

## GIURISPRUDENZA

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

**L'obbligo informativo ai fini della formulazione del giudizio di piena affidabilità ed integrità del partecipante e la rilevazione di eventuali omissioni quali gravi illeciti professionali o dichiarazioni mendaci**

[TAR Lombardia, sez. I, 15 novembre 2019, n. 2421](#)

**GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI – OBBLIGO INFORMATIVO DEL CONCORRENTE – PERCEPIBILITÀ ED ESIGIBILITÀ – OMISSIONI E DICHIARAZIONI NON VERITIERE**



Nella sentenza in commento il TAR Lombardia tenta di definire l'ampio **contenuto dell'obbligo di dichiarazione** delle informazioni necessarie ai fini di un corretto **giudizio di piena affidabilità-integrità** del partecipante, chiarendo circa la **natura mendace o meno di omissioni** relative a provvedimenti sospensivi, interdittivi e sanzionatori dell'ANAC.

La vicenda trae origine dalla revoca dell'aggiudicazione disposta in favore di un'ATI, per alcune incongruenze tra le dichiarazioni rese in sede di gara dal mandante e dalla consorziata designata e le risultanze del casellario informatico ANAC. Il **ritiro in autotutela**, nello specifico la revoca per false dichiarazioni ex art. 80, c. 5, lett. f-bis, **si fondava sulla mancata dichiarazione** di un provvedimento di sospensione annotato della mandante, di un provvedimento di esclusione annotato di una consorziata e di un provvedimento interdittivo a carico di una consorziata; per la stazione appaltante, con riferimento alle **notizie iscritte nel casellario informatico ANAC**, ai fini della lett. c) e della lett. f) dell'art. 80, c. 5, d.lgs. 50/2016, si porrebbe **un onere dichiarativo** per il solo fatto dell'iscrizione, precludendo l'omessa dichiarazione la valutazione discrezionale dei fatti sottesi alle annotazioni. L'ATI, dal canto suo, proponeva gravame avverso la revoca.

Il TAR, riconosciuta la necessità di circoscrivere la **latitudine dell'obbligo dichiarativo**, afferma che sarebbero esigibili tutte le **informazioni utili/necessarie** all'Amministrazione per esercitare la propria *potestas* di conduzione della gara e di aggiudicazione all'offerente migliore (anche più affidabile).

Per il Collegio nessun problema sorgerebbe sulle cause di esclusione tipizzate dalla legge, laddove si attribuisca rilevanza *ex se* a provvedimenti che accertino violazioni di precetti penalmente rilevanti o illeciti amministrativi. Nessuna questione sarebbe, poi, sollevabile sulla durata della valenza inibitoria individuata dal provvedimento amministrativo o dallo stesso art. 80, c. 10, del d.lgs. 50/2016, che delimita l'efficacia temporale della valenza ostativa delle sentenze di condanna e degli atti di accertamento definitivo ad un massimo di tre anni. Infatti, la tesi preferibile secondo il TAR è quella volta ad applicare il **limite di cui al comma 10 alla potestà discrezionale di esclusione** di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), in conformità con la direttiva 2014/24 e i giudici UE. Inoltre, il lasso di tempo di tre anni è ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa coerente con il principio di proporzionalità. Certamente l'**elasticità della norma di cui al c. 5 e l'ampiezza della discrezionalità**

dell'Amministrazione si riverberano sulla latitudine dell'obbligo dichiarativo ostacolando la definizione del contenuto.

Il TAR ricorda come **i principi di parità di trattamento e trasparenza** implicino che tutte le condizioni e le modalità della procedura siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca negli atti di gara e che gli stessi ostano all'esclusione per il mancato rispetto di un obbligo che non risulta espressamente dagli atti di gara o dal diritto nazionale vigente, mancando **percepibilità ed esigibilità** (CGUE, 2 maggio 2019, C-309/18). Dunque, salvo le circostanze tipizzate dalla legge o quelle giuridicamente rilevanti ai fini della valutazione sugli illeciti professionali (anche nei limiti del triennio di cui all'art. 80, c. 10), rispetto alle quali non residuerebbero dubbi sulla esistenza dell'obbligo dichiarativo e sulla sua percepibilità in capo all'operatore, per le ulteriori informazioni necessarie per il giudizio di piena affidabilità-integrità la chiara delimitazione spetterebbe alla stazione appaltante.

