

## **Considerazioni spurie intorno al nuovo Codice dei contratti.**

*Premessa.*

1. *Il DGUE, criticità e opportunità.*
2. *L'estensione soggettiva delle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 2 e 5.*
3. *Il rapporto logico/operativo tra i criteri dell'offerta e il concetto di costo/efficacia.*
4. *L'individuazione delle offerte anomale nel criterio dell'offerta di solo prezzo.*
5. *L'inversione procedimentale nelle procedure aperte (art. 56, paragrafo 2, della direttiva).*
6. *Lo spazio (residuale) degli appalti integrati.*
7. *Procedura negoziata, criticità nella scelta degli invitati a presentare offerta.*
8. *Il subappalto, questo sconosciuto.*
9. *Il soccorso istruttorio e alcuni casi particolari (contributo ANAC e sicurezza aziendale).*
10. *Le Linee guida n. 2 (offerta qualità/prezzo).*
11. *Protocolli di legalità e patti di integrità.*
12. *Il profilo di committente.*

### **Premessa: un Codice che si morde la coda.**

Il primo aspetto che lascia sconcertati è il comma 1 dell'articolo 35 che recita «*Le disposizioni del presente codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie [di rilievo comunitario]*».

Dopo di che l'articolo 36 contraddice subito la predetta perentoria affermazione con la rubrica «*Contratti sotto soglia*». Quindi l'articolo 36 appare come un inquilino abusivo che, tuttavia, non può essere sfrattato. Questa esemplare tecnica normativa di come non si scrive un Codice non può rimanere senza conseguenze. [1]

È banale osservare che, con buona pace della perentorietà dell'articolo 35, comma 1, tutte le disposizioni del Codice specificatamente applicabili, per rinvio diretto o indiretto, ai contratti sottosoglia, sono senz'altro applicabili (oltre all'articolo 36, gli articoli 26, comma 6, 31, comma 8, 37, commi 1 e 2, 77, comma 3, 95, comma 4, 97, comma 8, 102, comma 2, 106, comma 14, 157, comma 1 e così via). Così come sono applicabili i principi derivanti dalla disciplina soprassoglia e le norme senza le quali il sistema non potrebbe funzionare (ad esempio l'articolo 31 sul RUP).

Non è invece altrettanto banale argomentare che in ogni altro caso, fatte salve le linee guida di ANAC (in disparte la loro natura giuridica, la natura vincolante o meno, la possibile disapplicazione motivata ecc. su cui si discuterà fino al giudizio universale) vi è uno spazio di autonomia (e per certi versi di confusione) per le stazioni appaltanti.

L'esempio più appariscente (ma se ne verificheranno altri) è l'articolo 35, comma 18, in materia di anticipazione. Premesso che ci si rifiuta di credere che l'entità dell'anticipazione sia il 20% del "valore stimato" dell'appalto, semmai sarà il 20% del "valore certo" del contratto. [2] Ebbene, per com'è scritto l'articolo 35 è più che lecito dubitare del diritto del contraente all'erogazione dell'anticipazione negli appalti sottosoglia. Un'anticipazione indebita causerebbe

---

<sup>1</sup> *Per tutte il singolare concetto di "consistente duplicazione" (sic!) all'art. 106, comma 1, lettera b), forse in opposizione ad una altrettanto fantomatica "modesta duplicazione".*

<sup>2</sup> *Con un ribasso, non insolito, del 30%, l'anticipazione diventerebbe il 29% del valore del contratto, con buona pace del contenimento della spesa.*

l'intervento della Corte dei conti (se non del magistrato penale ex articolo 323 c.p.); un'anticipazione indebitamente negata causerebbe il successivo ristoro con gli interessi, anche in questo caso con possibile danno erariale. Quindi il buon RUP deve scegliere tra l'incudine e il martello.

Altro esempio di assurdit   è il combinato disposto dei commi 2, lettere c) e d), 3 e 4, dell'articolo 53 (peraltro ricalcando la medesima assurdit   presente nell'articolo 13 del Codice abrogato). Il diritto di accesso   differito in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; l'inosservanza rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale. Ma se la lettura delle offerte avviene in pubblico, come garantire la loro riservatezza fino all'aggiudicazione (che normalmente si verifica dopo parecchie settimane); il reato di rivelazione di segreti d'ufficio   "automatico".

### ***1. Il DGUE, criticit   e opportunit   (sia per le Stazioni appaltanti che per gli operatori economici). L'estensione alle procedure negoziate.***

#### **Il DGUE cartaceo**

La breve esperienza nell'uso del DGUE cartaceo   positiva. Anche dove utilizzato per la prima volta dagli operatori e dalle stazioni appaltanti, ha comportato:

- una riduzione drastica delle dichiarazioni (con relative firme olografe o digitali);
- una riduzione drastica dei quesiti (e della complessit   delle risposte);
- una velocizzazione della fase di ammissione dei concorrenti.

L'adozione del DGUE anche per gare sottosoglia e per procedure negoziate, ha avuto l'effetto di standardizzare e rendere unico il percorso dichiarativo dei concorrenti. [3]

Affinch   funzioni, tuttavia,   stato necessario ed   necessario che negli atti di gara (disciplinare, avviso informativo e/o lettera di invito) sia indicato chiaramente, a costo di ripetizioni e ridondanze, quali condizioni dichiarare e dove (nel DGUE) si trova la specifica condizione.

Non sono ammissibili due atteggiamenti che si riscontrano nella prassi:

- l'allegazione di un simulacro di DGUE costituito dalla copia in PDF del modello pubblicato in Gazzetta (assolutamente ingestibile sia dall'operatore che dalla stazione appaltante);
- l'allegazione di un DGUE (senza alcuna indicazione per la compilazione) e contemporaneamente anche dalle numerose dichiarazioni, singole o collettive, gi  utilizzate in vigenza del codice abrogato, nella pi  varie e fantasiose forme adottate dalle stazioni appaltanti.

Le dichiarazioni, per ragioni facilmente intuibili, non sono identiche per il candidato, per l'offerente in procedura aperta, per l'offerente in procedura ristretta o negoziata, per l'ausiliario, per il consorziato, per il subappaltatore indicato ex art. 105, comma 6.

La scelta, rimessa alla stazione appaltante, di non predisporre un DGUE specifico per ogni situazione soggettiva dell'operatore ma un DGUE unico per la gara sembra fortemente auspicabile. Quindi si dovrebbe privilegiare un DGUE unico per tutti gli operatori coinvolti, dove ovviamente ciascuno di essi, oltre alle parti comuni, compila o non compila alcune parti a

---

<sup>3</sup> *Concorrenti che gi  devono districarsi tra molteplici cervellotiche modalit   di accesso, accreditamento e partecipazione alle gare telematiche, dove anche il miglior software utilizzato   un incubo.*

seconda che siano pertinenti o meno alla propria situazione soggettiva; parti peculiari che possono essere rilevate agevolmente dalle note da riportare nella documentazione di gara.

Per ragioni di chiarezza e di differenza radicale tra gli ambiti, sembra preferibile predisporre e utilizzare DGUE distinti per appalti di lavori, forniture e servizi e per appalti di servizi tecnici. [4]

In ciascuno di questi ambiti tuttavia (quindi in ciascuna gara) vi sarà un solo DGUE. Appare evidente che un DGUE comune a tutti gli ambiti creerebbe equivoci e problemi interpretativi per gli operatori, tali da moltiplicare le difficoltà invece che ridurle.

Ovviamente nel DGUE vi sono dei difetti, sia di natura pratica che per renderlo compatibile con la disciplina. Le principali questioni per gli appalti di lavori sono:

- l'indicazione delle qualificazioni SOA nella Parte II, sezione A, e non nella parte dei requisiti (così la Circolare del MIT 18 luglio 2016, n. 3);
- la parziale contraddizione nelle gare di importo fino a 150.000 euro o in quelle fino a 1.000.000, con presenza di categorie scorporabili ex art. 12, comma 1, legge n. 80 del 2014 di importo superiore al 15% del totale ma inferiore a 150.000 euro, dove deve essere mantenuta la Parte IV, sezione C (combinato disposto degli articoli 90, comma 1, e 92, comma 7, del regolamento, almeno nel periodo transitorio); [5]
- la distinzione tra le varie fattispecie di subappalto, tra:
  - subappalto facoltativo ordinario (Parte II, Sezione D, almeno si suppone);
  - subappalto facoltativo con indicazione della terna di subappaltatori (Parte II, Sezione D);
  - subappalto obbligatorio (cosiddetto subappalto "qualificante") integrativo dei requisiti non posseduti direttamente (Parte IV, Sezione C).

