni.

¹⁰ Alle quali possono prendere parte tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti prescritti, nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando.

¹¹ Per le quali, ad una prima fase durante la quale gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando, segue quella durante la quale alle imprese che ne abbiano fatto richiesta (salvo il ricorso alla "forcella") e che siano in possesso dei requisiti prescritti, viene trasmessa la lettera di invito nella quale sono previsti i termini per la presentazione delle offerte.

¹² Alla luce di quanto prevede l'art. 36, comma 9, del Codice i bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5, del

Fino alla medesima data, le spese per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario, entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione; gli effetti giuridici di cui al comma 5, del citato articolo 73, continuano a decorrere dalla pubblicazione sulla GURI.

Invece, nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nei partenariati per l'innovazione e nelle procedure competitive con negoziazione, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto (mediante la c.d. lettera di invito¹³), di norma con procedure telematiche, i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte, a negoziare o, nel caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo (art. 75, co. 1).

Nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara [di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) e c), e all'art. 63 del Codice], gli operatori economici selezionati vengono invitati, di norma, a mezzo *pec* o, se non è possibile, con lettera; gli inviti devono contenere gli elementi della prestazione richiesta (art. 75, comma 3).

citato articolo. Fino alla data di cui all'articolo 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori.

¹³ L'invito deve contenere tutti gli elementi che consentono di formulare un'offerta informata e dunque seria. L'invito dovrebbe dunque almeno contenere:

- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato;
- b) i requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara o, nel caso di operatore economico selezionato da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali è stato inserito nell'elenco;
- c) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- d) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;
- e) il criterio di aggiudicazione e, nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;
- f) la misura delle penali;
- g) l'indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;
- h) l'eventuale richiesta di garanzie;
- i) il nominativo del RUP.

All'invito dovrebbero essere allegati lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti.

1.4. La procedura negoziata e gli affidamenti diretti

La scelta della procedura da adottare presuppone un'apposita motivazione qualora si deroghi al principio della più ampia partecipazione.

Tanto avviene, principalmente, in caso di ricorso alla procedura negoziata, posto che, da un lato, la procedura aperta e quella ristretta costituiscono sistemi ordinari, dall'altro, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e la procedura competitiva con negoziazione presuppongono circostanze specifiche e puntuali.

In vigore della precedente legislazione di settore, si è sottolineato che il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando è consentito nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure ordinarie; le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono in ogni caso essere imputabili alle stazioni appaltanti¹⁴.

In particolare, è stato considerato legittimo l'affidamento diretto di un impianto sportivo pubblico in via temporanea, in quanto nel relativo provvedimento si era evidenziato che *“tale affidamento si è reso necessario per evitare di far fronte a costi non sostenibili derivanti dal pericolo di un'eventuale <<non gestione>> della struttura per un tempo apprezzabile e non predeterminabile, con connessa evidente alta probabilità di danni che all'ente sarebbe potuta derivare dall'eventuale danneggiamento degli impianti”*¹⁵.

Diversamente, è stato ritenuto illegittimo l'affidamento diretto, *“genericamente motivato con riferimento alla risoluzione del contratto con il precedente affidatario e alla conseguente urgenza di procedere all'emissione dei ruoli volontari e coattivi, posto che le ragioni della risoluzione contrattuale erano riferibili alla stessa P.A.”*¹⁶.

Recependo anche tali indirizzi, ai sensi del nuovo codice, alla **procedura negoziata** può farsi ricorso nelle ipotesi dettate dall'art. 63 o in quelle dettate dall'art. 36 del codice (già “cottimo fiduciario”).

¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 30/04/2014, n. 2255.

¹⁵ È quanto statuito da Cons. Stato, sez. V, 03/02/2016, n. 413.

¹⁶ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 09/04/2015, n. 2041; nel caso di specie la scelta di risolvere il contratto con la società ricorrente e di affidarlo, senza gara, ad altra società era interamente imputabile alla stazione appaltante.

Le ipotesi di cui all'art. 63 sono tassative e di stretta interpretazione, concernendo (*breviter*) l'ipotesi di una gara deserta, dell'assenza di concorrenzialità e dell'estrema (e qualificata) urgenza. Nel dettaglio il ricorso alla procedura in esame è consentito:

1. qualora, all'esito di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata alcuna domanda o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata¹⁷;
2. qualora i lavori, le forniture o i servizi possano essere forniti unicamente da un determinato operatore economico, per le seguenti ragioni:
 - lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
 - la concorrenza è assente per motivi tecnici;
 - la tutela dei diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale;
3. quando, per ragioni di **estrema urgenza** derivanti da eventi **imprevedibili** dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁸, i termini per le procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Accanto alle suindicate ipotesi, applicabili a tutte le procedure negoziali, vengono annoverate altre riguardanti i soli appalti di forniture¹⁹, i soli appalti di servizi²⁰, i casi di

¹⁷ Un'offerta non è appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'Amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati in sede di gara. Una domanda non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'art. 80 del Codice o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'Amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 83.

¹⁸ Deve trattarsi, cioè, di un'emergenza qualificata non derivante da ritardi o inadempienze della P.A..

¹⁹ Nel comma 3 della norma in commento si prevede la possibilità del ricorso alla procedura negoziata:

- qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o sviluppo;
- per consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, che comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate (la durata di tali contratti non può superare i 3 anni);
- per forniture quotate e acquisite sul mercato delle materie prime;
- per forniture e servizi acquistate a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale e nel limite del triennio successivo alla stipulazione del contratto d'appalto iniziale, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto posto a base di gara²¹ e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'art. 59, comma 1.

Le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la procedura negoziata, individuano gli operatori economici da consultare sulla base delle informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica, finanziaria, tecniche e professionali desunte dal mercato, e ne selezionano almeno cinque (su tale profilo, si veda ampiamente *infra*).

Viene selezionato, quindi, l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica sul possesso dei requisiti per l'affidamento di contratti di pari importo mediante procedura aperta, ristretta o competitiva con negoziazione.

L'art. 36 del codice consente il ricorso alla procedura negoziata per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie, come fissate nell'art. 35, ripartendoli in due macro-categorie:

- a) quelli fino a € 40.000,00;
- b) quelli ricompresi tra tale soglia e quella comunitaria (anche se per i lavori è fissata la soglia massima di € 1.000.000,00 per il ricorso a tale procedura).

Ebbene, per la prima delle citate ipotesi è consentito l'affidamento diretto, purché adeguatamente motivato.

Per gli affidamenti di cui alla lett. b), invece, si impone una procedura negoziata con invito ad almeno cinque operatori (o dieci in caso di affidamento di lavori di importo ricompreso tra 150 mila ed 1 milione di euro, come previsto dalla lett. c).

Nel precedente codice la disciplina era dettata dall'art. 125, concernente il c.d. cottimo fiduciario, che prescriveva, al riguardo, oltre al limite quantitativo (del rispetto

²⁰ L'utilizzo di tale procedura è consentita qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso (in tale ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati).

²¹ Il progetto posto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura negoziata è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'art. 35.

delle soglie) anche uno qualitativo ovvero la riconducibilità della prestazione in affidamento ad una di quella ivi previste o indicate nel regolamento dei contratti (*recte*: nel provvedimento) dell'Amministrazione procedente.

Il nuovo codice, invece, subordina l'applicazione di tali tipologie di affidamenti al solo limite quantitativo, fermo restando il rispetto dei principi generali di cui all'art. 30 del codice oltre che di quello di rotazione, richiamato nel comma 1 dell'art. 36.

Principiando dagli affidamenti diretti, deve premettersi che gli stessi si sono prestati, da sempre, a fenomeni distorsivi, stante il regime di fiduciarietà che li caratterizzava; con la conseguenza che la scelta dell'affidatario risultava disancorata da qualsiasi tipo di indagine o di adeguata istruttoria e motivata da ragioni metagiuridiche.

Il profilo maggiormente critico era insito nella ripetitività degli affidamenti a favore dello stesso operatore, che, oltre a godere di una rendita di posizione, spuntava prezzi significativamente vantaggiosi, beneficiando dell'assenza di competizione.

I fenomeni sono risultati allarmanti a seguito dell'aumento (da 20 a 40 mila euro) della predetta soglia, oltre che per il moltiplicarsi di affidamenti di importo di poco inferiore al limite massimo, giustificati non dall'effettivo valore della prestazione bensì dall'opportunità di avvalersi di una procedura semplificata e "libera".

Per tale ragione, il nuovo codice, nel sottolineare che tale affidamento deve essere sorretto da un'adeguata motivazione, sembra aver inteso rafforzare i limiti ad un affidamento meramente fiduciario ed arbitrario, sottolineando la necessità del rispetto di alcuni principi generali ad esso sottesi.

In tale ottica, le Linee guida dell'ANAC rese in *subiecta materia* (n.4 del 26 ottobre 2016) hanno sottolineato l'esigenza di comprovare, in sede di adozione delle determinazioni di affidamento, oltre il rispetto dei requisiti per contrarre con la P.A. (tra cui l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 ed il requisito di idoneità professionale quale l'iscrizione alla Camera di commercio o all'Albo), anche l'osservanza di alcuni criteri "guida", tra cui:

- a) l'*efficacia*, intesa quale idoneità della prestazione a perseguire l'interesse pubblico sotteso all'avvianda attività negoziale, con preclusione alla fissazione di caratteristiche (quali-quantitative) superflue o non necessarie ma che abiliterebbero ad un'impropria deroga alla concorrenza;
- b) l'*economicità*, intesa quale congruità del prezzo pattuito e corrisposto, al fine di

evitare che lo stesso sia “imposto” dall’operatore economico affidatario (la cui posizione rafforzata è favorita dall’assenza di competitori), rendendosi, all’uopo, necessaria un’apposita indagine di mercato, con l’acquisizione di almeno due preventivi o con la consultazione di cataloghi specializzati (da acquisire a corredo della determina di affidamento);

- c) la *rotazione*, insita nella necessità di rivolgersi ad operatori diversi da quelli beneficiari di analoghi incarichi²², anche al fine di evitare che la sommatoria dei plurimi affidamenti possa favorire un raggirò delle predette soglie, imponendosi una motivazione stringente e puntuale nel caso in cui si intenda confermare l’affidatario uscente (ad esempio, evidenziando la non agevole reperibilità di altro operatore, la correttezza dello stesso in sede di esecuzione della precedente prestazione e le vantaggiose condizioni prestazionali dallo stesso garantite).

Vi è da dire che nel parere reso dalla Commissione consultiva speciale del Consiglio di Stato, in sede di adozione delle Linee guida sugli affidamenti in esame, si è sottolineata l’opportunità, mediante l’adozione di un’apposita norma regolamentare da parte delle Amministrazioni procedenti, di stabilire un’ultima soglia (ivi si propone di 1.000 euro) per la quale i predetti profili motivazionali possono regredire rispetto all’esiguità degli importi da sostenere.

Per quel che concerne, invece, le procedure negoziate (ad inviti) le maggiori criticità attengono alla scelta degli invitati, posto che l’operato della stazione appaltante potrebbe tradursi in impropri favoritismi o, addirittura, in raggiri della concorrenza, qualora la platea degli invitati risultasse solo formalmente rispettata (il che potrebbe avvenire in caso di invito rivolto ad operatori collegati tra loro o addirittura fittizi).

Per tale ragione, oltre a rendersi obbligatoria la pubblicazione dell’elenco degli invitati, le Linee guida (e nelle more, l’art. 216, comma 9, del codice) dettano modelli procedurali (o “buone pratiche”) tesi a disciplinare tale subprocedimento, onde evitarne un uso improprio e distorto.

²² Proprio in ragione di tale principio, si è ritenuto legittimo il mancato invito, ad una procedura negoziata *ex* art. 36 comma 2 lettera b) del D.Lgs. n. 50 del 2016 d’importo sotto la soglia comunitaria, della ditta che aveva nell’anno precedente svolto lo stesso servizio (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 04/10/2016 n. 419).

Si prevede, in sintesi, l'utilizzo dell'albo all'uopo predisposto²³ o di elenchi ufficiali²⁴, da cui attingere i nominativi degli invitati.

In alternativa, è possibile pubblicare un apposito avviso (per almeno quindici giorni e sul sito della stazione appaltante) al fine di acquisire le manifestazioni di interesse degli operatori che chiedono di essere invitati.

Ragioni di *favor participationis* rendono auspicabile l'invito ad un numero di operatori maggiore rispetto alla soglia minima fissata dalla norma al fine di garantire un'effettiva competizione, riservandosi, quindi, in sede di avviso, di invitare tutti i concorrenti che ne abbiano fatto richiesta.

Tuttavia, può accadere che gli operatori inseriti nell'elenco o quelli che abbiano riscontrato positivamente l'avviso siano in numero elevato o eccessivo rispetto alla necessità di favorire una procedura semplificata e snella²⁵.

Ebbene, in tal caso, la scelta di quelli da invitare deve seguire criteri di obiettività e imparzialità onde evitare impropri favoritismi; al contempo tale scelta deve garantire (in ossequio a quanto prescrive l'art. 53 del codice) l'anonimato degli invitati, sino alla scadenza del termine previsto per la presentazione dell'offerta.

Per tale ragione, oltre alla possibilità di stilare un'apposita graduatoria in base al fatturato o ai servizi analoghi svolti, la scelta potrebbe avvenire tramite sorteggio pubblico (di cui viene resa nota, con congruo anticipo, la data e il luogo di svolgimento) utilizzando opportuni accorgimenti, onde evitare che in tale sede emergano i nominativi degli invitati (si pensi al sorteggio del numero di protocollo delle rispettive richieste).

Il regime semplificato previsto per tale procedura emerge anche dalla possibilità, all'esito della gara, di controllare il solo aggiudicatario e dalla derogabilità allo *stand still period*, con facoltà di procedere immediatamente, all'esito dei controlli, alla stipula del contratto e all'inizio della prestazione.

²³ Che oltre ad essere periodicamente aggiornato, deve essere aperto, al fine di consentire agli operatori di richiederne l'inserimento in qualsiasi momento.

²⁴ Si pensi agli elenchi degli operatori accreditati dal MEPA o dalle Piattaforme regionali, ovvero iscritti agli Albi professionali.

²⁵ Una criticità potrebbe derivare dal riscontro da parte di un numero di operatori inferiore a quello prescritto dalla norma; in tale ipotesi, oltre a riaprire i termini dell'avviso, sarebbe auspicabile una maggiore pubblicizzazione e diffusione dello stesso, ovvero l'acquisizione di un elenco di possibili concorrenti tra cui selezionare altri operatori, residuando, in mancanza, la sola possibilità del ricorso alla procedura aperta, con pubblicazione del bando.

Resta da avvertire, che la stazione appaltante ha sempre la facoltà di selezionare il contraente con una procedura ordinaria (senza necessità di addurre alcuna motivazione a suffragio di tale scelta).

1.5. Le operazioni di gara (principio di pubblicità)

A fronte dei predetti atti indittivi (*recte*: della pubblicazione del bando e della spedizione degli inviti), gli operatori (interessati) devono inoltrare la documentazione richiesta (concernente l'autocertificazione dei requisiti oltre che la proposta negoziale), nei termini da indicarsi nel bando o nell'avviso, tenendo conto, in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte (inclusa l'ipotesi del preventivo sopralluogo), fatto salvo il termine minimo che, per le procedure aperte, non può essere inferiore a 35 giorni (come previsto nell'art. 60 del Codice, salvo le deroghe ivi contemplate), o a 30 giorni per le procedure ristrette (art. 61), per il dialogo competitivo (art. 64) e per il partenariato per l'innovazione (art. 65).

Segue la fase di selezione, con verifica del possesso dei requisiti morali, professionali, economico-finanziari (artt. 80 e 83) e con comparazione delle offerte dei candidati ammessi (anche previo soccorso istruttorio).

In tale seconda fase assume rilievo il criterio di selezione delle offerte (art. 32, commi 3 e 4), di cui viene ribadita la validità di centottanta giorni.

Su tale profilo, va evidenziato che, mentre nella vigenza della precedente normativa di settore (art.81, comma 2, d.lgs. n.163/2006), la scelta della stazione appaltante - tra il criterio meccanico del prezzo più basso e quello (connotato da maggiori margini di discrezionalità tecnica) dell'offerta economicamente più vantaggiosa - si presentava svincolata da previsioni normative, essendo il frutto di una insindacabile scelta di merito, nel nuovo codice emerge un evidente *favor* per il secondo dei citati criteri, con conseguenziale applicabilità di quello del prezzo più basso nelle sole ipotesi tassativamente previste dall'art. 95, comma 4 (con connesso obbligo di motivarne l'utilizzo in sede di determina a contrarre).

La scelta del criterio di selezione delle offerte incide anche sull'organo chiamato alla celebrazione della gara.

Precisamente, la necessità dell'istituzione di una commissione giudicatrice (secondo le modalità ora dettate dall'art. 77 del Codice) si rinviene nella sola ipotesi di

ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; diversamente, il Seggio di gara è, normalmente, in composizione monocratica con la presenza di due testimoni.

Alla stregua di tale disposizione, è previsto un sistema di qualificazione anche per i Commissari di gara, attraverso l'istituzione di un apposito Albo, gestito dall'ANAC.

Si segnala, tuttavia, che la stazione appaltante può, in caso di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione.

Sono considerate di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58.

In sede di espletamento della procedura ad evidenza pubblica, assumono peculiare rilievo il **principio di pubblicità** e **quello di continuità** delle operazioni di gara.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice risulta abrogata la disposizione di cui al Regolamento di esecuzione e attuazione (d.p.r. n. 207/2010), il cui art. 117 (rubricato "sedute di gara"), richiamato espressamente dall'ultimo comma dell'art. 283 del medesimo Regolamento (relativo alla selezione delle offerte per i contratti di servizi e forniture nei settori ordinari), prescriveva l'indicazione nel bando o nella lettera di invito del giorno e dell'ora della prima seduta pubblica di gara.

Tuttavia, non può addivenirsi alla conclusione che le operazioni di gara possano svolgersi senza tener conto dei suesposti principi, anche in ragione del fatto che l'art. 30 del codice, al comma 1, annovera tra i principi sottesi alle procedure di affidamento anche quello di pubblicità.

Entrambi i principi, infatti, assumono carattere vincolante, dovendo essere applicati a prescindere dalla loro previsione nel bando di gara.

Se ne impone, pertanto, uno specifico approfondimento.

Il **principio di pubblicità** delle sedute di gara trova immediata applicazione in ogni tipo di procedura, indipendentemente da un'espressa previsione da parte della *lex specialis*, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la

fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura²⁶.

Ne consegue che la violazione del principio di pubblicità comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara. Tale effetto "invalidante"²⁷ rende superfluo qualsiasi supporto probatorio a carico di chi ne censuri la violazione, giacché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente tale violazione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ovvero l'alterazione dei plichi), verificabile unicamente attraverso il rispetto della formalità (*id est*: l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

Il principio della pubblicità è, senz'altro, inderogabile in ogni tipo di gara (compresa la procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. b, del c.d.c.), almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura.

Non risulterebbe legittimo, cioè, l'operato della commissione nel caso in cui effettui in seduta pubblica solo l'apertura delle buste contenenti la documentazione, per poi procedere, dopo aver dichiarato chiusa la seduta pubblica, all'apertura delle buste contenenti le offerte (in seduta riservata).

La portata del principio di pubblicità varia, soprattutto, in funzione del fatto che si tratti di procedure di aggiudicazione automatica ovvero di procedure che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa.

Per le prime (in cui trova applicazione il criterio del prezzo più basso), la pubblicità delle sedute è generalmente totale, per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare.

Per le seconde (con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), occorre tener presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione

²⁶ T.A.R. Toscana, sez. I, 29/06/2016, n. 1116; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 14/10/2015, n. 1325; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 03/02/2014, n. 1314; Cons. Stato, sez. V, 27/12/2013, n. 6285.

²⁷ Cons. Stato, sez. V, 25/08/2011, n. 4806, secondo cui la violazione di tale principio integra un vizio del procedimento che comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara.

tecnico-qualitativa dell'offerta, che deve essere effettuata in seduta riservata, per evitare influenze esterne ed improprie circolazioni di informazioni.

Sulla portata di tale principio si segnalano diversi interventi giustiziali.

Si è precisato che la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara determina *ex se* un vizio della procedura, non occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto trattasi di un adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta, lettura del prezzo offerto)²⁸.

Dello stesso tenore è altra decisione²⁹, secondo cui determina l'illegittimità degli atti la circostanza che il seggio di gara, dopo avere esaminato la regolarità della documentazione in pubblica seduta, abbia successivamente e in separata sede (nella specie, a seguito del riconoscimento di un errore materiale) proceduto all'apertura di una busta contenente l'offerta economica presentata da una ditta, senza che, alle relative operazioni, sia stato invitato alcun concorrente.

Per le stesse ragioni si è ritenuta illegittima la riammissione a gara di una ditta (originariamente esclusa per non aver prodotto un documento prescritto), a seguito della riapertura della gara e del rinvenimento del documento mancante, nel caso in cui detta riapertura sia avvenuta in seduta non pubblica e senza aver fornito prova dell'adeguata conservazione degli atti di gara³⁰.

Non vi è stata unanimità di interpretazioni, invece, in ordine al rispetto del principio di pubblicità anche per l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica.

All'orientamento che riteneva vincolante il principio in esame per le sole fasi dell'apertura della documentazione amministrativa e dell'offerta economica³¹, si

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 18/03/2004, n. 1427.

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 16/03/2005, n. 1077.

³⁰ Cons. Stato, sez. IV, 11/10/2007, n. 5354.

³¹ Si è ritenuto (Cons. Stato, sez. V, 13/10/2010, n. 7470) che tale principio sia derogabile dalla *lex specialis*, la quale, ove trattasi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più

contrapponeva la posizione di chi sosteneva l'inderogabilità del principio per tutte le fasi di verifica dell'integrità dei plichi, quindi anche relativamente all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Considerata la necessità di fornire indirizzi interpretativi unitari, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, con l'ordinanza della V sez. del Consiglio di Stato, n. 2987 del 17 maggio 2011.

In sede di definizione di tale problematica, la Plenaria³² ha ritenuto che il principio di pubblicità trova applicazione anche per l'apertura delle offerte tecniche, posto che anche tale operazione costituisce passaggio essenziale per l'esito della gara e, quindi, deve essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti.

Sul piano normativo, l'art. 12 del d.l. n. 52/2012, convertito dalla l. 6 luglio 2012 n. 94, nel recepire quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, ha stabilito, tra l'altro, che la regola dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica vale «... anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012 ...».

1.6. La segretezza della valutazione delle offerte tecniche

A temperare la portata del principio di pubblicità concorre quello della **segretezza** nella valutazione delle offerte tecniche (attività da espletarsi in seduta riservata).

La portata vincolante di tale principio è frutto dell'esigenza di garantire che le offerte tecniche vengano valutate prima della conoscenza di quelle economiche. Diversamente, la verifica delle offerte economiche prima di quelle tecniche comporterebbe una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità, in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consentirebbe di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di

vantaggiosa, ben può prevedere (oltre la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica), che tanto sia effettuato, per esigenze di economicità della procedura, previa apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa. Secondo tale orientamento, l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche.

³² Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 13.

trattamento e tale possibilità, ancorché eventuale, inficerebbe la regolarità della gara.

Come più volte evidenziato, anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse; risulta così doverosa l'esclusione di una impresa che inserisca nell'offerta tecnica il computo metrico estimativo corredato dai relativi prezzi, rendendo così esplicito, sin da tale fase, l'offerta economica³³.

1.7. La tempestività delle operazioni (principio di continuità)

Altro principio di portata generale è quello di **continuità della gara**, la cui osservanza comporta la concentrazione delle operazioni in un'unica seduta o, al massimo, in poche sedute successive, per ragioni di celerità della procedura e per evitare, nelle more, alterazioni di equilibri e ruoli; in altre parole, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute della commissione devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità.

In particolare, l'esame delle offerte tecniche ed economiche deve essere concentrato in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione.

Anche tale principio deve osservarsi a prescindere da una espressa previsione nel regolamento di gara; anche tale principio, tuttavia, è suscettibile di deroghe.

In special modo, ove si verifichino circostanze impeditive alla concentrazione delle attività (derivanti da un numero elevato di proposte, dalla necessità di procedere alla loro regolarizzazione, dalla complessità delle operazioni da compiersi) è possibile derogare all'unicità della seduta ed aggiornare le operazioni a sedute immediatamente successive³⁴.

Vuol dirsi che il **principio di continuità e di concentrazione** della gara può essere eccezionalmente derogato nel caso del verificarsi di situazioni particolari, che

³³ Cons. Stato, sez. V, 8/09/2010, n. 6509; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2/09/2014, n. 1053.

³⁴ Per una deroga legittima al citato principio, si veda T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 26/11/2003, n. 705; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 23/07/2013, n. 1725.

obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in un'unica seduta.

Tra queste possono annoverarsi la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare; in tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte³⁵.

In mancanza di tali obiettive condizioni devono ritenersi illegittime le operazioni di una gara di appalto nel caso in cui, in violazione del principio di continuità delle operazioni, sia intercorso un lungo ed inammissibile intervallo tra due sedute di gara (in cui la commissione ha proceduto all'apertura di tutte le offerte tecniche ed all'avvio del loro esame - nella prima - ed al completamento dell'esame ed all'attribuzione di tutti i punteggi - nella seconda) e nel caso in cui nessuna garanzia emerga dagli atti di gara in ordine alla conservazione dei plichi durante tale lungo lasso di tempo, tale da assicurarli da eventuali manomissioni, non essendovi traccia, nei verbali, della chiusura adeguata dei plichi ovvero del loro affidamento ad un soggetto responsabile della loro custodia, né, nel verbale di ripresa delle operazioni, della constatazione della loro integrità³⁶.

È stata ritenuta illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui risultava che i lavori della commissione giudicatrice si erano protratti per molto tempo (nella specie per circa quindici mesi, a volte con lunghi intervalli tra una seduta e l'altra) ed era stato dato atto, soltanto, che tutta la documentazione di gara unitamente alle offerte presentate dai concorrenti, durante i periodi di sospensione della gara, era stata custodita presso i locali dell'Ente, senza peraltro precisare se i plichi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) fossero stati risigillati o comunque richiusi in modo adeguato, così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione³⁷.

³⁵ Sulla potestà tendenziale del principio in esame, *cfr.* Cons. Stato, sez. V, 27/05/2014, n. 2752; *id.*, sez. III, 1/09/2014, n. 4449; *id.*, sez. III, 25/02/2013, n. 1169.

³⁶ In termini, Cons. Stato, sez. V, 23/11/2010, n. 8155.

³⁷ Cons. Stato, sez. V, 21/05/2010, n. 3203, in cui si è aggiunto che l'illegittimità rilevata non poteva essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione di gara sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione e che, comunque, anche tale cautela non soddisfa le richiamate esigenze, in mancanza della prova di sigillatura delle buste. Sull'illegittimità di una procedura di durata eccessiva, *cfr.* T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 26/11/2014, n. 808.

In senso analogo, sono stati ritenuti illegittimi gli atti e le operazioni di una procedura di gara, nel caso in cui nei verbali non erano state indicate le concrete cautele osservate dalla commissione ai fini della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche³⁸.

A temperare il rigore di tale interpretazione si è evidenziato che l'eventuale difetto di custodia delle buste contenenti le offerte, dopo la loro apertura, va sostenuto da elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata in concreto la sottrazione o la sostituzione dei plichi, o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura; onde è da ritenere inammissibile la censura della mancata custodia, dopo l'apertura di dette buste, in difetto di elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata una conseguente sottrazione o la sostituzione dei plichi o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara.

