

Dispensa relativa alla lezione tenuta su incarico dell’A.T.S. di Cagliari in data 13 giugno 2018 (mattina), dal titolo:

*“Gli appalti pubblici alla luce del decreto Correttivo n. 56/2017
e delle novità giurisprudenziali ed ANAC”*

di Antonio Plaisant

SOMMARIO:

| | |
|---|----|
| 1. Le linee guida ANAC e le altre fonti esterne | 2 |
| 2. Il principio della suddivisione in lotti | 7 |
| 3. Individuazione dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza in seno alle offerte economiche.. | 11 |
| 4. Verifica di anomalia delle offerte | 13 |
| 5. Obblighi di trasparenza e termini per l’impugnazione delle ammissioni: artt. 29 del Codice dei contratti e 120, comma 2 bis, c.p.a. | 17 |
| 6. L’estensione dell’efficacia dei contratti già stipulati ad altri plessi della stessa amministrazione | 18 |
| 7. La risoluzione di precedenti contratti e la conseguente esclusione del concorrente da essa colpito .. | 30 |
| 8. Il requisito della regolarità fiscale | 31 |
| 9. Il principio di rotazione nei cc.dd. “piccoli appalti” | 32 |
| 10. La Commissione giudicatrice | 35 |
| 11. Affidamenti con procedura negoziata senza pubblicazione del bando: art. 63 del codice | 38 |
| 12. Il soccorso istruttorio | 43 |

1. Le linee guida ANAC e le altre fonti esterne

Come noto il Codice prevede numerose fonti eterointegrative, che di seguito proviamo a riassumere.

LINEE GUIDA E ALTRI ATTI DELL'ANAC (in neretto quelle attualmente pubblicate in G.U e quindi in vigore):

art. 31 (requisiti e compiti del RUP): vedi **Linee guida n. 3** approvate con delibera ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016, recanti *“Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni”*.

art. 36 (procedure dei contratti sotto soglia) Vedi **Linee guida n. 4**, approvate con delibera ANAC n. 1097 del 26 ottobre 2016, recanti *“Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*

art. 38 (modalità attuative della qualificazione delle stazioni appaltanti)

art. 46 servizi di architettura e ingegneria: **Linee guida n. 1**, approvate con delibera ANAC n. 973 del 14 settembre 2016, recanti *“Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”*

art. 63 procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili: **Linee guida n. 8** approvate con Delibera numero 950 del 13 settembre 2017

art. 71 (bandi tipo)

art. 78 (requisiti per l'iscrizione nell'albo dei commissari di gara): vedi **Linee Guida n. 5** approvate con delibera ANAC n. 1190 del 16 novembre 2016, recanti *“Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”*

art. 80 (mezzi di prova delle cause di esclusione dalle gare): vedi **Linee guida n. 6**, approvate con delibera ANAC n. 1293 del 16 novembre 2016

art. 83 (qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori nei settori ordinari)

art. 83 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni)

art. 84 (rating di impresa)

art. 84 (sistema SOA, vigilanza su SOA, vigilanza sistema di qualificazione e controlli a campione)

art. 84 (revisione straordinaria delle SOA e proposte revisione sistema attuale di qualificazione)

art. 94 offerta economicamente più vantaggiosa: vedi Linee guida n. 2, approvate, recanti *“Offerta economicamente più vantaggiosa”*

art. 110 (requisiti partecipazione operatori sottoposti fallimento)

art. 177 (verifica rispetto percentuale di esternalizzazione affidamenti da parte dei concessionari)

art. 192 (Elenco amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di propri organismi in house): vedi Linee guida n. 7 approvate Delibera n. 951 del 20 settembre 2017

art. 194 (criteri dell'albo stazioni appaltanti che fanno affidamenti in house)

art. 197 (requisiti di qualificazione del contraente generale)

DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

art. 22 (opere soggette a dibattito pubblico)

art. 25 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell'interesse archeologico)

art. 37 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)

art. 37 (requisiti delle centrali di committenza)

art. 41 (revisione accordi e convenzioni quadro)

art. 212 (organizzazione della cabina di regia)

