

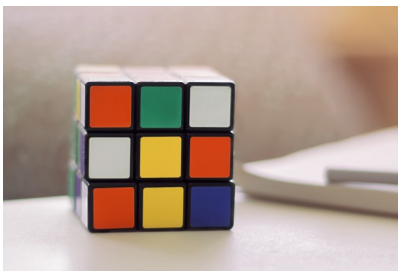
## GIURISPRUDENZA

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

**Contratto di avvalimento con una sola firma: è applicabile il soccorso istruttorio?**

Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209

AVVALIMENTO – CONTRATTO – SOTTOSCRIZIONE – MARCATURA TEMPORALE –  
PROVA – IRREGOLARITÀ – SOCCORSO ISTRUTTORIO



Nel caso in esame, i giudici di primo grado avevano accolto il ricorso di un consorzio – originariamente primo graduato – escluso da una procedura di lavori svolta in forma telematica per aver presentato un **contratto di avvalimento sottoscritto** dalla sola **ausiliaria** e **privo** della **marcatatura temporale**. La sentenza, appellata da un altro consorzio controinteressato, aveva infatti accolto le argomentazioni della ricorrente, affermando che non può ritenersi inesistente il contratto di avvalimento inoltrato telematicamente – sia pur privo della sottoscrizione dell'impresa ausiliata – e che dovesse applicarsi il soccorso istruttorio. Ad avviso dei giudici di primo grado, si poneva piuttosto un problema di **prova** della **sottoscrizione** del contratto; la produzione in sede procedimentale del contratto sottoscritto digitalmente, seppure in assenza di marcatura temporale, dimostrava tuttavia che la **volontà** dell'ausiliaria fosse stata **espressa** prima della scadenza dei termini.

Per l'appellante (soccombente in primo grado), tale soluzione, ispirata dalla giurisprudenza civile *“formatasi sul valore della produzione in giudizio della scrittura privata da parte del soggetto che non ha sottoscritto il contratto”*, sarebbe stata invece *“inapplicabile al caso di specie, ove la produzione del contratto dovrebbe avere efficacia ultra partes, e cioè anche nei confronti della stazione appaltante”*. Per il Consiglio di Stato, invece, il contratto in questione ha un'efficacia **inter partes**; con lo stesso, l'impresa ausiliaria si obbliga **nei confronti del concorrente** ausiliato a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. L'impresa ausiliaria si obbliga invece **nei confronti della stazione appaltante** con **separata dichiarazione**, mediante la quale mette a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; distinzione che discende proprio dalla previsione dell'art. 89, c. 1, del d.lgs. 50 del 2016, che prescrive espressamente una separazione fra il contratto di avvalimento e la dichiarazione.

Vi era poi un'ulteriore argomentazione addotta dall'appellante: a mente dell'art. 89 del Codice degli appalti e della *lex specialis* di gara, vi sarebbe stato comunque un deficit nel contratto sottoscritto da una sola parte. Giova tuttavia ricordare che, per la giurisprudenza, *“anche la produzione di copia del contratto di avvalimento (laddove è richiesto dalla legge l'originale o copia autentica) costituisce una “irregolarità” (relativa alla forma) dei documenti cui è possibile rimediare mediante attivazione del soccorso istruttorio”*. Tale istituto va invece **escluso** con riferimento ai **difetti contenutistici** del contratto di avvalimen-

to, ad esempio nel caso in cui non riporti alcun impegno dell'ausiliaria ad eseguire le prestazioni per cui le capacità sono richieste (fattispecie che però non si è concretizzata nel caso di specie).

Nel terzo motivo il consorzio appellante sottolineava che dal contratto sottoscritto da entrambe le parti non si evincesse in ogni caso se la **sottoscrizione** fosse avvenuta **antedentemente** al termine di presentazione delle domande di partecipazione, sul presupposto che l'unica forma legale per dotare di data certa un documento informatico sottoscritto digitalmente sia quello di apporre una marca temporale. Per i giudici, anche ad ammettere che, ai sensi dell'art. 20 del C.A.D. (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), l'unica prova della data certa sia la cd. marcatura temporale, il problema può ritenersi superato dal "**recepimento**", da parte dell'impresa ausiliata, degli effetti del contratto sottoscritto unilateralmente (e cioè dalla sola ausiliaria), con conseguente **perfezionamento** del contratto dal momento della **produzione** dello stesso agli atti del procedimento **unitamente alla offerta**.