Precisamente, secondo l'Adunanza Plenaria, n. 8 del 3 febbraio 2014: *“Sia il codice dei contratti pubblici che il regolamento di attuazione non recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento delle operazioni di conservazione della documentazione di gara tra una seduta e l'altra. In assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale - salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni, cui la commissione deve rigorosamente attenersi - non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento l'omessa indicazione nel verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva”*³⁹.

1.8. Verbalizzazione delle sedute e obblighi di trasparenza infragata

Le operazioni di gara vengono riprodotte nel verbale, la cui natura di atto pubblico (facente fede fino a querela di falso) ne impone una redazione puntuale e circostanziata.

Il seggio di gara ha l'onere di un resoconto esplicito, sia pure sintetico, da riportare nel verbale relativo alle singole fasi in cui la stessa gara si è articolata, in modo

³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 23/06/2011, n. 3803.

³⁹ Principio ribadito, tra l'altro, da Cons. Stato, sez. V, 14/10/2014, n. 5060.

da garantire l'individuazione delle ragioni dello sviluppo ed andamento della stessa, fino all'aggiudicazione finale. Ciò in applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità cui deve attenersi l'amministrazione nell'espletamento delle singole operazioni di gara, ivi compresa quella di ammissione delle imprese partecipanti.

A differenza del precedente codice (che dettava un'apposita disposizione, art. 78, relativa alla redazione dei verbali), il d.lgs. n. 50/2016 nulla prevede al riguardo.

In ogni caso, la verbalizzazione costituisce lo strumento attraverso il quale un organo amministrativo (nella specie il seggio di gara) dà conto della propria attività, attraverso la fedele e puntuale rappresentazione delle operazioni compiute, onde consentire la verifica della correttezza delle attività di scrutinio, rifluendo la regolarità della procedura nella legittimità dell'atto conclusivo dei singoli subprocedimenti di cui si compone la gara, a cominciare dalla preliminare fase attinente l'accertamento della ritualità delle domande e del possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione dei partecipanti, fino al procedimento valutativo delle offerte ed all'aggiudicazione⁴⁰.

Sotto l'aspetto contenutistico la verbalizzazione delle singole sedute deve necessariamente tener conto di tre circostanze e, segnatamente:

- a) l'articolazione delle sedute (data, numero e orario)⁴¹;
- b) la regolare composizione dell'organo, in ciascuna di esse;

c) la sufficiente descrizione delle attività valutative compiute, e ciò in misura direttamente proporzionale all'ampiezza della discrezionalità tecnica disponibile, anche al fine di verificare il rispetto del principio secondo cui in materia di gare d'appalto gli elementi di valutazione aventi carattere automatico (offerta economica) devono essere esaminati dopo gli elementi comportanti valutazioni discrezionali (offerta tecnica)⁴².

Del resto, la verbalizzazione delle sedute (ivi incluse quelle riservate) oltre a costituire la forma necessaria di tutti gli atti collegiali (che, in mancanza, non potrebbero dirsi giuridicamente esistenti), opera sul piano della prova e rappresenta una "tutela" anche per l'amministrazione procedente impedendo, a chi intenda contestarne

⁴⁰ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 24/05/2004, n. 4854.

⁴¹ Per una puntuale distinzione dei casi in cui le lacune dei verbali possono assumere effetto invalidante, anche in riferimento all'orario di inizio e di chiusura della seduta nonché per quanto concerne le modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte negli intervalli tra le varie sedute, Cons. Stato, sez. V, 22/02/2011, n. 1094.

le risultanze, di allegare - salvo l'esperimento vittorioso della querela di falso avanti al giudice ordinario - come non avvenuto un fatto positivamente documentato⁴³.

In tale ottica, assume rilievo l'indicazione dei presenti, in special modo se trattasi di rappresentanti di una impresa, posto che, alla luce di alcuni pronunciati, tale presenza integra gli estremi della piena conoscenza degli atti adottati, ai fini del decorso dei termini per l'impugnazione⁴⁴. Una puntualizzazione è doverosa.

Il verbale, pur essendo un atto pubblico che fa piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che costui attesta essere avvenuti in sua presenza, non fa fede delle valutazioni da lui compiute, né esclude la possibilità di errori in tali operazioni⁴⁵.

Sotto l'aspetto propriamente redazionale si è detto che la **verbalizzazione unica riferita a più sedute** non è di per sé illegittima, a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi; in ogni caso, sul giudicante grava sempre l'obbligo di verificare, previo esame della fattispecie concreta, se la verbalizzazione unica e differita abbia determinato un *vulnus* apprezzabile degli interessi in gioco⁴⁶.

Alla stregua di analoghi presupposti argomentativi, si è ritenuto legittimo il verbale di gara che dava atto dell'avvenuta effettuazione delle operazioni di apertura dei plichi, ricomprendendovi anche la verifica della loro integrità, in quanto la sinteticità della formula utilizzata nel verbale, per descrivere lo svolgimento di tale attività, non è stata ritenuta idonea a viziare l'intera procedura, non dovendo il seggio di gara

⁴² In termini, T.A.R. Piemonte, sez. II, 14/04/2003, n. 598.

⁴³ Cons. Stato, sez. V, 16/11/2005, n. 3166.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. V, 19/04/2007, n. 1800, evidenza che in tale ipotesi gli interessati hanno l'esatta cognizione degli elementi essenziali del provvedimento - autorità emanante, oggetto, effetti - sufficienti a fornire la consapevolezza dell'incidenza dell'atto nella loro sfera giuridica e della lesività dello stesso.

⁴⁵ Così, Cons. giust. amm. reg. siciliana, 13/11/2005, n. 353.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 18/03/2010, n. 1589; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12/09/2013, n. 8257. In senso conforme si è espresso anche il T.A.R. Veneto, sez. I, 9/02/2011, n. 220, che ha ritenuto legittimo l'accorpamento in un unico atto della verbalizzazione di varie sedute della commissione ed anche la sua redazione non contestuale al compimento delle operazioni di gara.

verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte⁴⁷.

In tale sede merita menzione un'ulteriore novità del nuovo codice dei contratti, concernente l'**obbligo di trasparenza** e quello di tempestiva informazione ai concorrenti, entrambi funzionali alla riduzione del contenzioso, in special modo di quello teso a perseguire l'interesse strumentale alla rinnovazione delle operazioni di gara o concernente l'ammissione a gara dei concorrenti.

In particolare, alla stregua dell'art. 29 del codice, si impone in capo all'amministrazione procedente di pubblicare, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali (comma 1, secondo periodo).

Tale adempimento è funzionale alla decorrenza del termine (di trenta giorni) per la loro impugnazione, di cui all'articolo 120 del codice del processo amministrativo.

Devono, inoltre, essere pubblicati la composizione della commissione giudicatrice e i *curricula* dei suoi componenti (comma 1, terzo periodo).

A suffragio, l'art. 76 del Codice, al comma 3, sancisce che: *“Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”*.

Lo *ratio legis* è di notiziare immediatamente gli interessati delle determinazioni assunte in ordine alla verifica dei requisiti di ammissione e in riferimento alla nomina della commissione di gara. Cosicché, se è vero che il mancato rispetto di tale adempimento o del termine ivi previsto non inficia la legittimità delle decisioni assunte e dei provvedimenti adottati, è altresì vero che una tempestiva pubblicizzazione dei suddetti dati consente alla P.A. di sottrarsi a contenziosi promossi a valle del procedimento di gara e che, in alcune ipotesi, mirano solo al rinnovo della procedura, essendo promossi da concorrenti che non vantano alcuna *chance* di aggiudicazione.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, n. 7470/2010, cit..

L'effetto sterilizzante deriva dalla circostanza che un concorrente sarebbe costretto ad impugnare la nomina della commissione (ove ritenuta illegittima) ovvero l'ammissione di altro operatore, in una fase in cui non è possibile svolgere altra valutazione in ordine alla convenienza e all'opportunità del rimedio giustiziale, potendo esso (all'esito della gara) rivelarsi inutile⁴⁸ o addirittura sfavorevole⁴⁹.

Con la conseguenza che può ipotizzarsi (considerati altresì i costi previsti per la materia in esame) una drastica riduzione delle impugnative, in special modo ove l'aggiudica intervenga oltre trenta giorni dalle predette comunicazioni, con l'effetto dell'inoppugnabilità delle decisioni assunte, anche qualora risultassero viziate.

Trattasi, vale osservarlo, di una previsione che alimenta forti dubbi di costituzionalità, anche perché si pone in contrasto con basilari canoni processuali, quali la sussistenza dell'interesse a ricorrere (indispensabile condizione dell'azione), non agevole da riscontrare nelle suddette fattispecie (posto che non potrebbe apprezzarsi alcun interesse concreto ed attuale in caso di impugnativa promossa in fase iniziale).

Un dato sembra certo: l'assolvimento di tale obblighi è idoneo ad arrecare indubbi vantaggi alla P.A. in termini di riduzione del contenzioso.

1.9. La verifica amministrativa ed i motivi di esclusione

La stipula del contratto con la P.A. impone la preliminare ed inderogabile verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti di carattere generale, ora declinati nell'art. 80 del codice dei contratti.

Il rilievo di tale previsione è stato ribadito sia in sede giustiziale⁵⁰, sia dall'ANAC con le citate Linee Guida⁵¹ n. 4 del 2016

⁴⁸ In caso di impugnazione dell'ammissione di un candidato la cui offerta potrebbe risultare postergata a quella del ricorrente.

⁴⁹ Si pensi all'ipotesi dell'impugnazione della nomina della commissione da parte della ditta che poi si aggiudichi la gara.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 8 del 20/07/2015, secondo cui nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. In termini, anche Cons. Stato, sez. V, 13/09/2016 n. 3866.

⁵¹ Allorquando si ribadisce l'indefettibilità dell'accertamento di cause di esclusione anche nelle ipotesi di affidamento diretto o di ultima soglia.

Per tale ragione, dopo aver verificato l'integrità e la tempestività dei plichi, il Seggio di gara procede alla c.d. verifica amministrativa, con lo scrutinio dei requisiti.

La precedente norma di settore (*id est*: art. 38 del d.lgs. n. 163/2006) ha alimentato molteplici criticità applicative, soprattutto in ordine alla portata di alcuni di quelli ivi indicati.

Il nuovo codice, con una previsione in parte diversa e maggiormente puntuale, consente di superare alcune delle pregresse difficoltà, introducendo anche nuove fattispecie, seppur non tutte di agevole lettura.

In via preliminare, valga precisare che detti requisiti possono suddividersi in due distinti gruppi: quelli oggettivi (che attengono all'azienda) e quelli soggettivi (riferiti alle figure che all'interno dell'azienda rivestono ruoli sensibili, il cui comportamento è in grado di riverberarsi sulla capacità di contrarre dell'impresa di appartenenza).

Tra i primi possono iscriversi l'assenza di procedure fallimentari e concorsuali, la regolarità contributiva e fiscale, il rispetto delle norme sull'assunzione delle categorie protette; in quelli soggettivi, invece, si sussumono l'assenza di condanne definitive per reati che minano l'affidabilità del contraente.

Proprio tale ultimo profilo, una delle principali problematiche ha riguardato l'individuazione delle tipologie di reato aventi un effetto preclusivo.

La precedente legislazione di settore, infatti, nel riferirsi a "*reati gravi contro la Comunità e lo Stato*" rimetteva, di fatto, alla stazione appaltante la valutazione in ordine alla rilevanza, o meno, ai fini della partecipazione a gara, delle condanne emergenti dal casellario giudiziale. Tanto imponeva anche un particolare onere motivazionale, idoneo a suffragare la valutazione operata dalla P.A., circa il predetto "nesso di incidenza".

Onde superare le oggettive difficoltà riconnesse a tale valutazione, il nuovo codice, all'art. 80, comma 1, indica in modo puntuale e tassativo le fattispecie delittuose rilevanti⁵², agevolando, quindi, l'operato della stazione appaltante nella valutazione

⁵² Precisamente: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli

delle condanne emergenti dal casellario giudiziale⁵³.

Pur tuttavia, problematiche applicative sembrano ora riconnesse all'applicazione dei commi 7 ed 8 del medesimo art. 80, laddove, nel disciplinare il c.d. *self cleaning*, si consente all'operatore di chiedere di essere ammesso a gara, anche in caso di condanna per uno dei reati di cui al predetto comma 1 (qualora inferiore a 18 mesi ovvero ove sia stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione), evidenziando di aver risarcito il danno e di aver adottato misure organizzative ed aziendali idonee a prevenire analoghe fattispecie illecite; in tal caso, la stazione appaltante dovrà valutare l'idoneità di tali misure, con un giudizio che non sembra di agevole esternazione, stante i plurimi rilievi, anche aziendalistici, che impone.

Altra questione controversa ha riguardato l'ambito soggettivo della disposizione in esame, con particolare riguardo all'interpretazione dell'espressione "*amministratori muniti di potere di rappresentanza*" e a quella di "*socio di maggioranza*" indicate dall'art. 38, comma 1, del precedente codice.

L'articolato dibattito, anche giurisprudenziale, è sfociato, per entrambe le locuzioni, in interventi dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, i cui indirizzi ermeneutici non sono rimasti esenti da critiche.

La problematica più travagliata ha riguardato il *procuratore speciale*.

Si registravano, sul punto, due posizioni contrapposte:

a) un primo orientamento⁵⁴ predicava che si dovesse rimanere ancorati, con rigore

articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

⁵³ Quale mezzo di prova dei requisiti di cui al comma 1 dell'art. 80 viene, indicato, dall'art. 86 del codice, il casellario giudiziale, da acquisire d'ufficio, stante la diversità di dati rispetto a quello acquisito da un soggetto privato (in cui non risultano indicate le condanne per le quali vi è stato il beneficio della "non menzione").

⁵⁴ Cons. Stato, sez. V, n. 513 del 25/01/2011, n. 95 del 10/01/2013, n. 3340 del 6/06/2012, n. 2970 del 22/05/2012, n. 6163 del 21/11/2011; *id.*, sez. III, n. 1471 del 16/03/2013.

ermeneutico, al dato formale della norma, che richiedeva la compresenza della qualità di amministratore e del potere di rappresentanza, in tal modo “prevenendo malcerte indagini sostanzialistiche”, con la conseguenza che non erano dovute le dichiarazioni da parte del procuratore e dell’istitutore;

b) un secondo indirizzo giurisprudenziale⁵⁵, che si poteva definire sostanzialista, superava il dato formale dell’art. 38 ed estendeva l’obbligo della dichiarazione della sussistenza dei requisiti morali e professionali a quei procuratori che, per avere consistenti poteri di rappresentanza dell’impresa, “fossero in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell’ordinamento nei riguardi della propria condotta al soggetto rappresentato”⁵⁶.

Secondo l’indirizzo dettato dalla Plenaria⁵⁷ (chiamata a dirimere il conflitto ermeneutico), nel caso in cui la *lex specialis* avesse operato un generico rinvio all’art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, non prendendo in considerazione le posizioni dei procuratori speciali, né di altro soggetto diverso da quelli desumibili in via immediata dal menzionato art. 38, non poteva disporsi l’esclusione dalla gara di una ditta per mancata dichiarazione anche in ordine a detta figura, ove peraltro non fosse stata dimostrata, né tantomeno assunta in via di ipotesi, l’esistenza di mende a carico del procuratore “*ad negotia*”.

Per quanto concerne, invece, l’espressione “*socio di maggioranza*”, di cui alle lettere b) e c) dell’art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, e alla lettera m-ter) del medesimo comma, la Plenaria⁵⁸ ha ritenuto che andasse riferita - oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale - anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, in caso di tre soci, al socio titolare del 50%.

Univoca, invece, è stata l’interpretazione in ordine all’obbligatorietà della dichiarazione da parte dell’*istitutore*, in ragione della sua posizione istituzionale

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 178 del 18/01/2012, n. 6374 del 12/12/2012, n. 5150 del 28/09/2012; *id.*, sez. IV, n. 6664 del 21/12/2012.

⁵⁶ L’indirizzo in questione traeva preminente giustificazione nella *ratio* dell’art. 38 che, attraverso l’indagine sulle persone fisiche che operano nell’interesse dell’impresa, tendeva a prevenire ogni ricaduta di condotte che fossero incorse in giudizi riprovevoli sull’affidabilità e moralità dell’operatore economico che aspirava all’affidamento della pubblica commessa.

⁵⁷ Sentenza del 16/10/2013, n. 23.

⁵⁸ Cons. Stato, Ad. Pl., 6/11/2013, n. 24.

all'interno dell'azienda, disciplinata dall'art. 2203 c.c.⁵⁹.

L'art. 80, comma 3, del Codice, se da un lato ripropone l'espressione socio di maggioranza (rendendo ancora attuale il criterio interpretativo sopraindicato), dall'altro considera rilevanti le sentenze di condanna emesse nei confronti “*dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*”, con un'espressione dalla latitudine applicativa molto più estesa, capace di includere, senza dubbio, anche i procuratori speciali, gli institori, i vice-presidenti, i direttori generali, i sindaci.

Altra problematica di recente emersione nel dibattito della giuspubblicistica ha riguardato il requisito della **regolarità contributiva**, di cui ora si occupa il comma 4 del divisato art. 80. In proposito, la *littera legis*, con una formulazione non caratterizzata da esaustività e puntualità, ritiene ostativa l'irregolarità “grave e definitivamente accertata”, capace di inficiare sia la partecipazione a gara che la stipula del contratto⁶⁰.

Ebbene, secondo un primo indirizzo interpretativo⁶¹, l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussisteva anche ove la richiesta fosse stata fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante. A sostegno di tale conclusione si valorizzava la “novità” rappresentata dall'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69/2013⁶², con la conseguenza che l'irregolarità contributiva poteva considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato

⁵⁹ *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 1/07/2016, n. 7586.

⁶⁰ L'assenza della correttezza contributiva, in fase di gara, comporta l'esclusione dalla competizione e la decadenza dall'aggiudicazione; invece, qualora la predetta irregolarità emerga in fase contrattuale, non ne determina la risoluzione, ma abilita la stazione appaltante (*recte*: l'amministrazione contraente) all'esercizio del potere sostitutivo, ovvero al versamento diretto all'Istituto previdenziale della somma maturata dall'affidatario, nei limiti dell'irregolarità accertata (*cfr.* art. 30, comma 5, del d. lgs. n. 50/2016).

⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 14/10/2014, n. 5064 e sez. VI, 16/02/2015 n. 78.

⁶² Convertito con la legge n. 98 del 2013, secondo cui: “*Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del Durc o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità*”.

dall'ente previdenziale per l'eventuale regolarizzazione⁶³.

Sull'opposto crinale si poneva un altro (e prevalente) orientamento, secondo cui l'invito alla regolarizzazione non si applicava in caso di Durc richiesto dalla stazione appaltante, atteso che l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione si scontrava con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica, che non ammettevano regolarizzazioni postume; sempre secondo tale filone interpretativo, la regolarità contributiva costituiva condizione di ammissione alla gara e il suo difetto, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non poteva che comportare l'esclusione del concorrente inadempiente, non rilevando la regolarizzazione postuma⁶⁴.

Per dirimere l'insorto conflitto si è compulsato l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Il Supremo Consesso, con la decisione n. 5 del 29 febbraio 2016, dopo aver premesso le ragioni sottese alle opposte interpretazioni, ha ritenuto che la questione dovesse essere risolta dando continuità, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, all'indirizzo interpretativo secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva⁶⁵.

A detta della Plenaria, l'art. 31, comma 8 (più volte citato), non ha modificato la disciplina dettata dal codice dei contratti, con l'effetto che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trova applicazione nel caso di Durc richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa in sede di partecipazione alla gara⁶⁶.

⁶³ Conseguentemente, si riteneva illegittima l'esclusione del concorrente ove disposta sulla base di un'attestazione di irregolarità non preceduta dal predetto preavviso ed "acriticamente" recepita dalla stazione appaltante.

⁶⁴ *Cfr.* Cons. Stato, sez. IV, 12/03/2009, n. 1458; *id.*, sez. V, 10/08/2010, n. 5556; *id.*, sez. IV, 15/09/2010, n. 6907; *id.*, sez. V, 12/10/2011, n. 5531.

⁶⁵ L'assunto è stato confermato da altra decisione dell'Ad. Pl. n. 10 del 25/05/2016 (che si è occupata anche del riparto di giurisdizione), nonché da Cons. Stato, sez. IV, 20/04/2016, n. 1557 e sez. V, 21/06/2016, n. 2727.

⁶⁶ L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo) opera (sempre secondo la Plenaria) solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al

Proseguendo nell'esegesi del nuovo codice, va evidenziato che, alla stregua dell'art. 80, esula dal relativo ambito di applicazione (quindi non può comportare l'effetto espulsivo) l'ipotesi in cui il concorrente abbia ottemperato ai suoi obblighi, pagando o impegnandosi a pagare, in modo vincolante, i contributi previdenziali dovuti, anteriormente alla data di presentazione della domanda. In altri termini, conformemente agli indirizzi ermeneutici dettati dalla Plenaria, la regolarità deve sussistere alla data di partecipazione alla procedura di gara, con la peculiarità che essa può conseguire o al pagamento di quanto dovuto o ad un impegno vincolante al pagamento; impegno di cui non vengono specificate le modalità o le caratteristiche essenziali, ma che (si ritiene) non può prescindere da un atto di accettazione da parte dell'Istituto previdenziale⁶⁷.

Sempre con riferimento al requisito in argomento, l'art. 86 del Codice precisa che, al fine di provare la regolarità contributiva degli operatori economici, è sufficiente l'acquisizione del Durc, secondo le modalità di cui all'art. 16 *bis* del d.l. n. 185/2008.

Va, comunque, osservato che le rassegnate conclusioni rischiano di restare meramente teoriche a fronte delle nuove modalità di acquisizione del Durc, posto che alla stazione appaltante viene ora rilasciata una certificazione attestante l'attuale condizione del concorrente, senza alcuna specificazione temporale, tantomeno con indicazione della regolarità alla data di partecipazione a gara o di sottoscrizione della relativa dichiarazione sostitutiva.

In particolare, sia l'art. 4 del Decreto Interministeriale 30 gennaio 2015, sia la Circolare INPS n. 126 del 26 giugno 2015, e, soprattutto, la Circolare del Ministero del Lavoro-Direzione generale per l'attività ispettiva dell'8 giugno 2015, n. 19, hanno specificato le modalità di richiesta del Durc ai fini dei controlli in fase negoziale. Tra l'altro, si è sancito che: *«Le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all'art. 6 del D.M. **restando precluso, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase di***

Durc chiesto dall'impresa e non anche al Durc richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione.

⁶⁷ Mutuando principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di regolarità fiscale, tale requisito può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione a gara, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo (di recente, Cons. Stato, sez. V, 22/05/2015 n. 2570).

richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come definitivamente accertate le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. n. 163/2006».

Ne consegue che, dal 1° luglio 2015 (data di entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015), il concetto di “definitivo accertamento” sembra subordinato all’invito a regolarizzare, anche se l’interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica della dichiarazione resa dal concorrente, posto che la certificazione attesterà la regolarità (o meno) solo alla data del rilascio.

Cosicché, qualora la verifica venga disposta all’atto dell’aggiudicazione, alla stazione appaltante resterà ignota la sussistenza della prescritta regolarità alla data di partecipazione a gara.

Ovviamente, l’effetto espulsivo resterebbe qualora emergesse una dichiarazione non veritiera, ovvero qualora, pur in presenza di un Durc che attestasse la regolarità alla data della relativa acquisizione (e quindi in sede di controllo a campione o di aggiudica definitiva), dovesse emergere l’irregolarità alla data di partecipazione a gara. L’esclusione, in tale fattispecie, deriverebbe anche dal rilievo che, indipendentemente dal requisito della gravità della violazione, la presentazione di una dichiarazione non veritiera costituisce autonoma causa di esclusione.

Ulteriore ipotesi che merita di essere scrutinata è quella menzionata al comma 5, lett. c), dell’art. 80 e concernente i **gravi errori professionali**.

La nuova formulazione sostituisce quella di cui all’art. 38, comma 1, lett. f), riferita alla grave negligenza o a gravi errori professionali.

In proposito, si era consolidato l’indirizzo ermeneutico secondo cui, ai fini dell’applicazione della citata ipotesi espulsiva, non rilevava un qualsiasi inadempimento agli obblighi contrattuali, essendo necessario che la condotta dell’impresa fosse stata caratterizzata da rilevanti violazioni dei doveri professionali o contrattuali, connotate da dolo o colpa grave, idonee a compromettere il rapporto fiduciario con la stazione appaltante (non bastava, cioè, che le prestazioni non fossero state eseguite a regola d’arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell’adempimento, qualificata da un

atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa)⁶⁸.

Al contempo si era precisato che detta analisi atteneva pur sempre alla valutazione dell'amministrazione e non esonerava il concorrente alla gara dal rendere la dichiarazione, atteso che, in ogni caso, il grave errore era espressione di un difetto di capacità professionale e lo stesso, nella sua obiettiva rilevanza, costituiva elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale⁶⁹.

Il nuovo codice, invece, sembra sanzionare anche comportamenti assunti dall'impresa in sede di partecipazione a precedenti procedure di gara.

In particolare, oltre alle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne abbiano causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, viene ricompreso sia il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di un proprio vantaggio, sia il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

In tale contesto, per scongiurare l'emergere di ulteriori dubbi applicativi è auspicabile che le emanande Linee guide dell'ANAC, previste dal comma 13 del medesimo art. 80, non si riferiscano alle sole carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (come ivi previsto) ma esplichino (in modo dettagliato) le ulteriori ipotesi ora contemplate, stante l'assoluta novità della previsione normativa.

1.10. Gli altri requisiti

Oltre all'insussistenza dei motivi di esclusione, il codice (analogamente alla precedente disciplina) ripropone la necessità di accertare, in capo ai concorrenti, la sussistenza di ulteriori requisiti, di idoneità professionale⁷⁰, di capacità economico-

⁶⁸ *Ex pluris*, Cons. Stato, sez. V, 22/10/2015, n. 4870.

⁶⁹ *Cfr.* Cons. Stato, sez. III, 26/02/2016, n. 802; *id.*, sez. VI, 18/07/2016, n. 3198, secondo cui, nel caso di valutazione positiva, non occorre apposita motivazione, che è invece richiesta in caso di adozione di un provvedimento di esclusione. Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione, *cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 13/10/2016 n. 4707.

⁷⁰ Che, ai sensi dell'art. 83, comma 3, è comprovata dall'iscrizione alla Camera di commercio I.A.A. o nel registro provinciale per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali.

finanziaria e tecnico-professionale (di cui si occupa l'art. 83 del codice, che li qualifica, infelicamente, criteri di selezione).

Per i lavori è previsto un nuovo sistema di qualificazione, da definirsi con apposite Linee Guida dell'ANAC, mentre per le altre tipologie di appalto vanno fissati ad opera della stazione appaltante in sede di *lex specialis*, nei limiti di quanto previsto nel codice dei contratti, sotto pena di nullità di previsioni ulteriori (art. 83, comma 8), e vanno verificati alla stregua dei mezzi di prova dettati dall'art. 86 del codice e dal relativo allegato XVII.

In proposito, si premette che i requisiti e le capacità devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, al fine di favorire l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione, inclusa la previsione di un fatturato minimo che non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto (salvo apposita motivazione).

In proposito, il legislatore sembra aver recepito l'ampio dibattito della giuspubblicistica teso a circoscrivere il potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante in sede di determinazione di requisiti più rigorosi di partecipazione, al fine di evitare che, sotto le mentite spoglie del perseguimento dell'interesse pubblico, si celassero bandi "sartoriali" o "fotografia".