Per tutti gli ambiti invece le maggiori difficoltà sono:

- l'incertezza di quante possano essere le persone fisiche soggette alle dichiarazioni ex articolo 80, comma 3, e il numero dei reati da dichiarare; la Parte II, Sezione B e la Parte III, sezione A, devono essere replicabili, oppure integrate da un'appendice in estensione avente le stesse funzioni; lo stesso dicasi per gli illeciti professionali, per i conflitti di interesse e altre condizioni riferibili a più persone fisiche del medesimo operatore economico;
- il mancato coordinamento tra i primi 3 commi dell'articolo 80, di cui si dirà al successivo paragrafo 2;
- l'assenza di un riferimento alla distribuzione dei requisiti e/o delle prestazioni tra i vari operatori in caso di partecipazione in forma aggregata, per cui pare necessaria un'appendice in tal senso (compilabile anche dal solo mandatario);
- l'assenza di un impegno esplicito al conferimento del mandato ex articolo 48, comma 8, in caso di forma aggregata, forse superabile per *facta concludentia* con l'indicazione dei componenti della forma aggregata nei singoli DGUE;
- l'assenza di una chiara distinzione tra requisiti mancanti al concorrente e requisiti forniti dall'ausiliario e delle specifiche dichiarazioni confusamente riportate all'articolo 89, comma 1, del Codice nonché del riferimento ai mezzi e risorse messe a disposizione

---

<sup>4</sup> Per questi ultimi le difficoltà si moltiplicano in modo esponenziale, sul punto si rinvia ad un successivo approfondimento che non può qui trovare posto per ragioni di economia generale.

<sup>5</sup> Questione da rivedere integralmente dopo l'entrata in vigore del decreto del MIT emanato ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del Codice.

e al contratto di avvalimento.

Pur mantenendo l'unicità del DGUE è necessario che, in ciascuna singola gara, la Stazione appaltante lo depuri dai (pochi) quadri che non sono pertinenti alla medesima gara, sempre nell'ottica della semplificazione e della riduzione delle incertezze e dei quesiti da parte degli operatori economici.

In ottemperanza al principio di riutilizzo del DGUE, per gli offerenti nelle procedure ristrette e negoziate (già qualificati con il DGUE in fase di candidatura) è prevista la conferma

delle informazioni già fornite o l'indicazione delle informazioni mutate nel frattempo.

In conclusione si deve cercare di contemperare la "autosufficienza" e la "esaustività" del DGUE con l'esigenza di completezza delle informazioni.

### **Il DGUE elettronico**

Seppure obbligatorio solo dal 18 aprile 2018 è attualmente disponibile via web all'indirizzo <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espdp/filter>

L'idea è buona ma totalmente da adeguare.

Buona perché si entra nel sistema in due modi:

- come stazione appaltante;
- come operatore economico.

La stazione appaltante predispone on-line il DGUE adeguato alla singola gara; se la gara è stata pubblicata nella GUUE, richiamando in numero della gara si troverà una bozza di DGUE in parte già predisposta; la stazione appaltante potrà: creare un nuovo DGUE, riutilizzare un DGUE esistente, rivedere il DGUE.

A sua volta l'operatore economico potrà accedere al DGUE predisposto dalla stazione appaltante e, sempre on line, importare un DGUE, unire due DGUE, compilare il DGUE.

Il punto debole del DGUE informatico della UE è la previsione di una sola persona fisica dichiarante (possibile anche in Italia a determinate condizioni ma non generalizzabile), di un solo reato, di una sola insolvenza e la difficoltà ad introdurre condizioni tipiche nazionali sconosciute nella UE (ad es. le SOA, l'antimafia, i soggetti cessati, i protocolli di legalità/patti di integrità, le ripartizioni nelle forme aggregate ecc.).

Il software della UE si evolverà nel tempo, almeno si spera; si dubita che le piattaforme di e-procurement italiane (a partire da quelle gestite dai soggetti aggregatori regionali, il cui livello di intuitività per gli operatori è paragonabile alle quartine di Nostradamus) saranno in grado di offrire un servizio analogo; l'unico tentativo in tal senso è di alcune centrali provinciali e comunali di città capoluogo del sud.

Per il momento l'unica soluzione appare il cartaceo, naturalmente scansionato e firmato digitalmente in caso di gara telematica.

## **2. L'estensione soggettiva delle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 2 e 5 (i soggetti di cui all'art. 80, comma 3, ad eccezione dei cessati, trascurati come destinatari di misure ostative alla partecipazione).**

È noto come l'articolo 80, comma 3, del Codice, individui i soggetti (persone fisiche) per le quali non devono sussistere motivi di esclusione di cui al comma 1 (cioè riferiti a provvedimenti penali ostativi alla partecipazione e al connesso obbligo di dichiarazione).

In disparte il significato da dare, oltre ai soliti soggetti previsti dal Codice abrogato, al conflitto con la sintassi dove si parla dei «... *membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo* ...» è evidente che il riferimento al solo comma 1, trascura le misure ostative in materia antimafia (comma 2) e quelle condizioni potenzialmente ostativi imputabili all'impresa ma "anche", e in alcuni casi "solo", alle persone fisiche presenti nell'impresa ai sensi del comma 3.

Ad esempio:

- comma 5, lettera c) «... *il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni* ...»: l'impresa di norma non fa falsi, li fa una persona fisica;
- comma 5, lettera d) «... *una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, ...*»: è tipico delle persone fisiche;
- comma 5, lettera e) «... *precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto*...»: anche questo è tipico delle persone fisiche;
- comma 5, lettera l) «... *non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria* ...»: l'impresa in quanto tale non fa le denunce, le fa una persona fisica.

Escluso che possa ammettersi alla gara un'impresa con un socio, un amministratore o un direttore tecnico dichiaratamente mafioso, sembra intravedere che i motivi ostativi citati siano applicabili solo se riconducibili all'operatore economico (inteso come impresa, normalmente con personalità giuridica complessa) e non ai decisori che ad essa fanno capo.

Si tratta di ovviare a questi inconvenienti con gli atti di gara colmando la lacuna del Codice. Anche in questo caso non si può tacere una curiosità: l'articolo 80, comma 3, include tra i destinatari dei motivi ostativi (sempre che sia possibile il riferimento al comma 2 in materia antimafia) i soci di maggioranza in società con un numero di soci **inferiore a quattro soci**, mentre l'articolo 85, comma 2, lettera c), del codice antimafia lo amplia ai soci di maggioranza in società con un numero di soci **pari o inferiore a quattro** col paradosso di un'impresa ammessa e vincitrice della gara che poi non può stipulare il contratto.

Paradosso già noto da alcuni anni, ovvero da quando l'articolo 85 del decreto legislativo n. 159 del 2011 inibisce la stipula del contratto anche in presenza di misure antimafia in capo ai familiari conviventi dell'imprenditore, al collegio sindacale e all'organismo di vigilanza.

Un coordinamento tra l'articolo 85 del decreto legislativo n. 159 del 2011 e l'articolo 80 del Codice non sembra richiedere uno sforzo titanico.

Per concludere si noti che il comma 14 dell'articolo 80 trascina i subappaltatori all'interno di tutti i motivi di esclusione di cui «*al presente articolo*».

**3. Il rapporto logico/operativo tra i criteri dell'offerta e il concetto di costo/efficacia (sia come parte del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo che come scomposizione del solo prezzo; il concetto di costo/efficacia come alternativa al prezzo o al rapporto qualità/prezzo fuori dai casi di cui all'art. 95, comma 3.**

La questione è illustrata dal codice in modo contorto e la dottrina si sta interrogando se il "costo/efficacia" sia un *tertium genus* o una variante del prezzo. La risposta parrebbe, almeno a prima vista, che costituisca una variante del prezzo e tale conclusione si comprende solo simulando la pubblicazione on-line di un bando sulla GUUE e provando le diverse possibilità offerte al punto II.2.5) del bando che, in disparte l'ovvio criterio del "solo prezzo" (inammissibile nell'ordinamento italiano per lavori da 1.000.000 di euro) si articola secondo tre possibilità di cui agli esempi che seguono.

**Esempio 1 - Prima possibilità:** quella alla quale siamo stati abituati: criteri qualitativi e prezzo (unico elemento possibile di natura economica, non c'è possibilità di introdurre più elementi di prezzo):

**\* II.2.5) Criteri di aggiudicazione**

I criteri indicati di seguito  
 Il prezzo non è il solo criterio di aggiudicazione e tutti i criteri sono indicati solo nei documenti di gara

Criterio di qualità

	Criterio di qualità	Ponderazione	
1	Pregio architettonico	15	
2	Pregio ingegneristico	15	-
3	Organizzazione del cantiere	10	-
4	LCC	10	-
5	LCA	10	-
6	Il miglior approccio alla vita sentimentale del RUP	5	-

Prezzo Ponderazione:

Per gli esempi 2 e 3 che seguono si fanno i migliori auguri ai softwaristi che dovrebbero implementare le fattispecie nei procedimenti telematici sulle piattaforme di e-procurement.

**Esempio 2 - Seconda possibilità:** ai criteri di qualità a valutazione pressoché discrezionale si aggiungono gli elementi di “Costo” in alternativa all’unico elemento prezzo; elementi di costo che, come i criteri di qualità, possono essere molteplici.

È di immediata comprensione come un eventuale elemento “tempo di esecuzione” o, in contratti complessi, quali le concessioni, in presenza di elementi diversi, questi trovano una collocazione (anche se non adeguata) nella parte “Costo” che va inteso come Costo/efficacia.