Orbene, nel caso di specie quanto omesso non costituiva oggetto di specifici obblighi dichiarativi individuati nella *lex specialis*, né rientrava nelle ipotesi ostative contemplate dalla legge, trattandosi di provvedimenti privi di rilievo per caducazione, cessata antiggiuridicità del fatto e per il decorso del triennio dall'accertamento. Ne discende, conseguentemente, l'inesistenza stessa del presupposto della falsità.

Per il Collegio **non** potrebbe assumere **rilievo** nemmeno **l'annotazione** dei fatti nel casellario informatico dell'ANAC, determinando ex se un obbligo dichiarativo, rilevando la valenza intrinseca delle informazioni e non la circostanza estrinseca dell'annotazione, salva previsione diversa nella *lex specialis*; non si hanno dunque né omissione né mendacità.

Il TAR Lombardia ha provveduto, altresì, a delineare gli **orientamenti esistenti** relativi alla **configurabilità** della **falsa informazione**, richiamando Cass. pen, sez. V, 4 novembre 2014, n. 48755 e, in senso contrario, Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407, che ha distinto tra dichiarazione omessa, reticente e falsa.

Il TAR chiarisce che già in base alla categorie penalistiche, la "non veridicità" delle dichiarazioni fornite presupporrebbe l'esistenza di un obbligo di informazione sufficientemente specifico e determinato e la coscienza e volontà di rendere una dichiarazione falsa (dolo generico), cosicché non potrebbe parlarsi di contegno mendace in caso di mera negligenza, disattenzione: tutti elementi mancanti nel caso di specie.

In definitiva, si ritiene che la latitudine degli obblighi di collaborazione del concorrente si attesti alle soglie della ragionevole esigibilità del contegno, da escludersi nel caso di obbligo oggettivamente non percepibile, né da norme né dalla *lex specialis*. Oltrepassata tale soglia si avrebbero la scusabilità della condotta per scarsa chiarezza e il potere-dovere della stazione appaltante di consentire ai partecipanti di "*presentare, integrare, chiarire, o completare le informazioni o la documentazione*" (CGUE, 2 maggio 2019, in C-309/18).

In ultimo, il TAR si è soffermato sulla **differenza** tra la **fattispecie di cui all'art. 80, c. 5, lett. c)**, in cui tra le ipotesi suscettibili di integrare illecito professionale vi è il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni e l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (c-bis), e la **fattispecie di cui alla lett. f-bis)**. Quest'ultima consisterebbe nel mendacio *tout court*, che implica il dolo generico e un maggior disvalore, determinando l'esclusione *ex lege*, la segnalazione all'ANAC ed un carattere residuale della stessa. Di qui, l'illegittimità dell'azione dell'Amministrazione che su tale norma, residuale e di chiusura, ha fondato il gravato provvedimento vincolato di esclusione.

## Sull'incongruità del prezzo posto a base d'asta che non tiene conto del rispetto dei requisiti CAM

[Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088](#)

### APPALTI – FORNITURA DI DERRATE ALIMENTARI – STESSA BASE D'ASTA FRA DUE GARE – APPLICAZIONE DIFFERENZIATA DEI CAM – INCONGRUITÀ DEL PREZZO



Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato analizza il tema della **corretta determinazione del prezzo** posto a **base d'asta** dalla stazione appaltante, nell'ambito di una procedura di gara per l'approvvigionamento di derrate alimentari.

Nello specifico, l'impresa appellante contestava l'illegittimità del bando di gara nella parte in cui veniva fissato il prezzo posto a base d'asta, a suo dire determinato in modo irragionevole e in difetto della necessaria istruttoria, sì da essere incongruo e non remunerativo.