La *ratio* della più ampia partecipazione sottende, infatti, le disposizioni normative e le decisioni giustiziali limitative della previsione di "specifiche tecniche" o "marche" nei bandi, così come in tema di apprezzamenti (sia quale requisiti di partecipazione che come elemento di valutazione) della sede territoriale di un concorrente.

Sotto il primo dei citati profili si è ritenuta illegittima la clausola del bando di gara che prevedeva la fornitura di un bene di una marca espressamente specificata, senza precisare che si trattava di un prodotto "tipo" o che fossero ammessi prodotti equivalenti; con la conseguenza che l'eventuale indicazione nel bando di marchi o prodotti deve essere necessariamente collegata a diciture o clausole del tipo "o equivalente", che rendano manifesta la volontà dell'amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto⁷¹.

Analogamente si è avvertito che in tema di appalti di forniture, l'amministrazione

⁷¹ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 26/10/2010, n. 7069.

può legittimamente individuare particolari caratteristiche tecniche, ma a condizione che la loro specificazione sia effettuata con riferimento ad elementi in grado di distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore; di conseguenza, è vietato prevedere specifiche tecniche che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, a meno di non inserire la clausola di equivalenza⁷².

Ed allora, potrebbe ipotizzarsi la specificazione di una marca o di un prodotto (dandone adeguata motivazione nella determinazione a contrattare, con riferimento a puntuali circostanze di fatto) qualora si tratti della fornitura di apparecchiature accessorie a strumentazione già in possesso della stazione appaltante o per il completamento di beni già in dotazione, ovvero conferente alla professionalità acquisita dal proprio personale.

In altri termini, negli appalti pubblici non possono essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata o procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, a meno che tali specifiche tecniche siano giustificate dall'oggetto dell'appalto.

Come già avvertito, la tutela della concorrenza impedisce anche l'inserimento di clausole di "premialità territoriale".

In proposito si è avvertito che, se è vero che l'individuazione dei criteri di accesso alle procedure selettive rientra di norma nella sfera discrezionale dell'amministrazione, è vero anche che la clausola che restringa il novero dei possibili concorrenti alle sole associazioni sportive aventi sede sul territorio comunale si presenta irragionevole e discriminatoria, violando i principi di imparzialità, parità di trattamento e di massima partecipazione⁷³.

Alla stregua di tali osservazioni, i bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle

⁷² Cons. Stato, sez. VI, 11/03/2010, n. 1443. Cons. Stato, sez. III, 13/05/2011, n. 2905, secondo cui non possono essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata, aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, in assenza del temperamento del criterio dell'equivalenza.

⁷³ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27.05/2010, n. 9742.

offerte e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto.

Al contempo, la previsione di un punteggio riferito ad una sede operativa territorialmente localizzata può giustificarsi e sottrarsi al sindacato giustiziale qualora non risulti eccessivo e determinante (nell'ambito della griglia di valutazione dei fattori dell'offerta) e si giustifichi in relazione alla prestazione da rendersi (si pensi ad un servizio di assistenza *software* o di fornitura di pasti pronti).

1.11. Il nuovo soccorso istruttorio e il D.G.U.E.

Al fine di comprovare il possesso dei requisiti morali, professionali, economico finanziari e tecnico-organizzativi, ovvero l'assenza di condizioni ostative all'affidamento di commesse pubbliche, il nuovo codice prevede l'esibizione, da parte del concorrente, del Documento di gara unico europeo, approvato con il Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7, adottato dalla Commissione europea in data 5 gennaio 2016.

Trattasi di un'autodichiarazione aggiornata, come prova documentale preliminare, in sostituzione dei certificati rilasciati da Autorità pubbliche o da terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le condizioni di partecipazione.

In ordine alla compilazione di tale documento, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con comunicato pubblicato in G.U. n. 170 del 22 luglio 2016, ha dettato apposite Linee guida, tenuto conto della necessità di adattare i requisiti indicati nella legislazione nazionale rispetto a quanto previsto nelle recepite direttive comunitarie.

Tanto dovrebbe favorire (anche prima della sua versione informatica, prevista a decorrere dal 18 aprile 2018), la semplificazione nella redazione della domanda di partecipazione a gara, sostituendo la modulistica predisposta dalla stazione appaltante ed evitando criticità riconnesse a contraddizioni e carenze della stessa.

Resta, tuttavia, la possibilità che in sede di partecipazione il concorrente produca una modulistica incompleta, omettendo dichiarazioni essenziali in ordine ai requisiti.

In tale caso, ove il requisito non dichiarato sia effettivamente posseduto (già a tale data), l'ordinamento contempla la possibilità di sanare la carenza, nell'ottica di una lettura sostanzialistica dei requisiti di partecipazione ed in attuazione del più generale principio del *favor participationis*, da sempre sotteso alla legislazione di settore.

Cosicché, in luogo di un'immediata ed insanabile esclusione (con riduzione della platea dei concorrenti), si impone alla P.A. di inoltrare un invito (circostanziato) al

concorrente a sanare la carenza riscontrata, entro un perentorio *dies ad quem*.

Al fine di non penalizzare il concorrente diligente, l'applicazione dell'istituto è ancorata al pagamento di una sanzione, da specificare nella *lex specialis*, nei limiti edittali (dall'uno per mille all'uno per cento del valore del contratto) sanciti dalla norma (in assenza di specificazione è preferibile applicare la sanzione nella misura minima).

La novità è riconducibile all'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014, come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114⁷⁴.

Considerata la natura precettiva della norma⁷⁵, la stessa trova(va) applicazione anche in caso di omesso richiamo da parte della *lex specialis*.

Senonché, complice anche la non chiara formulazione della norma e le espressioni tecniche ivi contemplate, detto istituto ha alimentato un copioso contenzioso, nonostante gli interventi chiarificatori dell'ANAC (determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015).

Di certo, era indubbio che l'istituto in esame non abilitasse ad un'acquisizione postuma (durante la gara) dei requisiti prescritti, precludendo, ad esempio, la sanatoria di un contratto di avvalimento generico⁷⁶ o di una dichiarazione non veritiera⁷⁷.

Allo stesso tempo non sembrava dubbia la natura perentoria del termine assegnato per l'integrazione⁷⁸, in ossequio agli insegnamenti pretori in tema di termini *infra* gara.

Problematiche applicative nascevano dal collegamento tra la sanzione e la cauzione provvisoria, soprattutto in ragione del fatto che non vi era stato un contestuale adattamento dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006⁷⁹.

Sul piano giustiziale, le questioni dibattute sono state plurime, a partire dall'obbligatorietà della sanzione anche in caso di mancata integrazione della documentazione mancante; a fronte di decisioni che ritenevano applicabile la sanzione

⁷⁴ Con la medesima novella è stato aggiunto il comma 1 *ter* all'art. 46 del d. lgs. n. 163/06, al fine di estendere la disposizione dell'art. 38, comma 2 *bis*, ai casi di mancanza, incompletezza o irregolarità di dichiarazioni anche di soggetti terzi che devono essere prodotte dai concorrenti in sede di gara, il tutto "indice ermeneutico" della chiara volontà del Legislatore di valorizzare il soccorso istruttorio.

⁷⁵ Come evidenziato da T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 22/03/2016, n. 434.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. III, 29/01/2016, n. 346; *id.*, sez. V, 14/04/2016, n. 1504; T.A.R. Toscana, sez. I, 15/07/2016, n. 1197.

⁷⁷ In termini, Cons. Stato, sez. V, 11/04/2016, n. 1412.

⁷⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22/03/2016, n. 3580; Cons. Stato, sez. IV, 5/05/2016, n. 1803.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. III, 27/10/2016, n. 4528, sulla regolarizzabilità della cauzione provvisoria.

solo in caso di adesione (da parte della ditta) al soccorso istruttorio⁸⁰, si contrapponevano statuizioni che riconducevano l'irrogazione della stessa alla mera carenza documentale⁸¹.

Con una formulazione, in parte, più puntuale, l'art. 83, comma 9, del Codice ha precisato che «*la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione*», conformemente al criterio direttivo indicato dall'art. 1, lett. z), della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, che attribuisce ai partecipanti alla gara la piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda.

Tanto ha portato a ritenere che la nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici risulti del tutto conforme alla direttiva 2014/24/UE, che non subordina l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, ma solamente all'osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza⁸².

La nuova disciplina chiarisce, opportunamente, che non sono sanabili (neppure con il soccorso istruttorio a pagamento) le carenze riguardanti le offerte, sia tecnica che economica⁸³; al contempo, al fine di evitare comportamenti impropriamente elusivi o “strategici”, si impone (per beneficiare del soccorso istruttorio) l'esibizione della prova dell'avvenuto pagamento della sanzione unitamente all'integrazione richiesta.

Un riscontro parziale impedirebbe qualsiasi sanatoria e un'ulteriore integrazione.

Resta l'alternativa di un soccorso istruttorio non rafforzato, nell'ipotesi in cui si richieda di rendere o precisare dichiarazioni previste dalla *lex specialis*, seppur non

⁸⁰ Tra le tante, *cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27/05/2016, n. 2749 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12/09/2016 n. 9656.

⁸¹ È la tesi sostenuta, tra l'altro, da T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 29/02/2016 n. 66 e, di recente, da Cons. Stato, sez. V, 22/08/2016 n. 3667, secondo cui, come si evince dalla lettera della disposizione («*la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara ...*»), la sanzione colpisce il semplice fatto dell'aver presentato una offerta difettosa o mancante di una dichiarazione e di un documento prescritto; resta invece irrilevante il fatto che l'omissione venga poi sanata dall'impresa interessata o che questa, benché richiestane, rinunci a regolarizzarla.

⁸² T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14/07/2016, n. 1423.

⁸³ Tanto in conformità all'indirizzo giurisprudenziale prevalente: Cons. Stato, sez. V, 2/08/2016, n. 3481; *id.*, sez. III, 1/04/2016, n. 1318; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2/02/2016, n. 88.

essenziali o riguardanti mere irregolarità formali, quali ad esempio, la mancata esibizione del cd. PassOE o l'allegazione di un documento d'identità scaduto.

In tale ipotesi, tuttavia, viene anche sancito che il mancato riscontro alla richiesta di regolarizzazione comporterà l'esclusione dalla gara.

Trattasi di una previsione non immune da critiche posto che la sanzione espulsiva viene ricondotta a carenze meramente formali (senza l'accertamento della mancanza di un requisito necessario).

Infine, foriero di dubbi interpretativi è anche l'ultimo periodo dell'art. 83, comma 9, laddove si afferma che: *“Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*⁸⁴.

Senza pretese di esaustività, in tale ipotesi potrebbe iscriversi il caso di dichiarazione resa con formule improprie o dubitative (del tipo *“per quanto a mia conoscenza”*) o carente di qualsiasi elemento idoneo ad assicurarne la *“paternità”* (soprattutto in caso di partecipazione di operatori associati o associandi).

L'utilizzo di un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative, unitamente alla mancanza di ulteriori elementi esplicativi e all'uso di espressioni non rigorose (irregolarità essenziale configura una sorta di ossimoro), rende estremamente incerta l'applicazione della disposizione, aprendo il varco a valutazioni discrezionali della P.A. che rischiano di minare *radiciter* l'istituto in esame.

1.12. L'avvalimento

Al fine di favorire l'incremento della platea dei concorrenti, la normativa comunitaria, prima, il legislatore nazionale, poi, hanno previsto (sin dalla precedente codificazione) l'istituto dell'avvalimento, grazie al quale l'operatore economico può soddisfare i requisiti di partecipazione mediante l'ausilio (il prestito) a favore del concorrente e da parte di altro operatore (estraneo alla competizione e alla gara), di quanto necessario, in termini di qualificazione, per partecipare alla selezione.

Il dibattito della giuspubblicistica, sulla natura e sulla portata applicativa del predetto istituto, è stato particolarmente ampio e travagliato.

⁸⁴ Cfr. T.A.R. Toscana, I sez., 16/09/2016, n. 1364 che ha ritenuto non sanabile, in virtù di tale previsione normativa, una domanda di partecipazione carente della firma.

In particolare, la natura atipica⁸⁵ del contratto di avvalimento ha pregiudicato la relativa sussumibilità in uno dei modelli negoziali del nostro diritto “comune”, né le soluzioni prospettate sono risultate condivisibili o apprezzabili.

Nel riportare sinteticamente (e senza pretesa di esaustività) le questioni controverse, può ritenersi consolidata la tesi dell’inapplicabilità del predetto istituto per soddisfare la mancanza dei c.d. requisiti morali (tra cui, ad esempio, la regolarità contributiva e fiscale del concorrente) e di quelli professionali (come l’iscrizione in Albi e registri)⁸⁶ oltre che per beneficiare di un maggior punteggio in sede di apprezzamento delle offerte tecniche⁸⁷.

Pacifico era (ed è) l’assunto secondo cui l’impresa ausiliaria (pur non assumendo la veste di una concorrente) doveva (e deve) possedere i requisiti morali e professionali, imponendosi l’esibizione dell’apposita autocertificazione a corredo della domanda di partecipazione a gara⁸⁸.

L’ampia portata applicativa dell’istituto è stata ribadita anche dalla giurisprudenza comunitaria che, tra l’altro, ha ritenuto non conforme l’art. 49 del precedente codice, nella parte in cui non consentiva l’avvalimento plurimo⁸⁹ (ovvero la possibilità di soddisfare il requisito richiesto mediante l’ausilio di più operatori), al punto da rendere necessaria una apposita novella normativa⁹⁰.

Le maggiori criticità hanno riguardato il contratto di avvalimento, del quale se ne prescrive(va) l’esibizione in originale o in copia autentica.

⁸⁵ Per Cons. Stato, sez. V, 25/01/2016, n. 242, il contratto di avvalimento ha carattere atipico.

⁸⁶ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano sez. IV, 10/03/2016, n. 491, Cons. Stato, sez. V, 30/04/2015, n. 2191; *id.*, sez. VI, 15/05/2015, n. 2486.

⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19/03/2015, n. 1422 secondo cui: “*Nelle procedure ad evidenza pubblica, l’avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente l’acquisizione dei requisiti di partecipazione, fruendo dei requisiti di altra società, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire un punteggio più alto in sede di gara*”.

⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 06/11/2015, n. 5045.

⁸⁹ Corte di Giustizia UE. 10/10/2013, n. C-94/12.

⁹⁰ A seguito della citata sent. della Corte di Giustizia Europea, l’art. 49, co. 6, del d.lgs. 163/2006, è stato riformulato dall’art. 21, comma 1, della legge 30 ottobre 2014, n. 161, nel seguente modo: «*È ammesso l’avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all’articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell’attestazione in quella categoria*».

Al riguardo, si è ritenuto inammissibile tale contratto in caso di apposizione di condizioni risolutive⁹¹, posto che in tal caso veniva svilito il vincolo solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Tuttavia, la questione che ha alimentato un contenzioso vastissimo è stata quella concernente il contenuto del contratto, visto che la necessità di un "prestito" determinato o determinabile rendeva inammissibile un contratto dal contenuto generico ed indeterminato (del tipo: "*si presta al concorrente tutto ciò di cui ha bisogno*")⁹².

Detta problematica emergeva, in special modo, in caso di prestito di garanzia (ad esempio, il prestito del fatturato richiesto dalla *lex specialis*) in quanto, in tale fattispecie, l'impegno dell'impresa ausiliaria sembrava eccessivamente fittizio.

La nuova disciplina codicistica (recata dall'art. 89) ribadisce l'ampia portata applicativa dell'istituto in esame, in quanto, pur chiarendo che possono prestarsi solo i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale [di cui alle lett. b) e c) dell'art. 83], escludendo, quindi, i requisiti morali (di cui all'art. 80) e l'idoneità professionale [di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), ovvero l'iscrizione alla Camera di Commercio o agli Albi], prevede, *ex professo*, l'avvalimento infragruppo o interno (ad esempio, tra impresa mandante e mandataria), indipendentemente, cioè, dai rapporti tra ausiliaria ed ausiliata⁹³.

Ribadisce, inoltre, gli obblighi documentali che devono rispettarsi in sede di partecipazione a gara oltre che il contenuto dettagliato e puntuale del contratto.

Senonché, la disposizione che sembra maggiormente innovativa è quella di cui al comma 9, dell'art. 89, secondo cui: "*In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento*

⁹¹ Cons. Stato, sez. V, 22/10/2015 n. 4860; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27/01/2016, n. 452; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 27/05/2016, n. 90;

⁹² Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 02/09/2016, n. 3792.

⁹³ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11/05/2016, n. 1160.

degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.”.

Non vi è dubbio che tale previsione consente alla stazione appaltante di verificare, in corso di esecuzione, se trattasi di un ausilio effettivo o meramente fittizio.

La norma, ad una prima lettura, non sembra scevra da critiche visto che non puntualizza le misure sanzionatorie applicabili ovvero se possa (in caso di esito negativo del controllo) procedersi alla risoluzione per grave inadempimento o all'irrogazione di una sanzione di natura meramente pecuniaria.

È ragionevole ritenere che, su tale profilo, gli indirizzi giurisprudenziali assumeranno valenza pretoria, arrivando ad integrare un incompleto dettato normativo.

1.13. I criteri di selezione delle offerte

Definito il ventaglio dei concorrenti ammessi, si apre la fase di comparazione delle offerte, alla stregua del criterio individuato nella *lex specialis*, ad opera del Seggio di gara, la cui composizione deve essere collegiale in caso di valutazioni discrezionali.

Per l'individuazione dell'offerta migliore, l'art. 95 del Codice ribadisce l'utilizzabilità di due criteri: quello (meccanico) del prezzo più basso e quello (connotato da discrezionalità tecnica) dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, a differenza del precedente Codice, la scelta di uno dei predetti criteri non è più rimessa ad una valutazione discrezionale ed insindacabile della stazione appaltante, ma viene predefinito, in termini di priorità, direttamente dal legislatore⁹⁴.

Mentre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è di generale applicazione, risulta residuale l'altro criterio c.d. meccanico.

Quest'ultimo, infatti, può riguardare esclusivamente le ipotesi contemplate dal comma 4 del predetto articolo ed in particolare:

a) i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;

⁹⁴ Tale scelta legislativa è espressamente contemplata dall'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, in base al quale: “... ***le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*** individuata sulla base del miglior rapporto

b) i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato⁹⁵;

c) i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività⁹⁶, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Diversamente, sono sempre definiti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 3):

- i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera (come definiti all'articolo 50, comma 2, del Codice);

- i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

A ribadire l'eccezionalità del criterio "meccanico", si impone l'esternazione, in sede di determina a contrarre, della motivazione a supporto di tale scelta.

Il comma 6, nel premettere che i criteri di selezione devono essere predefiniti in sede di atti indittivi della gara (risultando illegittima qualsiasi determinazione postuma), onde evitare improprie alterazioni della *par condicio* dei concorrenti, e nell'evidenziare che i fattori di ponderazione e di apprezzamento devono essere pertinenti con la tipologia di contratto da affidare, enuclea una serie di criteri ai quali la stazione appaltante può ispirarsi⁹⁷.

qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96".

⁹⁵ I servizi e le forniture "con caratteristiche standardizzate" evidenziano caratteristiche già definite dal produttore (con riferimento alla prassi produttiva) e non modificabili su richiesta della PA, ovvero rispondenti a determinate norme nazionali, europee o internazionali.

I servizi e le forniture "le cui condizioni sono definite dal mercato" sono offerti sulla base di condizioni contrattuali definite dall'insieme dei produttori o dei prestatori in maniera omogenea, escludendo la possibilità di reperire condizioni diverse nel mercato di riferimento.

⁹⁶ I servizi e le forniture caratterizzati da "elevata ripetitività" soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni **appaltanti**, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.

⁹⁷ In particolare, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa vengono indicati, in maniera esemplificativa, i seguenti criteri:

a) qualità (pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni);

Tra gli altri, merita di essere richiamata la lett. e), concernente la possibilità di valutare *“l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto”*.

Alla luce di tale previsione normativa, deve ritenersi tendenzialmente superato il divieto di commistione tra requisiti storici dell’impresa e criteri di selezione dell’offerta.

La consolidata giurisprudenza, infatti, poneva una netta separazione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri oggettivi di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Tant’è vero che, anche di recente, il Consiglio di Stato ha ritenuto: *“... illegittimo l’operato della Stazione appaltante, nell’individuazione dei criteri e conseguenti punteggi da attribuire alle offerte, in applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui abbia finito con il confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell’offerta, in violazione, dunque, della normativa comunitaria e nazionale, che pone una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell’offerta”*⁹⁸.

b) possesso di un marchio di qualità ecologica dell’Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto;

c) costo di utilizzazione e manutenzione, «avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all’intero ciclo di vita dell’opera, bene o servizio, con l’obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un’economia circolare che promuova ambiente e occupazione»;

d) compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell’azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all’uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;

e) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto;

f) servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;

g) condizioni di consegna o di esecuzione del servizio.

I criteri di valutazione tengono anche conto dei criteri ambientali minimi adottati (CAM) con decreto del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l’attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM.

⁹⁸ Sez. III, 27/09/2016, n. 3970. Sul divieto di commistione, si veda, ancora, Cons. Stato, sez. V, 11/10/2016 n. 4184.

Tuttavia, la più accorta giurisprudenza, se da un lato confermava il citato divieto di commistione, dall'altro evidenziava come la soluzione alla questione “... *non può essere elaborata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando l'eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda*”⁹⁹.

In particolare, si sottolineava come solo i riferimenti all'impresa, e non quelli all'esperienza di singoli dipendenti o del team di lavoro, fossero in contrasto con il suindicato principio¹⁰⁰.

Tale approccio sembra condiviso dal nuovo Codice che, alla citata lett. e), contempla fra i criteri di selezione proprio l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale **effettivamente** utilizzato nell'appalto (qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto). In altri termini, la possibilità di valutare i requisiti soggettivi di partecipazione, anche ai fini della individuazione dell'offerta più vantaggiosa, necessita dei temperamenti; *inter alia*, le componenti dell'impresa che possono essere oggetto di valutazione devono essere strettamente funzionali per la prestazione richiesta.

Tale indirizzo è stato ribadito anche nelle Linee Guida ANAC n. 2, delibera del 21 settembre 2016, pubblicata in data 11 ottobre 2016, rese in tema di offerta economicamente più vantaggiosa¹⁰¹.

⁹⁹ Cons. Stato, sez. V, 20/08/2013, n. 4191.

¹⁰⁰ Nel dettaglio, con la citata statuizione si è stabilito che: <<... *il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente deve avere un'applicazione per così dire “attenuata”, alla luce del principio di proporzionalità ed in relazione all'art. 83 del Codice dei contratti che, nel delineare i criteri di valutazione dell'offerta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che gli elementi di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano (come, esemplificativamente, nel caso di appalti di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), dove l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un “facere” e dove, pertanto, anche la pregressa esperienza del professionista che partecipa alla gara può essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica*>>.

¹⁰¹ Dal canto suo, il Cons. Stato, Comm. Spec., in data 2 agosto 2016, n. 1767, in sede di parere sulle linee guida del Codice dei contratti concernenti il Rup, **l'offerta economicamente più vantaggiosa** e i servizi di architettura ed ingegneria, aveva già segnalato: “... *i rischi insiti nella prevista commistione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione delle offerte,*

Pertanto, se, ai fini dell'ammissione, viene predefinita una capacità organizzativa e aziendale, la stessa non può essere oggetto di attribuzioni di un punteggio, salvo la possibilità di valutare la parte in eccedenza.

Altra questione dibattuta in *subiecta materia* ha riguardato la sufficienza del punteggio numerico in sede di valutazione delle offerte.

In proposito, il prevalente orientamento giurisprudenziale milita nel senso che: “... nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione, quando il complesso delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici. L'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l'iter logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi. Ne consegue che, tanto più è dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica”¹⁰².

Risulta, pertanto, indispensabile un'attenta previsione e predeterminazione dei

ulteriormente aggravati dalla richiesta che sia «in ogni caso prevista» nel bando «una soglia di sbarramento al punteggio tecnico, non superando la quale il concorrente non potrà accedere alla fase di valutazione dell'offerta economica» (capoverso 1.6, punto 1)). Deve ancora rilevarsi che quest'ultima previsione non appare conforme al carattere non vincolante delle linee guida, nella misura in cui introduce un obbligo normativamente non previsto. La Commissione segnala quindi l'opportunità di valutare se, pur nell'ambito del favor per la commistione espresso nelle nuove direttive europee in materia e recepito dal più volte citato art. 95 del codice, non sia opportuno chiarire se lo stesso servizio possa al tempo stesso, nella medesima gara, costituire requisito soggettivo di qualificazione/partecipazione ed essere oggetto di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specificando, per tale evenienza, che sarà oggetto di valutazione solo per la parte eccedente la soglia minima richiesta ai fini della partecipazione alla gara. In caso contrario e di concorrenti tutti egualmente qualificati si profila il rischio di appiattire eccessivamente il confronto competitivo, o di arrecare un vantaggio ingiusto al concorrente che utilizza il medesimo servizio come requisito di partecipazione e come elemento di cui chiede la valutazione delle offerte”.

¹⁰² Cons. Stato, sez. V, 20/09/2016, n. 3911.

criteri e dei subcriteri, attività che, seppur rimesse alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, devono favorire un punteggio proporzionato alla rilevanza di ciascun criterio, non prevedendo punteggi eccessivi per alcuni di essi¹⁰³.

Ulteriore elemento di novità è dato dal comma 7, in virtù del quale, nell'ambito dei criteri di valutazione dell'offerta, l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo fisso, al fine di fondare la valutazione dell'offerta esclusivamente sugli elementi qualitativi. Tanto diversamente da quanto statuito (sulla scorta della pregressa disciplina) in via giustiziale, secondo cui l'utilizzo del criterio in esame non poteva comportare una sterilizzazione del principio di economicità, risultando illegittimi i criteri per i quali l'elemento prezzo era valutato in modo minimale o residuale¹⁰⁴.

Parimenti innovativo è il comma 10, il quale, nel risolvere un conflitto di recente emersione, rende obbligatoria l'indicazione dei costi aziendali da parte del concorrente, in sede di offerta economica, indipendentemente dalla tipologia di appalto e a prescindere dalle indicazioni da parte della *lex specialis*¹⁰⁵.

Innovativa è altresì l'indicazione di cui al comma 12, laddove pur ribadendo il potere della stazione appaltante di non precedere all'aggiudicazione qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, ne impone la previsione in sede di atto indittivo della gara.

Il comma 14, inoltre, detta le condizioni per l'ammissione di varianti alla proposta negoziale da parte degli offerenti, sancendo che, in mancanza di previsione nella *lex specialis*, ne resta preclusa la presentazione.

¹⁰³ Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia alle citate Linee Guida ANAC n. 2/2016.

¹⁰⁴ Mentre con il d.lgs. 163/2006 non era possibile assegnare al prezzo un punteggio particolarmente basso, o prevedere una valutazione delle offerte tale da azzerare di fatto la componente prezzo, con il nuovo Codice tale possibilità è espressamente contemplata dall'art. 95, comma 7, in base al quale è possibile competere esclusivamente sulla qualità. Tale comma rimanda all'art. 95, comma 2, per l'individuazione dei casi in cui si può ricorrere al prezzo fisso, ovvero alle ipotesi in cui siano presenti “*disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici*”. Diversamente, laddove le stazioni appaltanti decidano di determinare il prezzo dell'affidamento per fattispecie diverse da quelle per le quali vi è una norma di legge che lo preveda, le stesse devono adottare particolari cautele al riguardo. Ciò al fine di evitare due problematiche: che il prezzo sia troppo contenuto per permettere la partecipazione di imprese “corrette”, o troppo elevato, producendo danni per la stazione appaltante.