DECRETI DI ALTRI MINISTRI

- art. 1 MINESTERI (appalti all'estero)
- art. 24 MINGIUSTIZIA (corrispettivi per i progettisti)
- art. 25 MIBAC (elenco soggetti qualificati)
- art. 34 MINAMBIENTE (criteri di sostenibilità ambientale, percentuale prestazioni negli appalti)
- art. 44 MINSemplificazionePA (digitalizzazione procedure contrattuali pubbliche)
- art. 103 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione)
- art. 104 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione per lavori di particolare valore)
- art. 114 MINSALUTE (servizio di ristorazione ospedaliera)
- art. 144 MISE (buoni pasto servizio sostitutivo mensa)
- art. 146 MIBAC (qualificazione per appalti relativi a beni culturali)
- art. 159 MINDIFESA (appalti nel settore della difesa)
- art. 185 MEF (definizione delle garanzie per obbligazioni delle società di progetto)
- art. 201 DPR (approvazione PGTL)
- art. 203 MININTERNO (monitoraggio infrastrutture e insediamenti prioritari)
- art. 215 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici)

Uno degli aspetti più discussi della nuova disciplina è quello che riguarda l'efficacia delle fonti esterne.

Cominciando dai **decreti ministeriali** si ritiene che, a prescindere dal *nomen iuris*, essi debbano essere considerati alla stregua di 'regolamenti ministeriali' ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988, con tutto ciò che ne deriva in termini di forza e valore dell'atto (obbligo di applicazione da parte delle stazioni appaltanti, resistenza all'abrogazione da parte di fonti sottordinate, disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale).

Discorso più articolato vale per le **Linee guida ANAC**, che il Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema del nuovo codice, ha distinto **in tre tipologie**:

- a) quelle approvate con decreto ministeriale;
- b) quelle adottate dall'ANAC cc.dd. "vincolanti", in quanto espressamente richiamate, a completamento della disciplina, da norme del Codice dei contratti;
- c) quelle adottate dall'ANAC cc.dd. "non vincolanti".

Quanto al tipo a), la qualificazione è agevole: si tratta di veri e propri regolamenti ministeriali, con tutte le implicazioni del caso.

Altrettanto agevole qualificare la tipologia c): si tratta di atti amministrativi generali assimilabili alle circolari, contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento.

La categoria b) è la più problematica: si tratta, come detto, delle Linee guida vincolanti ma soltanto adottate dall'ANAC e non approvate con decreto del Ministro per le infrastrutture e i trasporti.

Qui la difficoltà risiede prima di tutto nell'antinomia ontologica tra la stessa nozione di linee guida e il carattere vincolante: secondo la concezione tradizionale, infatti, le linee guida costituiscono espressione del potere di direttiva, che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative: in definitiva mediante l'indicazione generale di modalità attuative del precetto normativo, non per mezzo di regole cogenti e vincolanti.

Tale discrasia ha legittimato **due distinte ipotesi ricostruttive**, che il Consiglio di Stato, nel formulare il parere sullo schema di decreto legislativo, ha dovuto esaminare:

- la qualificazione delle linee guida vincolanti come atti normativi atipici;
- la loro classificazione come **atti generali di regolazione**, del tipo di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti.

Il Consiglio di Stato ha scelto questa seconda opzione, nonostante mancassero obiettivamente quasi tutti i presupposti normalmente ritenuti necessari affinché detto potere possa essere riconosciuto alle autorità indipendenti, cioè:

- la base costituzionale dello stesso (ad esempio, per la Banca d'Italia, l'art. 47 Cost. in materia di disciplina dell'attività bancaria);
- la copertura europea (che in questo caso sarebbe collegabile, ma in modo obiettivamente assai astratto, ai principi del Trattato di libera circolazione e di concorrenza);
- il carattere settoriale e tecnico -invece che generale e astratto- della regolazione in settori ove il Governo non ha sufficiente imparzialità per intervenire direttamente.