Preliminarmente il Collegio affronta la questione dell'ammissibilità e procedibilità del ricorso introduttivo di giudizio da parte dell'impresa appellante (che non aveva partecipato alla procedura di gara), considerando il carattere **immediatamente escludente** della **clausola**, quale quella censurata dall'appellante, che prevede **un importo a base d'asta insufficiente** alla copertura dei costi e, di conseguenza, tale da impedire ad un operatore economico la possibilità di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole.

A parere del Collegio, infatti, *“la corretta determinazione della base d'asta, nel rispetto dei principi tracciati dall'art. 97 della Costituzione ed in particolare di imparzialità e buon andamento, deve essere funzionale non solo al perseguimento dell'interesse particolare e specifico dell'amministrazione appaltante, ma altresì idoneo e adeguato anche ad assicurare un **effettivo confronto competitivo** tra gli operatori del mercato”*.

Ciò premesso, viene evidenziato come l'importo posto a base d'asta dalla stazione appaltante risultasse identico a quello di un'identica gara bandita qualche anno prima. A tale evenienza, di per sé già sufficiente a far ritenere la contestata previsione della *lex specialis* una clausola immediatamente escludente, si aggiunga la circostanza che nella gara oggetto del contendere sia stata prevista l'applicazione dei **requisiti CAM** (non richiesti nella precedente gara).

Tali elementi sono giudicati dal Collegio idonei e sufficienti a far ritenere **non congruo il prezzo a base d'asta**, giacché sostanzialmente confermativo di quello fissato nella precedente gara.

A fronte, altresì, degli esiti della verifica disposta dal giudice di appello per accertare la congruità rispetto ai prezzi di mercato della diaria, il Collegio conclude per la **non correttezza** della determinazione della *lex specialis* impugnata sotto il profilo della logicità e della ragionevolezza, *“non essendo ragionevole fissare un valore economico, qual è la base d'asta, senza svolgere un'adeguata attività istruttoria volta ad accertare la effettiva **rilevanza** ed **incidenza** su quel valore economico dei **prezzi dei prodotti** da fornire, ma limitandosi a verificare la pretesa congruità anche per la nuova gara di quello stesso valore posto a base della precedente gara (...) sulla base di elementi sostanzialmente non omogenei sotto una pluralità di aspetti”*, quali la diversità della situazione economica nei due periodi che separano le due procedure di gara, nonché l'incidenza dei prezzi (più alti) per i prodotti alimentari conformi ai **CAM**.

## Il Consiglio di Stato puntualizza la differenza tra fatturato minimo annuo e fatturato medio nel triennio

[Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2019, n. 8168](#)

### REQUISITI IDONEITÀ ECONOMICO-FINANZIARIA – FATTURATO SPECIFICO MINIMO ANNUO E FATTURATO MEDIO ANNUO – DIFFERENZA



Una società di vigilanza, prima graduata in una procedura aperta per l'affidamento del relativo servizio, propone appello verso la sentenza del TAR Veneto, che aveva accolto il ricorso della seconda graduata nella procedura, che lamentava l'assenza in capo alla prima dei **requisiti di capacità economico-finanziaria** richiesti dal disciplinare di gara, concernenti in particolare il fatturato medio specifico e il costo medio del personale. La *lex specialis* richiedeva infatti, quale requisito di partecipazione, un **fatturato medio** riferito all'attività oggetto della gara pari almeno al doppio dell'importo posto a base di gara negli ultimi tre esercizi (2015-2016-2017).

La mandante dell'RTI primo graduato inseriva, nella documentazione dimessa in gara, i dati relativi al triennio 2014-2015-2016, specificando che i **dati** relativi al 2017 non erano ancora **disponibili** in quanto il **bilancio** relativo a tale esercizio **non era stato ancora approvato** né alla data di pubblicazione del bando (febbraio 2018), né alla data di scadenza di presentazione dell'offerta (marzo 2018). Gli unici dati che potevano essere desumibili erano quelli degli esercizi disponibili in quel momento, cioè quelli del triennio 2014-2015-2016.

Nonostante da tali bilanci emergessero requisiti ampiamente superiori a quelli richiesti dal disciplinare, il TAR aveva accolto la censura della seconda classificata, ritenendo che l'omessa indicazione dei dati del bilancio di esercizio del 2017 integrasse già di per sé una violazione idonea a determinare l'esclusione.

