

## GIURISPRUDENZA

*Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

**Chi assume la veste di concorrente: il Consorzio o le singole imprese consorziate?**

Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6632

CONSORZIO – SOGGETTO GIURIDICO AUTONOMO – IMPRESE CONSORZiate –  
REQUISITI – ESCLUSIONE



Alla gara partecipava un RTI composto sia da talune imprese che da alcuni Consorzi. All'esito della procedura di gara il Raggruppamento temporaneo di imprese comunicava alla stazione appaltante che una società consorzata, indicata come esecutrice, era stata posta in liquidazione coatta amministrativa e pertanto era necessario provvedere alla sua sostituzione. Alla luce di quanto emerso in pendenza della procedura di gara, la stazione appaltante disponeva l'esclusione dalla gara del RTI aggiudicatario. A fronte dell'impugnativa del suddetto provvedimento di esclusione, il giudice di prime cure confermava la correttezza e la legittimità della decisione dell'amministrazione.

In sede di gravame, in riforma dell'impugnata sentenza, il Consiglio di Stato ha affermato che il consorzio in esame è un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro ai sensi della l. 422/1909 e in quanto tale è un soggetto autonomo, sia da un punto di vista giuridico che organizzativo, rispetto alle imprese consorziate che ne fanno parte. Nel partecipare alle procedure ad evidenza pubblica i consorzi utilizzano requisiti loro propri e **le vicende che ineriscono le imprese consorziate costituiscono vicende organizzative interne al consorzio e pertanto irrilevanti nei rapporti con la stazione appaltante**. L'attività compiuta dalle imprese consorziate è da imputarsi esclusivamente al **consorzio che assume la veste di unico soggetto concorrente**. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui la consorzata designata per l'esecuzione perda il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale e speciale in un momento successivo all'inizio della procedura, quest'ultima potrà essere sostituita con altra consorzata.

\*\*\*\*\*

**La facoltà di non aggiudicazione anche nel caso di unica offerta**

Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725

FACOLTÀ DI NON AGGIUDICAZIONE – DEVE ESSERE INDICATA ESPRESSAMENTE  
NEL BANDO DI GARA O NELLA LETTERA DI INVITO – POTERE DISCREZIONALE  
DELLA PA – POSSIBILE ANCHE IN CASO DI UNICA OFFERTA



Nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di un servizio di trasferimento di materiali, da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso, la società ricorrente, unica offerente, contestava il giudizio di non

congruità posto a fondamento della **non aggiudicazione** ai sensi dell'**art. 95, c. 12, d.lgs. 50/2016**; la commissione istruttoria, appositamente nominata per la valutazione della convenienza economica dell'offerta, aveva infatti ritenuto che i prezzi praticati fossero di gran lunga superiori a quelli indicati da altri operatori del settore e a quelli della gestione dell'anno precedente praticati dal medesimo operatore.

Ad avviso dei giudici, la stazione appaltante si è legittimamente avvalsa della facoltà prevista dalla norma appena citata, secondo cui *“Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito”*. È vero che la norma in esame non ha riprodotto il suo antecedente normativo, ossia l'art. 55, c. 4, d.lgs. 163/2006, che consentiva alla stazione appaltante di prevedere negli atti di gara che non si sarebbe proceduto all'aggiudicazione in caso di una sola offerta valida; tuttavia, per il collegio, nulla osta all'applicazione dell'art. 95 c. 12 **anche in caso di unica offerta**, purché ricorrano i presupposti ivi previsti.

Tale facoltà, che deve essere **prevista nei documenti di gara**, legittima dunque la stazione appaltante a svolgere una valutazione – da **motivare adeguatamente** – circa la **“convenienza del futuro contratto”**, che *“consegue, tra l'altro, ad apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce, se del caso, di una generale riconsiderazione dell'appalto, nell'esercizio ampi di poteri in funzione di controllo, non condizionati, quindi, dalle valutazioni tecniche del seggio di gara”*.