Difatti gli atti di regolazione normalmente corrispondono all'esigenza di affidare a un'autorità indipendente l'introduzione di regole tecniche (tariffe, prezzi di accesso, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali), soprattutto in segmenti di mercato ove l'Esecutivo, per mezzo delle società partecipate, conserva un interesse (diretto o indiretto) che ne sconsiglia l'intervento diretto; viceversa le linee guida dell'ANAC non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, né intervengono in un mercato incompatibile con una regolazione autonoma dal Governo; si pensi, ad esempio, alle linee guida che dovranno definire, per gli appalti di lavori, il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell'avvalimento e il regime delle SOA (artt.83 e 84 del Codice): tutti interventi che rivestono i caratteri di generalità e astrattezza tipici della produzione normativa regolamentare propriamente intesa e che non presentano, invece, alcun profilo tecnico che ne imponga l'affidamento a un'autorità di regolazione diversa dal Governo; inoltre riguardano

un mercato tutt'altro che "settoriale", nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori¹.

Pertanto la riconduzione delle linee guida in esame alla categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti ha obiettivamente rappresentato una "forzatura ermeneutica" indotta dall'esigenza di conservare gli equilibri dell'assetto sinora conosciuto delle fonti, scongiurando un'anomalia ancora peggiore, che sarebbe stata rappresentata dall'introduzione di una nuova e atipica "fonte del diritto" di carattere generale rimessa a un'autorità amministrativa settoriale come l'ANAC, con tutte le difficoltà ricostruttive e sistematiche che ne conseguirebbero.

Comunque i dubbi sulla compatibilità costituzionale delle "Linee guida ANAC vincolanti" restano anche dopo che il Consiglio di Stato le ha ricondotte al novero delle raccomandazioni delle autorità indipendenti: dette linee guida potrebbero, infatti, risultare incostituzionali per violazione dell'art. 117, sesto comma, della Costituzione perché lesive del precetto che configura l'attività di normazione subprimaria come consentita nella sola forma tipica del regolamento; così come le medesime disposizioni legislative potrebbero ritenersi incostituzionali per violazione dell'art. 76 Cost. in quanto contenute in un decreto legislativo senza che la legge delega avesse autorizzato il Governo ad affidare la normazione secondaria a un atto atipico ovvero dell'art. 100 Cost.; per la lesione delle prerogative consultive del Consiglio di Stato come declinate dall'art. 17 legge cit.; non a caso il Consiglio di Stato aveva suggerito al Governo (che, tuttavia, non ha recepito il suggerimento) di riesaminare il riparto della disciplina attuativa tra i modelli dei decreti ministeriali e delle linee guida (consigliando, ad esempio, di ricondurre al primo schema le linee guida previste dagli artt. 83 e 84).

Allo stato attuale, comunque, quali sono le conseguenze della riconduzione delle Linee Guida di cui si discute agli "atti di regolazione" delle autorità indipendenti?

Se stiamo alla precedente giurisprudenza, nata in relazione agli atti regolativi delle autorità indipendenti di spessore realmente settoriale e tecnico-discrezionale (vedi supra), la funzione concreta di tali atti è quella di "colmare un vuoto" lasciato dalla normativa primaria, adottando atti di indirizzo che assumono valore "paranormativo", per cui la "Linea guida ANAC vincolante" si pone alla stregua di atto di *soft law* "paranormativo", tanto che essa viene sottoposta al parere preventivo del Consiglio di Stato, alla consultazione on line e poi definitivamente approvata e pubblicata in Gazzetta.

In quest'ottica, le amministrazioni sono tenute a rispettare le linee guida, nel senso che un discostamento appare ipotizzabile solo quando la stessa sia evidentemente contraria alla norma primaria, perché ciò consente allo stesso G.A., in caso di impugnazione di un atto "a valle", di

¹ Cfr. C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* su ogospa.it/images/stories/Allegati-news/2015/linee-guida-anac-carlo-deodato.pdf.

disapplicare la linea guida difforme e confermare la validità dell'atto applicativo divergente da essa.

La questione è stata affrontata dalla recente sentenza del T.A.R. Pescara, Sez. I, 28 marzo 2018, n. 125, che, peraltro, ha riguardato la violazione di linee guida non vincolanti (si trattava delle linee guida n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa).