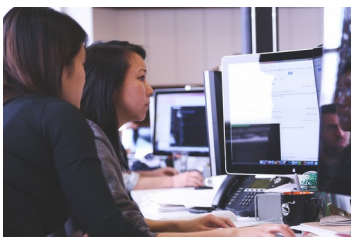
In conseguenza delle argomentazioni sopra esposte, l'appello veniva dunque respinto.

\* \* \* \* \*

**I requisiti del giovane professionista concorrono al possesso dei requisiti dell'operatore economico che partecipa alla procedura?**

TAR Lazio, sez. III, 11 maggio 2020, n. 4919

APPALTO MISTO – GIOVANI PROFESSIONISTI – PRESENZA – *RATIO* – POSSESSO DEI REQUISITI IN CAPO ALL'OPERATORE ECONOMICO – NON CONCORRE



La vicenda trae le mosse dall'impugnazione del provvedimento di esclusione da uno dei lotti di una procedura di **appalto misto**, di servizi e di lavori, bandita da un istituto universitario e avente ad oggetto la verifica di vulnerabilità sismica del patrimonio edilizio. L'Amministrazione aveva infatti disposto l'**esclusione** a carico di un RTI di professionisti per **mancato possesso**, in capo alla società mandataria del costituendo raggruppamento, della misura maggioritaria, rispetto ai mandanti, del **requisito** relativo al **numero di unità di personale tecnico** richiesto dal disciplinare di gara nel caso di RTI.

Il raggruppamento ricorrente, secondo l'Amministrazione, avrebbe infatti erroneamente computato una unità (riconducibile a un giovane professionista) nell'ambito del numero minimo di personale tecnico richiesto dalla legge di gara, in violazione dell'art. 4 del **d.m. n. 263/2016**, secondo cui i requisiti del **giovane professionista** non concorrono alla formazione dei requisiti di partecipazione richiesti dai committenti. I Giudici hanno ricordato che la disposizione regolamentare sopra citata, attuazione della norma di rango primario di cui all'art. 24, c. 5, d.lgs. 50/2016, ha pacificamente la *ratio* di promuovere la presenza di giovani professionisti (ossia **iscritti** al relativo albo professionale da **meno di cinque anni**) nei gruppi concorrenti a procedure di affidamento di servizi di architettura e ingegneria, al fine di favorirne la crescita professionale e, quindi, l'inserimento nel mercato del lavoro. Tuttavia, il possesso dei requisiti di partecipazione imposti dalla *lex specialis* deve sussistere in capo al raggruppamento temporaneo **indipendentemente** dalla presenza del

giovane professionista, la cui presenza o assenza, ai fini del possesso dei **requisiti** di partecipazione, deve ritenersi **irrelevante**.

Verso questa interpretazione concorre anche la scelta legislativa di imporre ai RTI di prevedere (art. 4 d.m. 263/2016) la "**presenza**" di almeno un giovane professionista, espressione volutamente generica che non sottende "*una specifica tipologia di rapporto tra il giovane stesso e il raggruppamento di professionisti, quale misura incentivante posta ad esclusivo beneficio del giovane professionista, collocata quindi su un piano distinto rispetto alla tutela degli interessi facenti capo all'Amministrazione committente*". Il Collegio, pertanto, ha ritenuto infondato il ricorso proposto dal RTI escluso.

## NORMATIVA

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

### La nuova legge provinciale n. 3 del 2020

Il **capo VIII** della **legge provinciale 13 maggio 2020, n. 3**, pubblicata sul Numero Straordinario n. 6 al B.U. n. 19 del 13 maggio 2020, reca **disposizioni modificative** della **legge provinciale 23 marzo 2020, n. 2**, nonché della **legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2**. Tali disposizioni sono entrate in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sul B.U. (14 maggio 2020). Di seguito si riportano le modifiche principali in materia di contratti pubblici.

In base all'art. 52, c. 2, della nuova legge, **fino al termine dello stato di emergenza nazionale**, ad oggi fino al 31 luglio 2020 (delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 26 del 1° febbraio 2020 che ha dichiarato per la durata di sei mesi lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili), le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di lavori pubblici, servizi, forniture di importo superiore alla soglia europea, in alternativa:

- mediante **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara**;
- mediante le **procedure ordinarie** previste dall'ordinamento vigente (es. procedura aperta).

Una volta **scaduto** lo stato di emergenza nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo superiore alla soglia europea **solamente** mediante le **procedure ordinarie** previste dall'ordinamento vigente (es. procedura aperta).