\*\*\*\*\*

**L'operatore economico deve dichiarare le condanne rese con sentenza di patteggiamento relative alle condotte di cui all'art. 80, c. 5, lett. a) del Codice?**

[Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787](#)

**ART. 80, C. 5, LETT. A), D.LGS. 50/2016 – PATTEGGIAMENTO – NATURA DELLA SENTENZA – OBBLIGHI DICHIARATIVI – SUSSISTONO**



La sentenza in esame attiene al tema degli **obblighi dichiarativi** relativi alle violazioni di norme riconducibili all'art. 80, c. 5, lett. a) del d.lgs. 50/2016.

In particolare, nel caso di specie, l'appellante aveva proposto appello per la riforma della sentenza con la quale era stato respinto il ricorso avverso il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta a suo favore. La stazione appaltante aveva escluso quest'ultima poiché era emerso che, pur avendo dichiarato di non aver violato gli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro, era stata **condannata**, con sentenza a seguito di **patteggiamento**, per le condotte di cui all'**art. 80, c. 5, lett. a)** del Codice. Secondo l'appellante, **non** sussisteva invece alcun obbligo di dichiarazione in relazione a tali violazioni, in quanto i fatti richiamati in sentenza non potevano ritenersi debitamente accertati in forza della sentenza di patteggiamento.

Il Collegio dapprima evidenzia che ai sensi del citato art. 80, c. 5, la verifica della gravità delle violazioni e dell'accertamento delle stesse è rimessa alla **discrezionalità** della Stazione appaltante e quindi sussiste l'**obbligo** di dichiarare **sempre** le condanne (o an-

che solo le contestazioni) relative alle violazioni di norme riconducibili a tale categoria. Poi, analizzando la natura della sentenza di patteggiamento, sottolinea come *“la causa ostantiva alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici per le condanne ora riportate nel comma 1 dell'art. 80 risultanti da sentenza «definitiva», da «decreto penale di condanna divenuto irrevocabile», o ancora da «sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale», trovi la propria ratio in quanto la sentenza di applicazione della pena ex art. 444 cod. proc. pen., seppure non comporta alcuna ammissione di responsabilità, costituisce un accordo sulla misura della sanzione applicabile...”* ed evidenzia che l'art. 445, c. 1-bis, c.p.p. equipara la sentenza di patteggiamento ad un'ordinaria sentenza di condanna. Dunque, l'opzione normativa di non richiedere che la sentenza sia divenuta irrevocabile *“si fonda sulla scelta compiuta dall'imputato di rinunciare all'accertamento della propria innocenza a fronte di un'imputazione per un reato ostantivo all'acquisizione di una commessa pubblica, ragionevolmente ritenuta dal legislatore sintomatica di inaffidabilità morale a prescindere dall'avvenuta scadenza del termine per proporre ricorso per Cassazione contro la conseguente pronuncia ex art. 444 cod. proc. pen.”*.

In respingimento dell'appello, il Collegio ritiene che non si possa maturare alcun affidamento sul comportamento scorretto dell'operatore economico che ha omesso di dichiarare le violazioni commesse; ritiene inoltre legittimo non considerare i comportamenti di *self cleaning* ex art. 80, c. 7, del Codice, dal momento che tali misure non si attaglierebbero al caso in questione di omessa (non veritiera) dichiarazione.

\*\*\*\*\*

**L'offerente che non dichiara tempestivamente di ritenersi sciolto dall'offerta può considerare la stessa non vincolante?**

[Tar Puglia, sez. III, 6 dicembre 2018, n. 1556](#)

D.LGS. 50/2016, ART. 32 – FASI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO – OFFERTA VINCOLANTE – SCADENZA DEL TERMINE DI 180 GIORNI – DICHIARAZIONE DI SVINCOLO DOPO L'AGGIUDICAZIONE – NON TEMPESTIVA



La sentenza in esame riguarda l'interpretazione dell'art. 32 del d.lgs. 50/2016 e, più in particolare, viene affrontata la questione se l'offerente, allo scadere del **termine di 180 giorni** di cui al c. 4 del citato art. 32, possa ritenere **non vincolante** l'offerta presentata.