Il T.A.R. ha evidenziato la sostanziale illegittimità degli atti di gara se lo scostamento non viene opportunamente motivato dal RUP.

Nel caso di specie, si trattava della scorretta valutazione espressa dai commissari -circa il metodo del confronto a coppie- che invece di esprimersi singolarmente (in modo indipendente come anche evidenziano le linee guida n. 2) hanno espresso, nella sostanza - vista l'identità del punteggio assegnato - una valutazione concertata.

Le linee guida, si legge in sentenza, pur non avendo un carattere di regolamento e quindi direttamente vincolante (cfr. Consiglio di Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855; parere 2 agosto 2016, n. 1767), in quanto del resto "atipiche" e definite espressamente flessibili ai sensi dell'art. 213, co. 2 del D.Lgs. n. 50/2016- provengono pur sempre dall'Autorità preposta alla vigilanza del settore di attività amministrativa in questione e, quindi, anche se nello specifico non sono correlate ad un determinato potere sanzionatorio rivelatore di un rapporto di supremazia speciale, racchiudono indicazioni tratte dalla prassi oggetto di osservazione da parte della predetta Autorità, sicché, quale atto di ricognizione della prassi delle amministrazioni, hanno sicuramente il valore della prassi stessa che riepilogano.

La violazione di queste linee guida viene, pertanto, configurata in termini di eccesso di potere anche perché il RUP non ha giustificato come mai abbia ritenuto di discostarsene; motivazione tanto più necessaria ed ardua quanto più si consideri il carattere tecnico di tali indicazioni che mirano, appunto, a suggerire il rispetto di quelle modalità che meglio consentano il perseguimento del fine della più corretta applicazione del sistema di valutazione delle offerte

2. Il principio della suddivisione in lotti

La questione è regolata dall'art. 51 del Codice, che così recita:

“1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg), in conformità' alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella

lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.

2. Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti.

3. Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà' di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo.

4. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti al medesimo offerente, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati, nonché le modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti”.

La norma è certamente innovativa perché inverte il sistema precedente: ora la regola generale è quella della suddivisione in lotti, per favorire l'apertura del mercato anche a imprese non troppo grandi.

Tuttavia tale previsione normativa ha generato alcuni interrogativi.

In primo luogo ci si è chiesti se, e a quali condizioni, il principio della suddivisione possa essere derogato.

A tale quesito ha dato risposta positiva il Consiglio di Stato, statuendo che *“il principio generale che favorisce la suddivisione in lotti, di cui all'articolo 51 del Dlgs 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), può essere derogato con una decisione espressione del potere discrezionale della pubblica amministrazione, che deve essere adeguatamente motivata e corrispondere a una scelta ragionevole e proporzionata, preceduta da adeguata istruttoria”*

Se si esamina la vicenda specifica si scopre che il margine di discrezionalità lasciato all'amministrazione è obiettivamente ampio.

Si trattava di una gara indetta da un Comune con lotto unico per il servizio di gestione, controllo e complementare pulizia di aree di sosta automatizzata.

In questo caso il Consiglio ha ritenuto che:

“L'opzione del lotto unico risulta ragionevole perché la commessa riveste carattere unitario, in quanto sia il servizio di gestione e controllo sia il servizio complementare di pulizia hanno ad oggetto le medesime aree di parcheggio e i medesimi impianti di risalita. Inoltre, si tratta di servizi che rispondono alla medesima finalità di garantire il corretto funzionamento e la migliore fruibilità del sistema integrato composto da parcheggi e impianti di mobilità alternativa. La scelta di non frazionare l'appalto in lotti, nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare può ritenersi ragionevole e non illogica o arbitraria: non può sottacersi infatti, sotto altro concorrente profilo, che le attività prestazionali oggetto dei suddetti servizi non esigono specializzazioni, né qualifiche particolari che impongano, giustificano o rendano anche solo opportuna una suddivisione in lotti.