¹⁰⁵ La questione è stata oggetto di tre adunanze plenarie: 20/03/2015, n. 3; 02/11/2015 n. 9 e 27/07/2016, n. 19.

Infine, il comma 15 ripropone la c.d. clausola di invarianza, già prevista dal previgente art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, ed in virtù della quale: “*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”.

La previsione alimenta indubbi profili di criticità anche perché potrebbe compromettere le fondate pretese giustiziali da parte di operatori economici danneggiati (illegittimamente) in fase di celebrazione della gara. Giacché una lettura costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a ritenere doverosa la rideterminazione della soglia in caso di esclusione dell’aggiudicatario o dei primi in graduatoria, restando, invece, preclusi contenziosi riferiti ad altre imprese non utilmente collocate.

1.14. L’anomalia delle offerte

L’art. 97 del Codice concerne la valutazione delle offerte che, risultando particolarmente convenienti, alimentano il sospetto di non essere affidabili o serie.

A tal fine la normativa di settore stabilisce uno o più criteri per stabilire la c.d. soglia di anomalia, con la conseguenza che le offerte pari o superiori ad essa saranno sospettate di non essere serie.

Alle stesse occorrerà chiedere giustificazioni, iniziando da quella superiore, per poi procedere nei confronti di quella successiva, laddove la prima non abbia giustificato idoneamente il ribasso formulato.

Qualora si dovesse giungere ad escludere tutte le offerte “anomale” si procederà all’aggiudica (senza giustificazioni) alla prima offerta non anomala.

Rispetto alla disciplina, recata dagli artt. 86 e ss. dell’abrogato d.lgs. n. 163/2006, la prima significativa novità è rappresentata dalla pluralità dei criteri previsti per determinare la soglia di anomalia, posto che ne sono contemplati cinque, in luogo di quello (univoco e vincolante) sancito in precedenza.

Tanto al dichiarato fine di evitare che i candidati/concorrenti possano predeterminare i parametri di riferimento per il calcolo della suddetta soglia, orientandola mediante la presentazione di offerte troppo basse o troppo alte.

In tale ottica la disposizione divisata prevede che il criterio da utilizzare debba

essere sorteggiato durante la gara, così da emergere in una fase in cui le offerte siano già state presentate e non siano più trattabili.

In altre parole, la metodologia individuata per il calcolo della soglia di anomalia non dovrà essere specificata negli atti di gara¹⁰⁶, ma sorteggiata (durante la gara) tra i modelli indicati dal citato comma 2.

Un esempio, potrebbe aiutare a meglio applicare la disposizione normativa.

Si ipotizzi l'ammissione a gara di n. 5 offerte, con i seguenti ribassi: 10,5%, 20,5%, 30,5%, 40,5%, 50,5%.

Il primo criterio è: *“La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”*.

Il valore medio dei ribassi va calcolato escludendo il 10% del numero delle offerte (10% di 5 = 0,5, arrotondato all'intero superiore = 1) sia dei ribassi minimi che dei ribassi massimi, quindi le offerte con i ribassi del 10,5% e del 50,5%.

Il valore medio dei ribassi (delle altre tre offerte) sarà pari a 30,50% ($=91,5/3$)

Il ribasso superiore alla media è 40,5%, con uno scarto (ovvero una differenza) rispetto alla citata media, pari a 10,00%.

Il valore medio degli scarti risulta così 10,00% ($10,00/1$)

La soglia di anomalia sarà pari a 40,50% ($= 30,50 + 10,00$).

Le offerte con ribassi del 50,5% e del 40,5% risultano sospettate di anomalia.

Il secondo criterio previsto è il seguente: *“La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra”*.

Dall'interpretazione letterale della norma si dovrebbe semplicemente escludere

¹⁰⁶ Sarà sufficiente il mero e generico riferimento al comma 2 dell'art. 97.

casualmente (con sorteggio) il 10% dei ribassi offerti.

Supponiamo si faccia il sorteggio e risulti esclusa l'offerta 40,50.

La somma dei ribassi rimanenti (4 ribassi) sarà di 112,00.

La prima cifra dopo la virgola è pari a zero; dunque $112,00/4 = 28$ (media aritmetica dei ribassi) sarà, per l'effetto, la soglia di anomalia.

Altro criterio è il seguente: “*La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 20 per cento*”.

La media aritmetica dei suindicati ribassi è $152,5/5=30,50$,

Il 20% di 30,50 è 6,10; la soglia di anomalia sarà 36,60% ($30,50 + 6,10$).

Criterio simile al precedente è quello de: “*La media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse, decurtata del 20 per cento*”.

La media aritmetica dei suindicati ribassi è $152,5/5=30,50$,

Il 20% di 30,50 è 6,10, la soglia di anomalia sarà 24,40% ($30,50 - 6,10$).

Ultimo criterio previsto è il seguente: “*La media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4*”.

Il valore medio dei ribassi va calcolato escludendo il 10% del numero delle offerte (10% di 5 = 0,5, arrotondato all'intero superiore = 1) sia dei ribassi minimi che dei ribassi massimi: il valore medio dei ribassi è quindi 30, 50% (= $91,5/3$)

Il ribasso superiore alla media è 40,5%, con scarto pari a 10,00%.

La soglia provvisoria di anomalia (pari al ribasso medio più lo scarto medio) è pari a 40,50% (= $30,50 + 10,00$).

La soglia provvisoria di anomalia sarà moltiplicata per il coefficiente estratto. Se esso risulterà 1, la soglia provvisoria resterà invariata. Se verrà sorteggiato il coefficiente 1,2, la soglia di anomalia sarà pari a 48,60.

Resta invece confermato il criterio per determinare la soglia di anomalia in caso di selezione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, derivante dal superamento del punteggio di 4/5, sia per la valutazione della qualità, sia per l'apprezzamento del ribasso¹⁰⁷.

Tale prescrizione non sembra pienamente coordinata con quanto previsto dall'art. 95, comma 7, in virtù del quale il prezzo può anche essere rappresentato da un costo fisso, senza l'attribuzione di un punteggio.

In tal caso, non dovrebbe, in tesi, porsi un problema di serietà ed affidabilità dell'offerta, che deriverebbe, invece, dalla presenza di un progetto/proposta di elevata qualità, offerto ad un minor costo.

Tuttavia, non può revocarsi in dubbio che la stazione appaltante, qualora il punteggio della qualità superi i 4/5, possa richiedere i giustificativi dell'offerta.

Ulteriore novità normativa è rappresentata dall'obbligo in capo alle Stazioni appaltanti di effettuare il giudizio di anomalia a prescindere dal numero delle offerte presentate, diversamente dalla normativa previgente, che ancorava tale verifica alla presenza di almeno cinque offerte.

Il comma 4 indica i possibili fattori giustificativi, come ad esempio l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti/servizi o del metodo di costruzione, le condizioni particolarmente agevolate di cui può godere l'offerente, l'originalità dei lavori, forniture, servizi.

Sotto il profilo procedimentale, mentre l'abrogata normativa articolava un procedimento complesso e plurifase¹⁰⁸, il comma 5, dell'art. 97, prevede esclusivamente la richiesta al concorrente, da parte della Stazione appaltante, di giustificazioni, con assegnazione di almeno 15 giorni, al termine del quale la S.A. dovrà pronunciarsi in merito all'esclusione o meno del concorrente.

La stazione appaltante escluderà l'offerta solo se la prova fornita non giustifichi

¹⁰⁷ In particolare, il comma 3, prevede che: *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”*.

¹⁰⁸ Da attivarsi in caso di persistenza di dubbi a seguito della prima richiesta di chiarimenti. Cfr. COCCOLI F., *Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse*, in *Commento al Codice dei Contratti Pubblici* (a cura di M. Sanino), Torino, 2008, pp. 455 ss..

sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se accerta, con le modalità di cui al primo periodo, che è da ritenersi anormalmente bassa in quanto:

- a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3.
- b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;
- c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture¹⁰⁹;
- d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16.

Risulta, pertanto, confermata l'inammissibilità di giustificazioni riferite a trattamenti salariali minimi o agli oneri della sicurezza.

In proposito, si è costantemente affermato che: *“Un’offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa da una gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata”*¹¹⁰.

Sotto il profilo motivazionale, valga evidenziare che i provvedimenti in tema di valutazione dell'offerta vanno analiticamente motivati solo nel caso di una valutazione non favorevole, mentre un esame favorevole sulla congruità non necessita di un'articolata motivazione.

In proposito, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che: *“Il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto¹¹¹) ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo. Al contrario, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa*

¹⁰⁹ Disposizione corretta con *errata corrige* del 15 luglio 2016.

¹¹⁰ T.A.R. Lazio, sez. III *quater*, 30/06/2016, n. 7529; Cons. Stato, sez. III, 09/12/2015, n. 5597.

¹¹¹ Sul punto, *cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 11/10/2016, n. 4674.

offerente. Pertanto, stante la positiva valutazione all'esito della verifica dell'anomalia dell'offerta, una motivazione rappresentata anche solo per relationem è sufficientemente espressa e non censurabile per genericità"¹¹².

Alla stregua del comma 7, qualora un'offerta risulti anormalmente bassa, in quanto l'offerente abbia ottenuto un aiuto di Stato, l'esclusione è possibile solo se l'offerente non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante¹¹³, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno, ai sensi dell'articolo 107 del TFUE.

Ulteriore novità è data dal comma 8, il quale, nel disciplinare la facoltà per le Stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte risultate anomale (applicabile sempre e solo nel caso di un numero di offerte ammesse superiore dieci), estende tale facoltà anche agli appalti di servizi e forniture, purché di importo inferiore alla rispettiva soglia comunitaria (sempre laddove il criterio di selezione sia quello del prezzo più basso).

L'ultimo comma prevede la possibilità di ricorrere alla Cabina di Regia¹¹⁴ al fine di ottenere informazioni utili, quali leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti dalle imprese in sede di giustificazioni.

Valga, infine, evidenziare che anche nel nuovo codice, sotto il profilo soggettivo, vi è un generico richiamo alla Stazione appaltante senza specificare se la competenza sia del RUP o della Commissione aggiudicatrice.

In realtà, trattasi di una problematica datata, essendo da sempre dibattuto se competa alla commissione di gara anche la valutazione delle giustificazioni, o se, viceversa, tale competenza sia appannaggio del RUP.

In proposito, la giurisprudenza si è consolidata nell'attribuire al Responsabile del

¹¹² *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 13/09/2016, n. 3855.

¹¹³ La precedente normativa prevedeva il termine di 15 giorni.

¹¹⁴ La Cabina di Regia è la struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni, e per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri, onde assicurare lo scambio di informazioni sull'applicazione delle norme contenute nel presente codice e sulla gestione delle relative procedure (comma 4, art. 212). Con DPCM del 10 agosto 2016, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31.08.2016, ne sono state disciplinate la composizione e le modalità di funzionamento.

procedimento il compito di verificare l'anomalia, potendosi avvalere della Commissione di gara (o di un Organo tecnico)¹¹⁵.

Tale orientamento risulta condiviso anche dall'ANAC che, con le Linee guida (tra cui quelle relative al Rup n. 3 del 26 ottobre 2016), ha chiarito che: *“Nel bando di gara la stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con il supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice”*.

1.15. Il seggio di gara

La celebrazione della gara è demandata al c.d. seggio di gara, individuato secondo le regole ordinamentali di ogni singola stazione appaltante, nel rispetto, in ogni caso, del principio di separazione tra politica e gestione.

Tale organismo assume la veste collegiale qualora il criterio di selezione prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In proposito, il nuovo codice (artt. 77 e ss.) si propone un obiettivo (auspicabile) della qualificazione (*recte*: specializzazione) dei commissari, al fine di garantire un corretto espletamento delle relative funzioni, stante la priorità che ora assume il criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In tale ottica è prevista l'istituzione di un Albo (art. 78), detenuto dall'ANAC, dal quale attingere, secondo modalità da dettagliare con apposite determinazioni, al fine di

¹¹⁵ Si è statuito che: *“Nelle gare d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. Infatti, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207, è attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice”* (ex multis, Cons. Stato, Ad. Pl., 29/11/2012, n. 36; Cons. Stato, sez. V, 10/02/2015, n. 689).

individuare i componenti della Commissione oltre che il relativo Presidente.

Residua, in capo alle stazioni appaltanti, la possibilità di nominare (nel rispetto del principio di rotazione) commissari interni, per le procedure di affidamento di importo inferiore alla soglia comunitaria oltre che per quelle non particolarmente complesse, tra le quali viene ricompresa (*ope legis*) la procedura di gara telematica.

Nelle more dell'istituzione e dell'attivazione dell'Albo, continuano ad applicarsi le discipline dettate dalle singole Amministrazioni, purché rispondenti ai principi sottesi alla materia in esame (come previsto dal comma 11 dell'art. 77 e dal comma 12 dell'art. 216 del codice) e nel rispetto delle regole di competenza e trasparenza.

Il comma 1 dell'art. 77 ribadisce la necessità della nomina di una commissione limitatamente ai casi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In vigore della precedente normativa di settore, si è ritenuto legittimo l'espletamento delle operazioni di verifica dei requisiti da parte del R.U.P. (atteso che questi, "svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice ... che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti"), coadiuvato da testimoni e dall'ufficiale rogante, cui ha fatto seguito la fase di valutazione delle offerte tecniche da parte di una commissione presieduta sempre dal R.U.P. con l'aggiunta di due tecnici¹¹⁶.

Nonostante una previsione normativa alquanto dettagliata, i lavori del seggio di gara hanno alimentato diverse criticità.

Un primo profilo problematico è stato rinvenuto nell'ipotesi di identità soggettiva tra chi presiede lo svolgimento delle operazioni di gara e chi abbia predisposto ed emanato il bando o abbia svolto altre attività nell'ambito della medesima procedura.

Di tale sospettata "incompatibilità" si è occupata sia il precedente codice (art. 84, comma 4, d. lgs. n. 163/2006), sancendo che i commissari diversi dal presidente non dovevano aver svolto né potevano svolgere un'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto da affidare¹¹⁷, sia il nuovo codice (art. 77,

¹¹⁶ Cons. Stato, sez. V, 13/10/2010, n. 7470.

¹¹⁷ Secondo il T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11/05/2010, n. 5944, la *ratio* della norma è quella di impedire, per ragioni di trasparenza e d'imparzialità, la presenza nella commissione esaminatrice di soggetti che abbiano svolto una qualsiasi attività in grado di interferire con il

comma 4) che, con un dettato ancora più restrittivo, estende tale incompatibilità a tutti i componenti della Commissione.

Richiamando tale disposizione, si è statuito che non rispetta il principio di imparzialità la designazione, quale componente di una commissione, di un dirigente responsabile dell'area amministrativa dell'ente locale, nel caso in cui risulti che il dirigente sia stato in precedenza cointeressato nell'attività di affidamento del servizio appaltando, avendo predisposto lo schema del relativo contratto e la ripartizione in subcriteri del punteggio fissato dal bando di gara per la valutazione delle offerte¹¹⁸.

Sul medesimo crinale si pone la declaratoria di illegittimità di una commissione di cui abbia fatto parte un soggetto che aveva prestato la propria attività nella fase di predisposizione degli atti di gara nonché, nella fase successiva, in veste di “consulente esterno” della commissione e che non si era limitato a fornire un occasionale supporto tecnico *ab externo*, ma aveva contribuito alla formazione del processo decisionale ed alla conseguente assunzione delle determinazioni spettanti all'organo collegiale; analogamente è stata ritenuta viziante la partecipazione alla commissione di un soggetto che aveva provveduto, in sede di preparazione degli atti di gara, alla perizia di stima degli impianti e all'analisi economico-patrimoniale del servizio¹¹⁹.

In senso diverso, è stata ritenuta legittima la partecipazione alla commissione di gara di soggetti chiamati a svolgere funzioni di natura del tutto vincolata (quali ad esempio: presiedere al sopralluogo con i concorrenti; concordare con l'aggiudicataria la consegna delle apparecchiature; provvedere alla liquidazione delle fatture) e che, non coinvolgendo un interesse personale del funzionario, non sono suscettibili di alterare la

giudizio di merito sull'appalto. Il Cons. Stato, sez. V, 22/02/2016, n. 706, ha ritenuto illegittima la partecipazione del Rup quale componente (e non presidente) della Commissione.

¹¹⁸ T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 26/07/2007, n. 7016.

¹¹⁹ Cons. Stato, sez. V, 16/03/2011, n. 1628. Per Cons. Stato, sez. V, 23/03/2015 n. 1565, deve sottolinearsi, per un verso, che tale incompatibilità deve riguardare effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta e non può riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici genericamente riguardanti altri appalti e, per altro verso, che di tale situazione di incompatibilità deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità (dovendo la disposizione in questione, in quanto limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione, essere interpretata in senso restrittivo).

regolare e imparziale esecuzione del contratto¹²⁰.

Sempre per quanto concerne le modalità di nomina dei componenti, va richiamato quanto stabilisce il comma 2, dell'art. 77, in virtù del quale la commissione è composta da un numero dispari di componenti (in numero massimo di cinque) “*esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto*” (comma 1, ultimo periodo).

Sempre tra le cause di incompatibilità si inscrivono le ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 77, concernenti i soggetti che abbiano ricoperto incarichi di amministratore nel biennio antecedente alla procedura di gara (indetta dalla medesima stazione appaltante) oltre che quelle di cui al comma 6, ove si richiamano l'art. 35 *bis* del d.lgs n. 165/2011, l'art. 51 del c.p.c., l'art. 42 del medesimo codice dei contratti (conflitto di interesse).

L'assenza di cause di incompatibilità va dichiarata dai commissari (mediante dichiarazione sostitutiva) al momento dell'accettazione dell'incarico (secondo la previsione del comma 9 della norma in esame).

Sotto il profilo temporale, ai sensi del comma 7, del citato art. 77, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione di gara deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (analogamente a quanto disponeva il precedente codice)¹²¹; la previsione è stata ritenuta principio generale, quindi, applicabile anche alle concessioni di servizi¹²².

Deve trattarsi di una commissione di esperti (“*periti peritorum*”) della materia sulla quale esprimere il giudizio ed il possesso dei requisiti richiesti deve essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti da scrutinare¹²³. Tuttavia, se è vero che la commissione aggiudicatrice deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui

¹²⁰ Cons. Stato, sez. III, 12/07/2011, n. 4168.

¹²¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 08/09/2015, n. 4191, e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 29/04/2011, n. 808, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione, nel caso in cui la commissione sia stata nominata prima della scadenza del termine di presentazione delle domande. Di recente il T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21/04/2016, n. 1474, ha precisato che, in un'ottica di tipo sostanzialistico, la nomina anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte può costituire vizio dell'intera procedura di gara solo se sia in concreto suscettibile di incidere sulla indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni, essendo quindi necessario esaminare caso per caso se tale principio sia stato messo in pericolo dalla nomina anticipata della commissione.

¹²² T.A.R. Toscana, sez. II, 24/06/2016 n. 1060.

ricade l'oggetto del contratto, tale competenza non deve riguardare necessariamente tutte e ciascuna delle materie tecniche e scientifiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* ai fini valutativi; inoltre i dati, in base ai quali ritenere presente una preparazione specifica dei componenti la commissione, possono essere costituiti dal possesso del titolo di studio¹²⁴, risultando illegittima solo una “generica” competenza in materia di conduzione di gare¹²⁵.

Anche sul punto è doverosa una precisazione.

La citata previsione deve ritenersi soddisfatta, in concreto, allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti, comunque, una competenza generale in materia di gare pubbliche, anche perché non si rende necessario che il collegio sia composto in via esclusiva da esperti “nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”¹²⁶.

Ai predetti fini non è, quindi, 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 eterogenea¹²⁷.

La commissione aggiudicatrice è tenuta ad affrontare e risolvere problemi di varia natura, anche giuridici e amministrativi. Pertanto, una volta assicurata la prevalenza tecnica, la stessa può ritenersi legittimamente composta anche ove nel suo ambito sia prevista la presenza di un esperto anzitutto in procedure amministrative, qual è il segretario comunale, non estraneo, comunque, alle problematiche tecniche connesse all'esercizio di funzioni comunali (cfr. art. 97, comma 4, del d. lgs. n. 267/2000, a

¹²³ Così Cons. Stato, sez. V, 21/02/2011, n. 1082.

¹²⁴ Cons. Stato, sez. IV, 15/09/2015, n. 4316. Secondo Cons. Stato, sez. IV, 20/04/2016, n. 1556, la norma non prescrive che la dimostrazione della specifica esperienza debba trarsi dall'avvenuto svolgimento di incarichi analoghi o sovrapponibili a quello da svolgere.

¹²⁵ T.A.R. Liguria, sez. II, 05/03/2015 n. 257.

¹²⁶ Così, Cons. Stato, sez. V, 09/04/2015 n. 1824 e *id.*, 20/11/2015, n. 5296.

¹²⁷ Cons. Stato, sez. III, 14/12/2015 n. 5670.

norma del quale il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività)¹²⁸.

La norma prevede che le specifiche professionalità, necessarie ad effettuare le valutazioni delle offerte tecniche, debbano rintracciarsi all'interno della stessa commissione; quindi, non è consentito demandare a soggetti "esterni" alla commissione le valutazioni tecniche poste alla base della scelta¹²⁹.

Non può, invece, ritenersi illegittimo l'operato di una commissione che si sia avvalsa di un consulente legale esterno, già incaricato di assistere la stazione appaltante in relazione al contenzioso in essere tra quest'ultima ed una ditta concorrente¹³⁰.

Sempre in tema di composizione del seggio di gara, ci si è chiesti se la commissione rappresenti o meno un collegio perfetto, di modo che debba operare, necessariamente, con il *plenum* dei suoi componenti¹³¹.

La soluzione "intermedia" prospettata dalla giurisprudenza fa propria la tesi del collegio perfetto, ritenendo, tuttavia, possibile che alcune attività (quali quelle meramente vincolate, propedeutiche e/o esecutive) possano essere delegate ad uno dei componenti, restando riservata all'intero collegio l'attività decisoria e di valutazione.

Si è sostenuto che la commissione costituisce un collegio perfetto e, pertanto, per la determinazione dei criteri di valutazione e di giudizio, nonché per le decisioni conclusive (fasi rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo per una corretta formazione della volontà collegiale) deve

¹²⁸ Cons. Stato, sez. V, 23/06/2010, n. 3967.

¹²⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 04/11/2010, n. 33183, secondo tale decisione la scelta degli "esperti" (anche qualora possano essere individuati all'esterno della commissione), non potrà mai essere effettuata dalla medesima commissione, in quanto la norma ne demanda l'individuazione all'organo competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario.

¹³⁰ Cons. Stato, sez. V, 16/11/2010, n. 8059: contrasta con il principio di imparzialità amministrativa affidare al soggetto che, nella stessa vicenda, ha già svolto la funzione di assistente legale contro uno dei concorrenti, anche la qualità di consulente per lo svolgimento della procedura di gara per l'aggiudicazione della concessione.

¹³¹ Secondo il T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 05/11/2009, n. 10878, il criterio più sicuro per individuare, nel silenzio della legge, quando un organo collegiale debba ritenersi «perfetto» è quello che assegna tale connotazione al collegio per il quale, accanto ai componenti effettivi, sono previsti anche componenti supplenti.

operare con il *plenum* e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti¹³².

In tale contesto, la verifica della regolarità dei plichi e dei requisiti per la partecipazione alla gara, nonché le relative determinazioni di ammissione o di esclusione dei concorrenti, costituiscono attività di contenuto decisorio, che rientrano nei compiti della commissione, da svolgersi in composizione plenaria, nel rispetto del principio della collegialità perfetta; è, pertanto, illegittima la previsione di un bando che attribuisca il potere di escludere le ditte al presidente della commissione, anziché alla commissione nella sua collegialità¹³³.

Costituisce un vizio tale da inficiare l'intera procedura di gara e renderne necessario il rinnovo "*ab initio*", l'effettuazione di alcune operazioni valutative senza la presenza di tutti i componenti della commissione; in realtà, la violazione del principio del "collegio perfetto" determina un'alterazione del processo di formazione della volontà collegiale, che ne invalida irreversibilmente i risultati¹³⁴.

Parte della giurisprudenza¹³⁵ ritiene delegabili, ad un singolo componente, oltre alle attività istruttorie, preparatorie e vincolate, anche attività valutative, a condizione che il lavoro da questi svolto sia sottoposto alla "delibazione" dell'intera commissione.

Ad esempio, si è ritenuto legittimo l'operato della commissione di gara, nel caso in cui il Presidente, in assenza di un componente, abbia dato lettura dei punteggi delle singole offerte, svolgendo, cioè, un'attività priva di contenuti di discrezionalità¹³⁶.

I poteri del seggio di gara si esauriscono solo con l'approvazione degli atti da parte degli organi amministrativi, ovvero con l'aggiudicazione definitiva; sicché, anteriormente, essa può riesaminare il procedimento espletato, per emendarlo da errori commessi, ovvero al fine di verificare la correttezza dell'attività¹³⁷.

¹³² Cons. Stato, sez. VI, 06/06/2006, n. 3386 e 02/02/2004, n. 324; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26/02/2010, n. 1195.

¹³³ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, n. 1195/2010, cit..

¹³⁴ T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 27/03/2008, n. 170.

¹³⁵ T.A.R. Veneto, sez. I, 21/04/2004, n. 1145.

¹³⁶ Cons. Stato, sez. III, 15/07/2011, n. 4332.

¹³⁷ Cons. Stato, sez. IV, 11/10/2007, n. 5354.

1.16. La proposta di aggiudicazione

All'esito delle operazioni di gara viene predisposta e formulata, in via ordinaria, la **proposta di aggiudicazione** (art. 32, comma 5), recante l'individuazione, secondo i criteri fissati nella *lex specialis*, della "migliore" offerta.

Sotto il profilo semantico, la novità merita di essere segnalata, in quanto alla dicotomia "*aggiudicazione provvisoria - aggiudicazione definitiva*" viene sostituita quella tra "*proposta di aggiudicazione e aggiudicazione*". Allo stesso tempo, non risulta riprodotto il secondo periodo del comma 4, dell'abrogato art. 11, secondo cui: "*Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente*", la cui attuazione, in alcuni casi, si traduceva nell'adozione di atti e determinazioni di conferma dei lavori del Seggio di gara, prima ancora della verifica dei requisiti in capo all'impresa.

L'espunzione di tale periodo, unitamente alla modifica di cui al comma 5, dovrebbe evitare le problematiche sorte dall'improprio uso delle predette espressioni e gli equivoci derivanti da atti di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria che alimentavano l'affidamento sull'esito favorevole della procedura in capo alla ditta "selezionata", pur non configurando un atto di aggiudicazione (solo avverso il quale potevano proporsi eventuali rimedi giustiziali).

La specificazione recata dal citato comma 5, dell'art. 32 (secondo cui la fase di valutazione delle offerte si conclude con una mera "proposta"), rimarca che tale atto ha natura endoprocedimentale, incapace di configurare una determinazione definitiva o di abilitare pretese in capo al concorrente la cui offerta abbia ottenuto il miglior apprezzamento; al contempo, l'eventuale riesame delle decisioni ivi assunte non impone un procedimento di secondo grado, trattandosi di rimozione di atti ad effetti instabili.

La novità si riflette anche sul comma 1 dell'art. 33, laddove si afferma che "*la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione da parte dell'organo competente*", mentre il precedente art. 12, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006, disciplinava lo specifico procedimento di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Sempre in tale segmento procedimentale, possono innestarsi ulteriori *sub-procedimenti*, che possono dar luogo a meri atti o a provvedimenti.