È stato altresì sostituito il criterio di cui alla lett. a) dell'art. 2, c. 3, l.p. 2/2020, puntando ad assicurare in misura maggiore un più incisivo riconoscimento della qualità organizzativa e strutturale delle imprese, in particolar modo delle micro, piccole e medie imprese. Si precisa che ai sensi del nuovo comma 5, negli affidamenti di **lavori pubblici**, l'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare **altri elementi** di valutazione di natura quantitativa o tabellare, **in aggiunta** a quelli previsti dal comma 3, se necessario in ragione della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto. L'utilizzo di criteri di natura discrezionale, in aggiunta o in alternativa a criteri tabellari o di natura quantitativa, è consentito, dando adeguata motivazione, solo se necessario in ragione della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto. Inoltre, ai sensi del nuovo comma 5 bis dell'articolo 2, negli affidamenti di **servizi e forniture** l'amministrazione aggiudicatrice può

scegliere gli **elementi** di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa cui ricorrere, siano essi di natura quantitativa o tabellare o discrezionale, in ragione della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto.

A differenza di quanto previsto nella versione previgente, le amministrazioni possono avvalersi del **sistema di controlli centralizzato** disciplinato dall'articolo 5 solamente allorquando selezionino gli operatori economici dall'**elenco unico** previsto dall'articolo 19 della l.p. n. 2/2016. Viene precisato che, per l'iscrizione all'elenco, gli operatori economici dichiarano di non essere incorsi nei motivi di esclusione definiti dall'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e al contempo di possedere gli ulteriori requisiti richiesti, attraverso l'utilizzo del **DGUE**. Tale dichiarazione dovrà essere rinnovata con cadenza semestrale e, in ogni caso, entro dieci giorni dal verificarsi di eventi che modifichino la posizione dell'iscritto con riferimento a quanto dichiarato.

Sono inoltre state introdotte nuove disposizioni, che si segnalano di seguito.

Il comma 1 del nuovo art. 7 *bis* della l.p. 2/2020 prevede che la realizzazione di opere pubbliche possa essere effettuata mediante **appalto integrato**, sulla base del progetto preliminare o definitivo, e chiedendo in sede di gara l'offerta di migliorie. La disposizione rinvia al regolamento per l'introduzione della disciplina attuativa.

Il comma 2 dell'articolo 7 *bis* si inserisce nella disciplina della **procedura di liquidazione degli stati di avanzamento** e della **rata a saldo** prevista dall'art. 43 della l.p. 10 settembre 1993, n. 26 e introduce un elemento di semplificazione dell'iter procedurale.

L'art. 7 *ter* disciplina i **costi della sicurezza** derivanti dall'applicazione delle misure per il **contrasto** e il contenimento della **diffusione** del **COVID-19** negli ambienti di lavoro.

L'articolo 8 precisa, altresì, che, le disposizioni previste dalla l.p. n. 2/2020, così come modificata dalla l.p. n. 3/2020, trovano **applicazione** non solo alle amministrazioni aggiudicatrici, bensì anche **a tutti i soggetti**, di cui all'articolo 5 della l.p. n. 2/2016, tenuti all'applicazione dell'ordinamento provinciale in materia di contratti pubblici.

Con l'articolo 61 della l.p. n. 3/2020 è stata introdotta una nuova lettera *m bis*) al comma 5 dell'articolo 16 della **l.p. n. 2/2016** (legge provinciale di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici) relativo agli **elementi di valutazione** che possono essere utilizzati per il giudizio inerente all'offerta tecnica. In particolare, il nuovo elemento prevede l'attribuzione di una **premialità** nell'ipotesi in cui, negli affidamenti di **servizi**, nel **raggruppamento temporaneo di imprese** che partecipa alla procedura siano presenti **microimprese, piccole e medie imprese locali**.

Da sottolineare inoltre che l'articolo 60 della l.p. n. 3 del 2020 introduce la figura del **supervisore degli investimenti provinciali**, con l'obiettivo di monitorare gli interventi di particolare rilevanza per il bene e lo sviluppo della collettività ed agevolarne la realizzazione, perseguendo la qualità e la tempestività dell'investimento pubblico.

Infine, l'art. 62 stabilisce che, con riferimento alle procedure già concluse e ai contratti già stipulati alla data di entrata in vigore della legge, le **modifiche** nell'**esecuzione dei contratti** necessarie in ragione dell'emergenza epidemiologica in corso possono essere ricondotte alle necessità di modifica determinate da **circostanze imprevedibili** nella fase di preparazione della gara.