Nello specifico, il giudizio verte sulla legittimità del provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva originariamente disposta a favore della ricorrente, per il fatto che quest'ultima non ha proceduto agli adempimenti successivi all'aggiudicazione e alla conseguente stipula del contratto.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento di annullamento in autotutela sarebbe illegittimo, giacché l'offerta presentata non poteva più essere considerata vincolante: all'atto dell'aggiudicazione definitiva era **scaduto** il termine previsto dall'art. 32, c. 4, del Codice e di conseguenza era da ritenersi **ammissibile** l'esercizio della facoltà di **svincolo** prevista

dal comma 8 del citato articolo; facoltà che la ricorrente aveva esercitato dopo la scadenza del suddetto termine e **dopo** il perfezionamento dell'**aggiudicazione definitiva**.

Il TAR Puglia, respingendo il ricorso, evidenzia che l'art. 32, c. 4, del Codice, nel disporre che l'offerta è vincolante per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, "**non prevede una ipotesi di decadenza ex lege dell'offerta decorso il relativo termine, consentendo all'offerente, con atto espresso, di potersi svincolare dalla stessa prima dell'approvazione dell'aggiudicazione definitiva**". Se l'offerente, dunque, non dichiara **tempestivamente** (e cioè prima dell'aggiudicazione definitiva) di ritenersi sciolto dall'offerta, quest'ultima deve ritenersi vincolante.

Il fatto che, nel caso di specie, il concorrente non avesse dichiarato allo **scadere** dei 180 giorni di volersi sciogliere dall'offerta ha dunque consentito alla stazione appaltante di perfezionare l'**aggiudicazione definitiva**, atto che equivale ad accettazione dell'offerta che rimane **irrevocabile** fino al termine di 60 giorni previsto dal comma 8 per la stipula del contratto. Il provvedimento di annullamento in autotutela conseguente al mancato rispetto da parte dell'aggiudicatario degli obblighi previsti ai fini della stipula del contratto è quindi da ritenersi legittimo.

## NORMATIVA

*Le fonti normative sottolineate sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

**In Gazzetta Ufficiale il decreto legge che modifica l'art. 80, c. 5, lett. c)**

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 290 del 14 dicembre 2018 il **decreto legge n. 135 del 2018 (cd. Decreto semplificazioni)** recante "*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*". Per quanto concerne la disciplina dei contratti pubblici si introducono **modifiche all'art. 80, c. 5, lett. c)**. In particolare, la nuova disposizione recita:

*"c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;*

*c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;*

*c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa".*

Le modificazioni di cui sopra trovano applicazione alle procedure pubblicate dopo l'entrata in vigore del decreto legge. Al fine di comprendere se tali modifiche troveranno conferma, si resta in attesa della **conversione del suddetto decreto in legge**.

## DIALOGO TRA CORTI

*Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

**Sulla questione relativa alle conseguenze derivanti dall'omessa indicazione degli oneri di sicurezza nel nuovo Codice dei contratti**

[Cons. Stato, sez. V, ord. 26 ottobre 2018, n. 6122](#)

**ONERI SICUREZZA – OMESSA INDICAZIONE SEPARATA – CONSEGUENZA – ESCLUSIONE O SOCCORSO ISTRUTTORIO – CONTRASTO – RIMESIONE**

Con l'ordinanza in commento il Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, c. 1, c.p.a, la questione se per le gare bandite in vigenza del d.lgs. 50/2016 la **mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale** determini l'immediata esclusione del concorrente, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio; ciò anche nel caso in cui non siano in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza o il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengano in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesti soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri. Inoltre viene rimessa la questione relativa all'ipotesi in cui, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza.