Si pensi, ad esempio, alla verifica dei requisiti in capo ai concorrenti, mediante il

sistema dell'AVCPass (nelle more dell'attivazione della Banca dati di cui all'art. 81 del c.d.c.), all'esito della quale l'esclusione si imporrebbe nel caso in cui la documentazione acquisita non dovesse comprovare quanto autodichiarato dal concorrente.

Nelle distinte fasi della procedura, anche la posizione giuridica del concorrente deve apprezzarsi diversamente; dalla mera "aspettativa", che si configura nella fase di avvio della procedura, al meglio tutelato "interesse legittimo", che si rinviene durante la gara, sino al diritto soggettivo in capo al contraente.

La diversità di posizione giuridica incide inevitabilmente sulla proponibilità di rimedi giustiziali e sulle eventuali richieste risarcitorie, come meglio precisato *infra*.

1.17. L'aggiudicazione

La procedura di gara si conclude con l'aggiudicazione, secondo la previsione di cui all'art. 32, comma 5, del codice. Tale atto assume valenza provvedimento (anche se non equivale ad accettazione dell'offerta, come espressamente precisa il comma 6 dell'art. 32) e si pone in modo autonomo rispetto alla proposta di aggiudicazione.

Può dirsi che, rispetto a quest'ultima, l'aggiudicazione si caratterizza per un'autonomia strutturale e contenutistica; sia perché è di competenza di un organo diverso¹³⁸ (circostanza questa che emerge marcatamente nel caso in cui la proposta sia formulata dalla commissione), sia perché è il risultato di due *sub*-procedimenti:

- a) la verifica della regolarità della procedura, con specifico riferimento alle precedenti fasi endoprocedimentali;
- b) la verifica del possesso dei requisiti in capo al concorrente che abbia formulato l'offerta ritenuta migliore.

¹³⁸ Sotto il profilo della competenza, non può revocarsi in dubbio che, alla stregua del principio generale di separazione tra politica e gestione, tale determinazione si iscriva nella competenza dell'organo burocratico (ovvero dell'organo di vertice della struttura amministrativa che ha indetto la procedura). Né varrebbe eccepire una diversa competenza invocando le norme regolamentari della stazione appaltante. Difatti, in applicazione della c.d. "*formula interpretativa*", di cui all'art. 107, comma 5, del testo unico degli enti locali (secondo cui, dalla data della sua entrata in vigore, ogni disposizione che dovesse attribuire agli organi di governo la competenza ad adottare atti di gestione va "intesa" nel senso della competenza degli organi burocratici), la norma regolamentare andrebbe disapplicata, considerata la sua natura recessiva rispetto al principio inderogabile reso dalla fonte primaria. In sintesi, posto che la competenza ad adottare un provvedimento dipende dalla natura di quest'ultimo ed evidenziato che l'aggiudica definitiva ha certamente natura gestionale, deve concludersi per l'attribuzione all'organo burocratico di ogni competenza al riguardo.

Va precisato che il codice¹³⁹, in relazione a tale ultimo adempimento, contempla la possibilità della sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione, con la conseguenza che tale provvedimento potrebbe essere adottato anche prima dell'espletamento delle verifiche di rito, risultando (fino all'esito delle stesse) inidoneo a produrre effetti.

Tale previsione ha favorito, nella prassi, due diversi modelli.

Accanto al modello che potremmo definire “ordinario”, caratterizzato dall'adozione del provvedimento di aggiudica solo a seguito dell'esito dei controlli, si registra quello, ispirato ad evidenti ragioni di semplificazione e di accelerazione, in cui si provvede all'aggiudica anche nelle more dei controlli, per poi prendere atto dell'esito degli stessi, al fine di attestare l'efficacia dell'adottata aggiudica.

In particolare, nel primo caso, a seguito dell'espletamento delle operazioni di gara, si procede alla richiesta della documentazione¹⁴⁰ funzionale a comprovare in capo all'aggiudicatario (ai sensi dell'art. 36, comma 6, del codice) o in capo ai primi due graduati (ai sensi dell'art. 85, comma 5, del codice) la sussistenza dei requisiti previsti (ovvero l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice ed il rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice).

A seguito di tale verifica si adotta il provvedimento di aggiudica, immediatamente efficace, del quale viene data comunicazione agli interessati, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del codice, ai fini del decorso del termine di sospensione (*stand still period*).

In alternativa a tale modello, nell'ottica di una semplificazione procedimentale, è possibile procedere alla verifica dei requisiti dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, del quale se ne dà immediata comunicazione anche ai fini della decorrenza del termine di *stand still*; ciò favorisce il “sovrapporsi” (*recte*: la contestuale decorrenza) dei termini prescritti per entrambi gli adempimenti.

Tuttavia, in tal caso, l'efficacia dell'aggiudica potrà attestarsi solo a valle dei controlli (in caso di esito positivo degli stessi), con il rischio che, ove emerga una circostanza impeditiva, dovrà procedersi all'adozione di una nuova aggiudicazione, con decorrenza, *ex novo*, anche del termine di sospensione.

¹³⁹ Alla stregua dell'art. 32, comma 7, l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti.

Sotto il profilo teleologico, la scissione temporale tra proposta e aggiudicazione risponde all'esigenza logico-giuridica di consentire all'amministrazione un'ulteriore ed autonoma determinazione valutativa, in forza della quale, sulla scorta dei risultati scaturenti dalla comparazione delle offerte e dalla individuazione di quella maggiormente rispondente all'interesse pubblico in base ai criteri di gara, si innesta il distinto e complementare giudizio in ordine alla conclusiva risoluzione di pervenire all'instaurazione del vincolo contrattuale attraverso l'accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti e dell'assenza di profili ostativi.

Conseguentemente, il provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica non ha natura meramente confermativa della proposta, ma si connota per caratteristiche di autonomia contenutistica e di specificità decisionale rispetto ad essa.

Poiché la proposta ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, essa è inidonea a produrre la definitiva lesione dell'impresa non risultata aggiudicataria, evenienza questa che si verifica solo con l'aggiudicazione¹⁴¹, restando ammissibile l'ipotesi di una rivalutazione (da parte della P.A.) degli interessi pubblici da perseguire, operata prima dell'aggiudicazione definitiva¹⁴².

In tale contesto va menzionata la problematica circa l'applicabilità o meno, in *subiecta materia*, dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/90, introdotto dalla l. n. 15/2005 e concernente l'obbligo, in capo all'amministrazione procedente, di "preavvisare" la decisione negativa.

In proposito, si è statuito che ove l'amministrazione, durante l'espletamento di una gara, abbia ammesso provvisoriamente ("allo stato") un concorrente, invitandolo, ai fini di un'ulteriore valutazione sull'ammissione definitiva, ad integrare la documentazione afferente una prescrizione del bando da osservare a pena di esclusione, non va comunicato all'interessato il preavviso di rigetto della domanda di ammissione, *ex art. 10 bis*, atteso che quest'ultima disposizione contiene l'espressa previsione di non applicazione "alle procedure concorsuali" genericamente intese; né può invocarsi l'art.

¹⁴⁰ La documentazione da acquisire (cd "mezzi di prova") per comprovare l'assenza di cause di esclusione o il rispetto dei requisiti di selezione, viene indicata nell'art. 86 del codice e nell'ivi richiamato allegato XVII.

¹⁴¹ T.A.R. Toscana, sez. I, 05/08/2016, n. 1309; Cons. Stato, sez. III, 31/01/2014, n. 467; *id.*, sez. III, 28/02/2014, n. 942.

7 della l. n. 241/90, atteso che l'ammissione di un concorrente è da ritenersi, in ogni caso, sotto riserva, almeno sino all'espletamento dei previsti e doverosi controlli.

Sul piano processuale l'onere di impugnare tempestivamente gli atti della gara, ad eccezione dell'esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara (nonché di quanto ora scaturente dall'art. 29 del codice), sorge solo a seguito del provvedimento di aggiudicazione¹⁴³.

1.18. La responsabilità precontrattuale della P.A.

L'adozione (o meno) del provvedimento di aggiudica incide anche sulla possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale¹⁴⁴.

Alla stregua del prevalente indirizzo giurisprudenziale, tale tipo di responsabilità non si colora fino a quando la procedura selettiva non si esaurisce con l'aggiudicazione, che individua il soggetto possibile contraente; pertanto, in *subiecta materia*, la responsabilità precontrattuale è configurabile solo dopo la conclusione della procedura e con riguardo al segmento procedimentale successivo all'esito della stessa¹⁴⁵.

Secondo tale orientamento, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione (ai sensi dell'art. 1337 c.c.) non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblicistici¹⁴⁶.

¹⁴² Su tale ipotesi, cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 14/03/2015, n. 442.

¹⁴³ Cfr. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando*, in Dir. proc. amm., 2003, pp. 809 ss.. Sulla necessità di impugnare l'aggiudica definitiva, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25/02/2016, n. 754. Secondo Cons. Stato, sez. IV, 29/02/2016, n. 854, costituisce ormai *jus receptum* quello per cui l'aggiudicazione provvisoria, essendo atto procedimentale, non obbliga chi se ne ritenga leso ad impugnarlo; peraltro la parte può avvalersi della facoltà d'insorgere avverso gli atti della procedura già a partire dall'aggiudicazione provvisoria salva, poi, a pena d'improcedibilità, la necessità di una distinta impugnativa avverso l'aggiudicazione definitiva eventualmente mediante lo strumento dei motivi aggiunti.

¹⁴⁴ Per una ricostruzione dottrina, cfr. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

¹⁴⁵ Cons. Stato, sez. III, 24/05/2013, n. 2838.

¹⁴⁶ Conseguentemente, non sussiste il diritto al risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* a favore dell'impresa che abbia presentato domanda di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, che la stazione appaltante abbia revocato, adducendo motivi finanziari (T.A.R. Sicilia,

È per questo che la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto possono assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte privata.

Allo stesso tempo, non può essere accolta una domanda tendente ad ottenere il risarcimento dei danni a seguito del legittimo annullamento della proposta di aggiudicazione, costituente specifica espressione del potere di controllo sugli atti di gara della pubblica amministrazione appaltante.

È, altresì, irrilevante che il recesso dalla trattativa, da parte della P.A. (manifestato nella forma del diniego dell'aggiudicazione definitiva) sia intervenuto dopo la (supposta) formazione del silenzio-assenso (ovvero approvazione tacita) ai sensi dell'art. 33, comma 1, del codice dei contratti pubblici; ciò in quanto, quand'anche si volesse considerare intervenuta l'aggiudicazione definitiva tacita ai sensi di tale articolo, l'atto di recesso ha comunque la consistenza e l'effetto di una manifestazione della volontà di recedere dalla gara e di non procedere alla stipulazione del contratto (principio della conversione/conservazione dell'atto amministrativo).

In ogni caso, anche se non può trovare ingresso un'azione risarcitoria, qualora la stazione appaltante decida di concludere le trattative dopo l'esperimento della gara e in presenza di una proposta di aggiudicazione, può essere ravvisata una responsabilità precontrattuale della P.A. stessa, in quanto, tale responsabilità ha la sua fonte non negli obblighi derivanti dal contratto (non concluso), ma deriva dalla violazione del dovere di buona fede nelle trattative (*ex art. 1337 c. c.*)¹⁴⁷.

Tanto è vero che si è ritenuta sussistente la responsabilità precontrattuale della P.A. che aveva legittimamente revocato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria di

Palermo, sez. I, 4/02/2011, n. 210). Sul medesimo crinale si pone Cons. Stato, sez. V, 8/09/2010, n. 6489, secondo cui non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno avanzata da un concorrente ad una gara pubblica, derivante da asserita responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, *ex art. 1337 c.c.*, per avere la stazione appaltante dapprima indetto una gara (nella specie, per l'affidamento di un appalto di servizi) e, successivamente, revocato in autotutela i relativi atti, a causa della carenza di disponibilità finanziaria, ed al fine di svolgere in economia i servizi da appaltare, nel caso in cui la revoca sia intervenuta in costanza del termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

una gara di appalto (con riferimento all'insostenibilità dell'impegno economico), laddove le condizioni di criticità economica, che avevano reso legittimo il recesso dalla gara, preesistevano ed erano conosciute o quanto meno conoscibili impiegando la dovuta diligenza; sicché una gestione più accorta avrebbe risparmiato alla P.A. l'indizione della gara e la pubblicazione del bando, evitando che i concorrenti sostenessero i costi inerenti alla presentazione delle offerte¹⁴⁸.

Si è ritenuta insussistente la responsabilità precontrattuale della P.A. in caso di revoca della procedura di gara motivata dalla sopravvenuta oggettiva impossibilità di realizzare l'opera pubblica¹⁴⁹.

Resta da precisare che, nel caso di responsabilità precontrattuale della P.A. per (legittimo) recesso dall'aggiudicazione, il ristoro va commisurato al c.d. interesse negativo, cioè alle spese inutilmente sostenute dal concorrente ed alle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali¹⁵⁰.

Non si ritengono meritevoli di risarcimento, quindi, le voci che fanno riferimento all'interesse c.d. positivo, che attengono alle utilità e ai vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto. In particolare, non è risarcibile il c.d. danno curriculare (e cioè quello derivante da mancato arricchimento del *curriculum* professionale), perché

¹⁴⁷ Cons. Stato, sez. III, 31/01/2014, n. 467.

¹⁴⁸ Per Cons. Stato, sez. III, 28/02/2014, n. 943, sussiste la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nel caso in cui quest'ultima abbia ingenerato nella controparte un legittimo affidamento nella utilità delle trattative, in violazione del principio costituzionale di buon andamento e dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c..

¹⁴⁹ Cons. Stato, sez. V, 12/10/2016 n. 4218.

¹⁵⁰ Di interesse, sotto tale profilo, è Cons. Stato, sez. VI, 1/02/2013, n. 633, secondo cui: “*Nel caso di responsabilità precontrattuale, vanno risarcite tutte le spese documentate e specificamente sostenute per la gara. Vanno risarcite in particolare le spese inerenti l'elaborazione dell'offerta, la progettazione e pianificazione della commessa nella fase precedente alla gara, le spese sostenute per la costituzione dell'associazione temporanea di imprese, le spese sostenute per le polizze fideiussorie e, più in generale, tutte le spese comunque riconducibili all'attività svolta per la partecipazione alla gara; tali spese vanno risarcite solo se, e nella misura in cui, la ditta interessata sia in grado di fornire alla stazione appaltante copia dei pagamenti effettuati per la partecipazione alla gara, non potendosi ritenere sufficiente la mera esibizione della fattura, atteso che essa non dimostra l'avvenuto pagamento e, quindi, l'effettivo sostenimento del costo da rimborsare. Devono essere risarcite anche le spese sostenute per la retribuzione del personale dipendente all'interno della società e le spese generali per il funzionamento struttura aziendale. Tale danno, non possibile da determinare nel preciso ammontare, può essere stabilito, in via forfettaria ed equitativa, nella misura del 25%*”

non attiene all'interesse negativo, ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa.

Su tale profilo, si è avvertito¹⁵¹ che la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale è astrattamente ammissibile anche in presenza della legittimità della revoca della gara di appalto; tuttavia, a tal fine, deve venire in considerazione un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza dell'amministrazione che, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere alla revoca della gara, non ha invece provveduto a tanto, ingenerando nella parte un ragionevole affidamento nella conclusione della gara.

1.19. Forme di giustizia domestica: l'autotutela

Anche qualora sia intervenuta l'aggiudicazione, non è precluso alla stazione appaltante esercitare il potere di riesame ed intervenire in autotutela (come previsto dal comma 8 del divisato art. 32)¹⁵².

Vuol dirsi che, anche se nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente¹⁵³, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa amministrazione e del privato di concludere il contratto (manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore), non è tuttavia precluso alla stessa amministrazione di procedere, con atto successivo e con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

L'immanenza nell'ordinamento del potere di autotutela della pubblica amministrazione trova fondamento: a) nel principio costituzionale di buon andamento

dell'importo relativo alle spese sostenute per i c.d. costi vivi affrontati per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara".

¹⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21/04/2016, n. 1599.

¹⁵² Per una ricostruzione sistematica sul tema, cfr. FUOCO B., *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti ad evidenza pubblica*, Maggioli, 2009.

¹⁵³ La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990. La revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è, difatti, correttamente qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato. Tanto ciò è vero che la giurisprudenza non riconosce all'aggiudicatario provvisorio lo speciale indennizzo *ex art. 21 quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990 (così, T.A.R. Toscana, sez. I, 5/08/2016, n. 1309).

ed imparzialità della funzione pubblica, che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire; b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara) è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso¹⁵⁴; c) nell'art. 32, comma 8, del codice dei contratti¹⁵⁵.

Del resto, a prescindere da un'espressa previsione del bando, alla stazione appaltante spetta la verifica della legittimità delle operazioni della commissione¹⁵⁶; né è precluso alla stessa di procedere alla revoca od all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario¹⁵⁷. Anzi, l'Amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto contrastante con norme imperative, soprattutto: a) deve interrompere la procedura negoziata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica; b) deve annullare gli atti della gara se il previsto contratto di per sé risulti in contrasto con una norma imperativa¹⁵⁸.

Anche nel corso dello svolgimento della procedura, la commissione giudicatrice (o il Seggio di gara), fino a quando non perde la disponibilità degli atti di gara (con la

¹⁵⁴ Cons. Stato, sez. V, 12/02/2010, n. 743.

¹⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 23/05/2011, n. 3078.

¹⁵⁶ Conseguentemente, lì dove la stazione appaltante rilevi, in un momento successivo alla verifica operata dalla commissione, una carenza del possesso dei requisiti speciali di partecipazione prescritti, può legittimamente disporre la decadenza dell'aggiudicazione (così, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19/03/2010, n. 4321).

¹⁵⁷ Cons. Stato, sez. V, 30/12/2015, n. 5862; T.A.R. Molise, sez. I, 12/02/2016, n. 73.

¹⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 3/02/2011, n. 780. Con tale decisione si è anche precisato che una domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A. non può essere accolta quando il contratto non sia stato ancora stipulato, qualora una delle parti, anche *in extremis*, abbia rilevato che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative, non potendosi, in tal caso, ravvisare un "ragionevole affidamento", giuridicamente tutelato, alla relativa stipula. Di recente il T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 5/08/2016, n. 1621, ha ritenuto legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale un Comune ha disposto l'annullamento di un incarico professionale (nella specie si trattava di un incarico conferito dall'Ente locale ad una società, finalizzato alla valorizzazione e alla cura dei luoghi di culto nel territorio comunale), che sia motivato con riferimento al fatto che il relativo contratto è stato più volte automaticamente e direttamente prorogato in favore della società stessa, senza alcuna preventiva indagine di mercato, posto che il divieto di rinnovo tacito ed espresso dei contratti pubblici è diretta espressione dei principi di tutela della concorrenza di derivazione europea.

loro trasmissione all'organo competente ad approvarli), può rivedere il proprio operato, correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa¹⁵⁹.

In ogni caso, l'esercizio del potere di riesame deve ancorarsi ad un idoneo supporto motivazionale¹⁶⁰, comprovante la sussistenza di autonome e attuali ragioni di pubblico interesse, in special modo se incida su interessi che risultano consolidati, per il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento annullato e per l'affidamento sulla sua legittimità ingenerato nei suoi destinatari; di converso non occorre la presenza di tali ragioni di interesse pubblico quando il soggetto nei cui confronti si esercita il potere di annullamento sia stato avvertito dei rischi di illegittimità¹⁶¹.

Analogamente, la revoca, l'annullamento o il ritiro di un bando, non ancora pubblicato, sono sempre possibili, anche senza l'esternazione di particolari ragioni di pubblico interesse¹⁶².

L'autotutela non deve necessariamente riguardare l'intera procedura¹⁶³.

In base al principio di conservazione degli atti e dei rapporti giuridici, nell'ambito delle pubbliche gare, il potere di autotutela può esercitarsi anche parzialmente, senza travolgere l'intero procedimento, così come può riguardare anche una clausola della *lex specialis* qualora la stessa risulti comunque idonea a produrre i propri effetti tipici¹⁶⁴.

Lo *ius poenitendi* può riguardare la fase di indizione, la fase di valutazione, la fase decisoria di approvazione degli atti.

Diversi sono i presupposti e le conseguenze.

¹⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24/05/2002, n. 2863, in cui si precisa che detta facoltà, sotto lo speculare profilo del buon andamento dell'azione amministrativa, è configurabile, altresì, come dovere ed è espressione del potere di autotutela spettante anche agli organi straordinari della pubblica amministrazione, quali, appunto, le commissioni di gara.

¹⁶⁰ Sull'obbligo di un'adeguata motivazione, Cons. Stato, sez. V, 6/10/2015, n. 4654; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 5/09/2016, n. 9543.

¹⁶¹ In termini, Cons. Stato, sez. IV, 20/02/2014, n. 781.

¹⁶² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25/05/2011, n. 3139, secondo cui, in riferimento agli atti indittivi della gara, qualsiasi rettifica del contenuto del bando resta priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti ove non sia stata portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando; la semplice divulgazione di una modifica del disciplinare sul sito internet della stazione appaltante non può costituire forma giuridicamente idonea di conoscenza.

¹⁶³ Sull'ipotesi in cui si è ritenuto legittimo l'annullamento dell'intera procedura, cfr. Cons. Stato, sez. V, 19/08/2011, 4793. Si veda, anche Cons. Stato, sez. VI, 4/09/2014, n. 4514.

Ove l'amministrazione decida di rimuovere, in autotutela, la proposta di aggiudicazione, non si impone una preventiva comunicazione di avvio del relativo procedimento¹⁶⁵; diversamente, se l'autotutela concerne l'atto di aggiudicazione, si impone la preventiva comunicazione di avvio del procedimento, onde consentire all'aggiudicatario di presentare memorie e documenti che la stessa amministrazione ha l'obbligo di valutare¹⁶⁶.

In ordine alle condizioni legittimanti l'esercizio del potere di riesame, la casistica è vastissima.

Ad esempio, si è ritenuta¹⁶⁷ illegittima la revoca della procedura di gara, motivata con riferimento alla possibilità di provvedere alla gestione diretta, da parte degli uffici comunali, dei servizi per i quali è stata indetta la gara ma senza alcuna previsione circa l'impatto sulle competenze e gli assetti gestionali interni e senza alcuna stima circa la compatibilità con le risorse umane, organizzative e finanziarie disponibili; si è anche sanzionata la revoca dell'aggiudicazione di una gara motivata con riferimento al contenzioso giurisdizionale che era sorto¹⁶⁸.

Sull'opposto crinale, si è sancito che la mancanza della copertura finanziaria rende doveroso il ritiro degli atti di indizione della gara; tale ritiro rappresenta l'unico strumento utilizzabile dall'Amministrazione per evitare l'affidamento di un appalto e la successiva stipulazione del contratto in assenza della necessaria copertura finanziaria¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Cons. Stato, sez. III, 17/08/2011, n. 4792.

¹⁶⁵ T.A.R. Toscana, sez. I, 30/03/2015, n. 546; Cons. Stato, sez. III, 27/11/2014, n. 5877.

¹⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12/01/2016, n. 67: *“In presenza di un provvedimento di aggiudicazione, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica”*.

¹⁶⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 22/03/2010, n. 4489.

¹⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 19/05/2016, n. 2095.

¹⁶⁹ Cons. Stato, sez. V, 21/04/2015, n. 2013; *id.*, sez. V, 21/04/2016, n. 1599, che ha ritenuto legittima la revoca dell'aggiudicazione motivata con riferimento alla carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico. Sulla revocabilità della gara per sopravvenuto dissesto finanziario, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 11/04/2013, n. 1916.

Anche ragioni di risparmio della spesa possono addursi a suffragio della revoca¹⁷⁰.

In caso di revoca assume rilievo (come scolpito dal dettato normativo: art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990) la corresponsione di un indennizzo¹⁷¹, anche se non produce effetti viziati la non contestuale determinazione dello stesso¹⁷².

L'indennizzo (nei limiti del c.d. interesse negativo¹⁷³) spetta sempre che la revoca sia legittima, altrimenti vi sarebbe materia per il risarcimento.

Diversa, infine, è l'ipotesi in cui un atto di gara sia affetto da un mero errore materiale (*lapsus calami*), dovuto, ad esempio, ad un'errata trascrizione dei punteggi attribuiti in fase di valutazione. In tale eventualità, è sufficiente una determina con cui l'organo competente **rettifica** il precedente provvedimento, non dovendo esternare particolari ragioni di pubblico interesse né garantire il contraddittorio procedimentale¹⁷⁴.

Caratterizzata da autonomi presupposti è la **revoca-decadenza**, configurabile nell'ipotesi di inadempienza da parte dell'impresa aggiudicataria. In proposito, si è ritenuto legittimo il provvedimento di decadenza motivato dal fatto che la ditta interessata non si era presentata nel giorno e nell'ora fissati per la sottoscrizione del contratto di appalto, senza addurre, al riguardo, alcuna seria giustificazione¹⁷⁵.

Distinto, per presupposti e condizioni, è il potere contemplato dall'art. 95, comma

¹⁷⁰ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 24/04/2015, n. 1168, ha ritenuto legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto di forniture, motivato con riferimento al fatto che il prezzo dei prodotti offerti dalla ditta aggiudicataria era risultato superiore al prezzo praticato dal MEPA, per i medesimi prodotti. In tal caso, infatti, la decisione di annullamento in autotutela evidenziava la non convenienza di procedere all'aggiudicazione con riferimento, da un lato, alla constatazione che il prezzo dei prodotti offerti dalla ditta aggiudicataria era nettamente superiore al prezzo degli stessi indicato dal MEPA, e, dall'altro, alla conseguente opportunità di provvedere ad una rinnovata procedura al fine di ottenere un risparmio economico.

¹⁷¹ Secondo Cons. Stato, sez. V, 21/04/2015, n. 2013, nel caso di legittima revoca della procedura di gara, disposta a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, l'impresa dichiarata aggiudicataria ha diritto ad avere ristorati i «pregiudizi», considerato l'affidamento maturato sulla positiva definizione della gara, ragionevolmente ingeneratosi dopo il conseguimento dell'aggiudicazione provvisoria. In tal caso, tuttavia, la quantificazione dell'indennizzo deve essere limitata alle spese inutilmente sopportate dalla impresa aggiudicataria provvisoria per partecipare alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio dalla stessa lamentato.

¹⁷² Atteso che tale mancata previsione non ha efficacia viziante o invalidante di quest'ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo che potrà scrutinarne i presupposti.

¹⁷³ Cons. Stato, sez. V, 21/04/2015, n. 2013.

¹⁷⁴ *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 23/07/2003, n. 9659.

12, del c.d.c. (la cui formulazione riproduce pressoché pedissequamente quella di cui all'art. 81, comma 3, del precedente codice), in virtù del quale **le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea** in relazione all'oggetto del contratto¹⁷⁶.

Ragion per cui può ancora ribadirsi che nelle gare di appalto, la stazione appaltante, in aggiunta all'ordinaria autotutela, ha il potere di non aggiudicare l'appalto, qualora ritenga che le offerte presentate non siano convenienti o idonee; in tale ipotesi, la mancata aggiudicazione del contratto non deriva dai vizi che inficiano gli atti di gara predisposti dalla stazione appaltante né da una rivalutazione dell'interesse pubblico che con essi si voleva perseguire, ma dipende da una negativa valutazione delle offerte presentate che, pur rispondendo formalmente ai requisiti previsti dalla *lex specialis*, non sono ritenute idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara¹⁷⁷. Ad esempio, può, accadere, che tra le imprese rimaste in gara la “migliore” preveda un ribasso esiguo rispetto a quello normalmente formulato per la tipologia del contratto appaltando o che tra le diverse proposte pervenute nessuna risulti pienamente soddisfattiva delle esigenze poste a base della procedura di gara.