## DIALOGO TRA CORTI

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

**All'Adunanza plenaria la possibilità di ricorrere all'avvalimento in caso di carenza dei requisiti speciali prescritti per il progettista incaricato**

Cons. Stato, sez. V, ord. 9 aprile 2020, n. 2331

APPALTI PUBBLICI – PROCEDURA DI GARA – AVVALIMENTO – PROGETTISTA INCARICATO – REQUISITI SPECIALI – RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA DEL CDS

Con l'**ordinanza** in commento, il Consiglio di Stato rimette all'**Adunanza plenaria** la **questione pregiudiziale** relativa alla possibilità, nel caso in cui il contratto abbia per oggetto anche la **progettazione**, di supplire alla carenza di requisiti speciali nel **progettista incaricato** ed indicato ai sensi dell'art. 53, c. 3, del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), mediante **avvalimento**.

La controversia trae in particolare origine dal ricorso proposto da un'impresa concorrente avverso gli atti di una procedura di gara, atteso che il **progettista** indicato dall'RTI aggiudicatario ai sensi dell'art. 53, c. 3, del d.lgs. 163/2006 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto di giudizio – sarebbe risultato privo, in realtà, dei **requisiti** prescritti a pena di esclusione dal bando di gara.

L'art. 53, c. 3, del previgente Codice dei contratti pubblici, infatti, statuiva che, quando il contratto pubblico avesse per oggetto anche la **progettazione esecutiva di lavori** sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice, gli operatori economici dovessero possedere i requisiti prescritti per i progettisti dalla legge di gara in applicazione degli artt. 90 ss. dello stesso d.lgs. n. 163/2006, ovvero avvalersi di **progettisti qualificati**, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione.

L'operatore economico risultato affidatario, avrebbe, pertanto, fatto ricorso – in asserita violazione delle norme sull'**appalto integrato** – all'ausilio dei progettisti contemplati dall'art. 53, c. 3, del previgente Codice, al fine di acquisire *per relationem* l'attestazione SOA relativa alla qualificazione per le prestazioni di progettazione, peraltro oggetto di un distinto **contratto di avvalimento** tra il medesimo ausiliario, estraneo all'RTI, ed un soggetto terzo.

Il Giudice di prime cure, tuttavia, rilevava come il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del previgente d.lgs. n. 163/2006 – attualmente disciplinato dall'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 – risultasse **ammissibile**, sebbene i difformi indirizzi di giurisprudenza registrati sul punto di diritto, anche relativamente alla figura dei progettisti di cui all'art. 53, c. 3, dell'abrogato Codice dei contratti pubblici, in quanto annoverati tra i soggetti esecutori delle prestazioni in gara.

Parte appellante, pertanto, **contestava** la correttezza della statuizione del Giudice di prime cure per quanto di interesse e rinnovava le censure già formulate avverso il provvedimento gravato.

Orbene, la V Sezione del Consiglio di Stato ha ricordato che sul punto si sono registrate **difformi pronunce giurisprudenziali**. Ed invero, se da un lato vi è chi ritiene che l'istituto dell'avvalimento, in conformità con quanto statuito dalla **CGE**, si applichi non solo ai concorrenti, ma a tutti gli operatori economici tenuti a **qualsiasi titolo** a dimostrare il

possesso dei requisiti in sede di gara e quindi anche ai **progettisti incaricati**, di contro vi è chi ritiene che la possibilità di ricorrere all'avvalimento sia riservata ex art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 al solo operatore economico che **domanda di partecipare alla gara** e questo, se intende farvi ricorso, deve dichiarare il possesso dei requisiti da parte del soggetto ausiliario. Secondo tale ultimo orientamento, infatti, l'avvalimento costituisce già una **deroga al principio di personalità** dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi delineate rigorosamente, per garantire l'**affidabilità, in executivis**, del soggetto concorrente, con irrinunciabile conseguente sussistenza di un **rapporto diretto e immediato** tra l'ausiliario e l'ausiliato, legati da **vincolo di responsabilità solidale** per l'intera prestazione dedotta nel contratto.

Ecco che muovendo dai richiamati contrasti giurisprudenziali, il Consiglio di Stato ha rimesso la questione all'**Adunanza plenaria** al fine di stabilire se, per un'offerta in gara, vi possa legittimamente essere un **duplice** e consequenziale **avvalimento di professionisti**.

## 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)*

- L. FIORENTINO, **La gestione delle amministrazioni pubbliche nei più recenti interventi normativi**, 2020, 2, 171;
- M. RAMAJOLI, **Regulation by information: diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica**, 2020, 2, 201;
- P. RUBECHINI, **Appalti pubblici e diritto di accesso**, 2020, 2, 232.