**\* II.2.5) Criteri di aggiudicazione**

I criteri indicati di seguito  
 Il prezzo non è il solo criterio di aggiudicazione e tutti i criteri sono indicati solo nei documenti di gara

---

Criterio di qualità

	Criterio di qualità	Ponderazione	
1	Pregio architettonico	15	
2	Pregio ingegneristico	15	-
3	Organizzazione del cantiere	10	-
4	Il miglior approccio alla vita sentimentale del RUP	5	-

**+**

e

Costo     Prezzo

	Costo	Ponderazione	
1	Costo di costruzione / Acquisizione	20	
2	LCC	5	-
3	LCA	5	-
4	Tempo di esecuzione o consegna	5	-

**+**

**Esempio 3 - Terza possibilità:** sono omessi i criteri di qualità e sono presenti gli elementi di “Costo” sempre in alternativa all’unico elemento “Prezzo”; elementi di costo che, come già detto in precedenza, possono essere molteplici e non necessariamente limitati, come nell’esempio che segue, ai costi del ciclo di vita (LCC) e delle esternalità ambientali (LCA)

**\* II.2.5) Criteri di aggiudicazione**

I criteri indicati di seguito  
 Il prezzo non è il solo criterio di aggiudicazione e tutti i criteri sono indicati solo nei do

---

Criterio di qualità  
 **Costo**     Prezzo

	Costo	Ponderazione	
1	Costo di acquisizione o costruzione	50	
2	LCC	20	-
3	LCA	20	-
4	Termini di consegna o esecuzione	10	-

Trascurando l’applicabilità degli LCC e LCA ai servizi e la difficoltà pratica anche negli altri casi (per assenza di esperienze e per la scarsa letteratura utilmente disponibile sul punto) è possibile che questi due elementi siano inseriti nei “criteri di qualità” come all’esempio 1, qualora articolati in modo descrittivo e ne sia richiesta l’illustrazione apprezzabile dalla Commissione giudicatrice mediante la propria discrezionalità tecnica, senza l’approccio “numerico/aritmetico”.

E’ altresì possibile (se si possiedono gli strumenti scientifici adatti) che vengano invece inclusi in alternativa tra gli elementi di “Costo/efficacia”) con valutazione non più discrezionale ma vincolata ad elementi certi e verificabili. In tal senso l’articolo 96 del Codice: al comma 1, lettera b) «*purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato*» e comma 2, alinea «*le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara i dati che gli offerenti devono fornire e il metodo che la stazione appaltante impiegherà al fine di determinare i costi del ciclo di vita sulla base di tali dati*».

Il secondo approccio è senz’altri preferibile e, a una lettura superficiale della Direttiva, quello che dovrebbe essere utilizzato in via ordinaria. Tuttavia questo approccio sarà possibile nella pratica quando saranno disponibili affidabili procedure e sistemi di analisi e di calcolo messe a disposizione da istituti nazionali o a livello comunitario (si veda, per alcuni prodotti, in inglese: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm)).

Per ragioni ovvie non è senz’altro possibile far coesistere nella stessa gara, gli stessi elementi di valutazione sia nella parte “qualità” che nella parte “costo”.



Da ultimo si ripropone il problema se il criterio “Costo/efficacia” da solo, come all’esempio 3, possa sopravvivere come alternativa al criterio Prezzo/qualità anche per appalti di rilievo comunitario o sia invece una alternativa al solo prezzo (nelle gare di solo prezzo) o all’elemento prezzo nelle gare da aggiudicare con il criterio prezzo/qualità. La lettera dell’articolo 95, comma 2, del Codice pare propendere per la seconda soluzione, più restrittiva, così come il secondo comma del considerando (92) della direttiva così come, seppure in modo non del tutto inequivocabile l’articolo 67, paragrafo 2, della direttiva. Ma la discussione resta aperta.

#### **4. L’individuazione delle offerte anomale nel criterio dell’offerta di solo prezzo.**

La questione si presenta in casi sporadici in quanto, oltre a riguardare ovviamente le sole gare con offerta di prezzo (già di per sé limitate nel numero):

- è applicabile solo in presenza di 10 offerte ammesse (numero che nelle procedure negoziate di norma non è superato ma usato come numero massimo degli invitati e comporta quasi sempre almeno la mortalità di un offerente);
- assume rilievo solo se si è scelta esplicitamente l’esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell’articolo 97, comma 8; diversamente il solo calcolo della soglia non è di alcuna utilità pratica dal momento che la verifica delle anomalie partirà sempre dall’offerta più bassa (cioè recante il ribasso maggiore).

Detto questo sono note le criticità dei 5 metodi, la principale delle quali riguarda l’incertissima interpretazione del metodo ex lettera b), tanto che qualcuno ne propone l’omissione dal sorteggio da indicare negli atti di gara.

Altro suggerimento è quello di prevedere che nel caso il metodo sorteggiato renda anomale tutte le offerte, caso improbabile ma non impossibile con i metodi ex lettera c) e lettera e), si provveda ad un nuovo sorteggio (sempre che sia stata prevista l’esclusione automatica, altrimenti è una precauzione inutile). [6]

Allo stesso modo può accadere che il metodo sorteggiato renda non anomale tutte le offerte (anche questo caso improbabile ma non impossibile con i metodi ex lettera d) e ancora lettera e)); in tal caso sarà utile prevedere che l’aggiudicazione sarà a favore dell’offerta migliore. [7]

Due curiosità:

- poche piattaforme telematiche sono affidabili (nemmeno quella della “regione più avanzata d’Italia” che, peraltro, sorteggia autonomamente il metodo da applicare) in quanto pare non tengano conto delle famose offerte marginali uguali nelle ali (già articolo 121, comma 1, del regolamento, abrogato, ma il cui principio è stato cristallizzato da sentenze univoche e costanti, dalle quali non vi è ragione di discostarsi); [8]
- la norma non indica un numero minimo di offerta per l’individuazione della soglia di anomalia, tuttavia pare del tutto ragionevole l’inapplicabilità del sistema in presenza

---

<sup>6</sup> Soglia di anomalia di valore inferiore all’offerta di minor ribasso (la più onerosa).

<sup>7</sup> Soglia di anomalia di valore inferiore all’offerta di maggior ribasso (la meno onerosa).

<sup>8</sup> Tutt’altro che convincente e a dir poco scarsamente comprensibile sul punto il comunicato del Presidente ANAC del 5 ottobre 2016).

di meno di 5 offerte ammesse, almeno per i metodi di cui alle lettere a), b) ed e), dell'articolo 97, comma 2; non si capirebbe come si possa calcolare la soglia o le medie con sole 2 offerte dopo l'accantonamento delle ali estreme. [9]

Un'ultima considerazione riguarda il trattamento delle offerte anomale in presenza di lotti. Fermo restando il procedimento a garanzia della partecipazione (quindi anche in termini di pubblicazioni) in relazione al quale dev'essere indubbiamente considerata la somma degli importi di tutti i lotti, ci si chiede se per i singoli lotti (ovviamente singolarmente inferiori a 1.000.000 di euro) sia praticabile l'offerta di solo prezzo e, conseguentemente, l'esclusione automatica. Non pare infatti esserci un nesso tra la limitazione della concorrenza (in relazione alla quale il frazionamento non deve rilevare) e il criterio di aggiudicazione. In altri termini il principio pro-concorrenziale di cui all'articolo 35, commi 4 e 9, del Codice, relativo al calcolo del valore complessivo di tutti i lotti ai fini della massima apertura e pubblicità del mercato, non pare compromesso dalla scelta di un criterio di offerta di solo prezzo, specialmente quando i lotti, pur all'interno di un bando unitario con più lotti, sono affidati con offerte separate e confluiscono in contratti distinti; quindi si potrebbe ipotizzare che il limite di 1.000.000 di euro di cui all'articolo 95, comma 4, lettera a), del Codice sia applicabile ai singoli lotti, diversamente dal limite di 1.000.000 di euro di cui all'articolo 36, comma 2, lettera c), dove invece vanno sommati gli importi di tutti i lotti.

Ad esempio, un'opera di 3.200.000 di euro, suddivisa in 4 lotti funzionali o prestazionali da 800.000 euro, (anche) ai fini della partecipazione delle PMI, dovrà senz'altro essere oggetto di una gara ex articoli 60 o 61 (quindi non sarà ammessa la procedura negoziata invocando l'importo dei singoli lotti), così garantendo che i lavori non siano sottratti ad una procedura pubblica ordinaria, nel rispetto dei principi pro-concorrenziali, ma non sembra potersi escludere la possibilità di aggiudicare i singoli lotti applicando all'offerta (che di per sé è incardinata sui singoli lotti e non sulla loro somma) i criteri normalmente applicabili ai contratti di importo pari a quello dei singoli lotti.

### ***5. L'inversione procedimentale nelle procedure aperte (art. 56, paragrafo 2, della direttiva; anteposizione dell'esame delle offerte rispetto alle ammissioni; implicazioni sui "ricorsi al buio" ex art. 120 del CPA e art. 29, comma 1, del Codice).***

Per quanto consta la cosiddetta "inversione procedimentale" è una novità assoluta e opposta alle prassi consolidate; tanto che il Codice non ne fa alcun cenno ma nemmeno ne dispone direttamente o indirettamente il divieto.