Di segno contrario invece la decisione del Consiglio di Stato che, puntualizzando la differenza tra **fatturato medio nel triennio** di riferimento e **fatturato minimo annuo**, ha rilevato che, anche avuto riguardo alle sole annualità **2015** e **2016**, il requisito richiesto fosse **largamente soddisfatto** dall'operatore economico.

## NORMATIVA

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

### Lo “stato dell'arte” in materia di subappalto dopo la sentenza della CGE 26 settembre 2019, in C-63/18

È ormai nota la sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2019 che ha individuato i profili di incompatibilità del regime italiano in materia di limitazioni al subappalto con il diritto UE (art. 71 direttiva 2014/24/UE). Analoghi profili di incompatibilità sono stati successivamente ribaditi dalla stessa Corte nella sentenza del 27 novembre 2019 nella causa C-402/18, che riportiamo nella sezione “Dialogo tra corti” di questa Rassegna.

Nella pronuncia del 26 settembre la Corte ha ricordato che, nel rispetto del principio di libera concorrenza, le procedure di gara devono consentire la più ampia partecipazione

possibile, soprattutto da parte delle piccole e medie imprese. Per tali ragioni essa ha affermato che è **incompatibile** la normativa nazionale che **limiti**, in modo **generale ed astratto**, il ricorso al subappalto ad una **percentuale fissa**. La criticità del limite quantitativo previsto dalla normativa nazionale si ricollegerebbe alla sua applicazione indipendentemente dal settore economico interessato, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, e al fatto che la disciplina italiana non lascerebbe alcuno spazio a valutazioni caso per caso da parte della stazione appaltante. La Corte ha altresì ribadito che il contrasto al fenomeno delle infiltrazioni criminali nel settore degli appalti, perseguito con la limitazione al subappalto, costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE, ma che una restrizione come quella italiana eccede quanto necessario al raggiungimento dell'obiettivo e, dunque, viola il principio di proporzionalità.

Con **atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019** l'ANAC ha esaminato le questioni oggetto della sentenza, elaborando una serie di **proposte** volte a riportare la normativa nazionale **in sintonia** con i principi europei, attraverso una compensazione tra diritti di libertà europei (di stabilimento e di circolazione dei servizi *in primis*) e le esigenze di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica (alla base delle limitazioni sul subappalto). L'Autorità parte dal presupposto per cui la sentenza in esame **non sembra** aver sancito la possibilità per gli offerenti di ricorrervi **illimitatamente**: infatti l'art. 71 della Direttiva fa riferimento a "parti" dell'appalto.

Conseguentemente, la regola generale deducibile sarebbe quella del subappalto di una **porzione** e non dell'intera commessa; segnala, quindi, di valutare il mantenimento del divieto dell'intera commessa o di una sua parte rilevante accanto alla introduzione della regola generale dell'ammissibilità del subappalto, richiedendo alla stazione appaltante l'obbligo di **motivare adeguatamente** un eventuale **limite**. Alcuni dei criteri utilizzabili a giustificazione potrebbero individuarsi in quelli citati dalla stessa Corte (il settore economico o merceologico, la natura principale o accessoria della prestazione, specifiche esigenze quali la prevenzione dei fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali, il valore e la complessità del contratto). Viene, poi, segnalata al legislatore la **possibilità** di stabilire l'obbligo di **indicare** i **subappaltatori** già in fase di gara per consentire una verifica preventiva degli stessi (distinta da quella in fase esecutiva).

Ulteriore suggerimento è quello di prevedere, oltre determinate soglie, la **verifica obbligatoria dei subappaltatori** anche in fase di gara, con la possibilità di concedere al concorrente la facoltà di indicare un elenco di subappaltatori potenziali entro un determinato e limitato numero. Il più ampio ricorso al subappalto non deve tuttavia tradursi in un'elusione della disciplina antimafia (mediante l'impiego di molteplici subappaltatori con quote di attività inferiori alla soglia prevista per i controlli antimafia – soglia di 150.000 Euro per i subcontratti, cessioni o cottimi).