In particolare, con la suddetta delibera l'Amministrazione comunale ha dato atto che i parcheggi di Via Roma e Campo della Fiera con relativi impianti di mobilità alternativa risultano gestiti direttamente dal Comune con personale dipendente, mentre la gestione dell'area attrezzata a sosta breve di camper e caravan in Orvieto Scalo e quella degli impianti (scale mobili e ascensori) di Piazza della Pace è affidata in concessione, rispettivamente, a due diversi operatori economici. Pertanto, ritenuta la gestione dei servizi legati ai parcheggi ed alla mobilità alternativa scelta strategico nell'amministrazione della città e considerata la volontà di investire per il completamento e miglioramento proprio dei servizi legati ai parcheggi e alla mobilità alternativa, l'amministrazione ha deciso non irragionevolmente potenziare e razionalizzare i servizi ausiliari di funzionamento, in particolare, rivestendo importanza fondamentale garantire un incremento del funzionamento dei collegamenti meccanizzati tra il parcheggio di Campo della Fiera ed il centro storico con una minima interruzione notturna ed al tempo stesso incrementare il livello di presidio e di sorveglianza di tutti gli impianti di mobilità alternativa attraverso il completo sistema di monitoraggio e controllo da remoto gestito da personale appositamente dedicato presso un'unica centrale operativa.

Inoltre, è stato ancora ragionevolmente ritenuto che costituisce, altresì, scelta strategica dell'Amministrazione, potenziare e razionalizzare la propria organizzazione interna preposta al funzionamento dei parcheggi attraverso il reimpiego delle due unità attualmente utilizzate per il presidio della cassa manuale e funzionale, rispetto agli obiettivi strategici sopra individuati, ed estendere il presidio, garantendone il funzionamento su un arco di tempo giornaliero di 20,5 ore, unificando conseguentemente in un unico appalto tutti i suddetti servizi”.

In secondo luogo resta da capire quale sia il limite massimo dimensionale dei lotti, che la norma non precisa, indicando solo il risultato da raggiungere, che è quello della possibilità di accesso delle piccole e medie imprese.

Ma, proprio per questo, anche la relativa scelta non può che essere rimessa a valutazioni discrezionali dell'amministrazione, sindacabili dal G.A. secondo i consueti parametri di ragionevolezza e completezza della motivazione.

Si veda al riguardo Consiglio di Stato, Sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224, secondo cui *“La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente*

ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza. L'intero impianto dei lotti di una gara non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di par condicio, di non-discriminazione e di trasparenza di cui all' art. 2, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. A corollario dell'effettività della regola generale, è quindi stata posta la previsione di un specifico obbligo di motivazione delle ragioni circa la divisione dei lotti proprio perché il precetto è in funzione della tutela della concorrenza, ed a tale situazione deve essere equiparata la previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui. E' illegittima la suddivisione in lotti di un appalto pubblico laddove integri la duplice violazione del principio della libera concorrenza sia in senso oggettivo che in senso soggettivo”.

In materia di suddivisione in lotti, rileva, poi, la precisazione operata dal Consiglio di Stato, a proposito dei requisiti di partecipazione, secondo cui è *“Legittima la disciplina di gara che prevede, che nel caso in cui il medesimo concorrente intende partecipare a più lotti avrebbe dovuto dimostrare di possedere un fatturato pari almeno alla somma dei fatturati richiesti per la partecipazione ad ogni singolo lotto e la conseguente esclusione disposta nei confronti di un concorrente che non possiede il predetto requisito. La finalità della previsione di gara suddetta è quella di garantire che l'aggiudicatario abbia una solidità finanziaria tale da consentirgli di poter eseguire contemporaneamente le prestazioni relative ad una pluralità di lotti e tale previsione è anche attualmente codificata all' art. 83, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 che stabilisce che “per gli appalti divisi in lotti, il presente comma si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia le stazioni appaltanti possono fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono possedere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente”. Allo stesso modo, l'impresa che intende assumere il ruolo di mandataria in tale pluralità di lotti, deve dimostrare di possedere il requisito del fatturato (quindi del fatturato cumulativo richiesto per la partecipazione a detti lotti) in misura maggioritaria rispetto alle mandanti. Se la medesima ATI, infatti, partecipa a più lotti ed indica per ogni lotto la stessa impresa come mandataria, deve coerentemente dimostrare che tale impresa sia in possesso del requisito del fatturato “cumulato” in misura maggioritaria, non essendo sufficiente che la mandataria dimostri di essere in possesso del requisito del fatturato in misura maggioritaria lotto per lotto, ossia con riguardo ai singoli lotti individualmente considerati, proprio perché essa ambisce a svolgere il ruolo di mandataria in una pluralità di lotti”: così Consiglio di Stato, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2043.*