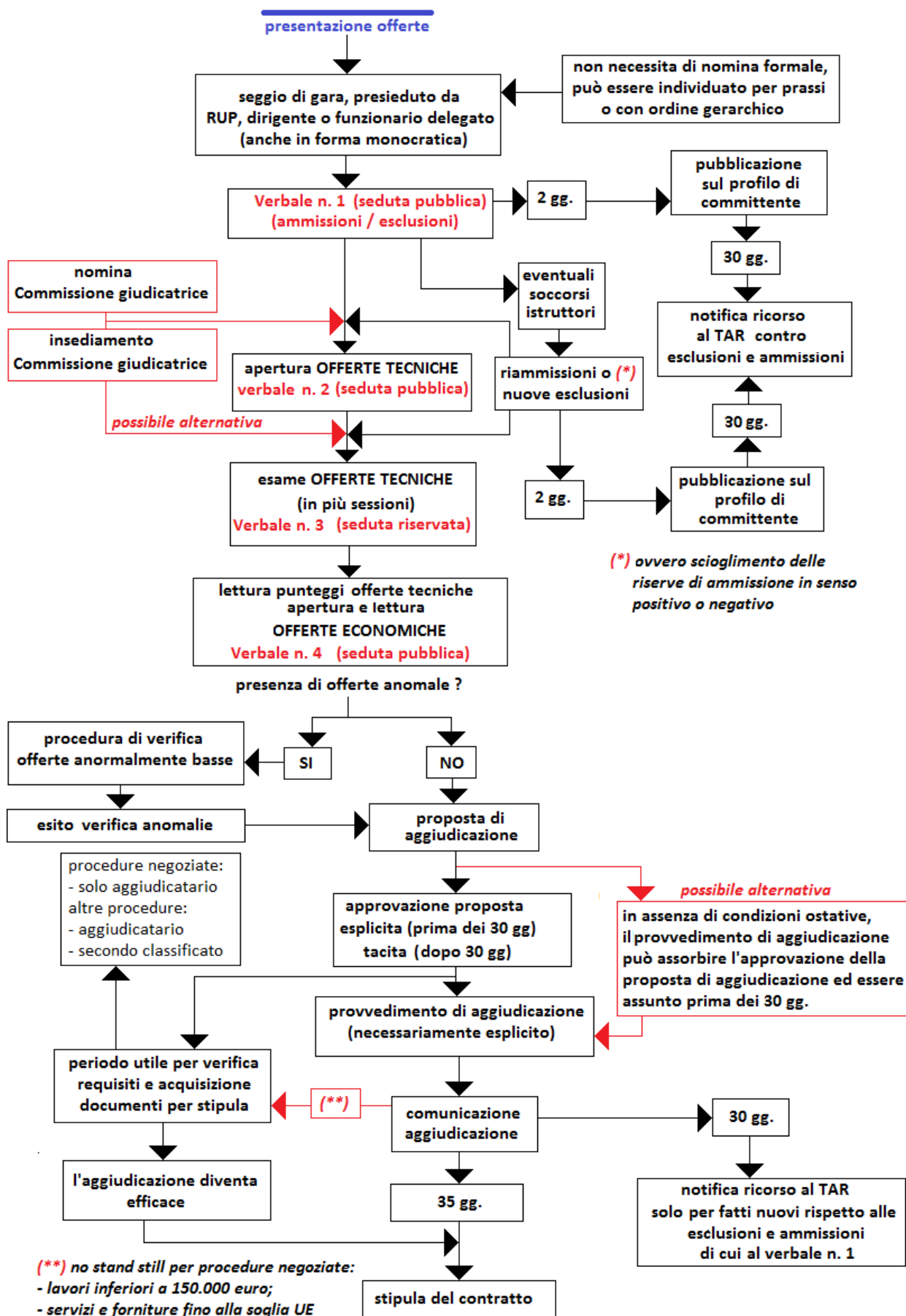
L'articolo 56, paragrafo 2, della direttiva, probabilmente applicabile nell'ordinamento italiano, limitatamente alle procedure aperte, recita «... esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64 (delle ammissioni – n.d.r.)» a condizione che sia garantito che «l'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso ...».

Naturalmente per le offerte col criterio qualità/prezzo potrebbero sorgere dei problemi, qualora l'esclusione a posteriori (sostanzialmente a graduatoria formata) si rifletta sui confronti a coppie o sulle valutazioni discrezionali.

---

<sup>9</sup> *Condivisibile sul punto il comunicato ANAC del 5 ottobre citato.*

Di norma, nelle procedure aperte, il flusso procedimentale dovrebbe essere questo:



Con l'inversione procedimentale il flusso è totalmente sconvolto. Incidentalmente si dubita dell'esistenza della necessaria flessibilità delle piattaforme telematiche al fine di poter applicare la predetta inversione procedimentale.

Tuttavia l'inversione procedimentale avrebbe almeno un pregio: sarebbe risolto il problema dei cosiddetti "ricorsi al buio" contro le ammissioni generati dal combinato disposto dell'articolo 29, comma 1, del Codice e dell'articolo 120, comma 2-bis, del CPA e sui quali la dottrina (compresi alcuni consiglieri di stato) sta esprimendo forti perplessità. Infatti con l'inversione procedimentale al momento del ricorso contro l'esclusione ma soprattutto contro l'ammissione degli altri concorrenti sarebbe già disponibile la prova di resistenza e percepibile l'interesse del ricorrente senza incorrere nella inammissibilità ex articolo 35, comma 1, lettera b), del CPA. Ricorsi al buio che potrebbero avere due scansioni temporali, una per le esclusioni e ammissioni immediate e una, differita, per le esclusioni e ammissioni in seguito a soccorso istruttorio.

A proposito di "ricorsi al buio", vale pena di notare come le norme citate sembrano avere una loro coerenza in caso di procedure aperte, ma non sono pacificamente conciliabili con le procedure cosiddette "a due fasi" (la prima per la qualificazione e la seconda per l'offerta, tipiche delle procedure ristrette e delle procedure negoziate sia previa bando che senza previo bando ma precedute da una qualche forma di "procedimentalizzazione" più o meno formale, ex articoli 61, 62 e 63 del Codice). In queste procedure, nella prima fase (di qualificazione) si hanno tre tipologie di candidati:

- candidati esclusi per motivi relativi ai requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, per i quali è pacifica l'applicazione del combinato disposto dell'articolo 29, comma 1, secondo periodo, del Codice e dell'articolo 120, commi 2-bis e 6-bis, del CPA;
- candidati esclusi (più correttamente: non ammessi) in seguito alla riduzione del numero di cui agli articoli 63, comma 6 e 91, per i quali la disciplina speciale non pare applicabile; si tratta infatti di candidati "idonei" che hanno superato la fase di ammissione ma sono espulsi dal procedimento in attuazione di scelte pregresse della stazione appaltante;
- candidati ammessi, ma la cui pubblicazione sul profilo di committente (con la quale sono resi noti a chiunque) è obbligatoria ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del Codice ma inibita e sanzionata penalmente dall'articolo 53, comma 2, lettera b).

Inoltre in queste procedure a "due fasi" si impone una seconda ammissione, in occasione della presentazione dell'offerta; di norma si tratta di un'ammissione scontata in quanto i requisiti sono già stati valutati nella prima fase (tanto che l'offerente, già candidato, si limita a presentare una dichiarazione confermativa), tuttavia vi sono casi frequenti nei quali le condizioni soggettive mutano tra la candidatura e l'offerta oppure si aggiungono all'offerente altri operatori o si modifica il raggruppamento. [10]

---

<sup>10</sup> *Nei limiti ammessi dall'ordinamento e nei casi di cui all'articolo 48, commi 11 e 19, del Codice.*

**6. Lo spazio (residuale) degli appalti integrati (considerando 8 della Direttiva, art. 28, comma 13, del Codice e definizioni art. 3, comma 1, lettere ll), nn) e pp), del Codice).**

E' nota la ormai consolidata convinzione della soppressione degli appalti integrati (salvo che per i settori speciali, il contraente generale e il PPP) ad opera dell'articolo 59, comma 1, terzo periodo del Codice.

Ora, trascurando i dubbi sulla compatibilità di tale divieto con il diritto comunitario (considerando (8) secondo comma della direttiva) e l'eccesso di delega (l'articolo 1, comma 1, lettera oo) della legge n. 11 del 2016, disponeva la «*esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare*» ma non impediva l'affidamento congiunto della progettazione ed esecuzione sulla base del livello definitivo), nello stesso codice vi sono tracce evidenti di contraddittorietà a tale divieto, sia all'articolo 28, comma 13 (seppure limitatamente a lavori con aspetti tecnologici o innovativi rilevanti), sia nelle definizioni di cui all'articolo 3 comma 1, lettere nn) e pp), dove una non ben individuata distinzione tra "lavori" e "opere" potrebbe far ipotizzare un superamento del divieto di cui all'articolo 59, applicato ai soli "lavori" e non alle "opere".