È, invece, innovativa (anche se certamente discutibile, posto che il perseguimento dell'interesse pubblico non può essere pregiudicato dal mancato richiamo in sede di *lex specialis* di una facoltà normativamente contemplata) la previsione (di cui al secondo periodo del citato comma 12) in virtù della quale la predetta facoltà deve essere prevista nel bando o nella lettera di invito. In ogni caso, il potere di negare l'approvazione dell'aggiudicazione (che si radica in specifiche ragioni di pubblico interesse) non trova ostacoli nell'esistenza dell'avvenuta aggiudicazione (anche se definitiva)¹⁷⁸.

Il diniego di approvazione ha natura provvedimento, costituendo esercizio di

¹⁷⁵ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 3/09/2014, n. 2242.

¹⁷⁶ Cons. Stato, sez. III, 4/09/2013, n. 4433, in cui si sottolinea che il potere della stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione definitiva ha un carattere amplissimo, stante un'ampia gamma di poteri circa la possibilità di non procedere all'aggiudicazione del contratto per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse.

¹⁷⁷ Cons. Stato, sez. V, 7/06/2013, n. 3125; *id.*, 28/07/2015, n. 3721. Con tale decisione si è anche precisato che nel caso in cui la mancata aggiudicazione all'unica concorrente rimasta in gara sia dovuta a valutazioni di non convenienza dell'offerta, non sussistono i presupposti per farsi luogo a qualsivoglia forma di risarcimento del danno.

¹⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, 17/03/2010, n. 1554.

potere discrezionale e autoritativo, a fronte del quale le posizioni soggettive dei privati hanno consistenza di interessi legittimi, tutelabili innanzi al giudice amministrativo¹⁷⁹.

1.20. *Lo stand still period*

Il nuovo codice reca novità anche in tema di periodo di sospensione.

La stipula del contratto, infatti, non può avvenire prima del decorso del termine di trentacinque giorni dall'ultima comunicazione dell'esito della gara, al fine di evitare l'inizio della prestazione contrattuale prima dell'esaurirsi dei rimedi impugnatori.

In particolare, considerato che ai sensi del d. lgs. n. 104/2010, il termine di impugnazione degli atti di gara è dimezzato (30 giorni) e che non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la previsione del periodo di sospensione è finalizzata ad addivenire alla stipula del contratto una volta che gli atti di gara abbiano superato il vaglio giustiziale ovvero siano rimasti inoppugnati.

In tale ottica, il periodo di sospensione subisce un ulteriore differimento (di venti giorni) laddove il mezzo impugnatorio sia accompagnato dalla richiesta di una misura cautelare (*recte*: sospensione dell'efficacia degli atti impugnati), posto che, in tale ipotesi, occorre attendere anche la conclusione della fase cautelare (in primo grado), con la pubblicazione dell'ordinanza o del dispositivo della sentenza.

Al contempo va precisato che l'eventuale violazione della clausola di *stand still* non costituisce vizio dell'aggiudicazione e non determina la sua invalidità¹⁸⁰, assumendo, tuttavia, riflessi sanzionatori, ai sensi degli artt. 123 e ss. del codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104/2010)¹⁸¹.

Su tale profilo la novità è connessa all'aumento delle ipotesi di deroga all'applicazione dello *stand still*; accanto a quelle già conosciute (l'ammissione a gara o la presentazione di una sola offerta¹⁸², procedure di adesione di un accordo quadro o quelle effettuate mediante mercato elettronico), vengono esclusi¹⁸³ gli affidamenti di cui

¹⁷⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 13/04/2010, n. 6643.

¹⁸⁰ Cons. Stato, sez. V, 23/03/2015, n. 1565; T.A.R. Umbria, 2/08/2014, n. 427.

¹⁸¹ Cons. Stato, sez. III, 3/07/2013, n. 3568.

¹⁸² Purché non sia stato impugnato l'atto indittivo della procedura, eventualmente contestando clausole ritenute impropriamente preclusive della più ampia partecipazione.

¹⁸³ Dal comma 10, dell'art. 32.

all'art. 36, comma 2, lett. a) e b), concernenti, rispettivamente, gli affidamenti diretti e quelli sotto soglia comunitaria (con invito rivolto ad almeno cinque operatori)¹⁸⁴.

Invero, la deroga allo *stand still* in caso di affidamento diretto sembra una superfetazione, visto che esso non è preceduto da una procedura selettiva, bensì, eventualmente, dalla più semplificata attività di acquisizione di preventivi, anche alla stregua delle Linee guida dettate dall'ANAC.

1.21. La stipula del contratto e l'esecuzione anticipata

Divenuta efficace l'aggiudicazione è possibile procedere alla stipula del contratto di appalto, nel successivo termine di sessanta giorni¹⁸⁵, salvo diverso termine previsto nell'atto indittivo della gara (art. 32, comma 8).

Alla stregua della prevalente interpretazione, il termine di sessanta giorni ha natura ordinatoria, con la conseguenza che il suo decorso non impedisce la stipula del contratto, tantomeno lo stesso potrebbe ritenersi inficiato ove "tardivo"¹⁸⁶.

Il decorso del termine potrebbe, in ogni caso, consentire all'impresa aggiudicataria di sciogliersi dal vincolo negoziale (in ragione del fatto che, ai sensi del comma 2, dell'art. 32, l'offerta fino a tale momento è irrevocabile), mediante la notifica di apposito atto alla stazione appaltante; all'aggiudicatario che si avvalga di tale facoltà spetterà il solo rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun diritto all'indennizzo o al risarcimento di presunti danni.

La locuzione scelta dal legislatore (conforme alla previsione di cui al precedente codice) evidenzia la posizione recessiva del concorrente, anche se il solo rimborso delle spese sembra eccessivamente pregiudizievole laddove il ritardo sia imputabile esclusivamente all'operato della stazione appaltante ovvero consegua ad

¹⁸⁴ Trattasi di una previsione di semplificazione, a fronte di procedure caratterizzate da un regime derogatorio rispetto al modello ordinario, seppur non disancorato dal rispetto dei principi che sottendono l'attività contrattuale della P.A., come declinati nell'art. 30 del codice.

¹⁸⁵ Sulla decorrenza del termine per la stipula del contratto, *cfr.* T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 6/09/2016, n. 1625.

¹⁸⁶ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 13/01/2016, n. 93, secondo cui: "*Il termine di sessanta giorni, previsto per la stipulazione del contratto di appalto non ha carattere perentorio ed il suo inutile decorso ha il solo effetto di determinare, nell'aggiudicatario, la facoltà (rectius: il "diritto potestativo") di sciogliersi dal vincolo obbligatorio (e cioè di recedere dall'impegno)*

un'aggiudicazione ormai perfezionatasi da tempo, rispetto alla quale sorge un affidamento concreto ed effettivo.

Allo stesso tempo, sarebbe impropriamente afflittiva la previsione del rimborso delle sole spese contrattuali¹⁸⁷, limitate a quelle sostenute in vista della stipula del contratto (ad esempio, quelle necessarie per l'emissione della cauzione definitiva *ex art.* 103 del c.d.c.), senza tener conto di quelle sostenute per la partecipazione a gara, qualora il ritardo sia imputabile alla stazione appaltante e sia privo di idonea e documentata giustificazione.

La stipula del contratto costituisce il *discrimen* tra la fase procedimentale autoritativa e la fase contrattuale da cui origina un rapporto di natura paritetica tra contraenti, ricadendo nell'alveo della giurisdizione amministrativa le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte per condotte scorrette della P.A. nelle trattative.

Mutano, invero, i poteri esercitabili. Come autorevolmente avvertito, l'amministrazione non può agire in autotutela nel caso in cui il contratto sia già stato stipulato, con preclusione dell'uso dello strumento della revoca dell'aggiudicazione¹⁸⁸.

Il comma 8 dell'art. 32 si occupa anche della c.d. **esecuzione anticipata**, ovvero della possibilità di iniziare la prestazione negoziale (mediante l'inizio dei lavori, l'avvio del servizio o della fornitura) qualora sussistano ragioni di urgenza.

In proposito, va segnalata la novità recata dal nuovo codice, tesa a evitare un improprio e non giustificato ricorso a tale strumento.

Il precedente art. 11, comma 9, abilitava tale immediata esecuzione (anche, cioè, prima della stipula del contratto) qualora la stessa fosse stata tesa ad evitare un grave pregiudizio all'interesse pubblico (che avrebbe dovuto soddisfare), inclusa la perdita di

nascente dalla sua offerta, salvo l'eventuale risarcimento del danno arrecatogli (a titolo di responsabilità precontrattuale)".

¹⁸⁷ Come sottolineato di recente (T.A.R. Catanzaro, sez. II, n. 93/2016, cit.): *"Nel caso di consegna dei lavori in via d'urgenza, l'assenza di quello che viene propriamente definito "vincolo contrattuale", non esclude la sussistenza di un'obbligazione creditoria di natura indennitaria in capo alla impresa aggiudicataria"*.

¹⁸⁸ Cons. Stato, sez. V, 22/03/2016, n. 1174; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 19/02/2016, n. 2199, Cons. Stato, Ad. Pl., 20/06/2014, n. 14, secondo cui: *"Le pubbliche amministrazioni se, dopo aver stipulato il contratto di appalto, rinvencono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo disciplinato dall'art. 134 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163"*.

finanziamenti comunitari; in ogni caso, l'urgenza idonea a giustificare, eccezionalmente, l'esecuzione anticipata andava intesa come urgenza qualificata e non generica, tale da consentire di prevedere che, verosimilmente, il rinvio dell'intervento per il tempo necessario a completare l'ordinaria procedura avrebbe compromesso, con grave pregiudizio dell'interesse pubblico, la tempestività o l'efficacia dell'intervento.

Con formulazione rigorosa e limitativa, il comma 8 dell'art. 32, oltre a ribadire la precedente fattispecie, sottolinea che l'esecuzione anticipata è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali e cose, ovvero per interessi sensibili e primari (quali, l'igiene e la salute pubblica oltre che la tutela del patrimonio storico, artistico e culturale).

L'utilizzo dei due avverbi comprova la natura eccezionale e derogatoria di tale *modus operandi*, rendendo giustiziabili comportamenti elusivi oltre che concreto il rischio, per l'amministrazione procedente, di restare senza gestore o fornitore nel caso in cui si sia in presenza della mera cessazione del precedente contratto (ipotesi, cioè, non imprevedibile) e, al contempo, non sia possibile il ricorso alla proroga tecnica.

Ne consegue che il ricorso all'esecuzione anticipata (nelle more della stipula del contratto) impone uno specifico onere motivazionale, in sede di determina di aggiudicazione, onde comprovare l'effettiva sussistenza delle condizioni previste e prevenire comportamenti elusivi dello *stand still*.

In caso di esecuzione anticipata la ditta ha diritto al ristoro delle spese sostenute. Anche su tale profilo il riconoscimento dei soli costi (senza utile di impresa) appare fortemente limitativo, sia perché si sarebbe in presenza di un'immotivata lesione o addirittura di un provvedimento affittivo (in assenza di responsabilità e inadempienze imputabili al concorrente), sia perché l'accettazione dell'esecuzione anticipata da parte dell'aggiudicataria implica pur sempre la conclusione di un vero e proprio accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto (sia pure anticipata rispetto alla stipula del contratto d'appalto) e il cui inadempimento attrae comunque la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, in ragione del fatto che le reciproche situazioni soggettive assumono la consistenza del diritto soggettivo¹⁸⁹.

La propedeuticità della stipula del contratto è confermata dal comma 13, dell'art.

¹⁸⁹ In termini, T.A.R. Toscana, sez. I, 11/04/2016, n. 610.

32, per il quale esso può eseguirsi solo dopo che è divenuto efficace, salvo l'esecuzione anticipata nei casi di urgenza¹⁹⁰.

1.22. La forma del contratto

L'art. 32, comma *ad finem*, disciplina le modalità di stipula del contratto di appalto, imprescindibile per l'insorgenza del rapporto negoziale con la P.A..

Riproducendo la previsione dell'art. 11, ultimo comma, del precedente codice (nel testo più volte novellato) nonché l'art. 334, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010¹⁹¹, vengono previste, quali modalità di stipula, quella pubblica notarile informatica, quella in modalità elettronica, quella pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante.

Alla stregua di un consolidato indirizzo ermeneutico, nella materia in esame si impone la forma scritta *ad substantiam*, non potendosi attribuire al provvedimento di aggiudicazione il valore di conclusione del contratto medesimo; sicché, ove la stipulazione in forma scritta segua l'ultimazione dei lavori, è soltanto da quel momento (e non da quello, precedente, dell'ultimazione dei lavori) che sorge l'obbligazione della stazione appaltante al pagamento del corrispettivo dell'appalto¹⁹².

La necessità della forma scritta è stata desunta dall'art. 17 del r.d. n. 2440 del 1923 (in materia di contabilità generale dello Stato), con la prescrizione che anche nel caso in cui sia ammessa la stipulazione per atti non contestuali, i contratti della P.A. esigono la forma scritta "*ad substantiam*" quale diretta modalità di esternazione della volontà di contrarre (proposta e accettazione), non essendo sufficiente che da atti scritti risultino comportamenti attuativi di un accordo solo verbale, essendo impossibile una contrattazione "*per facta concludentia*"¹⁹³.

¹⁹⁰ Con una formulazione identica a quella del comma 12, dell'art. 13, del precedente codice.

¹⁹¹ L'art. 334 del d.p.r. n. 207/2010 (Relativo ai contratti di cottimo fiduciario per appalti di servizi e forniture) stabilisce che il contratto di cottimo fiduciario è stipulato attraverso scrittura privata, che può anche consistere in apposito scambio di lettere con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni e dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito.

¹⁹² Cass. civile, sez. I, 21/01/2015, n. 1053; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 17/01/2013, n. 368.

¹⁹³ Cass. civile, sez. I, 17/03/2015, n. 5263.

Sul medesimo crinale, si è più volte osservato¹⁹⁴ che la pubblica amministrazione, per principio generale, non può assumere impegni o concludere contratti se non nelle forme stabilite dalla legge e dai regolamenti (vale a dire nella forma scritta), forme il cui mancato rispetto produce la nullità assoluta dell'atto, rilevabile anche d'ufficio.

La forma scritta *ad substantiam* è da considerarsi strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, sia nell'interesse del cittadino, costituendo remora ad arbitrii, sia nell'interesse della stessa pubblica amministrazione, rispondendo all'esigenza di identificare con precisione l'obbligazione assunta e il contenuto negoziale dell'atto e, specularmente, di rendere possibile l'espletamento della indispensabile funzione di controllo da parte dell'autorità tutoria.

In questo senso, il requisito in parola può considerarsi espressione dei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dalla Carta costituzionale (art. 97).

La posizione è condivisa anche dalla magistratura amministrativa.

Si è sostenuto che per il perfezionamento dei contratti stipulati dalle amministrazioni pubbliche è necessaria una manifestazione documentale della volontà negoziale da parte dell'organo rappresentativo abilitato a concludere (in nome e per conto dell'ente pubblico) negozi giuridici, mentre devono ritenersi, all'uopo, inidonee le deliberazioni degli organi collegiali, attese la caratteristica di atti interni, di natura meramente preparatoria della successiva manifestazione esterna della volontà negoziale. Di talché un contratto non potrà dirsi legittimamente perfezionato ove la volontà di addivenire alla sua stipula non sia, nei confronti della controparte, esternata, in nome e per conto dell'ente pubblico, da quell'unico organo autorizzato a rappresentarlo¹⁹⁵.

Ne consegue che la normativa speciale dettata in tema di contratti pubblici prevale sulla diversa disciplina dei rapporti tra privati, quale, ad esempio, quella dettata in tema di conferimento di incarichi professionali, in tema di stipula di locazioni e contratti agrari ultranovennali, in tema di rinnovo tacito del contratto di locazione, inconfigurabile se il locatore sia un ente pubblico¹⁹⁶.

In conclusione, i contratti d'appalto pubblici si possono considerare formalmente

¹⁹⁴ Cass., sez. III, 28/09/2010, n. 20340.

¹⁹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 3/06/2010, n. 3507.

¹⁹⁶ Cass., sez. III, 26/06/2008, n. 17550; *id.*, 8/01/2005, n. 258.

conclusi solo quando siano state rispettate le formalità tipiche dei contratti, tra cui rientrano le relative sottoscrizioni al termine del procedimento stabilito dalla legge¹⁹⁷.

In ordine alle modalità di stipula, la norma, accanto a modelli ordinari prevede forme semplificate per le procedure negoziate, sancendo che la stipula del contratto può avvenire mediante scrittura privata¹⁹⁸ e lo scambio di corrispondenza (anche tramite *pec*) per gli affidamenti di importo non superiore ai 40.000 € (c.d. affidamenti diretti).

In proposito, con apposito Comunicato presidenziale (del 4 novembre 2015) l'ANAC ha sottolineato la volontà del Legislatore, per i contratti d'appalto pubblico stipulati in forma pubblica amministrativa e (a far data dal 1° gennaio 2015) per quelli stipulati mediante scrittura privata, di comminare la sanzione della nullità a tutti i casi di mancato utilizzo della “modalità elettronica”, la quale deve ritenersi obbligatoria sia per la forma pubblica amministrativa del contratto sia per la scrittura privata¹⁹⁹.

Pertanto, anche la scrittura privata conclusa tramite scambio di lettere, dovrà essere redatta in modalità elettronica.

1.23. Il controllo sugli atti delle procedure di affidamento

Nel riprendere quanto previsto dall'art. 12 del precedente codice, l'art. 33 del d.lgs. n. 50/2016 disciplina il sistema dei controlli sugli atti di gara, con particolare riguardo alla proposta di aggiudicazione e al contratto.

Va subito avvertito che la portata applicativa della norma è connessa alla disciplina dei singoli ordinamenti, posto che l'organo deputato allo svolgimento del

¹⁹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 20/04/2010, n. 2199.

¹⁹⁸ Secondo Cons. Stato, sez. V, 25/11/2015, n. 5356, deve ritenersi che il contratto di appalto sia stato concluso nella forma della scrittura privata, nel caso in cui: a) la stazione appaltante abbia inviato alla ditta aggiudicataria una nota denominata lettera di aggiudicazione – recante, oltre che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, tutta una serie di elementi concernenti il contenuto essenziale del contratto – restituita dall'impresa firmata per benestare e accettazione; b) l'impresa abbia posto in essere tutti gli adempimenti connessi alla stipulazione del contratto (fra cui la costituzione della polizza definitiva e della garanzia fideiussoria); c) i lavori siano stati consegnati, senza che dal verbale di consegna emerga che tale consegna sia avvenuta in via d'urgenza e in anticipo rispetto alla stipula del contratto. In tal caso, infatti, deve ritenersi che vi sia stato l'incontro del consenso delle parti nell'ambito di un contesto documentale scritto recante gli elementi essenziali del regolamento contrattuale.

¹⁹⁹ In considerazione della sopravvenienza normativa di cui all'art. 6, comma 6, del d.l. 23/12/2013, n.145, c.d. “Destinazione Italia”, convertito nella l. 21 febbraio 2014, n. 9, ad integrazione e modifica del contenuto della Determinazione n. 1/2013.

controllo e le modalità di espletamento degli stessi dipendono dalle previsioni degli ordinamenti settoriali. Va da sé che nel vigente sistema delle autonomie, caratterizzato da una drastica riduzione (ovvero assenza) di forme di controllo esterno, la norma in esame assume una portata ed una valenza residuale e marginale.

Al contempo, le preminenti esigenze di celerità e di semplificazione militano a favore di una sintesi delle fasi interne di gara, rendendo auspicabile l'adozione di determinazioni capaci di ricomprendere valutazioni e scelte strettamente connesse, ovvero, sull'opposto crinale, rendono ininfluenti carenze endoprocedimentali qualora assorbite (o assorbibili) in valutazioni successive²⁰⁰.

Cosicché, appare ultroneo un atto di approvazione dei verbali di gara funzionale solo ad esternare, in via definitiva, la volontà della stazione appaltante di contrarre o ad autorizzare il soggetto competente alla stipula del rogito, posto che l'aggiudicazione (doverosa e necessaria) sarebbe in grado di accorpare entrambe le citate valutazioni.

Residua, pertanto, la sola ipotesi in cui, in base alle norme organizzative interne, sia previsto un Organo deputato all'approvazione degli atti della fase selettiva, in via propedeutica all'aggiudica o alla stipula del contratto.

Sul piano ermeneutico, la nuova disciplina opera una significativa semplificazione redazionale e sostanziale; in particolare, prevede l'approvazione sia della proposta di aggiudicazione che del contratto, da parte dell'organo competente, secondo i singoli ordinamenti e nel termine ivi indicato; in mancanza il termine è fissato in trenta giorni.

Sempre in un'ottica di semplificazione, si contempla, da un lato, la possibilità di una sola interruzione del termine per richiesta di chiarimenti o documenti da parte dell'organo deputato all'approvazione, dall'altro, il silenzio assenso nel caso di inutile decorso del termine previsto.

Sulla scorta della disciplina in esame, la giurisprudenza si è occupata di tale fase intermedia (della verifica della proposta di aggiudicazione ovvero della sua approvazione, secondo che si faccia riferimento al lessico adoperato dall'art. 32, comma 5, o dall'art. 33, comma 1).

Ebbene, alla luce degli indirizzi ermeneutici espressi, deve escludersi che l'approvazione sia espressione di un'attività vincolata, considerato che

all'amministrazione è concesso di svolgere nuove e proprie valutazioni rispetto alla proposta di aggiudicazione, esprimendo un autonomo apprezzamento in ordine alla regolarità dello svolgimento della procedura di gara e alla convenienza della stipulazione (come ampiamente osservato nel paragrafo relativo all'autotutela)²⁰¹.

In ogni caso, a seguito della proposta di aggiudicazione sussiste l'obbligo dell'amministrazione appaltante di procedere all'adozione di un provvedimento espresso di aggiudicazione (salvo l'autotutela), che non può considerarsi sostituito dalla relativa approvazione, ancorché intervenuta *per silentium*²⁰² (l'approvazione tacita, infatti, non trasforma la proposta in aggiudicazione)²⁰³.

Tanto risulta sottolineato in plurimi arresti giustiziali.

In breve, si è ritenuto che il decorso del termine di 30 giorni dall'aggiudicazione provvisoria (o dalla proposta di aggiudicazione) comporta non già l'aggiudicazione definitiva, ma soltanto l'approvazione della proposta di aggiudicazione; in altre parole, scaduto il termine di trenta giorni previsto dalla norma in commento, la proposta, in difetto di un provvedimento espresso, si ha per approvata tacitamente e l'aggiudicatario "provvisorio" può esigere, chiedendola formalmente, l'emissione del provvedimento di aggiudicazione, quale atto conclusivo della gara²⁰⁴.

In ogni caso, il riesame degli atti di gara può intervenire anche dopo l'inutile decorso del termine di 30 giorni dalla proposta di aggiudicazione.

1.24. La disciplina delle concessioni

Dal punto di vista oggettivo (ovvero in ordine all'ambito di applicazione), una delle principali novità del nuovo codice è costituita dalla previsione di una dettagliata disciplina delle concessioni.

²⁰⁰ Cfr. E.F. SCHLITZER, *I controlli*, in De Nictolis, Garofoli, Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008, 973.

²⁰¹ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 13/01/2011, n. 10; Cons. Stato, sez. V, 22/06/2010, n. 3890.

²⁰² Cfr. I. FILIPPETTI, *L'omessa previsione di un termine per l'aggiudicazione definitiva negli appalti pubblici*, in Urb. e Appalti, 2011, 10, 1215 ss..

²⁰³ Risulta minoritario (e per molti versi non condivisibile) l'orientamento secondo cui l'approvazione tacita equivarrebbe ad un'aggiudicazione definitiva del contratto, espressa anch'essa *per silentium* (Cons. Stato, sez. IV, 4/05/2010, n. 2554).

Valga premettere che la concessione si distingue dall'appalto di servizi sotto plurimi e sostanziali profili; i criteri discretivi più sicuri ed affidabili devono essere identificati: nell'assunzione da parte del concessionario, del "fattore rischio", determinato dalla traslazione al gestore dell'incertezza sull'utilità economica dell'erogazione del servizio, che caratterizza le concessioni e le distingue dagli appalti; nella somministrazione del servizio a favore della generalità degli utenti, e non solo alla pubblica amministrazione; nella esclusiva coincidenza del corrispettivo con il diritto di sfruttare economicamente il servizio, ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo; nonché, da ultimo, nella traslazione ad un soggetto privato della facoltà di esercizio del servizio, ferma restando la titolarità della funzione in capo alla P.A. concedente²⁰⁵.

In ordine al rapporto tra concedente e concessionari, la Suprema Corte²⁰⁶ ha avuto modo di precisare che, allorché la pubblica amministrazione affidi ad un privato la realizzazione di opere programmate nell'interesse pubblico, il rapporto non può definirsi di delegazione amministrativa, che è istituto peculiare del diritto pubblico e non può configurarsi che tra enti pubblici diversi (delegazioni intersoggettive) o tra organi diversi dello stesso ente pubblico (delegazione interorganica), ricorrendo, invece, o la figura dell'appalto, ove l'affidamento sia strettamente limitato all'esecuzione del lavoro, ovvero quella della concessione, caratterizzata dal trasferimento, in tutto o in parte, al concessionario dell'esercizio delle funzioni oggettivamente pubbliche (progettazione di massima ed esecutiva, direzione dei lavori, e perfino – laddove si versi in ipotesi di concessione traslativa – acquisizione delle aree mediante provvedimenti ablatori, ecc.) necessarie per la realizzazione delle opere.

Ciò premesso, a differenza della previgente disciplina codicistica che si occupava delle concessioni solo nell'art. 30 (in virtù del quale a tale tipologia di rapporto si applicavano unicamente i principi generali della contrattualistica pubblica, salvo minime disposizioni di settore ivi indicate) ed in recepimento di un'apposita direttiva comunitaria, il d.lgs. n. 50/2016 prevede un paradigma articolato, dedicando alle

²⁰⁴ In termini, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 20/11/2015, n. 13131. Si veda, anche T.A.R. Veneto, sez. I, 08/02/2013, n. 178.

²⁰⁵ *Cfr.* Cons. Stato, Ad. Pl., 27/07/2016, n. 22; Cons. Stato, sez. VI, 16/07/2015, n. 3571; Corte di Giustizia UE, 13 ottobre 2005, C-458-03.

²⁰⁶ Corte Cass., sez. I civile, 27/10/2016 n. 21746.

concessioni l'intera parte III del codice (artt. da 164 a 178).

Dall'analisi di tale paradigma emerge una tendenziale osmosi con la disciplina dettata per l'affidamento degli appalti di servizi e lavori, posto che alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori e servizi si applicano le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione (art. 164).

Trattasi, come è evidente, di un richiamo quasi integrale della disciplina generale, con la conseguenza che (diversamente da quanto avveniva in passato) le deroghe costituiscono un'eccezione.

Restano esclusi i servizi non economici di interesse generale nonché i provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici (si pensi alle concessioni di beni demaniali per la gestione di uno stabilimento balneare).

Del resto, il processo di tendenziale osmosi tra la disciplina degli appalti e delle concessioni era stato già evidenziato dalla giuspubblicistica, al punto che più volte la giurisprudenza aveva esteso alla concessione sia istituti di diritto sostanziale che processuale previsti per i primi²⁰⁷.