L'autonomia dei vari lotti torna, però, a rilevare sotto il diverso profilo esaminato da T.A.R. Napoli, Sez. I, 9 aprile 2018, n. 2285, nel senso che l'eventuale partecipazione a più lotti di imprese la cui offerta sia riconducibile allo stesso “centro” di volontà è irrilevante e non può determinare neppure un'autonoma causa di esclusione; nella sentenza si legge che le offerte

presentate dalle imprese, “asseritamente riferibili ad un unico centro decisionale, riguardavano lotti diversi”, per cui non può trovare applicazione né la previsione di cui all'art. 80, co. 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, “né quella contenuta nel disciplinare di gara che sanzionava con l'esclusione l'eventuale riconducibilità ad un medesimo centro decisionale delle offerte presentate da più concorrenti”.

3. Individuazione dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza in seno alle offerte economiche

Ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal Correttivo, “Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)”.

Per quanto riguarda l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza, esso è, quindi, divenuto tassativo, recependo i noti arresti giurisprudenziali intervenuti nella vigenza del precedente Codice, per cui la sua omissione comporta esclusione dalla gara e impossibilità di attivare il soccorso istruttorio, in quanto si tratta di un aspetto dell'offerta e non della carenza di un documento amministrativo: in questo senso si vedano T.A.R. Umbria, Perugia, 22 gennaio 2018, n. 56; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7 settembre 2017, n. 577; T.A.R. Napoli, Sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 17 novembre 2017, n. 2688).

Restano esclusi gli appalti aventi a oggetto oneri prestazioni intellettuali, per i quali vi è l'apposita eccezione normativa, sui quali si è pronunciato il T.A.R. Bolzano, con sentenza 1 dicembre 2017, n. 319, affermando che: “Con il decreto legislativo n. 56/2017 – in vigore dal 20 maggio 2017 – il legislatore ha modificato l'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti... A tale espresso esonero dall'indicazione dei costi aziendali interni per i servizi di natura intellettuale deve attribuirsi natura ricognitiva e non innovativa, cosicché è nulla, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, la previsione della *lex specialis* che, in caso di servizi di natura intellettuale, sancisca l'esclusione del concorrente che non abbia indicato i propri oneri aziendali”.

Ma la principale novità introdotta dalla norma in questione è rappresentata dalla previsione dell'obbligo di indicare, altresì, **i costi della manodopera**.

Al riguardo il T.A.R. Sardegna, con sentenza della I Sezione 26 aprile 2018, n. 375, ha osservato:

“In linea di diritto, si tratta di stabilire se la separata indicazione del costo della manodopera, prevista dall'art. 95, comma 10, è necessaria a pena di esclusione o sia oggetto esclusivamente del giudizio di anomalia dell'offerta

economica di cui all'art. 97, comma 5, lett. d), del codice dei contratti (ai cui sensi, l'offerta è anormalmente bassa se "il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16").