Da ultimo, l'ANAC osserva che le verifiche ed i controlli (e la loro bontà) dei subappaltatori dipendono dalle effettive capacità e risorse della stazione appaltante, non sempre adeguate. Occorre, pertanto promuovere un'adeguata capacità amministrativa nelle attività di controllo e autorizzazione dei subappalti da parte delle stesse.

Sempre nell'atto di segnalazione si rileva che la sentenza della Corte di giustizia si è pronunciata con riferimento all'affidamento di lavori sopra soglia. Conseguentemente non sarebbe chiaro se possa avere effetto anche con riferimento agli **appalti sotto soglia**. Spetterà al legislatore valutare se possa dirsi compatibile con il diritto UE e con quanto

statuito dalla Corte un eventuale limite al subappalto per i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie (limite che sembrerebbe risultare non applicabile per appalti di interesse transfrontaliero). Con tale atto, in definitiva, l'Autorità ha segnalato al Governo e al Parlamento la necessità di un intervento normativo urgente.

Si rileva, ancora, che anche l'Ufficio Rapporti con l'Unione europea della Camera ha predisposto un interessante **Dossier in materia di subappalto** ([n. 31 del 12 dicembre 2019](#)). Il documento, nella sua parte conclusiva, si sofferma sulla disciplina del subappalto adottata in Francia e in Germania. In **Francia**, in linea di principio, vi è piena facoltà per l'affidatario di fare ricorso a uno o più subappaltatori: l'appaltatore può, sotto la propria responsabilità, subappaltare l'esecuzione di parti della prestazione oggetto dell'appalto, ma non la totalità; non è tuttavia stabilita una soglia massima. Diversa è la disciplina relativa ai settori della difesa o della sicurezza in cui il committente può chiedere che alcuni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'aggiudicatario o di subappaltare una parte delle prestazioni anche attraverso lo svolgimento di una procedura concorrenziale *ad hoc* per la scelta dei subappaltatori. In **Germania**, invece, si è passati dal principio dell'autorizzazione al subappalto solamente ai fini di un'esecuzione più razionale o tecnicamente migliore della commessa all'eliminazione di ogni limite al subappalto.

## 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)*

- D. CAPOTORTO, ***Poste italiane organismo di diritto pubblico? Il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo***, 2019, 5, 631;
- A. RENZI, ***Gli aiuti di Stato ed il giudice amministrativo. Quali rapporti tra decisione interna e competenza sovranazionale?***, 2019, 5, 619;
- F.V. VIRZÌ, ***L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata***, 2019, 5, 641.

#### URBANISTICA E APPALTI

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

- A. DI CAGNO, ***Soluzioni migliorative proponibili e varianti escluse in sede di offerta***, 2019, 5, 668;
- V. NERI, ***Ripensare la sentenza n. 500/1999 a venti anni dalla sua pubblicazione***, 2019, 5, 610;
- A. NICODERNO, ***Il cronoprogramma nell'offerta: tra tassatività delle cause di esclusione, soccorso istruttorio e i criteri interpretativi da adottare***, 2019, 5, 713.

## A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – È obbligatorio l'inoltro tramite PEC delle richieste di soccorso istruttorio?

Con la sentenza in esame ([TAR Lazio, sez. II, 9 agosto 2019, n. 10499](#)), il giudice amministrativo capitolino di primo grado affronta un'altra questione legata alle procedure di tipo telematico, ossia se le **comunicazioni** inerenti alla gara debbano necessariamente essere **inviata anche tramite PEC** o se sia sufficiente l'utilizzo del cd. cruscotto della piattaforma, ovvero l'area dedicata all'**interno del sistema informatico**.