#### URBANISTICA E APPALTI

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

- A. AMORE, **Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia**, 2020, 2, 251;
- A. GIACALONE, A. PELOSO, **I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane**, 2020, 2, 206;
- L. VIOLA, **Il danno da perdita di chances a vent'anni da Cass. n. 500/1999**, 2020, 2, 182.

\*\*\*\*\*

**A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – Sussistono profili di illegittimità qualora il disciplinare preveda lo svolgimento parziale della procedura in forma “non telematica”?**

Il TAR lombardo – sede di Brescia ha recentemente fatto chiarezza in merito ad alcune questioni di rilievo nell'ambito delle procedure di tipo telematico, modalità divenuta ormai ordinaria per l'espletamento delle gare d'appalto ([TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 6 maggio 2020, n. 334](#)).

In particolare, il Collegio ha stabilito che i **verbali di gara**, siano essi redatti **in modalità cartacea o digitale**, hanno **“natura di atto pubblico facente piena prova, fino a querela di falso, dei fatti che il pubblico ufficiale, sotto la propria responsabilità, attesta essere avvenuti in sua presenza”**. Questa la conclusione cui è giunto in merito al secondo motivo presentato da una ricorrente, che contestava il fatto che i verbali della seduta di gara, nell'ambito di una procedura telematica, fossero una mera scansione fotografica di quelli redatti su supporto cartaceo e fossero stati inoltre pubblicati in un momento successivo rispetto alla seduta stessa. Secondo la ricorrente, questa modalità avrebbe reso impossibile verificare il rispetto delle varie fasi della procedura e, conseguentemente, avrebbe eluso la garanzia in merito all'effettivo contenuto delle buste, dal momento che non vi sarebbe stata alcuna garanzia che la valutazione delle offerte tecniche avesse preceduto quella delle offerte economiche e che **“l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche non sia stata influenzata dalla conoscenza delle offerte economiche”**.

Tale censura, secondo quanto affermato dal TAR adito, è priva di fondamento e non fa venire meno il principio di digitalizzazione degli atti di gara; **quanto dichiarato** dalla Commissione giudicatrice in relazione ai fatti avvenuti in gara **non può essere messo in discussione** se non per il tramite dello strumento della querela di falso, **indipendentemente dal supporto con cui viene redatto il verbale di gara** e dall'effettivo momento della sua pubblicazione. In aggiunta a ciò, resta sempre valido il principio che le piattaforme telematiche consentono la possibilità di tracciare ogni operazione effettuata, a garanzia di uno svolgimento regolare e trasparente delle attività di selezione dei concorrenti.

Un'altra questione di rilievo, affrontata dal Tribunale bresciano nella medesima sentenza, è relativa all'**obbligo** per le stazioni appaltati di **ricorrere a procedure di gara gestite interamente con sistemi telematici**, come sancito dall'art. 58, c. 1, del d.lgs. 50/2016. Nel caso di specie, la stazione appaltante aveva stabilito di gestire la procedura di gara per il tramite del sistema telematico Sintel, fatta eccezione per talune operazioni delineate nel disciplinare di gara, in quanto non supportate dalla piattaforma. Per ragioni tecniche, il sistema consentiva l'indicazione di un solo criterio economico e non anche degli altri due previsti dal disciplinare di gara, per i quali l'offerta doveva essere invece inserita in un apposito modulo di offerta economica. Causa l'impossibilità di gestire tutte le componenti di offerta tramite lo strumento telematico, la stazione appaltante aveva provveduto ad elaborare *off-line* la graduatoria relativa ai criteri non inseriti nella piattaforma, la graduatoria finale e, conseguentemente, le relative operazioni di verbalizzazione.

A tal proposito, il Collegio ha ritenuto **non sussistano i profili di illegittimità dedotti dalla parte ricorrente per lo svolgimento di alcune operazioni in forma non telematica**, tenuto conto che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza, **“le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbano collocarsi in una *posizione necessariamente servente rispetto* agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche amministrazioni, nei reciproci rapporti”** (si vedano in termini Cons. Stato, sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481; TAR Lombardia, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 40).