Inoltre è lo stesso articolo 3, comma 1, che alla lettera ll), definisce appalto pubblico di lavori come «*l'esecuzione, oppure **la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera; la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione ...***», oppure anche questa definizione è un inquilino abusivo o è confinata allo stretto ambito dei settori speciali e del PPP?

Si deve notare poi la violazione del principio di ragionevolezza nel rapporto tra il citato articolo 59, comma 1 e l'articolo 95, comma 4, lettera a), dove si ammette il criterio del solo prezzo solo per i lavori «*di importo fino a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo*». Che sarebbe come dire che per gli appalti di importo maggiore la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'offerta (obbligatoria) col criterio qualità/prezzo, ma allora per coerenza non ci sarebbe ragione per di obbligare alla gara sulla base del progetto esecutivo. [11]

Sul punto, fermo lo scontato orientamento restrittivo di ANAC, le considerazioni che precedono non paiono superare il divieto pressoché assoluto posto dall'articolo 59, trattandosi di conclusioni che non sono nella disponibilità dell'interprete chiamato ad applicare la norma, ma restano una prova della natura di un Codice approssimativo.

Ultimo appunto, come strutturare la progettazione esecutiva negli interventi di manutenzione periodica e pluriennale, a meno di farli transitare (come suggerisce ANAC con un orientamento che non pare pienamente condivisibile) dall'ambito dei lavori all'ambito dei servizi, rendendo meno rigido il concetto di progettazione ma con inevitabili conseguenze in termini di drastico abbassamento delle soglie e di una radicale differenza nell'individuazione dei requisiti di qualificazione e selezione.

---

<sup>11</sup> *Dubbi sul punto sono stati sollevati anche da De Nictolis, "Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà", Varenna, 22 settembre 2016, in "www.giustizia-amministrativa.it", capitolo 5.6, penultimo capoverso, lettera b) e nota in calce n. 62.*

## **7. Procedura negoziata, criticità nella scelta degli invitati a presentare offerta (principio di rotazione, modalità di scelta degli invitati alla procedura, attuazione delle indagini di mercato, creazione elenchi delle stazioni appaltanti).**

È il classico caso di linee-guida praticamente inutili (condizione che poi si è ripetuta con le linee-guida per i servizi di progettazione e per l'offerta economicamente più vantaggiosa). Pur non essendo ancora definitive, ricalcano esattamente la disciplina transitoria di cui all'articolo 216, comma 9, per cui ci si può soffermare su questa. Dunque i metodi per la selezione dei soggetti da invitare sono due:

- 1) mediante avviso pubblicato sul proprio profilo del committente per un periodo non inferiore a 15 giorni, **specificando i requisiti minimi richiesti** ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta;
- 2) mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il codice, tra soggetti in possesso dei **requisiti minimi richiesti** per la gara.

### **1. Avviso pubblico**

Ferme le problematiche di gestione del profilo di committente, delle quali si dirà in seguito, il procedimento non si discosta dalla procedura ristretta, se non nei termini. I requisiti richiesti per la candidatura devono essere predeterminati nell'avviso (malgrado un inopinato arresto contrario di TAR Firenze, 8 agosto 2016, n. 1312), per non correre il rischio di invitare operatori non qualificati, minando il numero minimo di ammissioni o trovandosi con un solo invitato in possesso dei requisiti.

Con i moderni motori di ricerca sul web e le agenzie specializzate, all'avviso possono rispondere molte decine (o centinaia) di operatori dai quali selezionarne 5 o 10 (a seconda dell'importo) o un numero variabile in funzione delle candidature.

La selezione più comoda, semplice e celere appare il sorteggio; qualsiasi altro sistema, oltre che necessariamente più macchinoso, non pone al riparo da una sostanziale casualità dei soggetti selezionati, per le note inammissibilità dei riferimenti geografici o di particolari condizioni soggettive.

### **2. Elenchi delle stazioni appaltanti**

L'esperienza degli elenchi in larga parte rasenta il ridicolo. Migliaia (oggi) o centinaia (domani) di stazioni appaltanti si fanno il loro elenco, con i loro criteri (in genere astrusi), con suddivisioni per categorie, settori e importi tutti diversi uno dall'altro, derivandone una ubriacatura da astemi per gli operatori che vogliono avere qualche *chance* di essere invitati da qualche parte. Quindi si avranno da una parte elenchi lunghissimi (in quanto facilmente accessibili) dove la probabilità di essere invitati è inferiore alle vincite milionarie al "Gratta e vinci" ed elenchi fantasma dove per avere qualche iscritto si dovrà avvertirlo via fax o via telefono dell'esistenza dell'elenco, sperando di non essere intercettati o di essere sentiti dal responsabile dell'anticorruzione.

Alcune stazioni appaltanti utilizzano gli elenchi dei soggetti aggregatori, ma non pare una grande idea; primo perché non c'è certezza che la selezione dagli elenchi fornisca soggetti tutti adeguatamente qualificati per la specifica gara né che tutti i soggetti siano qualificati; secondo perché l'operatore che compare in tali elenchi, per essere selezionato deve registrarsi anche

per l'ente appaltante; è vero che molte imprese si registrano per tutti (tutti?!) gli enti appaltanti presenti sul sito del soggetto aggregatore, ma a questo punto sono più efficienti le pagine gialle.

Come attingere poi dall'elenco il numero limitato di operatori da invitare? Si vedono i casi più strani, dall'anzianità di iscrizione (facendo regredire chi legittimamente rinnova l'iscrizione), al sorteggio, all'uno sì 10 no, a tutti i protocolli che finiscono con un numero da 1 a 10 previamente sorteggiato, dallo scorrimento da un punto sorteggiato dell'elenco e via così.

### **3. Considerazioni comuni**

Il principio di rotazione, raccomandato da ANAC e previsto dagli articoli 36, commi 1 e 2, 63, comma 6 e 157, comma 2 (nonché del tutto fuori contesto dall'articolo 83, comma 2) è ormai consolidato nell'ordinamento, ma non come principio assoluto bensì che si sostituisce o integra altri sistemi di scelta dei soggetti da invitare.

Come principio assoluto, se adottato a scorrimento, è inefficace negli elenchi "corti" (c'è poco da ruotare se per una determinata categoria o uno specifico servizio vi sono solo 5 o 6 iscritti) e distorto negli elenchi "lunghi" (gli ultimi iscritti saranno invitati dopo che sarà attivata una linea di autobus tra la terra e la luna); non è chiaro se la rotazione si applica agli invitati (se ti ho invitato una volta non ti invito più fino a fine turno) o agli aggiudicatari (invitati non aggiudicatari ancora selezionabili se rispettano le condizioni predeterminate. Nel primo caso la rotazione sarà significativamente veloce, ma si sanzionerebbe con la retrocessione l'invitato incolpevole che non ha vinto la gara (più comprensibile la retrocessione dell'invitato che non ha presentato offerta declinando l'invito); nel secondo caso, le imprese ultime della fila potranno essere invitate dopo che i nipoti saranno subentrati al primo titolare.

Nemmeno è chiara, almeno nei servizi, la possibilità (o l'obbligo se sollecitati) di invitare anche il gestore uscente. [12]

Sul punto si continuerà a discutere e, almeno per le gare di minore importo, le controversie saranno frenate dall'onere del contributo unificato.

Per completezza si rammenta come per gli affidamenti mediante procedura negoziata per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per forniture e servizi fino a 209.000 euro (750.000 euro per i servizi ex allegato IX) non opera il periodo di sospensione di 35 giorni tra le comunicazioni di avvenuta aggiudicazione e il contratto.

Sempre per completezza vale la pena ricordare che per gli interventi sugli edifici scolastici previsti dall'articolo 9 del decreto-legge n. 133 del 2014, convertito dalla legge n. 164 del 2014, per importi inferiori a 5.245.000 euro, possano ancora essere affidati mediante procedura negoziata con 10 invitati, anche in vigenza del nuovo Codice; così almeno ha sostenuto ANAC in risposta a specifico quesito della Struttura di Missione della Presidenza del consiglio dei ministri. [13]

---

<sup>12</sup> *Questione controversa ma pare maggioritaria la tesi della necessità di invito del gestore uscente, salvo adeguata motivazione (per tutte: TAR Lecce, sezione III, 30 settembre 2016, n. 1514, che rinvia a numerosi precedenti conformi); così facendo recedere il principio di rotazione.*

<sup>13</sup> *Fonte: Italia Oggi, n. 232 del 30 settembre 2016, pag. 39.*

## **8. Il subappalto, questo sconosciuto.**

È noto come sia stato introdotto il limite al subappalto pari al 30% dell'importo totale ex articolo 105, comma 1 (e confermato il limite "interno" del 30% per le categorie superspecializzate di cui al combinato disposto degli articoli 105, comma 5 e 89, comma 11).

Inoltre, al comma 4, lettera a), la condizione che il subappalto sia ammesso solo se *«tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto»* ha portato parte degli interpreti alla conclusione che la stazione appaltante possa non avvalersi di tale facoltà e, di conseguenza, vietare il subappalto; anche se poi la stessa norma si contraddice concludendo con il periodo *«Tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili»*.