Nel caso di specie, un concorrente era stato escluso dalla stazione appaltante in quanto non aveva risposto, entro il termine perentorio da essa stabilito, alla richiesta di soccorso istruttorio, per sanare alcune carenze rilevate nella documentazione amministrativa. Coerentemente a quanto previsto nel disciplinare di gara, la stazione appaltante aveva trasmesso la suddetta comunicazione unicamente per il tramite della piattaforma telematica, caricandola nel cd. cruscotto, e non anche a mezzo PEC. Ciò in forza del fatto che *“ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. l'operatore economico con la presentazione dell'offerta **elegge automaticamente domicilio nell'apposita Area comunicazioni** ad esso riservata ai fini della ricezione di ogni comunicazione inerente la presente procedura”*. Solamente in caso di indisponibilità del sistema o quando l'Amministrazione lo avesse ritenuto opportuno in relazione alla rilevanza delle comunicazioni, era prevista la possibilità di inoltro tramite posta elettronica certificata. Non avendo ricevuto risposta dall'operatore economico e rilevato che la sua documentazione amministrativa risultava ancora carente, il seggio di gara ne aveva disposto l'esclusione.

Nell'impugnare tale provvedimento, il ricorrente adduce tra i motivi la necessità di trasmissione della suddetta comunicazione tramite PEC, non potendo ragionevolmente pretendere un costante monitoraggio dell'area comunicazioni sulla piattaforma telematica da parte dell'operatore economico. L'impresa infatti si sarebbe accorta di non aver ottemperato alla richiesta di soccorso istruttorio solamente dopo aver preso visione del provvedimento di esclusione, non avendo verificato in precedenza la presenza di comunicazioni nel cruscotto. Tale motivo però è da ritenersi, per il TAR del Lazio, infondato in quanto la *lex specialis* di gara prevedeva chiaramente che il concorrente fosse **parimenti raggiungibile** per le comunicazioni **nelle due modalità** citate e che, tra le due, quella da considerare **ordinaria fosse l'utilizzo della piattaforma**. L'atto in questione era dunque da ritenersi conoscibile a ogni effetto sin dalla data di inserimento nel sistema.

Inoltre, ad avviso del Collegio, va tenuto presente che i partecipanti ad una gara pubblica sono per loro natura operatori professionali e dunque *“la trasmissione di note mediante l'inserimento in un'apposita area dedicata, nell'ambito del sistema informatico di gestione della procedura, deve ritenersi una modalità di comunicazione del tutto adeguata e idonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza degli atti”*.

Anche in una precedente fattispecie (cfr. TAR Lazio, sez. II, 19 luglio 2018, n. 8223) la stessa Sezione aveva già avuto modo di sottolineare come **non si rileva alcun obbligo** per la stazione appaltante **di trasmettere le richieste via PEC** quando si tratti di una procedura gestita mediante l'impiego di una piattaforma telematica di gara. Ciò in piena rispondenza all'art. 76, c. 6, del Codice, che regola le modalità di informazione dei candidati e degli offerenti e che, tra l'altro, stabilisce quali comunicazioni debbano necessariamente pervenire tramite posta elettronica certificata. Tra queste ultime non rientra la richiesta di soccorso istruttorio, in quanto non è da considerarsi tra quelle che hanno capacità lesiva immediata rispetto al concorrente e agli altri partecipanti alla gara e dunque non richiede un mezzo di comunicazione rafforzata quale la PEC.

## Appalto suddiviso in lotti e applicazione del divieto di partecipazione di imprese tra loro controllate o collegate

Con apposito parere precontenzioso (cfr. [delibera 2 ottobre 2019, n. 893](#)), l'ANAC affronta il tema dell'applicazione del **divieto** di cui all'**art. 80, c. 5, lett. m)**, del d.lgs 50/2016 all'ipotesi di **appalto suddiviso in lotti** rispetto ai quali il singolo offerente ha un vincolo di partecipazione e di aggiudicazione per lotti.

La citata disposizione prevede, tra i motivi di esclusione dalla procedura di appalto, la circostanza che un operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una **situazione di controllo** di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte siano imputabili ad unico centro decisionale.

Nel merito, il concorrente istante lamenta l'illegittimità del bando di gara nella parte in cui prevede un **vincolo di partecipazione** (max 8 lotti) e un **vincolo di aggiudicazione** (max 4 lotti) da parte del singolo offerente, se interpretata nel senso che consente la partecipazione ed eventualmente l'aggiudicazione, in più lotti rispetto al numero massimo previsto, da parte di imprese collegate o controllate facenti capo ad un unico centro decisionale, allorché violerebbe l'art. 51, oltre che il principio del **favor participationis** per le piccole e medie imprese.