## Sospeso l'obbligo del contributo ANAC fino al 31 dicembre 2020

Il d.l. 34/2020, nell'alveo delle iniziative volte ad assicurare supporto economico agli operatori economici ed alle stazioni appaltanti, ha disposto – in linea con quanto richiesto da ANAC (cfr. [delibera 1 aprile 2020, n. 289](#)) – l'**esonero temporaneo dal pagamento del contributo dovuto all'Autorità** da parte dei soggetti pubblici e privati per la partecipazione alle procedure di gara, ai sensi dell'art. 1, c. 65, della l. 23 dicembre 2005, n. 266. Nello specifico, **dal 19 maggio 2020** (data di entrata in vigore della norma) e **fino al 31 dicembre 2020**, sono esonerati dal versamento del contributo sia le stazioni appaltanti di cui all'art. 3, c. 1, lett. o), del Codice che gli operatori economici di cui all'art. 3, c. 1, lett. p), del medesimo d.lgs. 50/2016.

Per le procedure già avviate alla data del **18 maggio 2020** (ossia quelle il cui bando/disciplinare di gara è stato pubblicato entro tale termine oppure, nel caso di gare senza previa pubblicazione di bando, quelle la cui lettera di invito a presentare l'offerta è stata spedita entro tale data) **il contributo è comunque dovuto**. La data di pubblicazione del bando/disciplinare di gara a cui fare riferimento è quella della prima pubblicazione sulla GUUE, sulla GURI oppure all'Albo pretorio.

Restano naturalmente fermi tutti gli altri adempimenti previsti in materia di tracciabilità dei flussi finanziari e di monitoraggio e vigilanza sui contratti pubblici, con particolare riguardo alla richiesta del CIG e agli obblighi informativi previsti dall'art. 213 del Codice.

\*\*\*\*\*

## I criteri redazionali dell'offerta tecnica prescritti dalla *lex specialis* e conseguenze della loro inosservanza

Con apposito parere precontenzioso ([cfr. delibera 1 aprile 2020, n. 302](#)), l'**ANAC** si occupa di un caso di **inosservanza** delle disposizioni della *lex specialis* che prescrivono specifici **criteri redazionali** dell'elaborato costituente l'**offerta tecnica**, chiarendo se ciò possa determinare l'esclusione del concorrente che ne sia responsabile.

Nel merito il concorrente istante lamenta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per errata attribuzione del punteggio conferito all'offerta tecnica, in quanto redatta secondo **criteri difformi** da quelli indicati nel **disciplinare di gara**.

La contestazione si incentra sul mancato rispetto da parte dell'impresa aggiudicataria delle prescrizioni della *lex specialis* che imponevano specifici criteri redazionali per il progetto tecnico e prevedevano un **limite di pagine massime** dell'elaborato, stabilendo che, in caso di superamento di detto limite, le eventuali pagine eccedenti non sarebbero state considerate ai fini dell'attribuzione del punteggio; conseguentemente secondo l'istante l'**aggiudicazione** sarebbe stata **illegittima** in quanto adottata in violazione del disciplinare di gara e della **par condicio tra i concorrenti**, essendo stati valutati elementi dell'offerta contenuti nelle pagine eccedenti quelle prescritte che, se non fossero stati oggetto di esame, avrebbero determinato un punteggio inferiore e tale da impedire la relativa aggiudicazione della procedura.

L'aggiudicataria, dal canto suo, eccepiva la regolarità nel merito del proprio elaborato tecnico nonché la circostanza per cui le prescrizioni della *lex specialis* non potevano essere considerate escludenti, per il **principio di tassatività delle cause di esclusione**.



Ciò premesso, l'ANAC, soffermandosi sui criteri redazionali dell'offerta, richiama una propria precedente delibera (cfr. delibera 22 novembre 2017, n. 1228) con la quale raccomandava le stazioni appaltanti di *“indicare che la **relazione tecnica** sia contenuta entro un **ragionevole e sintetico numero di pagine**, valorizzando in tal senso un **principio di concentrazione**, precisando tuttavia che tale limitazione rappresenta una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara”*.

Sul punto anche la **giurisprudenza**, richiamando il principio di tassatività delle cause di esclusione e la mancata previsione legislativa del divieto di superamento dei limiti dimensionali in senso materiale dell'offerta, ha precisato *“che la **relazione tecnica** può essere formulata in maniera **discrezionale** dall'offerente, il quale ha tuttavia ampio interesse a presentare una offerta che possa conseguire un **consistente punteggio** [...] anche per la sinteticità dello scritto, che di per sé ne valorizza il contenuto”*. Ed ancora la giurisprudenza ha precisato *“come rientri poi nell'ambito dei **poteri tecnico-discrezionali della commissione** verificare se lo scritto vada considerato prolisso e inutilmente ripetitivo di concetti (e dunque meritevole di conseguire un basso punteggio), ovvero valutare se la lunghezza dell'esposizione non abbia intralciato i lavori e abbia contribuito a chiarire aspetti effettivamente meritevoli di trattazione”*.