Nel caso di specie, l'appellante censura la sentenza del giudice di prime cure laddove ritiene legittima la decisione della stazione appaltante di non escludere l'offerta dell'aggiudicataria carente di indicazioni circa l'ammontare degli oneri di sicurezza e dei costi per la manodopera; prescrizione questa che, poiché discendente da una norma primaria, avrebbe dovuto comportare l'esclusione, pur nel silenzio della *lex specialis*.

Il Consiglio di Stato rileva l'**esistenza di un contrasto giurisprudenziale in relazione alla valenza immediatamente escludente** (a prescindere dal soccorso istruttorio) dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e costi della manodopera di cui all'art. 95, c. 10 del d.lgs. 50/2016. **Secondo un primo indirizzo, cd. formalistico**, non troverebbe applicazione il soccorso istruttorio non essendo possibile ricorrere a tale istituto nel caso di incompletezze ed irregolarità relative all'offerta economica, ciò anche al fine di evitare di consentire al concorrente di modificare *ex post* il contenuto della propria offerta economica, violando così il principio della *par condicio* concorrenziale. Il **contrapposto indirizzo giurisprudenziale**, invece, ispirato ad una soluzione **cd. sostanzialista** della questione, individua la qualificazione dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento formale dell'offerta ritenendo pertanto ammissibile il soccorso istruttorio, non prevedendo l'art. 95, c. 10, d.lgs. 50/2016 alcuna sanzione espulsiva.

\*\*\*\*\*

**Sulla legittimità costituzionale dell'art. 192, c. 2, d.lgs. 50/2016 in materia di onere motivazionale previsto per l'*in house providing***

[TAR Liguria, sez. II, ord., 15 novembre 2018, n. 886](#)

**IN HOUSE PROVIDING – ONERE MOTIVAZIONALE – QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE – PRINCIPIO DI AUTORGANIZZAZIONE – ECCESSO DI DELEGA**

Il TAR Liguria ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, c. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui esso **impone alle stazioni appaltanti**, che vogliono avvalersi dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, **di dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato**.

Nel caso di specie, la società ricorrente impugna il provvedimento dell'Amministrazione che ha disposto l'affidamento *in house* del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento senza custodia, asserendo che la stazione appaltante non abbia dato adeguatamente conto della preferenza per il modello *in house* e che tale scelta non sia stata preceduta da una concreta e trasparente disamina delle alternative esistenti: ciò in violazione dell'art. 192, c. 2, d.lgs. 50/2016, che considera la gestione diretta un'eccezione rispetto alla regola generale dell'evidenza pubblica.

Il TAR tuttavia dubita della legittimità costituzionale del citato articolo, laddove prevede che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house* "delle ragioni del mancato ricorso al mercato". Più precisamente, secondo l'ordinanza in commento l'onere di motivare l'affidamento *in house* di un servizio contrasterebbe con il principio di auto-organizzazione dell'Amministrazione di cui all'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1, lett. a) ed e) della l. 11/2016 (recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).

In particolare, il quinto considerando della direttiva 2014/24/UE chiarisce che "**nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva**".

Si tratta dunque di una specifica applicazione del principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche, coerentemente con il quale l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice ad una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, quando siano soddisfatte le **tre condizioni proprie** dell'*in house*: a) l'Amministrazione esercita sulla persona giuridica un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'Amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate da quest'ultima; c) nella controllata non vi sono partecipazioni dirette di capitali privati, ad eccezione di quelle che non comportano controllo o potere di veto, purché prescritte da norme nazionali e in conformità ai trattati dell'Unione.

Può dunque ritenersi acquisito il principio per cui l'*in house providing* non configura un'ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, bensì **una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio**, la cui individuazione è rimessa ad un mero giudizio di opportunità e convenienza economica delle amministrazioni.

Ciò posto, il Collegio ritiene che la disposizione di cui all'art. 192, c. 2, del d.lgs. 50/2016, nell'imporre un onere motivazionale supplementare relativamente alle "*ragioni del mancato ricorso al mercato*", sia incostituzionale per eccesso di delega.

## DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

*I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

## L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

### GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/gda](http://www.edicolaprofessionale.com/gda) con le credenziali note)

- F. CACCIATORE, **Che cosa cambia nella normativa statale sulla better regulation**, 2018, 5, 581;
- F. CAPORALE, **Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa**, 2018, 5, 629;
- I. PATTA, **La procedura di mediazione nelle controversie sui beni culturali**, 2018, 5, 569.

### URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/urbapp](http://www.edicolaprofessionale.com/urbapp) con le credenziali note)

- A. AVINO M., **L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive**, 2018, 5, 692;
- S. CASINI, **Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara**, 2018, 5, 700;
- G. F. NICODEMO, **Nessuna esclusione per l'omessa indicazione degli oneri della sicurezza?**, 2018, 5, 672.

- M. LIPARI, **La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA**, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

## A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – È ancora necessaria la seduta pubblica per l'apertura delle offerte?

L'applicazione dei principi di pubblicità e trasparenza nelle operazioni di gara impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di svolgere in seduta pubblica l'apertura delle offerte, al fine di impedire l'alterazione dei plichi e di garantire il corretto agire amministrativo. Tale modalità d'azione è senza dubbio imprescindibile nelle procedure tradizionali di tipo cartaceo, dove la mancata pubblicità delle sedute comporta il venir meno dei suddetti principi e dunque incide sulla validità delle operazioni svolte, rendendone illegittimi gli atti, alle condizioni indicate dalla giurisprudenza. Tuttavia, con la diffusione delle modalità telematiche di espletamento delle gare, si è assistito ad una **parziale revisione di tali presupposti**, in virtù degli aspetti che differenziano questa tipologia di procedure rispetto a quelle tradizionali e delle implicazioni pratiche che da essa derivano.

Come sottolineato nei precedenti numeri della Rassegna, l'impiego di piattaforme informatiche assicura l'inviolabilità e la segretezza delle offerte, in quanto consente l'apertura delle buste unicamente a conclusione della fase precedente, assicurando al contempo la non modificabilità delle stesse e la tracciabilità di ogni operazione effettuata. Proprio tali aspetti vengono ritenuti dalla giurisprudenza in materia, sia quella riconducibile al previgente Codice sia quella successiva, tali da comportare la **non**

**necessarietà di convocazione di sedute pubbliche per l'apertura delle buste** (ex multis TAR Sardegna, sez. I, 23 ottobre 2017, n. 664; TAR Veneto, sez. III, 13 marzo 2018, n. 307; TAR Emilia-Romagna, sez. II, 15 novembre 2018, n. 863). Secondo l'orientamento ormai diffuso, il fatto che i mezzi informatici non consentano l'alterazione dei dati inseriti a sistema rende superflue le cautele riservate all'apertura dei plichi cartacei in relazione alla necessità di convocare una seduta pubblica. A conferma di ciò, il Consiglio di Stato, nella sentenza 5388/2017, ha stabilito che *“il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni”*.

Il citato orientamento è coerente con le attuali disposizioni normative, in particolare con l'**art. 58 del d.lgs 50/2016** il quale, nel disciplinare le modalità di espletamento delle procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione, **non accenna in alcun modo alla necessità che le buste contenenti le offerte vengano aperte alla presenza del pubblico**.

Infine, è opportuno sottolineare come, coerentemente a quanto affermato dal TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 12 gennaio 2016, n. 38, l'eventuale omissione nel disciplinare o nel bando di gara della previsione di una distinta fase pubblica per l'apertura delle offerte tecniche non sia di per sé rilevante, date le peculiarità dei sistemi telematici. Pertanto la **mancaza di una simile previsione non può essere sanzionata con l'annullamento degli atti relativi all'intera procedura**, in quanto il travolgimento della gara non gioverebbe né ai concorrenti né, più in generale, all'interesse pubblico.