Anche qui vale la pena ricordare l'assenza, sia nel diritto comunitario che nella legge delega, di qualunque limite alle possibilità di subappalto. Peraltro i limiti al subappalto costituiscono obblighi all'esecuzione diretta di parte delle prestazioni, norma già censurata senza possibilità di equivoci dalla giustizia comunitaria. [14]

E' pur vero che l'art. 63, comma 2 della direttiva 2014/24/UE dispone che *«le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici..., da un partecipante al raggruppamento»*, ma il 70% di tutti i lavori, in assoluto, debba essere eseguito dall'offerente e non subappaltabile sembra lontano anni luce da "taluni compiti essenziali".

Venendo ai limiti nazionali, il primo problema si pone nella redazione dei bandi (e nelle ammissioni) in relazione all'adeguatezza dei requisiti. Infatti la compresenza di scorporabili a qualificazione obbligatoria (figura vivente nel periodo transitorio) dove la legittima assenza di attestazione SOA poteva (e in astratto può tuttora) essere surrogata dalla qualificazione nella categoria prevalente purché accompagnata dall'obbligo di subappalto, e del nuovo limite al subappalto, conduce all'esclusione per carenza di requisiti il concorrente che deve avvalersi di questa surroga per un importo superiore al 30% del totale.

In altri termini è introdotta un'esclusione motivata dalla carenza di requisiti, si perdoni il gioco di parole, per divieto di subappalto di lavori per i quali il subappalto è obbligatorio.

Resta fermo che, al contrario, le indicazioni di subappalto facoltativo (per possesso dei requisiti o per categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria) in misura eccedente il limite non comporta l'esclusione in quanto rimediabile con la mancata autorizzazione a valle (giurisprudenza univoca).

La questione sarà semplificata, pare, dal decreto del MIT di cui all'articolo 89, comma 11, del Codice che, per come formulato, in qualche modo semplifica il sistema come segue:

- dalla disciplina previgente con le 3 fattispecie: superspecializzate di importo superiore al 15% del totale, categorie a qualificazione obbligatoria di importo superiore a 150.000 euro o al 10% dell'importo totale ma surrogabili con la qualificazione nella prevalente e obbligo di subappalto; categorie a qualificazione non obbligatoria;

---

<sup>14</sup> Corte di Giustizia della U.E., terza sezione, sentenza del 14 luglio 2016, causa C-406/14 (città di Wroclaw vs. Ministero delle infrastrutture e dello sviluppo della Polonia).



- alla nuova disciplina con sole 2 fattispecie: superspecializzate di importo superiore al 10% del totale e categorie a qualificazione non obbligatoria.

Avremo quindi un forte impulso alle aggregazioni di concorrenti in forme di raggruppamento temporaneo o di consorzio, dal momento che le restrizioni imposte alle categorie superspecializzate (corredate anche dal divieto di avvalimento) limiteranno la libertà d'azione delle imprese singole.

Ulteriore novità, fortunatamente confinata agli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, a meno che la Stazione appaltante sia affetta da masochismo e la applichi anche per contratti sottosoglia, è costituita dall'obbligo di indicare una terna di subappaltatori.

La disposizione (articolo 105, comma 6) si applica, di norma, solo ai lavori, servizi o forniture per i quali non sia necessaria una "particolare specializzazione" (definizione tutt'altro che precisa). Per i lavori si può sostenere che i lavori per quali non è necessaria una "particolare specializzazione" siano le poche categorie a qualificazione non obbligatoria, le quali possono essere fatte agevolmente assorbire nella prevalente neutralizzando la questione della terna. Nei servizi e nelle forniture sarà sempre opinabile cosa richiede o meno una particolare specializzazione. Si ritiene che il concorrente non sia obbligato a indicare la terna qualora non dichiari di avvalersi del subappalto, malgrado la perentorietà della norma. Perentorietà «È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori ...» che fa dubitare della possibilità di soccorso istruttorio per i soggetti che non forniscono l'indicazione oppure indicano solo uno o due subappaltatori, per ciascuna categoria o, all'opposto, ne indicano quattro. Sul punto si propende tuttavia per l'applicabilità del soccorso istruttorio (oneroso) finalizzato rispettivamente a integrare i subappaltatori o espellere il subappaltatore indicato in eccesso.

Restano inoltre aperti altri problemi di incerta soluzione:

- 1) due offerenti in concorrenza tra di loro possono indicare nella propria terna uno o più d'uno dei medesimi subappaltatori?
- 2) un subappaltatore indicato può presentare un'offerta autonoma in concorrenza con l'operatore che lo ha indicato?
- 3) l'esclusione di subappaltatori indicati che incorrono nei motivi ostativi di cui all'articolo 80, travolge anche l'offerente che li ha indicati?
- 4) è possibile la variazione del subappaltatore dopo la stipula del contratto?
- 5) l'articolo 29, comma 2, della legge Biagi (sulla responsabilità solidale per due anni in materia di retribuzione e oneri sociali), inapplicabile alle pubbliche amministrazioni, è applicabile alle società pubbliche o miste e ai privati che agiscono come stazioni appaltanti (concessionari, sviluppatori urbani, lottizzanti ecc.)?

Proviamo ad ipotizzare alcune risposte, sicuri di essere smentiti su tutta la linea:

1) sì a meno che emerga la fattiva partecipazione del subappaltatore in comune alla formulazione dell'offerta; diversamente opinando si attribuirebbe al subappaltatore un'influenza sull'andamento della gara del tutto sproporzionata; inoltre moltiplicando per 3 le fattispecie di incompatibilità (o per 6 o per 9 in presenza di più categorie non specializzate), si ridurrebbe irragionevolmente la platea dei concorrenti;

2) no, per i motivi, uguali e contrari, a quelli sub. 1); in questo caso la commistione di interessi appare evidente;

3) sì, in tal senso depone chiaramente l'articolo 80, comma 1;

4) è obbligatoria la sostituzione del subappaltatore se questi incorre, successivamente alla stipula del contratto, in un motivo di esclusione di cui all'articolo 80 (articolo 80, comma 14 e articolo 105, comma 12); negli altri casi si dubita della possibilità di variazione dei subappaltatori se non all'interno della terna già indicata (diversamente non si comprenderebbe il perché della tripla designazione); si ritiene tuttavia che sia possibile la sostituzione di un subappaltatore indicato nei casi eccezionali non dipendenti dalla volontà delle parti (morte, fallimento ecc.);

5) sì, l'esenzione dall'applicazione dell'articolo 29, comma 2, è riservata «*ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*» e, trattandosi di norma eccezionale, non trova interpretazioni estensive o applicazione con criteri di analogia. Quindi il regime della responsabilità biennale si applica alle stazioni appaltanti diverse dalle amministrazioni pubbliche.

### **9. Il soccorso istruttorio e alcuni casi particolari (contributo ANAC e costi sicurezza)**

Il nuovo soccorso istruttorio, dissipati alcuni dubbi sul vecchio, ha comportato alcune novità. In primo luogo sulla legittimità della sanzione, alla luce dell'articolo 1, comma 1, lettera z), della legge delega «*piena possibilità di integrazione documentale **non onerosa** di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta*». Quindi semmai si rileva un contrasto con la legge delega ma non pare con la Direttiva. Tanto che i TAR Lazio, Roma, sezione III, con ordinanza n. 10012 del 3 ottobre 2016 ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione della sanzione del vecchio articolo 39, comma 2-bis, sotto il profilo di eccessiva onerosità che viola il principio della massima partecipazione e della parità di trattamento rispetto alle piccole imprese (notoriamente con scarse risorse finanziarie) ma non sotto il profilo del contrasto con la direttiva. Rinvio che il nuovo soccorso istruttorio (che ha ridotto la sanzione massima da 50.000 a 5.000 euro) potrebbe rendere inutile.

Il mancato pagamento del contributo all'ANAC è sempre stato considerato causa di esclusione irrimediabile, senza possibilità di soccorso istruttorio (peraltro problematico nella pratica per la difficoltà di versare in ritardo dopo la data di scadenza per la presentazione delle offerte indicata in fase di perfezionamento del CIG). Tuttavia recentemente, proprio in merito al contributo ANAC, la Corte di Giustizia UE, con sentenza del 2 giugno 2016 nella causa C-27/15 (seconda questione, Pizzo vs. CRGT s.r.l./Autorità portuale di Messina), vincolante per l'amministrazione, ha stabilito che il diritto comunitario non consente l'esclusione di un offerente in seguito al mancato rispetto di un obbligo che non risulta espressamente dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto o da un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali. Ora è noto che il contributo è stato introdotto dall'articolo 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005 (confermato dall'articolo 213, comma 12, del Codice) esclusivamente «*quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di **opere pubbliche***» (letteralmente nel testo); l'estensione alle procedure per servizi e forniture è stata fatta con provvedimento di ANAC (atto amministrativo peraltro sfornito di legittimazione specifica), poi distrattamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa.

Pare di capire, dunque, che il mancato pagamento del contributo ANAC, nelle gare di servizi e forniture, non possa essere causa di esclusione e, se imposto in modo inequivocabile

dal bando, possa essere oggetto di soccorso istruttorio, sempre che non incappi nella nullità di cui all'articolo 83, comma 8, molto più incisiva rispetto al vecchio articolo 46, comma 1-bis. Nulla cambia invece per i lavori.