Alla luce delle argomentazioni sopra riportate, considerato che il disciplinare di gara nel caso di specie **non** prevedeva alcuna **sanzione di esclusione** per l'**inosservanza** delle prescrizioni sulle caratteristiche formali della relazione tecnica, e tenuto conto che la stazione appaltante aveva altresì valutato **conforme** alle indicazioni del disciplinare di gara l'elaborato tecnico dell'aggiudicataria, l'**Autorità** ritiene l'operato della stazione appaltante in linea con la *lex specialis*, **non** essendovi stata alcuna **violazione al principio di par condicio dei concorrenti** nella valutazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

\* \* \* \* \*

## Una visione d'insieme in tema di modifiche al contratto e varianti in corso d'opera

L'**art. 106** del **d.lgs. 50/2016**, rubricato “Modifica di contratti durante il periodo di efficacia”, rappresenta l'attuale riferimento normativo allorché emerga **in corso di esecuzione** del contratto la **necessità di apportare delle modifiche ovvero delle varianti**, per consentire una migliore realizzazione dell'appalto. La norma comprende una serie di ipotesi in cui può verificarsi tale esigenza. Rispetto al precedente Codice dei contratti pubblici, il legislatore del 2016 ha inteso concentrare **tutta la disciplina in un unico disposto**, imponendo all'interprete di distinguere le varie fattispecie.

Giova precisare che **alla fase esecutiva** dei contratti pubblici occorre riservare pari, se non maggiore, **attenzione** rispetto alla fase dell'evidenza pubblica: qui l'interesse si fa concreto e diventa essenziale conoscere gli strumenti normativi utilizzabili per garantire una corretta esecuzione e quindi l'equilibrio delle posizioni contrattuali.

A livello nazionale il disposto in parola è contenuto, come detto, nell'**art. 106** del d.lgs. 50/2016, **mentre a livello provinciale** la disciplina relativa è rinvenibile nell'**art. 27 della l.p. n. 2 del 9 marzo 2016**, che ricalca sostanzialmente quella nazionale ad eccezione della mancata previsione del cd. quinto d'obbligo comunque sempre valevole in virtù della disciplina nazionale.

Il tema si presenta di **rilevante attualità** considerata l'odierna situazione di **emergenza sanitaria**, che determina la necessità di adeguare non solo i futuri bandi e contratti

(nel caso di procedure già bandite), ma altresì i contratti in corso di esecuzione, alle misure di prevenzione anti Covid-19. Si ricorda, infatti, quanto previsto dalla recente ordinanza del Presidente della Provincia autonoma di Trento del 6 maggio 2020, n. 250299/1, indistintamente applicabile a lavori, servizi e forniture, come indicato ai punti 5-8.

L'art. 106 del Codice, così come l'art. 27 della l.p. 2/2016 (anche se qui in maniera meno esplicita) **distingue tra modifiche e varianti**, entrambe **accomunate da tre principi comuni**:

1) **immodificabilità dell'oggetto contrattuale**, elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, strumentale a quello della concorrenza, per cui le modifiche che stravolgono l'oggetto del contratto e la sua natura non sono ammesse. Principio richiamato nel parere ANAC 18 luglio 2017, n. 686, che ha riportato la sentenza della CGE 13 aprile 2010, resa nella C-91/08, per cui **le modifiche sostanziali costituiscono una nuova aggiudicazione quando** presentano caratteristiche **sostanzialmente diverse** rispetto a quelle del contratto iniziale e sono atte a dimostrare la **volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali** dell'appalto. Ancora, per la Corte, la modifica può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se inizialmente previste nella procedura, avrebbero consentito l'ammissione di diversi offerenti o l'accettazione di un'offerta diversa. Di queste modifiche il legislatore offre **un'elencazione ancora generica presente nel c. 4 dell'art. 106 e nel c. 5 dell'art. 27 l.p. 2/2016** (modifiche che introducono condizioni che avrebbero alterato partecipazione ed esito; modifiche che alterano l'equilibrio economico a favore dell'aggiudicatario, senza che sia previsto nel contratto, modifiche che prevedono sostituzioni della stazione appaltante diverse da quelle di cui al paragrafo 1, lett. d) dell'art. 106 del Codice o di cui al c. 2, lett. d), dell'art. 27 della norma provinciale);

2) **motivazione sempre necessaria** delle **modifiche/varianti** da parte del **RUP** con il supporto della direzione lavori al fine di valutarne l'ammissibilità. Solo in un caso sono **sempre ammesse**, ossia quando il relativo **valore** sia **inferiore alla soglia comunitaria** ed inferiore **al 10% del valore dell'appalto** per forniture e servizi e al **15%** per i lavori (modifiche di dettaglio valutate ammissibili dal legislatore);

3) **impossibilità** per il contraente di far valere il diritto alla **risoluzione** quando le modifiche e le varianti in corso d'opera **non superano il quinto**, sia in aumento che in diminuzione, dell'importo contrattuale.