A parere dell'istante, anche se suddivisa in lotti, la **procedura di appalto** rimarrebbe **unica**, risultando così applicabile l'art. 80, c. 5, lett. m), con il rischio che la partecipazione a distinti lotti di società satelliti facenti capo ad un'unica *holding* finisca per vanificare la *ratio* della norma, consentendo ai soggetti di rilevanti dimensioni di monopolizzare di fatto la procedura.

L'Autorità richiama un consolidato orientamento della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2017, n. 52), secondo il quale la possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti è incompatibile con la configurazione di una gara unitaria; il **bando di gara** si configura piuttosto come **"atto ad oggetto plurimo, nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un solo contratto (...) ma di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare"**.

Come si ricava dalla medesima giurisprudenza, la *ratio* della norma risiede nell'esigenza di garantire un'**effettiva e leale competizione** tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un **unico centro decisionale**; segue che la mancanza di autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali, solo nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano dirette ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara; pertanto, solo **"le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente sono idonee a falsificare il confronto concorrenziale"**.

Per quanto premesso, l'ANAC, nel ritenere la clausola del bando contenente i vincoli di partecipazione e aggiudicazione conforme alla normativa di settore, rileva come nel caso di appalti suddivisi in lotti, **l'art. 80, c. 5, lett. m)**, del Codice degli appalti sia **applicabile** agli operatori economici partecipanti al **medesimo lotto**; **l'elusione** dei vincoli di partecipazione/aggiudicazione va peraltro **accertata caso per caso** provando che le imprese facenti parte del medesimo gruppo e partecipanti ai singoli lotti siano prive di autonomia decisionale ed organizzativa.

## I requisiti per gli affidamenti di servizi e forniture – Parte I: idoneità professionale

L'ANAC ha recentemente pubblicato una "[Rassegna ragionata in tema di requisiti speciali di partecipazione negli affidamenti di servizi e forniture](#)", volta ad evidenziare gli orientamenti più significativi contenuti in delibere, pareri e atti dal 2014 al 2019.

Con il nuovo Codice dei contratti, l'approccio alla disciplina di settore è meno formalistico e mira a **favorire la più ampia partecipazione** degli operatori economici alle gare nel rispetto dei **principi di proporzionalità, ragionevolezza, trasparenza e rotazione**.

Come noto, le Amministrazioni che affidano tali contratti godono di un **ampio potere discrezionale nell'individuazione dei requisiti speciali** comprovanti l'idoneità professionale, la capacità tecnica e quella economico-finanziaria degli operatori, potendo addirittura valutare di non indicarli. Vigge, però, la **clausola generale ex art. 83, c. 2, d.lgs. n. 50/2016**, secondo cui requisiti e capacità devono essere "*attinenti e proporzionali all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione*".

Con riferimento ai **requisiti di idoneità professionale**, di cui all'art. 83, c. 3, del Codice, si evidenzia che essi non attengono tanto alla competenza o esperienza concreta dell'operatore dimostrata nel settore di riferimento, quanto piuttosto alla **titolarità di un requisito abilitativo** comprovato dall'iscrizione in appositi registri e albi professionali.

I requisiti in parola, avendo **carattere personale** ed esprimendo uno **status dell'operatore** economico, non possono essere oggetto di avvalimento e, in caso di partecipazione in ATI, devono essere posseduti singolarmente da ciascuna impresa associata.

Con riferimento specifico all'**iscrizione alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura**, giurisprudenza ed Autorità adottano un approccio sostanziale, funzionale a non restringere irragionevolmente la partecipazione, soprattutto nelle ipotesi in cui si richiedano requisiti di capacità tecnico-professionale basati sull'esperienza pregressa da comprovarsi con adeguata documentazione; un maggior rigore è richiesto nell'ipotesi della sola previsione di iscrizione camerale per una specifica attività. **Alcune questioni interpretative** si sono registrate con riferimento a clausole del bando o del disciplinare di gara che richiamano l'**iscrizione camerale rispetto ad attività "analoga" o "similare" o per "attività corrispondente"** a quella oggetto del contratto. Soprattutto in caso di contratto con oggetto complesso e composto da attività di natura diversa, si rende necessaria una corretta e ragionevole interpretazione della *lex specialis*, in base ai principi di attinenza all'oggetto dell'appalto, proporzionalità e *favor participationis*.