Quanto all'annosa questione della (non) applicabilità del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendali, dopo le note pronunce dell'Adunanza Plenaria ma, soprattutto dopo il combinato disposto dell'articolo 83, comma 9 (che esclude il soccorso istruttorio per irregolarità o incompletezze *«afferenti all'offerta»*) e dell'articolo 95, comma 10, del Codice, che impone l'indicazione dei costi di sicurezza aziendali nell'offerta, la partita sembrava chiusa. Tuttavia ambedue le norme andrebbero lette in senso comunitariamente orientato e tenendo conto della legge delega che al già citato articolo 1, comma 1, lettera z) prevede la *«... piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta ...»*. Scartata l'interpretazione secondo la quale gli elementi dell'offerta non possono essere oggetto di soccorso oneroso, ingenerando il dubbio che lo possano essere se il soccorso è oneroso (interpretazione in astratto possibile dal momento che anche la legge delega non è un capolavoro di chiarezza), è evidente, da un punto di vista fattuale, che l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, seppure richiesti a corredo dell'offerta, non attengono per nulla agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta: tanto che la loro indicazione è accettata in gara a prescindere dall'importo <sup>[15]</sup> e, sempre a prescindere dall'importo o dalla sua presenza, non influisce in alcun modo sul merito dell'offerta e sulla graduatoria finalizzata all'aggiudicazione.

Quindi di questa faccenda probabilmente se ne riparlerà.

### **10. Le Linee guida n. 2 (offerta qualità/prezzo)**

Le Linee guida n. 2 (Offerta economicamente più vantaggiosa) approvate con delibera ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016 e pubblicate sulla G.U. n. 238 dell'11 ottobre successivo, non aggiungono un granché alle previsioni previgenti e alla prassi e giurisprudenza formatesi su tali norme.

Non si comprende l'utilità di tali linee guida essendo una mera reiterazione (peggiorativa) delle norme regolamentari previgenti, per di più senza l'articolazione secondo la canonica tecnica normativa (articoli, commi, lettere numeri) ma in forma discorsiva da bar sport. Così invece di dire *«in conformità / in contrasto con l'articolo X, comma Y, della legge n. Z del 0000»* si dovrà dire *«in probabile conformità / in apparente contrasto con il Capo X, paragrafo Y, quinto capoverso, laddove si dice che il macellaio vende la carne e che il bianco non è nero però forse può essere grigio»*.

Nemmeno convince la motivazione circa la maggior flessibilità delle Linee guida come atti amministrativi rispetto a una legge o a un d.P.R.; se la flessibilità è un valore in sé non si comprende l'accusa alle vecchie norme di aver subito continue ed eccessive modifiche (più di 750 in meno di 10 anni); se si invocava una maggior stabilità della disciplina, la risposta con la *soft law* o la *fast law* (di derivazione ormai extracomunitaria) va esattamente in senso opposto alla stabilità. Quindi delle due l'una: o la stabilità (e le linee guida come atti amministrativi ne sono l'opposto) o la flessibilità (che, come detto, era troppa anche quando si operava con legge

---

<sup>15</sup> *Semmai sarà valorizzata in fase di giustificazione delle eventuali anomalie.*

e regolamento).

Ma venendo al punto è del tutto illogica la generalizzazione del criterio basato sul rapporto prezzo/qualità. Non si vuole difendere il criterio del prezzo (che ha i suoi bei difetti) ma quello che è assurdo è imporre un criterio a prescindere dallo specifico oggetto della gara.

### **1. Nei lavori**

In linea generale ci si chiede come articolare i criteri di qualità in gare basate sul progetto esecutivo (praticamente tutte) quando:

- a) l'opera è tecnicamente "povera" (es. viabilità ordinaria, lavori fluviali o marini, edifici semplici, opere di urbanizzazione in genere, manutenzioni); l'Italia non è fatta solo da ponti di Messina o da Nuvole di Fuksas; è fatta principalmente di rotatorie, di scuole, di strade, di impianti sportivi, di acquedotti e fognature, di risanamenti geologici, di restauri ecc.; non pare facilissimo adottare sempre e comunque il criterio qualità/prezzo;
- b) l'opera ha già ottenuto (come di norma) tutti gli atti di assenso, in conferenza di servizi o con approccio singolo (compresa la VIA, i pareri della soprintendenza, l'autorizzazione paesaggistica, i pareri sanitari e antincendio); lascio al lettore immaginare l'offerta di qualità su un immobile con vincolo storico architettonico e autorizzazione acquisita; se il cambio di colore o lo spostamento di una canna fumaria richiedono anche solo un nuovo parere paesistico o antincendio il procedimento è compromesso;
- c) l'opera è non solo definita nei minimi dettagli nel progetto esecutivo (anche questo di norma) ma esprime il risultato perseguito dall'amministrazione ed è un risultato oggettivamente "ottimale", non migliorabile né integrabile (ammesso che le integrazioni siano possibili); qualsiasi variazione, anche astrattamente positiva, potrebbe incontrare un apprezzamento negativo o contrario all'obiettivo dell'amministrazione (con un nuovo sindacato tecnico e una nuova approvazione);
- d) in combinazione tra le fattispecie che precedono, non residuano spazi di miglioramento per le offerte qualitative dei concorrenti.

Non sono di grande aiuto nemmeno i cosiddetti criteri ambientali (spalmati in parte tra i requisiti di partecipazione e in parte tra gli elementi di valutazione, con pericolo di commistione tra i due ambiti) dal momento che se la progettazione esecutiva ha tenuto "doverosamente" conto dei criteri ambientali minimi e "opportunamente" dei criteri ambientali eccedenti i minimi e rispondenti alla *best practice*, non ci saranno più spazi di manovra da parte degli offerenti.

### **2. Nei servizi e forniture**

Incidentalmente le difficoltà sopra esemplificate, come è facilmente intuibile, si ripetono anche negli appalti di servizi e forniture. Un servizio di igiene urbana, di assistenza sociale, di mensa o di scuolabus, se già predefinito a base di gara con livelli ottimali e non migliorabili, non avrà spazi residui di miglioramento (a meno di offrire servizi di trasporto alunni con *limousine* e autisti in livrea o aragoste alla mensa per la scuola dell'infanzia).

In parziale soccorso a tali difficoltà interviene la possibilità di commistione, peraltro

molto limitata e da usare con estrema cautela, tra requisiti soggettivi di qualificazione (quali condizioni di accesso alla gara) e criteri di valutazione dell'offerta. È noto come questi due ambiti siano stati sempre storicamente distinti e separati da una barriera invalicabile, pena la censura in sede giurisdizionale. Infatti il principio pacifico era:

- i requisiti di qualificazione erano riferiti al “soggetto operatore economico” e costituiti dal *background* (requisiti statici: esperienze, certificazioni, organizzazione, ovvero il “passato”), con soglie minime uguali per tutti i concorrenti; nessun privilegio per il più grande, il più bravo o il più esperto; superata la soglia minima il concorrente è ammesso senza altre discriminazioni o graduatorie;
- gli elementi e i criteri di valutazione riferiti allo “oggetto dell'offerta” e costituiti dal *outlook* (requisiti dinamici: la proposta dell'offerente, cioè quello che può fare, fornire, prestare, in caso di aggiudicazione, ovvero il “futuro”) che si conclude con una graduatoria di merito.

In tempi recenti i giudici amministrativi hanno in parte rimosso tale barriera e, sull'onda della nuova direttiva, [16] hanno lasciato spazio alla previsione, nell'offerta, di elementi una volta tipici dei requisiti di ammissione o analoghi a questi ultimi, fermo restando il divieto (che sopravvive) di utilizzare lo stesso elemento sia tra i requisiti di ammissione che tra i criteri dell'offerta.

Tipico di questo mutato sistema è il criterio di valutazione circa «*l'organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto*» accompagnato dalla inevitabile foglia di fico «*qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto*», utilizzato a man bassa nelle gare per l'affidamento di servizi professionali [17] e breccia suscettibile di allargarsi a dismisura negli appalti in genere.

In buona sostanza, per sintetizzare il concetto in un esempio, la “capacità organizzativa nella gestione del cantiere, le professionalità messe a disposizione per l'esecuzione delle prestazioni” sono cosa diversa dalla “capacità dimostrata nella gestione dei cantieri, le professionalità utilizzate nell'esecuzione delle prestazioni”, vi è la differenza tra “futuro” e “passato” e la seconda condizione non può che essere usata con cautela e con misura, [18] anche con un occhio alle piccole e medie imprese.

Diversamente (ovviamente è un caso limite paradossale) ACS-Hochtief o China Communications Construction Group vincerebbero tutte le gare e non ce ne sarebbe più per nessuno.

Altro elemento di commistione tra requisiti e offerta sono le certificazioni. A parte la certificazione ISO9001 obbligatoria negli appalti di lavori, in molti casi è stata ritenuta legittima l'attribuzione del punteggio ad altre certificazioni [19] e addirittura prevista dal Codice (etichettatura Ecolabel).