Le singole **fattispecie** previste nelle due norme richiamate possono essere così delineate:

l) **modifiche**, che prescindere dal loro valore monetario, sono previste **fin dall'inizio** nei documenti di gara in **clausole chiare precise e inequivocabili**, comprendenti le clausole di revisione dei prezzi (concepibili in quanto si riferiscano alle **annualità di contratto successive alla prima** – Cons. Stato n. 1940/2018): per tali modifiche si individua un **limite** nell'effetto di **alterare la natura generale** del contratto/accordo quadro; non è invece previsto un limite economico. Il fine è di rendere ben chiara fin dall'origine la convenienza dell'appalto, trattandosi di strumento connesso fortemente alla discrezionalità dell'Amministrazione. Tra le modifiche in parola vi è anche quella della **durata contrattuale**. È oramai pacifico, in giurisprudenza, che la **proroga** costituisca un **evento eccezionale e consentito solo laddove sia espressamente previsto** nel contratto.

Giova, in proposito, ricordare la distinzione dottrinale tra **proroga contrattuale e proroga tecnica**. La prima trova la disciplina nel **c. 11 dell'art 106 del Codice**, che richiede che l'opzione venga **quantificata nel valore dell'appalto** e venga attivata come

**diritto potestativo verso il contraente**, che non potrà esimersi dalla prestazione da eseguirsi agli stessi patti e condizioni, fermo comunque il limite di durata di nove anni per i contratti pubblici. La seconda riguarda, invece, l'ipotesi di **imprevedibile prolungamento** dell'espletamento di una procedura di gara tempestivamente avviata, ammessa dalla giurisprudenza in ragione del principio di **continuità dell'azione amministrativa**, in **limitati casi eccezionali** e per il **tempo strettamente necessario** laddove l'esigenza di dilazione non sia dovuta a causa imputabile alla stazione appaltante. Con la proroga contrattuale non si ha innovazione dell'originario equilibrio negoziale, ossia nuova negoziazione, che invece si ha con il rinnovo del contratto, rispetto al quale è incompatibile l'immediata applicazione imperativa della clausola di revisione prezzi.

II) **modifiche non previste nei documenti di gara** e consistenti in lavori, servizi e forniture **supplementari** necessari, laddove un **cambiamento del contraente** produrrebbe entrambi gli effetti dell'**impraticabilità per motivi economici o tecnici e dei notevoli disguidi o consistente duplicazione dei costi** per la PA. La definizione di **"lavori supplementari"** è diversa da quella di **"lavori complementari"** contenuta nel precedente Codice e ciò ha destato non poche perplessità circa l'inquadramento della fattispecie. Tuttavia, oggi si ritiene sia da intendersi **alla stregua del concetto di complementarietà** di cui al previgente Codice, anche se la mancanza del riferimento alle circostanze impreviste lascia pensare ad una possibile interpretazione più estensiva (per l'ANAC sono opere *"che da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino un'integrazione dell'opera principale, saldandosi inscindibilmente con essa, giustificavano l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore"*). Anche l'utilizzo della nozione **"notevoli disguidi"**, nella sua genericità, appare eccessivamente esposta ad interpretazioni flessibili, senza contare che non è chiaro se tale nozione si riferisca a disagi relativi all'esecuzione delle prestazioni, a disagi della stazione appaltante o a disagi della collettività di utenti, visto che si tratta di nozione del tutto estranea alla materia degli appalti.

Altrettanto può dirsi con riferimento all'espressione **"notevole duplicazione dei costi"**, **non precisandosi** se ci si riferisca ad un **incremento oggettivo**, consistente in un aumento notevole o in una letterale duplicazione, **oppure ad un incremento soggettivamente valutabile** dalla stazione appaltante. Per le prestazioni supplementari richiamate il legislatore ha previsto un **limite pari al 50% del valore del contratto iniziale**.

*[continua nel prossimo numero]*

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di:

**Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Federica Fiore, Federica Migliore, 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>



**RASSEGNA**  
a cura di  
**APAC**

*La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agazia 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'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. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.*