L'art. 165 positivizza i "caratteri distintivi" della concessione, evidenziando che la maggior parte dei ricavi per il concessionario deve derivare dalla vendita dei servizi resi al mercato, ponendosi in capo al concessionario il "rischio operativo"; tuttavia, si impone la persistenza di un equilibrio economico-finanziario, anche attraverso un

²⁰⁷ Da ultimo, anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 22 del 27/07/2016, relativamente all'applicazione del termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a, al fine di impugnare l'aggiudicazione, ha chiarito che: "*Gli artt. 119 e 120 del c.p.a. sono applicabili alle procedure di affidamento di servizi in concessione*".

contributo pubblico ovvero la cessione di beni immobili (da prevedersi nel bando), in misura non superiore al trenta per cento dell'investimento complessivo.

Nell'ottica di una garanzia dell'affidabilità della gestione, si prevede che la sottoscrizione del contratto di concessione possa aver luogo solo dopo la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera e che il contratto di concessione si risolva di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione (art. 165, comma 3).

La *ratio* che si rinviene nella nuova normativa di settore è quella di attuare il regime delle concessioni nell'ambito di una disciplina dettagliata e vincolata quale quella prevista per gli appalti di lavori, in special modo imponendo la predeterminazione del valore della concessione (quale importo a base d'asta) attraverso un criterio molto rigoroso e disancorato da mere valutazioni politiche e di indirizzo.

In particolare, ai sensi dell'art. 167, il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, calcolato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto un bando, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione. Il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione.

Una concessione non può essere frazionata al fine di escluderla dall'osservanza del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino, valutate al momento della predisposizione del bando.

Nell'evidenziare l'indispensabilità della preventiva determinazione del fatturato si è sancito che: *“È illegittimo il bando di gara indetto da una ASL per l'affidamento dell'appalto del servizio di ristoro mediante distributori automatici, ove nella lex specialis sia stata omessa l'esatta indicazione del fatturato stimato della concessione immessa nel mercato; tale omissione, infatti, rende soltanto apparente la possibilità per gli operatori interessati di formulare un'offerta consapevole, con il risultato di restringere se non impedire ingiustificatamente la partecipazione alla gara”*²⁰⁸.

²⁰⁸ Cfr., Cons. Stato, sez. III, 18.10.2016, n. 4343; TAR Umbria, sez. I, 19/10/2016, n. 653.

L'art. 168 del nuovo codice, inoltre, impone una durata limitata, non essendo ammissibile una concessione di servizi *sine die*, con la conseguenza che il valore stimato della concessione risulterà condizionato dall'entità della durata prevista.

Ivi si legge: *“La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.*

La durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione”.

L'art. 174 si occupa della fase esecutiva, imponendo, all'operatore economico, in caso di subappalto, di dichiarare in sede di offerta le parti della concessione che intende subaffidare a terzi; gli art. 175 e ss. regolamentano, infine, la disciplina delle varianti durante il periodo di efficacia del contratto, stabilendo le condizioni in base alle quali possono essere apportate modifiche alla concessione in corso di esecuzione e le ipotesi in cui il contratto può essere oggetto di revisione o cessazione.

1.25. La modifica (oggettiva e soggettiva) del contratto

Una volta instaurato, il rapporto negoziale è, tendenzialmente, immutabile.

Possono tuttavia verificarsi circostanze soggettive o oggettive, oltre che imprevedibili, che ne impongano una novazione sia della parte contraente che della prestazione (dell'entità o della tipologia della stessa).

Ovviamente, al fine di evitare che la modifica comporti per l'aggiudicatario maggiori vantaggi di quelli conseguenti allo svolgimento della procedura selettiva nonché al fine di non abilitare ad impropri raggiri dei principi sottesi alla disciplina di settore, occorre che le modifiche soddisfino gli stringenti limiti legislativi, ora dettati dall'art. 106 del codice dei contratti.

A tal uopo, il suindicato articolo del Codice, rubricato *“Modifica dei contratti*

durante il periodo di efficacia”, delinea i casi in cui i contratti (sia dei settori ordinari che speciali) possono essere modificati senza necessità di indire una nuova gara.

Nel specifico, è possibile modificare il contratto (**novazione oggettiva**) quando:

- a) le modifiche, a prescindere del loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise ed inequivocabili²⁰⁹;
- b) si sono resi necessari lavori, servizi o forniture supplementari (che non erano inclusi nell'appalto) da parte del contraente originario, qualora un cambio di contraente produca entrambi i seguenti effetti:
 - risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
 - comporti per la stazione appaltante notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

In tali casi, si deve tener conto che per i settori ordinari il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento del prezzo non eccede il 50% del valore del contratto iniziale (comma 7); in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica a ciascuna modifica;

c) sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore²¹⁰;
- la modifica non altera la natura generale del contratto;

d) è necessario sostituire il contraente originario con un nuovo contraente, per il verificarsi delle seguenti circostanze (**novazione soggettiva**):

- una clausola di revisione inequivocabile in conformità a quanto previsto dalla lett. a);

²⁰⁹ La norma precisa che, per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutati solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà; per i contratti relativi a servizi e forniture stipulati dai soggetti aggregatori, restano ferme le disposizioni di cui all'art. 511, comma 1, L. n. 208/2015.

²¹⁰ In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze rientrano la sopravvenienza di disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti.

- all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto (anche a seguito di ristrutturazioni societarie, compreso fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza) un altro operatore economico (che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente);
- la stazione appaltante si assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

e) se le modifiche non sono sostanziali.

In tal caso, è previsto che le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara le soglie di importi per consentire le modifiche.

Ad ogni modo, una modifica è sostanziale (con conseguenziale necessità di indire una nuova procedura di gara) quando “... *altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti*” (comma 4).

Ciò accade quando:

- 1) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- 2) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- 3) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- 4) un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

Alle ipotesi di modifica (soggettiva ed oggettiva) del contratto appena indicate, si aggiungono le modifiche del contratto resesi necessarie a causa di errori o omissioni nel progetto esecutivo²¹¹ che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione (*ex art. 106, comma 2, del Codice*).

È necessario, tuttavia, che il valore della modifica non superi i seguenti valori:

²¹¹ Il comma 10 dell'art. 106 definisce l'errore o omissione nella progettazione come l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata o erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultati da prova scritta, la violazione del dovere di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

- a) le soglie fissate all'articolo 35;
- b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizio e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.

In tali casi, alla stregua del comma 9, i titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti per gli errori di progettazione.

Inoltre, per gli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa delle carenze del progetto esecutivo.

Sulla possibilità di **modificare la durata del contratto**, il comma 11 dell'art. 106 sancisce che tanto è ammissibile solo nel caso in cui il bando e i documenti di gara contemplino un'opzione di proroga.

La proroga, peraltro, è limitata esclusivamente al tempo necessario alla conclusione delle procedure attivate per individuare il nuovo contraente.

In tal caso, il contraente (prorogato) è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto allo stesso prezzo, patti e condizioni (o, al limite, più favorevoli per la stazione appaltante).

Se, invece, in corso di esecuzione si rende necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione del contratto alle stesse condizioni previste nel contratto originario fino a concorrenza del quinto del suo importo (c.d. "quinto d'obbligo").

Entro tale soglia, infatti, l'appaltatore non ha diritto alla risoluzione (restando obbligato a quanto impostogli, nei limiti della predetta soglia).

Infine, particolari adempimenti sono prescritti, in capo alla stazione appaltante, nel caso di modifiche avvenute ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. b) e comma 2.

L'amministrazione aggiudicatrice, infatti, è tenuta a comunicare all'ANAC le modificazioni del contratto entro 30 giorni (comma 8).

In mancanza, è prevista l'irrogazione di una sanzione (a carico della stazione appaltante) di importo compreso tra 50 e 200 euro per ogni giorno di ritardo. Una volta fornita tale comunicazione, l'Autorità procederà alla relativa pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito.

1.26. Risoluzione e recesso dal contratto d'appalto

Nello svolgimento del rapporto negoziale possono emergere o verificarsi circostanze “patologiche” che ne impongono (o ne giustificano) la cessazione anticipata.

In tal caso, fermo restando il rinvio alle previsioni del codice civile, come operato dall'art. 32, ultimo comma, il codice detta disposizioni particolari e specifiche per la contrattualistica pubblica.

In primo luogo, l'art. 108 disciplina la risoluzione del contratto.

La norma distingue i casi in cui lo scioglimento del vincolo negoziale rappresenti una facoltà dell'Amministrazione, dai casi in cui la risoluzione risulti obbligatoria.

Alla stregua del primo comma, è possibile la risoluzione facoltativa quando:

- a. il contratto subisca una modifica sostanziale che richieda una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;
- b. con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c), vengano superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lett. e), vengano superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, vengano superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lett. a) e b);
- c. l'aggiudicatario si trovava, al momento dell'aggiudicazione, in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1²¹², per quanto riguarda i settori ordinari ovvero di cui all'articolo 170, comma 3²¹³, per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136²¹⁴;
- d. l'appalto non sarebbe dovuto essere aggiudicato a causa di una grave

²¹² Recante la disciplina dei motivi di esclusione dalla gara, che consegue alla condanna con sentenza definitiva (o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta *ex art. 444* del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6) per uno dei reati ivi indicati.

²¹³ In base al quale: “*Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori non possono escludere un'offerta sulla base della giustificazione secondo cui i lavori e i servizi offerti non sono conformi ai requisiti tecnici e funzionali richiesti nei documenti di gara, se l'offerente prova, con qualsiasi mezzo idoneo, che le soluzioni da lui proposte con la propria offerta soddisfano in maniera equivalente i requisiti tecnici e funzionali*”.

violazione degli obblighi derivanti dai trattati, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del Codice.

Va subito osservato che per tali ultime fattispecie il richiamo all'istituto della risoluzione non sembra immune da critiche posto che il rapporto negoziale viene fatto cessare per violazione o irregolarità (vizianti) verificatesi nella fase pubblicistica e che, se rilevate tempestivamente, avrebbero determinato l'esclusione del candidato.

Il successivo comma 2, invece, individua le ipotesi in cui la stazione appaltante ha l'obbligo di risolvere il contratto. Tanto si impone quando:

a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;

b) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al Codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80²¹⁵.

Ai casi di risoluzione facoltativa e obbligatoria, si aggiungono le ipotesi di risoluzione per grave ritardo e per grave inadempimento dell'appaltatore.

La risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore è disciplinata dal comma 3 della norma in esame. In tal caso, il direttore dei lavori (o il Responsabile dell'esecuzione del contratto, ove nominato), accertato un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, invia al RUP una relazione particolareggiata ove è indicata la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Al contempo, egli contesta gli addebiti, assegnando all'appaltatore un termine non inferiore a 15 giorni per presentare al RUP le proprie controdeduzioni.

Acquisite e valutate negativamente queste ultime, ovvero decorso inutilmente tale termine, la stazione appaltante, su proposta del RUP, dichiara risolto il contratto.

Rispetto alla disciplina previgente, risulta rafforzato il ruolo della Direzione lavori

²¹⁴ Recante l'applicabilità, ai settori speciali, dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione dei settori ordinari.

²¹⁵ Trattasi dei reati indicati espressamente nel relativo comma 1, ai quali si aggiungono le cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. "codice antimafia") o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto.

in fase di contestazione degli addebiti, in quanto non viene riproposta la necessaria indicazione del RUP.

Il comma 4, invece, disciplina l'ipotesi della risoluzione per grave ritardo.

In particolare, nel caso di ritardo nell'esecuzione delle prestazioni dovuto alla negligenza dell'appaltatore, il direttore dei lavori (o il Responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato) assegna un termine non inferiore a dieci giorni (salvo i casi di urgenza) entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni.

Elasso infruttuosamente tale termine, se l'inadempimento permane, redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, la stazione appaltante dichiara la risoluzione del contratto, fermo restando il pagamento delle eventuali penali.

Una volta risolto il contratto, il RUP dispone che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza, l'inventario dei materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna (comma 6).

Alla stregua del comma 7, qualora sia già stato nominato, l'organo di collaudo (acquisito lo stato di consistenza) redige un verbale di accertamento tecnico e contabile in cui viene accertata la corrispondenza tra quanto eseguito (fino alla risoluzione) e quanto previsto nel progetto approvato, nonché nelle eventuali perizie di variante.

Nel verbale si accerta altresì la presenza di eventuali opere riportate nello stato di consistenza ma non previste nel progetto approvato e nelle eventuali perizie di variante.

In ogni caso, l'appaltatore ha l'obbligo del ripiegamento dei cantieri già allestiti e dello sgombero delle aree di lavoro, nel termine assegnato dalla stazione appaltante.

In caso di mancato rispetto di tale termine, la stazione appaltante procede d'ufficio, addebitando al contraente privato i relativi oneri e spese.

È espressamente riconosciuta alla stazione appaltante, nel caso in cui venga emesso un provvedimento giurisdizionale (cautelare, possessorio o d'urgenza) che inibisca o ritardi il ripiegamento dei cantieri e lo sgombero delle aree, in alternativa alla loro esecuzione, la facoltà di depositare una cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare una fideiussione bancaria o polizza assicurativa ai sensi dell'art. 93 del Codice, pari all'1% del valore del contratto.

Resta impregiudicato il diritto della P.A. di richiedere il risarcimento dei danni.

L'appaltatore, dal canto suo, matura il diritto al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del

contratto (comma 5).

Per i casi di risoluzione obbligatoria del contratto e di risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore, tuttavia, sono poste a carico di quest'ultimo anche le maggiori spese sostenute per affidare ad altra impresa i lavori (a meno che la stazione appaltante non interpellì i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, attingendo dalla relativa graduatoria, secondo quanto previsto dall'art. 110).

Come già in precedenza accennato, a seguito della stipula del contratto, l'Amministrazione contraente può **recedere** dal contratto, alla stregua del paradigma ora dettato dall'art. 109 del codice.

Trattasi di un diritto di ampia portata, che non presuppone circostanze tipizzate e vincolanti, ma che è rimesso ad una valutazione ampiamente discrezionale della P.A.

Ovviamente, trattandosi di un potere che infirma la posizione giuridica dell'altro contraente, senza che a questi sia addebitabile alcuna responsabilità o mancanza, viene previsto, oltre al pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti e dei materiali utili esistenti in cantiere (nel caso di lavoro) o in magazzino (nel caso di servizi o forniture), anche il riconoscimento (doveroso) di un indennizzo, in misura forfettariamente stabilita dal legislatore, pari al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite; tale importo è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.

Evidentemente, la quantificazione dell'indennizzo va effettuata preventivamente onde meglio ponderare l'esercizio del potere in esame, risultando giustificabile in presenza di preminenti ragioni di pubblico interesse o di maggior risparmio.

L'ampia portata del diritto di recesso è confermata dal fatto che è esercitabile in qualunque tempo, risultando doveroso, sul piano procedimentale, un formale preavviso, non inferiore a venti giorni, all'appaltatore, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

Resta da ricordare che, alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale, a seguito della stipula del contratto, alla P.A. residua unicamente l'esercizio del diritto ora in esame, restando precluso il ricorso all'ordinario potere di revoca.

1.27. *La disciplina dell'accesso*

L'accesso ai documenti di gara è disciplinato dall'art. 53 del codice (rubricato "accesso agli atti e riservatezza") che rinvia, preliminarmente, agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo²¹⁶, per poi dettare specifiche disposizioni relative al potere di differimento e di esclusione del diritto di accesso agli atti di gara (riprendendo, in parte, quanto previsto dall'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006)²¹⁷.

Come autorevolmente precisato, il modello ostensivo ora in esame costituisce oggetto di una disciplina speciale nella quale è possibile individuare un duplice oggetto: a) la previsione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici; b) l'introduzione di veri e propri doveri di non divulgare il contenuto di determinati atti, assistiti da apposite sanzioni di carattere penale²¹⁸.

Sul piano "oggettivo" viene precisato, dal comma 1, che l'accesso può riguardare tutti gli atti dell'attività negoziale, sia della fase pubblicistica (procedure di affidamento), che privatistica (esecuzione), inclusi quelli provenienti dai concorrenti, quali le candidature e le offerte.

Nel medesimo comma si precisano anche le modalità di accesso alle procedure di asta elettronica²¹⁹, realizzabile tramite l'interrogazione delle registrazioni del sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico ovvero attraverso il rilascio di copia autentica degli atti, da spedirsi o da rilasciarsi al richiedente.

La norma in commento prosegue dettando quattro ipotesi di differimento *ope legis*: nelle procedure aperte, deve essere differito, alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, l'accesso all'elenco dei partecipanti; nelle altre procedure, il

²¹⁶ *Id est*: l. n. 241 del 1990, come novellata sul punto, anche sostanzialmente, dalla l. n. 15/2005. Con il d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184, è stato emanato il regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi con il quale, nel dare attuazione alle novità introdotte dalla l. n. 15/2005, è stata abrogata la precedente disciplina regolamentare dettata dal d.p.r. 27 giugno 1992, n. 352. Per approfondimenti su tale disciplina regolamentare, BOTTINO G., *Il nuovo regolamento statale in materia di accesso ai documenti amministrativi (d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184): l'applicazione nei confronti delle regioni e degli enti locali* (nota a Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 13 febbraio 2006, 3586/05).

²¹⁷ Le due discipline si pongono in rapporto di complementarietà: così Cons. Stato, sez. VI, 30/07/2010, n. 5062; *id.*, sez. V, 24/03/2014, n. 1446.

²¹⁸ T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 25/01/2010, n. 25.

²¹⁹ Riproponendo la prima parte dell'abrogato art. 294 del d.p.r. n. 207/2010.

differimento (fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte) riguarda l'elenco dei soggetti che sono stati invitati o che hanno fatto richiesta di invito, eccetto per l'ipotesi in cui l'accedente sia un operatore la cui candidatura sia stata respinta, posto che, in tal caso, al fine di consentire una tutela immediata (con la reintegra alla procedura di gara), l'accesso all'elenco dei concorrenti è consentito dopo la comunicazione ufficiale, da parte della stazione appaltante, dei nominativi degli invitati.

Per quel che concerne l'accesso agli atti della gara, con particolare riguardo alle offerte e al contenuto delle giustificazioni, la disposizione in esame prevede (per entrambi i casi) il differimento all'esito dell'aggiudicazione²²⁰, in tal modo superando le incertezze interpretative derivanti dall'applicazione della precedente disciplina di settore (art. 13, cit.) che richiama l'approvazione dell'aggiudicazione e l'aggiudicazione, senza distinguere tra quella provvisoria e quella definitiva²²¹.

La rilevanza del potere/dovere di differimento emerge dalla previsione del comma 3, in virtù della quale l'esternazione dei dati suindicati rileva, per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi, ai fini della fattispecie delittuosa di cui all'art. 326 del codice penale ("rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio").

Come detto, la stessa disposizione normativa (al comma 5) contempla le ipotesi di esclusione dal diritto di accesso, per i documenti ivi espressamente elencati (pareri legali concernenti profili contenziosi²²²; relazioni riservate del direttore dei lavori e del

²²⁰ Che in base all'art. 32 del Codice è solo quella definitiva.

²²¹ Per le problematiche applicative derivanti dalla precedente disciplina di settore, *cfr.* T.A.R. Liguria, 22/10/2015, n. 834; Cons. Stato, sez. V, 27/10/2014, n. 5280.

²²² Tale precisazione recepisce il consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale sono sottratti all'accesso gli atti dei legali in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'amministrazione (trattandosi di un tipo di segreto che gode di una tutela qualificata, ai sensi dell'art. 622 c.p. e dell'art. 200 c.p.p.), mentre laddove il parere rivesta natura e funzione diversa (ad esempio, venga utilizzato nell'ambito di un procedimento amministrativo, assumendo, in tale ipotesi, la natura di atto endoprocedimentale), da quello in cui riguardi strategie processuali o procedimenti giudiziari in corso. Alla stregua di quanto precisato dalla magistratura amministrativa, solo in tale ultima eventualità la consulenza resta sottratta all'accesso, anche al fine di tutelare la stessa amministrazione in sede giudiziaria, mentre nel primo caso il parere legale, pur traendo origine da un rapporto normalmente caratterizzato dalla riservatezza, è soggetto all'accesso perché oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo. Sul punto *cfr.* Cons. Stato, sez. V, 23/06/2011, n. 3812; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 11/10/2016, n. 1193.

collaudatore²²³, redatte sulle riserve del soggetto esecutore del contratto); l'accesso è escluso altresì in riferimento alle informazioni, fornite anche in sede di giustificazioni, relative alle offerte e che costituiscano segreti tecnici o commerciali, salvo che i predetti documenti non siano necessari per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio da parte di un concorrente.

Con la precisazione (resa dal comma 6) che le citate ipotesi di esclusione devono interpretarsi in modo restrittivo, trattandosi di norma eccezionale, derogatoria rispetto alle ordinarie regole in materia di accesso²²⁴; la disciplina in esame, infatti, è volta alla “massimizzazione della circolazione informativa”, con conseguenziale prevalenza del principio di pubblicità rispetto a quello di tutela della riservatezza, sempre che l'istanza ostensiva sia sorretta dalla necessità di difendere i propri interessi e nel rispetto del limite modale²²⁵.

In altre parole, in tali procedure l'accesso difensivo è prevalente sulle ragioni di riservatezza o di segretezza commerciale, qualora il richiedente dichiari che l'acquisizione della documentazione sia necessaria ai fini della difesa dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta²²⁶.

Del resto, un'applicazione generalizzata dell'esclusione dall'accesso prevista dal comma 5, a tutela del segreto d'impresa, nel senso di riferirla (non solo ai terzi non concorrenti ma) anche agli altri concorrenti, comporterebbe un'intollerabile compromissione delle possibilità di tutela giurisdizionale di chi intenda contestare l'esito della gara²²⁷.

Il nuovo codice non riproduce la previsione di un termine ridotto per l'accesso in *subiecta materia* (ovvero quanto previsto dall'art. 79, comma 5 *quater*, del codice

²²³ In proposito si veda quanto precisato da Cons. Stato, sez. IV, 28/01/2016, n. 326, che ribadisce l'inaccessibilità alla relazione del direttore dei lavori e del collaudatore, ritenendo ostensibili i registri recanti le riserve formulate dall'appaltatore.

²²⁴ È quanto sostenuto dal Cons. Stato, sez. V, 23/06/2011, n. 3812, che ha ritenuto illegittimo il diniego di accesso ad un'istanza ostensiva tendente ad ottenere copia di un parere legale, nel caso in cui non sia stato dimostrato che detto parere sia stato acquisito in relazione ad una lite già in atto, bensì relativamente ad una mera fase endo-procedimentale amministrativa.

²²⁵ Si veda, anche, Cons. Stato, sez. VI, 30/07/2010, n. 5062.

²²⁶ Sulla prevalenza dell'accesso difensivo, Cons. Stato, sez. VI, 10/05/2010, n. 2814.

abrogato, che fissava in dieci giorni il termine per l'esercizio del diritto di accesso), così ponendo fine al dibattito alimentato da una previsione poco chiara e confusa²²⁸.

Per quel che concerne i presupposti abilitanti l'esercizio del diritto di accesso, occorre far riferimento alla richiamata disciplina generale, ovvero alla lett. b), dell'art. 22, comma 1, della legge sul procedimento amministrativo.

Tale disposizione, nel riconoscere il diritto di accesso a chiunque abbia un interesse diretto, concreto ed attuale per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, da un lato, non impone una situazione giuridica soggettiva che configuri la sussistenza, in capo all'istante, di un interesse legittimo né di un diritto soggettivo, dall'altro, non garantisce al privato un potere esplorativo di vigilanza da esercitare attraverso il diritto all'acquisizione conoscitiva di atti o documenti, al fine di stabilire se l'esercizio dell'attività amministrativa possa ritenersi svolto secondo i canoni di trasparenza.

Non si tratta di un'azione popolare, tant'è che si ribadisce l'esigenza di tutela di situazioni giuridicamente rilevanti: pertanto anche se il diritto di accesso è volto ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e a favorirne lo svolgimento imparziale, rimane fermo che l'accesso è consentito soltanto a coloro ai quali gli atti direttamente o indirettamente si rivolgono e che se ne possono avvalere per la tutela di una posizione soggettiva, la quale non può identificarsi con il generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività-amministrativa²²⁹.

Tale limite è dato dalla necessità di evitare che l'accesso si trasformi in uno strumento di "ispezione popolare", "esplorativo" e "di vigilanza", utilizzabile al solo scopo di sottoporre a verifica generalizzata l'operato dell'amministrazione.

Tuttavia, il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa; ne consegue che esso può esercitarsi anche se l'interessato non possa più agire, o non possa ancora

²²⁷ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 3 settembre 2010, n. 17286.

²²⁸ Cfr. SATTA F. – ROMANO A., *Forma e contenuto, termini e destinatari della comunicazione dell'aggiudica definitiva*, in Atti del convegno "Il recepimento della direttiva ricorsi in materia (2007/66/Ce) in materia di appalti pubblici e le ulteriori modifiche al Codice dei contratti", Roma 15-16 aprile 2010; GALLI D., *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi – decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 (il commento)*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 9, pp. 893 ss..

²²⁹ In proposito, si veda Cons. Stato, sez. IV, 29/04/2002, n. 2283.

agire, in sede giurisdizionale, in quanto l'autonomia della domanda di accesso comporta che il giudice deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibilità di utilizzare gli atti richiesti in un giudizio²³⁰.

Ad esempio, nell'ipotesi di procedura di gara, non è consentito l'accesso al *quisque de populo*; un'impresa, cioè, non può esaminare gli atti di una gara di appalto per la quale non abbia presentato alcuna offerta²³¹; così come un'impresa esclusa dalla gara non può accedere alle offerte tecniche degli altri concorrenti²³². Diversamente, qualora la stazione appaltante abbia affidato i lavori mediante procedura negoziata, una ditta operante nel settore (non invitata alla propedeutica gara informale) può richiedere di visionare gli atti, onde riscontrare (nel caso concreto) la sussistenza (o meno) delle condizioni per applicare tale procedura "derogatoria".

Resta salvo il diritto in capo ai consiglieri (comunali e provinciali) di accedere a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento del loro mandato²³³, senza alcuna limitazione²³⁴. Tant'è che il consigliere che esercita il diritto di accesso non è

²³⁰ Cons. Stato, sez. IV, 28/01/2016 n. 326; *id.*, sez. V, 14/02/2011, n. 942. Per tale ragione si è ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale è stato negato il rilascio di copia degli atti relativi ad una gara di appalto richiesto da una ditta che aveva partecipato alla gara stessa, motivato con riferimento al fatto che la ditta in questione aveva proposto un ricorso nel frattempo dichiarato improcedibile, atteso che è da ritenere del tutto irrilevante quale sia stata la sorte del giudizio, avente ad oggetto la gara, da cui è derivata la richiesta di accesso.

²³¹ È stato ritenuto legittimo il rigetto di un'istanza tendente ad ottenere copia degli atti di gara, avanzata da una ditta che non aveva partecipato alla gara; ciò in quanto, il comma 6 dell'art. 13, del d. lgs. n. 163/2006, collega l'interesse all'accesso alla posizione giuridica non di chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia partecipato alla gara e che abbia intrapreso (o intenda intraprendere) un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara in cui l'istanza è formulata (T.A.R. Lazio, sez. III *ter*, 10.05.2011, n. 4081).

²³² T.A.R. Sardegna, sez. I, 02/02/2016, n. 88. Si veda, anche, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 05/02/2016, n. 261 e Cons. Stato, sez. V, 17/06/2014, n. 3079.

²³³ Si è ritenuto legittimo il diniego opposto al consigliere comunale di rilascio di copia delle proposte all'ordine del giorno della seduta del consiglio visto che, da un lato, la conoscenza di tali proposte è disciplinata da distinte norme del TUEL e del regolamento del consiglio e, dall'altro, che la garanzia di visione di tali proposte soddisfa le esigenze del consigliere ed evita di appesantire oltremodo l'azione amministrativa, mediante il rilascio di copie di atti non ancora definitivi (T.A.R. Basilicata, 02/08/2011, n. 431).