Diverso è invece il caso di commistione tra offerta tecnica e offerta economica o, per meglio dire, tra offerta a valutazione tecnico-discrezionale e offerta a valutazione aritmetico-

---

<sup>16</sup> Considerando (94) e articolo 67, paragrafo 2, lettera b), recepito dall'art. 95, comma 6, lettera e), del Codice e ripreso nelle Linee guida ANAC.

<sup>17</sup> Corte di giustizia della UE, quinta sezione, 26 marzo 2015, causa C-601/13 (Ambisig vs. Nersant).

<sup>18</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970.

<sup>19</sup> Ex multis, da ultimo TAR Brescia, sez. II, n. 905 dell'1 luglio 2016 (certificazione OHSAS).

vincolata. È nota anche qui la barriera invalicabile che divide i due ambiti, sull'ovvio presupposto che la valutazione tecnica non può e non deve essere influenzata (nemmeno potenzialmente) dalla conoscenza dell'offerta economica. Si tratta di una radicata e immutabile condizione di rispetto dei principi di trasparenza e di parità di condizioni.

Contrariamente ad alcune rigide posizioni del passato, questo principio è stato ritenuto non vulnerato quando l'offerta tecnica contiene elementi economici o aritmetici, anche dettagliati, laddove non siano idonei a rivelare in anticipo il contenuto dell'offerta economica. Ad esempio è stato ritenuto ammissibile un computo metrico estimativo delle sole lavorazioni o prestazioni oggetto dell'offerta tecnica, eccedenti o diverse rispetto al progetto posto a base di gara. Tale fattispecie, oltre ad essere inidonea a rivelare l'offerta tecnica è stata ritenuta utile al fine di conferire credibilità e, in qualche misura, veridicità all'offerta tecnica. [20]

Lo stesso vale per le offerte di riduzione di tempo, se nell'offerta tecnica è presente un cronoprogramma neutro (pari alla base di gara o su base 100).

Del resto è difficile separare rigidamente le due questioni se i punteggi da attribuire alle certificazioni o alla consistenza del personale sono noti non solo prima dell'apertura delle offerte, ma prima dell'apertura della gara (trattandosi di notizie accessibili pubblicamente).

### **11. Protocolli di legalità e patti di integrità**

Aspetto marginale, ma non troppo, i cosiddetti "protocolli di legalità" e/o "patti di integrità" introdotti dall'articolo 1, comma 17, della legge n. 190 del 2012: «*Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara*». [21]

Esaminate alcune decine di patti e protocolli, i più vari e fantasiosi, inclusi in quello strumento oggettivamente assurdo che è il "piano triennale anticorruzione", il risultato è che si tratta nella maggior parte dei casi di chiacchiere inutili, ripetizioni ridondanti di condizioni già previste dalla normativa e confuse condizioni integrative al contratto, che nulla hanno a che vedere con la legge del 2012. Detta norma dispone che «... *il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli ... o nei patti ... costituisce causa di esclusione dalla gara ...*»; si tratta quindi di condizioni che attengono la "gara" e non il contratto; condizioni che, appunto perché relative alla fase di scelta del contraente sono già totalmente presidiate dalla normativa vigente.

Altre condizioni (irrogazione di sanzioni o applicazione di penali, modelli comportamentali nell'esecuzione dei lavori) hanno una loro dignità, ma la loro efficacia nasce dalla loro natura contrattuale, ammessa dall'ordinamento giuridico, e sono estranee alla fonte legislativa del 2012. Senza contare che protocolli e patti contengono al loro interno norme comportamentali destinate alla Stazione appaltante o al personale di questa e quindi non si capisce che interesse possano avere per l'operatore economico.

L'unica utilità di tali strumenti pare proprio sia permettere a sindaci e prefetti di pubblicizzare sui giornali pompose sottoscrizioni di accordi anticorruzione che di

---

<sup>20</sup> Ex multis: TAR Roma, sez. II-ter, 19 luglio 2016, n. 8285; Consiglio di Stato, sez. VI 2 luglio 2015, n. 3295.

<sup>21</sup> Poi esageratamente ampliati in "patti della sicurezza", "protocolli di intenti" e altri prodotti della fantasia burocratica.

anticorruzione hanno solo la qualifica nominale, oppure di dare un po' di importanza a funzionari frustrati che, nominati responsabili anticorruzione, inseguono le formalità e rifuggono dalla sostanza.

Ma la fantasia burocratica non ha limiti: molte stazioni appaltanti non si limitano a prescrivere l'obbligo di rispettare i protocolli e i patti, ma impongono che questi siano stampati e sottoscritti, pagina per pagina (sic!) e allegati all'offerta a pena di esclusione. Ma l'esclusione può operare solo per chi non ne rispetta le prescrizioni sostanziali e non per chi, accettandoli espressamente con propria dichiarazione, non li allega. Tale conclusione è palesemente contraria al diritto comunitario [22] e, tuttalpiù, può essere richiesta una dichiarazione di accettazione dei patti e protocolli (o, per quelli di natura contrattuale, di impegno alla loro sottoscrizione in caso di aggiudicazione).

Campione negativo in questo senso è il CIPE, che dovrebbe essere un esempio e in effetti lo è, ma in senso negativo.

Chi ha esperienza di gara nell'ambito della legge obiettivo (grandi infrastrutture) ha sperimentato che esiste un organo che detta disposizioni in maniera ancora più confusa di quanto riconducibile ad ANAC. Si tratta di alcune decine di delibere (sparse all'interno di altre centinaia il cui ordinamento non è immediatamente percepibile e il cui reperimento nel testo ufficiale non è semplicissimo), con modifiche periodiche, che impongono l'esclusione o, a seconda del caso, la revoca del finanziamento, se l'offerta non è corredata dall'originale (sic!) o da copia di protocolli di legalità, il cui testo di qualche pagina è una raccolta di banalità, e dove ancora si ragiona di certificati camerali con dicitura antimafia (soppressa da anni), di obblighi di tracciabilità e in materia di subappalto già ampiamente disciplinati da norma primarie.

## **12. Il Profilo di committente**

Due parole sul profilo di committente che assume molta importanza agli effetti delle ammissioni ed esclusioni di cui all'articolo 29, comma 1, e della pubblicità delle gare mediante procedura negoziata oltre che delle gare con procedura aperta o ristretta se di importo non superiore a 500.000 euro.

In generale assume importanza a tutti i livelli essendo stato elevato a strumento di generale trasparenza in materia di contratti.

Tralasciamo l'ipertrofia normativa in materia di pubblicazioni e comunicazioni (oltre all'articolo 29 del Codice, i decreti legislativi n. 90 del 2012 e n. 33 del 2013, le molteplici comunicazioni all'ANAC, agli Osservatori, al MIT, al CIPE, alla Corte dei conti); sappiamo che ormai nelle pubbliche amministrazioni vi sono funzionari il cui lavoro è esclusivamente quello di inserire e caricare dati e codici fiscali su siti che nessuno legge, distogliendoli da ben più importanti compiti operativi. In buona sostanza il coacervo normativo in nome della trasparenza e dell'anticorruzione *«Costruisce un'impalcatura forse troppo burocratica. Dà malignamente la sensazione che si voglia tenere la gente occupata a riempire scartoffie o per impedire di corrompere o di farsi corrompere o di combattere la corruzione»*. [23]

Né risulta che i grandi scandali siano stati scoperti rincorrendo il CIG o il CUP (nemmeno è corretto incolpare il vecchio Codice, essendo maturati proprio in deroga o in violazione del

---

<sup>22</sup> Corte di giustizia della UE, decima sezione, 22 ottobre 2015, causa C-425/14 (Edilux vs. Regione Sicilia).

<sup>23</sup> Giovanni Maria Flick, intervista a L'Espresso, 5 dicembre 2014.

Codice).

Ma veniamo al punto: trasparenza e profilo di committente. Dovrebbe essere la cosa più facile, sul sito web istituzionale di un'amministrazione pubblica rintracciare il profilo di committente. La finalità è che le informazioni ivi riportate siano chiaramente reperibili e decifrabili, con immediatezza.

Invece scopriamo che per accedere ad una gara su un dato sito web bisogna conoscere il CIG, con la differenza che per conoscere il CIG bisognerebbe aver accesso alla gara. Oppure profili di committente che per essere rintracciati richiedono di percorrere un labirinto di link e di rinvii dove si perderebbe anche Teseo, per poi approdare ad una bella schermata con la scritta «pagina indisponibile»; siti ai quali per accedere bisogna registrarsi, indicando anche il codice fiscale della suocera e via discorrendo.

Oggi, dal momento che è dalla pubblicazione sul profilo di committente che decorrono i termini decadenziali per impugnare le ammissioni e le esclusioni, un profilo di committente non facilmente accessibile potrebbe legittimare un differimento dei termini per il ricorso: se il presupposto è la conoscenza della lesione dell'interesse legittimo, il differimento è dovuto se questa conoscenza non sia possibile o sia eccessivamente gravosa per negligenza della stazione appaltante nella collocazione delle pubblicazioni telematiche.

Forse sarebbe utile che i gestori dei siti web delle amministrazioni si rilegessero i d.p.c.m. 26 aprile 2011 e 22 luglio 2011.