Si rileva come la giurisprudenza desuma dalla normativa del d.lgs. n. 50/2016 la **necessità di congruenza contenutistica**, tendenzialmente completa, tra le risultanze professionali dell'impresa come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio e l'oggetto del contratto di appalto. Tale corrispondenza deve essere verificata secondo una **considerazione** non atomistica e frazionata, bensì **globale e complessiva**, valutando la descrizione globale dell'oggetto sociale in visura camerale e il complesso delle prestazioni dedotte in contratto (in particolare l'attività prevalente). L'oggetto sociale dell'impresa rappresenta la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. Stato, sez III, 10 novembre 2017, n. 5182). La valutazione va, altresì, condotta **in maniera coordinata con gli altri requisiti speciali** di partecipazione eventualmente previsti dalla *lex specialis* di gara, come per esempio la comprova dell'attività pregressa in relazione ad un dato periodo di riferimento.

In taluni procedimenti la questione interpretativa ha riguardato la menzione dell'attività contenuta nel **codice ATECO** riportato nella visura camerale. La giurisprudenza ha affermato che *“il requisito dell'iscrizione alla CCIAA deve essere valutato con un approccio sostanzialistico, essendo **irrelevante l'identificazione** delle attività in base ai codici **ATECO**, poiché tale sistema ha funzione prevalentemente statistica”* (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 262). In linea con la giurisprudenza, l'Autorità ha considerato che, ove i **codici ATECO non corrispondano pienamente all'oggetto contrattuale**, la clausola del disciplinare relativa all'iscrizione camerale debba essere interpretata ed applicata secondo proporzionalità e ragionevolezza, soprattutto laddove l'obbligo di possedere l'iscrizione per determinati codici ATECO non risulti tra i requisiti previsti nella *lex specialis*.

Per quanto attiene all'**iscrizione in albi professionali e in registri**, si rileva che tale requisito in alcune ipotesi è condizione necessaria e legittimante lo svolgimento dell'attività (ad es. per i servizi legali). Fermo il principio dell'eterointegrazione dei bandi di gara da parte di norme imperative relative all'obbligatoria iscrizione in albi o registri, l'Autorità si è espressa in tema di iscrizione al Registro unico dei produttori (RUP), ritenendo legittima l'ammissione alla (e illegittima l'esclusione dalla) procedura di gara degli **operatori privi dell'attestato di idoneità professionale laddove di fatto non conseguibile** nel termine di scadenza delle offerte e dunque non esigibile. L'ANAC ha inoltre ritenuto **legittima** la possibilità di richiedere l'**iscrizione in albi professionali per una durata minima**, specificando la necessità di **motivazione**. Eventuali limitazioni devono avvenire nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, non discriminazione e di concorrenza.

Ulteriori requisiti presi in considerazione sono **la licenza prefettizia** ex art. 134 del TULPS, e **l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali**, nei contratti di servizi nel settore della raccolta, trasporto e trattamento dei rifiuti (art. 212, d.lgs. n. 152/2006). L'iscrizione all'ANGA, un tempo ritenuta titolo abilitativo all'esecuzione del contratto e condizionante la stipula dello stesso, previa specifica clausola nel bando o disciplinare, viene **oggi** qualificata come **requisito speciale di idoneità professionale** da possedersi alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

L'Autorità ha anche affrontato il tema dell'avvalimento, ritenendo tale requisito non “trasferibile” da un operatore all'altro, affermando la necessità di tale iscrizione per tutti i componenti dei raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale, così come per l'ausiliario.

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di: Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Giulia Filippi, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Federica Migliore, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Carloalberto Siciliano, Anna Tavolino, 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 e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agenzia 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. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.

---