²³⁴ In termini, Cons. Stato, sez. V, 04/05/2004, n. 2716, che ha ritenuto illegittimo il diniego opposto alla richiesta di ostensione avanzata da un consigliere comunale, motivato dalla necessità di salvaguardare la riservatezza dei terzi; tale necessità, è salvaguardata dal medesimo art. 43, comma 2, laddove statuisce che: "*Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge*".

tenuto a specificare i motivi della richiesta, né gli organi burocratici dell'ente hanno titolo a richiederlo, perché, in caso contrario, questi ultimi sarebbero arbitri di stabilire l'estensione del controllo sul loro operato²³⁵.

Sul piano “**oggettivo**”, una richiesta di accesso non è ammissibile ove riguardi l'esibizione di documenti di cui non sia certa l'esistenza; né può essere accolta la richiesta di copia di un documento che la pubblica amministrazione non è tenuta, istituzionalmente, a predisporre, in quanto, altrimenti, l'esercizio del diritto *de quo* imporrebbe, impropriamente, un *facere*.

In relazione alle procedure di gara, gli atti provenienti da soggetti privati (ovvero le imprese partecipanti ad una procedura di gara) sono da equiparare agli atti amministrativi ai fini dell'esercizio del diritto di accesso e, pertanto, sono suscettibili di ostensione solo se, ed in quanto, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, ovverosia allorché, indipendentemente dalla loro caratterizzazione soggettiva, abbiano avuto un'incidenza sulle determinazioni amministrative (si pensi alle offerte²³⁶).

Questione affine è quella concernente l'accessibilità degli atti emanati dall'amministrazione *iure privatorum* (si pensi ai contratti). In ordine a tale problematica, nel recepire un costante orientamento giurisprudenziale, la normativa di settore li ricomprende espressamente²³⁷.

Sul medesimo crinale, si è osservato che il diritto di accesso ai documenti non è ostacolato dalla pendenza di un giudizio civile o amministrativo nel corso del quale gli stessi documenti potrebbero essere stati richiesti²³⁸; analogamente, si è osservato²³⁹ che:

²³⁵ Cons. Stato, sez. V, 13/11/2002, n. 6293; *id.*, 09/12/2004, n. 7900.

²³⁶ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11/09/2015, n. 1467.

²³⁷ Laddove si prevede che l'accesso ai documenti prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del loro diritto sostanziale (art. 22, comma 1, lett. d). Sul punto, *cfr.* Cons. Stato, sez. IV, 28/01/2016, n. 326; TAR Puglia, Bari, sez. III, 24/01/2014, n. 83; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22/10/2014, n. 2531.

²³⁸ Cons. Stato, sez. IV, 05/09/2007, n. 4645 e, ancora più recentemente, Cons. Stato, sez. IV, 03/08/2010, n. 5173, per il quale la nozione di “situazione giuridicamente rilevante”, per la cui tutela è attribuito il diritto di accesso, è nozione diversa e più ampia rispetto all'interesse all'impugnativa e non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

²³⁹ Sez. VI, 26/04/2005, n. 1896. Con tale decisione - vale evidenziarlo - è stata disapplicata la norma regolamentare con la quale l'amministrazione aveva *ex professo* previsto, in pendenza di procedimento penale, il differimento dell'accesso alla definizione del processo penale.

“... la circostanza che gli atti oggetto della domanda di accesso ... siano relativi ad un giudizio penale non è di per sé sufficiente a renderne legittimo il diniego, non essendo, la sola pendenza di tale giudizio, una circostanza idonea a ingenerare in capo all’amministrazione uno specifico obbligo di segretezza e, di riflesso, ad escludere o limitare la facoltà per il soggetto interessato di averli in visione”.

La mera afferenza di un atto ad un processo penale, quindi, ove non sia intervenuto un provvedimento di sequestro, ma semplicemente una mera acquisizione dello stesso da parte del p.m. o della polizia giudiziaria delegata, non giustifica rifiuti o differimenti di accesso.

L’orientamento conferma quanto statuito da alcuni Giudici di prime cure²⁴⁰, secondo cui *“... la trasmissione all’autorità giudiziaria di documenti, in assenza di segretazione o sequestro, non ne comporta la sottrazione al diritto di accesso, conservando gli atti, indipendentemente dalla temporanea dislocazione presso gli uffici giudiziari, la natura e la qualità di atti amministrativi, seppure raccolti dalla polizia amministrativa, e non di atti giudiziari ...”.*

Il medesimo Giudicante²⁴¹ ha poi ribadito che *“... il segreto istruttorio di cui all’art. 329 c.p.p. (a tenore del quale “gli atti di indagine compiuti dal p.m. e dalla polizia giudiziaria sono coperti da segreto fino a quando l’imputato non ne possa avere conoscenza e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari”) non costituisce un motivo legittimo di diniego all’accesso dei documenti fintantoché gli stessi siano nella disponibilità dell’amministrazione e il giudice che conduce l’indagine penale non li abbia acquisiti con uno specifico provvedimento di sequestro”*²⁴².

Corollario di tale assunto è che non ogni denuncia di reato presentata dalla pubblica amministrazione costituisce atto coperto da segreto istruttorio (come tale sottratto alla disciplina in materia di accesso agli atti), ma solo quella denuncia che sia stata effettuata “nell’esercizio di funzioni di polizia giudiziaria specificamente attribuite dall’ordinamento”, che costituiscono atti di indagine di polizia giudiziaria, come tali rientranti nell’ambito dell’art. 329 c.p.p..

²⁴⁰ *Inter alia*, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 17/04/2003, n. 1725.

²⁴¹ T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 18/02/2011, n. 287.

²⁴² Secondo il T.A.R. Veneto, sez. I, 04/04/2005, n. 1267, il diritto di accesso viene meno quando gli atti stessi siano soggetti al segreto istruttorio in sede penale.

In tale contesto va trattata anche la problematica concernente l'accessibilità alle informative antimafia, in ordine alla quale è stata ritenuta ostensibile la formula rituale con la quale il Prefetto, sulla base delle risultanze in suo possesso (di regola non esposte al soggetto appaltante), afferma la sussistenza di elementi interdittivi a carico dell'impresa; non sono state, invece, ritenute ostensibili le risultanze istruttorie "a monte", a cui ha attinto l'Autorità prefettizia per pervenire al giudizio sfavorevole formulato a carico dell'impresa medesima, ove si tratti di documentazione in possesso dell'Amministrazione coperta da segreto istruttorio (ai sensi del codice di procedura penale), in quanto afferente a indagini preliminari o procedimenti penali in corso, oppure se e nella misura in cui coinvolga, a qualunque titolo, terzi soggetti interessati dalle informative di polizia di sicurezza, ovvero, ancora, ove possano essere addotti specifici motivi ostativi riconducibili ad imprescindibili esigenze di tutela di accertamenti - in corso di svolgimento - di polizia di sicurezza e di contrasto alla delinquenza organizzata²⁴³.

Una possibile limitazione all'esercizio del diritto di accesso potrebbe ricondursi all'esigenza di tutela del "diritto d'autore", in riferimento agli atti progettuali.

Tuttavia gli arresti giurisprudenziali più recenti hanno sostenuto orientamenti diversi. È stato ritenuto illegittimo il diniego di rilascio di elaborati progettuali afferenti la realizzazione di una strada comunale, motivato con riferimento alla ritenuta preclusione all'accesso derivante dalla natura di opera dell'ingegno degli elaborati medesimi e dalla mancanza di autorizzazione da parte del progettista, atteso che l'accesso agli atti della pubblica amministrazione non confligge con la tutela che, in sede civile e penale, l'ordinamento appresta al diritto di autore²⁴⁴.

1.28. Gli obblighi di comunicazione

La nuova disciplina generale delle comunicazioni è ora racchiusa nell'art. 76 del Codice, che si colloca all'interno della parte II, relativa alle modalità di scelta del contraente nell'ambito dei settori ordinari.

La disposizione divisata definisce le informazioni che le Stazioni appaltanti

²⁴³ In termini, T.A.R. Toscana, sez. II, 23/12/2014, n. 2122.

²⁴⁴ Cons. Stato, sez. V, 10/01/2005, n. 34.

devono (su richiesta o d'ufficio) comunicare ai concorrenti (*recte*: offerenti), individuandone termini e modalità.

Il comma 1 prevede l'obbligo di informare tempestivamente (ciascun candidato e ciascun offerente) delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione (ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione).

Il tutto nel rispetto delle modalità di pubblicazione²⁴⁵ stabilite dal codice.

Il 2 comma, a sua volta, si occupa delle informazione che la Stazione appaltante (su richiesta dell'offerente) deve comunicare, entro il prescritto termine di quindici giorni. Ivi si legge:

“Su richiesta scritta dell’offerente interessato, l’amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta:

a) ad ogni offerente escluso, i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all’articolo 68, commi 7 e 8, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali;

b) ad ogni offerente che abbia presentato un’offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata e il nome dell’offerente cui è stato aggiudicato l’appalto o delle parti dell’accordo quadro;

c) ad ogni offerente che abbia presentato un’offerta ammessa in gara e valutata, lo svolgimento e l’andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti”.

Disciplina diversa e innovativa è prevista per la comunicazione del provvedimento di esclusione e del provvedimento di ammissione alla successiva fase di gara, che deve avvenire, ai sensi dell'art. 29, entro i due giorni successivi all'adozione²⁴⁶, senza necessità di una formale richiesta da parte dell'offerente; tanto al

²⁴⁵ Disciplinate dagli art. 29, 72 e 73 del d. lgs. n. 50/2016.

²⁴⁶ Comma 3: *“Fermo quanto previsto nell’articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla*

fine di far decorrere i termini per l'eventuale impugnazione da parte degli interessati.

Come già ricordato *supra*, alla stregua del combinato disposto dell'art. 29 del codice dei contratti e dell'art. 120 del c.p.a., l'omessa impugnazione del provvedimento di ammissione pregiudica il ricorso avverso l'atto di aggiudicazione.

Il comma 5, dell'art. 76, indica le informazioni da comunicare, d'ufficio, entro il termine perentorio di 5 giorni.

Trattasi, in particolare, dei provvedimenti di esclusione (ai soggetti esclusi), della decisione di non aggiudicare l'appalto o di non concludere l'accordo quadro (a tutti i concorrenti), dell'aggiudicazione e del contratto (all'aggiudicatario, al secondo graduato, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva).

Va precisato che la Stazione appaltante, nel caso di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione o esclusione, dovrà indicare anche la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (comma 6).

Il comma 4, prevede il divieto di divulgazione di alcune specifiche informazioni relative ai concorrenti, laddove la loro diffusione possa ostacolare l'applicazione della legge o risulti contraria all'interesse pubblico, o pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore selezionato.

In proposito, si è ritenuto legittimo un diniego di accesso in quanto oggetto dell'istanza erano documenti relativi alle procedure di gestione e di organizzazione del magazzino/deposito di medicinali di una società farmaceutica²⁴⁷.

procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti".

²⁴⁷ "Si tratta di atti riguardanti l'attività d'impresa, che possiedono accentuate caratteristiche di specificità, secondo la dichiarazione della società stessa, non smentita sul punto dalle valutazioni dell'ASL, in quanto contengono il «flow chart di processo per i flussi dei medicinali all'interno del proprio magazzino o perché indicate le specifiche modalità organizzative affinché Farmavox possa essere posta in grado di assicurare prontamente il ritiro dal commercio di lotti di medicinali" (Cons. Stato, sez. III, 31/03/2016, n. 1261).

1.29. Gli obblighi di trasparenza (accesso civico e F.O.I.A.)

Sempre in tema di trasparenza ed accessibilità agli atti di gara, occorre far riferimento a recenti novità normative che, in attuazione dei principi recati dalla normativa sull'anticorruzione (d. lgs. n. 190/2012) hanno introdotto istituti di ampia latitudine applicativa, disancorando la visione e la conoscenza degli atti (anche di gara) dalla sussistenza dei presupposti (quali un interesse concreto e personale, oltre che una situazione giuridica da tutelare) abilitanti il tradizionale accesso documentale.

Dopo una prima riforma recante il c.d. accesso civico, la materia è stata interessata, di recente, da un'ulteriore e profonda innovazione.

Procediamo con ordine.

Con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (sul *“Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche Amministrazioni”*), al tradizionale diritto di accesso (*ex* artt. 22 e ss. l. n. 241/1990, necessariamente collegato alle specifiche esigenze del richiedente - *need to know*), si è aggiunto il cd. **accesso civico** – mutuato dagli ordinamenti anglosassoni (si veda il *Freedom of Information Act*, cd. FOIA statunitense) e da specifici settori dell'ordinamento (ad esempio, quello ambientale, di cui alla legge n. 195/2005) – che garantisce all'intera collettività il diritto di conoscere gli atti adottati dalla pubblica amministrazione, in funzione di controllo generalizzato da parte dell'opinione pubblica e di piena realizzazione del principio di trasparenza (*right to know*).

In riferimento all'ambito di applicazione, tutte le disposizioni sul c.d. “diritto di accesso civico” contenute nel suindicato decreto, sono direttamente applicabili alle Regioni e agli Enti locali, in quanto gli obblighi ivi contemplati vengono intesi quali *«livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione»* (art. 1 co. 3, del citato decreto)²⁴⁸.

Dall'analisi dell'impianto normativo, si evince che l'accesso civico consiste in

una specifica tutela che la legge intende apprestare ai cittadini, contro le amministrazioni reticenti alla trasparenza, così da rendere effettiva la possibilità per chiunque di ottenere le informazioni sull'attività amministrativa.

Tale disciplina non è sostitutiva di quella in tema di accesso ai documenti, cosicché la circostanza che un soggetto possa essere titolare di una posizione differenziata, tale da essere tutelata con l'accesso tradizionale di cui alla l. n. 241/1990 (richiamata dall'art. 53 del codice), non impedisce al medesimo di avvalersi dell'accesso civico, qualora ne ricorrano i presupposti.

In sostanza, l'accesso civico consente a chiunque di accedere ai siti delle PP.AA., sezione "Amministrazione trasparente", al fine di visionare ed acquisire tutti i documenti, dati ed informazioni soggetti a pubblicazione obbligatoria (su cui vedi *infra*), nonché di richiederne la loro pubblicazione e di proporre, in caso di ulteriore reticenza, i rimedi giustiziali di cui all'art. 116 del d.lgs. n. 104/2010.

La peculiarità di tale istituto consiste nel fatto che il suo esercizio non è soggetto ad alcun filtro in ordine alla legittimazione del richiedente, né la relativa richiesta deve essere supportata da alcuna motivazione

Ne consegue che per gli atti compresi negli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. 33/2013, potranno operare cumulativamente tanto il diritto di accesso "classico" *ex* l.n. 241/1990 quanto il diritto di accesso civico *ex* d.lgs. 33/2013, mentre, per gli atti non rientranti in tali obblighi di pubblicazione, opererà, evidentemente, il solo diritto di accesso procedimentale "classico".

Sulla scorta di tali premesse, si è ritenuto sussistente il diritto di "accesso civico" di una ditta che aveva richiesto l'ostensione degli atti di assegnazione dei fondi del POR – FESR regionali, non potendosi ritenere sufficiente, a tal fine, la pubblicazione nel sito internet esclusivamente dei beneficiari dei finanziamenti, del progetto e dell'importo finanziato, essendo la Regione stessa tenuta a pubblicare tutti i documenti di cui agli artt. 26 e 27 d.lgs. 33/2013²⁴⁹.

²⁴⁸ Sull'applicabilità di tale disciplina anche alle gare indette precedentemente alla sua entrata in vigore, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 05/11/2014, n. 5671.

²⁴⁹ *Cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 05/11/2014, n. 5671, che ha sanzionato la mancata pubblicazione dei documenti di cui ai punti d), e) ed f) dell'art. 27 d.lgs. 33/2013 e precisamente: d) l'ufficio e il funzionario o dirigente responsabile del relativo procedimento

Di recente, la tematica in argomento ha registrato un'ulteriore profonda innovazione, a seguito dell'emanazione del d. lgs. n. 97 del 25 maggio 2016, recante il c.d. F.O.I.A. (*Freedom of information act*).

In particolare, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche, oltre che per promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, viene riconosciuto, al *quavis de populo* (quindi indipendentemente da una specifica legittimazione e senza necessità di motivare la relativa istanza), il diritto di accedere anche a quei dati e a documenti detenuti dalla P.A. che non siano oggetto di pubblicazione obbligatoria.

Sul piano modale, viene favorito l'utilizzo di mezzi telematici per la presentazione delle istanze e per il rilascio dei documenti chiesti in ostensione; sul piano procedimentale, prima del provvedimento conclusivo (che deve essere espresso e motivato) si impone l'informativa ai controinteressati (ove sussistenti), al fine di acquisire un'eventuale e motivata opposizione.

In altri termini, si configura il diritto di accesso relativo ad atti, dati ed informazioni non strettamente attinenti alla sfera di interesse del richiedente, ma connessi al bene generale della garanzia della trasparenza.

Sul piano oggettivo, il F.O.I.A. concerne i dati detenuti dalle PP.AA. ulteriori rispetto a quelli che, ai sensi del medesimo decreto, devono essere oggetto di pubblicazione.

Specularmente, mutano gli obblighi in capo all'amministrazione destinataria: nel caso di accesso civico, la stessa è tenuta ad ottemperare all'obbligo di pubblicazione, notiziandone il richiedente; nel caso di F.O.I.A. essa è tenuta a trasmettere il dato o il documento richiesto, previo contraddittorio endoprocedimentale.

Il novellato comma 2, dell'articolo 5, del d.lgs. n. 33/2013 impone il rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dal successivo art. 5 *bis*.

Inter alia, solo preminenti interessi pubblici, come ad esempio il segreto di Stato o la riservatezza riconnessa a segreti industriali, possono ostacolare l'accesso civico.

Resta da precisare, per quanto propriamente interessa nella presente sede, che

amministrativo; e) la modalità seguita per l'individuazione del beneficiario; f) il link al progetto selezionato e al curriculum del soggetto incaricato.

l'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013 (anch'esso novellato dal d.lgs. 97/2016), specifica i documenti, concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che sono oggetto di pubblicazione obbligatoria.

Rispetto alla precedente disciplina, non vengono dettagliati gli atti da pubblicare, ma vi è un rinvio dinamico a quanto previsto, in *materia*, dall'art. 1, comma 32, l.n. 190/2012 e dal d.lgs. 50/2016²⁵⁰.

In via esemplificativa può ricordarsi che la legge 190/2012 impone di rendere noti la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati, i dati dell'aggiudicatario e l'importo dell'aggiudicazione, i tempi di esecuzione della prestazione e l'importo finale corrisposto.

Dal canto suo, il codice dei contratti impone la pubblicazione degli atti di programmazione, degli incarichi conferiti, delle indagini di mercato, della determina a contrarre, degli atti indittivi della gara, dei verbali di gara, degli esiti dell'eventuale giudizio di anomalia, del provvedimento di aggiudicazione o di quello recante la decisione di non aggiudicare, degli eventuali atti di autotutela, degli ordini di esecuzione anticipata del contratto, degli avvisi di post-informazione, di eventuali varianti o accordi transattivi, del resoconto della gestione finanziaria.

Accanto a tali documenti vanno pubblicati, secondo i termini e le modalità stabiliti dall'art. 29 del codice, l'elenco delle ditte ammesse e di quelle escluse, oltre che i provvedimenti di nomina della commissione e i *curricula* dei relativi componenti.

1.30. Adempimenti successivi all'aggiudicazione.

Il legislatore estende l'obbligo del rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza anche alla fase successiva all'aggiudicazione, definendo i termini e le modalità di pubblicazione degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati. Tali adempimenti sono previsti e disciplinati dagli artt. 98 e 99 del d.lgs. n. 50/2016.

In particolare, il comma 1 dell'art. 98 (rubricato "*avvisi relativi agli appalti aggiudicati*") prevede in capo alle stazioni appaltanti (che hanno aggiudicato un

²⁵⁰ In un'ottica di semplificazione, il comma 2 del novellato art. 37, consente di assolvere agli obblighi di pubblicazione inviando i dati e le informazioni alla banca dati delle pubbliche amministrazioni prevista dal d.lgs. 229/2011, seppur limitatamente agli appalti di lavori.

contratto pubblico o concluso un accordo quadro) l'obbligo di inviare un avviso²⁵¹ relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dall'aggiudicazione dell'appalto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

Nel caso in cui la gara viene indetta mediante un avviso di preinformazione e l'amministrazione aggiudicatrice decide di non aggiudicare ulteriori appalti nel periodo coperto dall'avviso di preinformazione, l'avviso di aggiudicazione dovrà contenere un'indicazione specifica al riguardo (comma 2).

Di converso, le stazioni appaltanti, nel caso di accordi quadro, sono esentate dall'obbligo di inviare un avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo (comma 3, primo periodo).

In tal caso, dovranno raggruppare gli avvisi sui risultati della procedura d'appalto per gli appalti fondati sull'accordo quadro su base trimestrale ed inviare gli avvisi raggruppati entro trenta giorni dalla fine di ogni trimestre (comma 3 secondo periodo).

Sotto il profilo della pubblicazione, il comma 4 prevede che le stazioni appaltanti inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, conformemente a quanto previsto dall'articolo 72, un avviso di aggiudicazione di appalto entro trenta giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto basata su un sistema dinamico di acquisizione.

Esse possono tuttavia raggruppare gli avvisi su base trimestrale. In tal caso, inviano gli avvisi raggruppati non oltre trenta giorni dalla fine di ogni trimestre.

Infine, l'ultimo comma prevede i casi in cui le stazioni appaltanti non sono tenute al predetto obbligo di comunicazione. Ivi si legge: *“Fermo restando quanto disposto dall'articolo 53, talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa arrecare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici”*.

L'art. 99 del Codice, dal canto suo, disciplina le relazioni uniche da redigere ad opera della Stazione appaltante.

In particolare, nel caso di appalti sopra la soglia comunitaria e per quelli

²⁵¹ Secondo le modalità di pubblicazione ex art. 72, **conformi** all'allegato XIV, Parte I, lett. D.

aggiudicati con il sistema dinamico di acquisizione, la stazione appaltante redige una relazione contenente le informazioni di cui al comma 1²⁵².

Suddetta relazione non è richiesta per gli appalti basati su accordi quadro conclusi con un solo operatore economico e aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro, ovvero se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture in questione nonché le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici, parti dell'accordo quadro, effettuerà tale prestazione.

Ed ancora, a norma del comma 3 dell'art. 99, se l'avviso di aggiudicazione contiene già tali informazioni, è sufficiente che si faccia riferimento all'avviso.

In linea generale, le stazioni appaltanti sono tenute a documentare lo svolgimento di tutte le procedure di aggiudicazione, indipendentemente dal fatto che esse siano condotte con mezzi elettronici o meno, oltre che a conservare una documentazione sufficiente a giustificare le decisioni adottate in tutte le fasi della procedura di appalto, quali la documentazione relativa alle comunicazioni con gli operatori economici e le deliberazioni interne, la preparazione dei documenti di gara, il dialogo o la negoziazione (se previsti), la selezione e l'aggiudicazione dell'appalto. La documentazione deve essere conservata per almeno cinque anni a partire dalla data di aggiudicazione, ovvero, in caso di controversia, fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza.

²⁵² Nel dettaglio, occorre indicare:

- a) il nome e l'indirizzo della stazione appaltante, l'oggetto e il valore dell'appalto, dell'accordo quadro o del sistema dinamico di acquisizione;
- b) se del caso, i risultati della selezione qualitativa e/o della riduzione dei numeri a norma degli articoli 91 e 92, ossia: 1) i nomi dei candidati o degli offerenti selezionati e i motivi della selezione; 2) i nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione;
- c) i motivi del rigetto delle offerte giudicate anormalmente basse;
- d) il nome dell'aggiudicatario e le ragioni della scelta della sua offerta, nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi; e, se noti al momento della redazione, i nomi degli eventuali subappaltatori del contraente principale;
- e) per le procedure competitive con negoziazione e i dialoghi competitivi, le circostanze di cui all'articolo 59 che giustificano l'utilizzazione di tali procedure;
- f) per quanto riguarda le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, le circostanze di cui all'articolo 63 che giustificano l'utilizzazione di tali procedure;
- g) eventualmente, le ragioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di non aggiudicare un appalto, concludere un accordo quadro o istituire un sistema dinamico di acquisizione;
- h) eventualmente, le ragioni per le quali per la presentazione delle offerte sono stati usati mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici;
- i) eventualmente, i conflitti di interesse individuati e le misure successivamente adottate.

La relazione è comunicata alla Cabina di regia (di cui all'art. 212 del codice) per la successiva comunicazione alla Commissione europea o, quando ne facciano richiesta, alle Autorità competenti.

Bibliografia essenziale

AA. VV., *Commento al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2006

AA. VV., *Lavori pubblici nella normativa vigente*, Torino, 2001

AA. VV., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008

AA. VV., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2008

AA. VV., *I contratti della pubblica amministrazione: come sono cambiati i contratti pubblici dopo il d. lgs. 152/2008*, Napoli, 2009

AA. VV., *Appalti pubblici*, IPSOA, 2016

AA.VV., *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, Torino, 2013

BIANCARDI S., *Appalti di servizi e forniture*, Rimini, 2010

BORTOLOTTI D., (voce) *Contratti della amministrazione pubblica*, in Dig. disc. pubbl., Torino, 1989, IV, pp. 36 ss.

CACCIARI A., *Accesso e riservatezza alla luce della nuova l. n. 241 del 1990*, in *Foro Amm.-Tar*, 2005, 2687

CANTONE R., MERLONI F., *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2015

CARTEI G. F., *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008

COSMAI P., IOVINO R., *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, IPSOA, 2016

DELLA SCALA M. G., *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 5 del 2005*, in *Foro Amm.-CdS.*, 2006, pp. 769 ss.

DE NICTOLIS R., *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, 2008

DE NITTIS C., *I contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010

DELLA TORRE G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016

FUOCO B., *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti ad evidenza pubblica*, Rimini, 2009

GALLI D., *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi – decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 (il commento)*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 9, pp. 893 ss.

GAROFOLI R. – FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2008

GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Milano, 1964

GIOVAGNOLI R., *La responsabilità extra e pre-contrattuale*, Milano, 2009

GRECO R., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*. Milano, 1988

ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016

MANTINI P., *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015

MASSARI A., *Gli appalti pubblici dopo la Legge di Stabilità 2016, il Decreto milleproroghe*, Rimini, 2016

PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 809 ss.

PONZIO S., *Il procedimento per l'accertamento del “collegamento sostanziale” tra imprese negli appalti pubblici*, in *Foro Amm.-CdS*, 2010, n. 9, pp. 1968 ss.

RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000

ROMANO S. A., *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011

SANINO M., *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008

SATTA F. – ROMANO A., *Forma e contenuto, termini e destinatari della comunicazione dell'aggiudica definitiva*, in *Atti del convegno “Il recepimento della direttiva ricorsi (2007/66/Ce) in materia di appalti pubblici e le ulteriori modifiche al Codice dei contratti”*, Roma 15-16 aprile 2010

SCOGNAMIGLIO A., *Tutela giurisdizionale del diritto di accesso e termini di decadenza* (nota a Cons. Stato, ad. pl., 18 aprile 2006 n. 6), in *Foro Amm.-CdS.*, 2006, 2484

VARANI E., *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati sanitari*, in *Foro Amm.-Tar*, 2005, pp. 929 ss.

VIRGA P., *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971