### **Bando tipo n. 3: pubblicati i chiarimenti dell'ANAC su servizi di punta e requisiti in misura maggioritaria della mandataria di un raggruppamento**

L'ANAC ha [pubblicato](#) due chiarimenti in ordine al bando tipo n. 3 (**Servizi di architettura e ingegneria** di importo pari o superiore a 100 mila Euro):

- il primo riguarda i **due servizi di punta di cui al par. 7.4** del disciplinare: il divieto di frazionamento *“riguarda il singolo servizio di ogni coppia di servizi di punta relativi alla singola categoria e ID che deve essere espletato da un unico soggetto”*, sicché i due servizi possono essere svolti da un **unico soggetto** o da due soggetti diversi del raggruppamento, ma mai da tre o più soggetti, visto il divieto di frazionamento;

- il secondo riguarda il possesso dei **requisiti in misura maggioritaria da parte della mandataria di cui al medesimo par. 7.4** del disciplinare: esso deve essere inteso come tale in relazione ai requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, **a prescindere dagli importi** totali posseduti. La mandante *“potrà spendere soltanto una parte dei requisiti posseduti, inferiori a quelli spesi dalla (...) mandataria, in tal modo salvaguardando il principio del possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo a quest'ultima”*.

\*\*\*\*\*



## Acquisizione del CIG nelle procedure di co-progettazione dei servizi sociali

A seguito di numerose richieste di chiarimenti in merito alle **modalità di acquisizione del CIG nelle procedure di co-progettazione di servizi sociali**, il Presidente dell'ANAC ha reso, con il [comunicato del 21 novembre 2018](#), alcune indicazioni operative, in attesa che venga completato un documento che fornisca indicazioni generali.

Il documento chiarisce che *“il CIG deve essere acquisito in tutti i casi in cui la procedura di co-progettazione abbia carattere selettivo e tenda a individuare un partner che, oltre a fornire un contributo in fase progettuale, sia poi chiamato a gestire un servizio sociale dietro corrispettivo”*, precisando che per le procedure di co-progettazione *“finalizzate al successivo affidamento di servizi sociali di cui all'allegato IX, di importo inferiore a 40.000 euro, le stazioni appaltanti possono procedere all'acquisizione dello Smart-CIG”*.

Non è invece richiesta l'acquisizione del CIG da parte delle stazioni appaltanti nei casi in cui la procedura, come già declinato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018:

- non abbia carattere selettivo;
- non tenda all'affidamento di un servizio sociale;
- miri all'affidamento di un servizio sociale ad un ente di diritto privato a titolo integralmente gratuito.

Il sistema di acquisizione del CIG è in corso di perfezionamento, poiché al momento non è possibile indicare la co-progettazione tra le modalità di realizzazione della procedura. Le stazioni appaltanti dovranno specificare che adotteranno **la procedura di co-progettazione nella sezione riservata all'oggetto dell'appalto** e *“selezionando nel campo «Scelta del contraente» la procedura utilizzata per l'affidamento dell'attività di co-progettazione ed esecuzione del servizio”*.

\*\*\*\*\*

## La verifica dell'anomalia dell'offerta secondo l'impostazione dell'ANAC

A seguito della richiesta di un parere di precontenzioso, ANAC ha affrontato il tema della **verifica delle offerte presuntivamente anomale** (cfr. [delibera 23 maggio 2018, n. 475](#)). In tale atto l'Autorità ha ribadito che la disciplina contenuta nell'art. 97 del d.lgs. 50 del 2016 deve essere interpretata in coerenza con i **principi sanciti dalla direttiva 2014/24/UE**. Pertanto, il procedimento di verifica dell'anomalia deve essere avulso da ogni formalismo, essendo improntato invece alla **massima collaborazione** tra stazione appaltante e operatore economico, e deve essere in grado di garantire il pieno contraddittorio.

In questo subprocedimento, il concorrente dovrà dimostrare all'Amministrazione che il prezzo offerto è idoneo e sufficiente secondo le modalità indicate nei documenti di gara. A sua volta, la stazione appaltante dovrà verificare la congruità dell'offerta in modo globale, ossia **osservando la sua attendibilità nel complesso**, senza ricercare le singole inesattezze dell'offerta economica *“avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme”*.

Proprio perché il procedimento non ha ad oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta, è possibile che l'operatore economico apporti **modifiche alle singole voci di costo** dell'offerta, ferma restando l'immodificabilità del prezzo complessivo offerto in sede di gara. Infatti, il corretto svolgimento del procedimento di valutazione dell'anomalia presuppone l'**immodificabilità dell'offerta**, ma ammette la possibilità di operare delle compensazioni tra sottostime e sovrastime *“purché l'offerta risulti nel suo*

*complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto”.*

\*\*\*\*\*

## Riforma del Codice dei contratti: pubblicate le risultanze della consultazione pubblica avviata dal MIT

Si è conclusa lo scorso 10 settembre la **consultazione pubblica** lanciata l'8 agosto 2018 sul sito del **Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti** con l'obiettivo di coinvolgere i principali *stakeholders* nel dibattito relativo ad una **riforma del Codice** dei contratti che miri a garantire maggiore efficienza al sistema dei contratti pubblici, a procedere ad una semplificazione del quadro normativo e ad eliminare le criticità sul piano normativo e applicativo. Durante il mese di consultazione sono stati inseriti **1.908 contributi** prodotti da Amministrazioni, associazioni di categoria, aziende private e liberi professionisti.

I temi sottoposti che hanno destato il maggior interesse di coloro che sono intervenuti e per i quali sono state avanzate richieste di profonda **modifica** sono stati il **subappalto** (art. 105), i **criteri di aggiudicazione** (art. 95, c. 4 e 5), la disciplina dell'**anomalia** (art. 97, c. 2 e 3), i **dati oggetto di pubblicazione** e i termini di decorrenza anche ai fini dell'impugnativa (art. 29, c. 1 e 2), la nomina e i requisiti del **RUP** (art. 31, c. 1), i **motivi di esclusione** (art. 80), gli **incentivi per le funzioni tecniche** (art. 113) e, con particolare riferimento alle pubbliche amministrazioni, la disciplina delle **commissioni giudicatrici** e dell'albo dei commissari presso l'ANAC (art. 77, c. 1 e 3).

Una netta presa di posizione con richiesta di **abrogazione**, sia pur con contributi numericamente inferiori rispetto ai temi sopraccitati, ha riguardato invece:

- a) la *soft law* e le **linee guida** (art. 213), con una sostanziale richiesta di superamento dell'esperienza che avrebbe determinato incertezza e instabilità del quadro normativo;
- b) il **rito cd. super speciale**, ritenuto inidoneo sul piano processuale a raggiungere l'obiettivo di deflazionare il contenzioso;
- c) l'**avvalimento** (art. 89, c. 2 e 4), per evitare che imprese non adeguatamente qualificate partecipino alle gare.

Per un quadro riepilogativo sulla dimensione e i contenuti della partecipazione alla consultazione sul Codice dei contratti è possibile scaricare il **report** di sintesi all'indirizzo: [www.mit.gov.it/sites/default/files/media/notizia/2018-11/Report\\_consultazione\\_pubblica.pdf](http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/notizia/2018-11/Report_consultazione_pubblica.pdf)

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie dell'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti a cura di Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefano De Filippis, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Paola Ninu, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla  
Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8  
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - [apac@provincia.tn.it](mailto:apac@provincia.tn.it) - [www.appalti.provincia.tn.it](http://www.appalti.provincia.tn.it)

\*\*\*\*\*

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agazia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Alcune informazioni, inoltre, sono collegate a siti esterni, rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non si assume alcuna responsabilità.