Una prima indicazione circa la natura essenziale della indicazione nell'offerta economica dei dati relativi al costo del lavoro emerge dal tenore letterale della disposizione richiamata, che disciplina in maniera unitaria, e nello stesso contesto normativo, sia l'obbligo di indicare i costi della manodopera sia l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendali. Posto, infatti, che è ormai consolidato l'indirizzo giurisprudenziale (condiviso dalla Sezione anche in recenti occasioni: v. T.A.R. Sardegna, Sezione Prima, 7 settembre 2017, n. 577) secondo cui per le gare indette nella vigenza del nuovo codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) la mancata indicazione degli oneri aziendali concreta la violazione della specifica prescrizione imposta dall'articolo 95, comma 10, del codice, e la conseguente esclusione dalla gara (senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, in quanto la richiamata norma del codice «ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo»: così, da ultimo, Cons. St., Sezione Quinta, 7 febbraio 2018, n. 815, al punto 2.1.2. del diritto), non si intravedono ragioni sufficienti per discriminare le conseguenze giuridiche che sarebbero riconducibili alla mancata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera, limitate alla sola verifica della anomalia dell'offerta.

Inoltre, tale diversità di effetti giuridici non è ammissibile nemmeno sul piano sostanziale, posto che i beni tutelati attraverso l'imposizione degli obblighi dichiarativi in questione sono del tutto convergenti, poiché si vuole garantire la tutela del lavoro sia sotto il profilo della applicazione dei contratti collettivi (e, quindi, della tutela della retribuzione dei lavoratori secondo l'art. 36 della Costituzione), sia sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32 Cost., ma anche 2° e 3° comma dell' art. 36, in cui si fissano la durata massima della giornata lavorativa ed il diritto al riposo settimanale nonché alle ferie annuali, che individuano altrettante condizioni necessarie e rilevanti anche per la tutela della salute dei lavoratori).

L'indicazione separata anche del costo della manodopera appare necessaria, pertanto, non solo ai fini della successiva verifica dell'anomalia ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa su tutti i profili sopra evidenziati. Ne deriva come conclusione che l'indicazione si configura come prescrizione di legge da rispettare a pena di esclusione (arg. art. 83, comma 8, penultimo periodo, del codice dei contratti pubblici).

14. - Da quanto osservato, discende altresì l'inammissibilità del soccorso istruttorio, che il codice dei contratti vigente non ammette in tutte le ipotesi di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica (art. 83, comma 9; che l'indicazione dei costi della manodopera costituisca un elemento dell'offerta economica è precisato espressamente dall'art. 95, comma 10, più volte citato)".

Sulla stessa linea si sono poste le successive sentenze, sempre della I Sezione, 4 maggio 2018, n. 403 e 7 marzo 2018, n. 375, nonché Consiglio di Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4301.

Non manca, però, chi ritiene, invece, che l'esclusione per mancata indicazione separata dei costi della manodopera sia possibile solo se espressamente prevista dal bando: così TAR Umbria, Sez. I, 9 aprile 2018, n. 218, relativa a una fattispecie in cui la lex specialis di gara non aveva disposto

alcuna sanzione espulsiva per la mancata indicazione del costo della manodopera, prevedendo viceversa la pena dell'esclusione dalla gara solo in caso di mancata indicazione nell'apposito campo "dell'importo dei costi per la sicurezza aziendale"; inoltre gli artt. 3 e 4 della lettera di invito individuavano essi stessi il costo della manodopera nell'importo non ribassabile pari ad € 93.811,48; pertanto, in virtù di tale disposizione della legge di gara, l'ammontare di tale costo era, comunque, estrapolabile dall'importo complessivo dell'offerta economica, con la conseguenza che la sua mancata menzione nell'ambito delle voci componenti l'offerta medesima si risolveva in una semplice irregolarità formale, in relazione alla quale l'invito di regolarizzazione in sede di soccorso istruttorio non si traduceva in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta (cfr., in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, ord. caut. 7 febbraio 2018, n. 73), ma solo in una mera specificazione e/o conferma di un dato che, pur considerato nel prezzo finale, non è stato riportato separatamente, anche a causa dell'affidamento generato in tal senso dalla sua mancata previsione nel modello di domanda predisposto e "vivamente" raccomandato dalla stazione appaltante.

In senso conforme si sono pronunciati anche T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, ord. caut. 7 febbraio 2018, n. 73; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 settembre 2017, n. 4384; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 20 luglio 2017, n. 8819; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611

4. Verifica di anomalia delle offerte

Sul punto **la giurisprudenza tende a ribadire i tradizionali principi secondo cui:**

“Nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile.

Detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Dal suo canto il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione; d) anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti

errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione": così Consiglio di Stato, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2051.

Ci sono solo tre aspetti da segnalare.

Il primo riguarda la novità introdotta dall'art. 97, comma 5, del Codice, secondo cui *“La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3; b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105; c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 9, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”*

Laddove l'art. 23, comma 16, del Codice statuisce che *“Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione...Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4 (norma che così dispone sul punto *“Fino all'adozione delle tabelle di cui all'articolo 23, comma 16, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui ai decreti ministeriali già emanati in materia”*: n.d.e.). Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso”*.

In sostanza il combinato disposto degli art. 97 e 23 del Codice sembrerebbe considerare tassativo l'obbligo di rispetto delle tabelle ministeriali e, con ciò, decretare l'automatica anomalia dell'offerta che non rispetti i relativi.

Sul punto si attende, però, il formarsi di meditata giurisprudenza, considerato che l'unica pronuncia del Consiglio successiva alla riforma pare essere Consiglio di Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2540, secondo cui *“Se è vero che le tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera espongono dati non inderogabili, si deve altresì convenire che le medesime assolvono ad una funzione di parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi, in sede di verifica, solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa in ordine alle ragioni che giustificano lo scostamento (Cons. St., Sez. V, 30 marzo 2017, n. 1465; 28/6/2011, n. 3865). Un consolidato orientamento giurisprudenziale insegna che la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre*

offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa -tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne- di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 607; 20/7/2016, n. 3271; 7/9/2007 n. 4694; Sez. IV, 29/10/2002, n. 5945). Il principio vale, a maggior ragione, allorquando si pretenda che il raffronto avvenga non con altra specifica offerta presentata nella medesima gara, ma addirittura con dati statistici (nazionali o locali) relativi a gare del settore, dai quali non è possibile trarre alcun elemento atto a dimostrare la sostenibilità dell'offerta nello specifico caso considerato. le prime pronunce sembrano, invece, riaffermare la stesi tradizionale circa il valore meramente indicativo delle tabelle: vedi Consiglio di Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2580 (che però riguardava una gara regolata dal vecchio Codice)": quindi il Consiglio parrebbe ribadire la natura di mero parametro dei valori indicati nelle tabelle, anche se pare volerne rafforzare la tendenziale precettività.

Sempre sul costo della manodopera si ricorda, infine, che *"in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, ecc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni)"*: così T.A.R. Bologna, Sez. I, 19 dicembre 2017, n. 854, che richiama Consiglio di Stato, Sez. 2017, n. 2815

Il secondo aspetto riguarda i rapporti tra verifica di anomalia e riparametrazione.

Nel caso in cui questa sia prevista, il calcolo della soglia di anomalia delle offerte deve essere effettuata sulla base dei punteggi originari, precedenti alla riparametrazione, invece che sui punteggi che emergono all'esito di essa: si veda Consiglio di Stato, Sez. III, 11 settembre 2017, n. 4280 e Sez. V, 30 gennaio 2017, n. 373, ma anche T.A.R. Sardegna 19 aprile 2017, n. 262.

Molto più dubbi, invece, **i rapporti tra verifica di anomalia (ovvero altre operazioni relative ai punteggi) e c.d. principio di invarianza.**

La problematica riguarda i casi in cui una causa di esclusione dalla gara emerga *ex post*, cioè dopo che la stazione appaltante ha terminato la fase a ciò deputata e ha iniziato o deve iniziare l'attribuzione dei punteggi o la verifica di anomalia.

Si tratta, allora di stabilire se, a questi fini, rilevi o meno (e sino a quale momento) l'esclusione postuma di una delle imprese inizialmente ammesse, la quale possa incidere sui calcoli successivi.

Sul punto si richiama la recentissima sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7 giugno 2018, n. 565, tra le poche a occuparsi del problema, che richiamo nelle parti di interesse.

"Con il secondo motivo si sostiene che -anche laddove la prima censura fosse ritenuta infondata- l'esclusione del Consorzio V.T. non avrebbe, comunque, dovuto condurre la stazione appaltante a ricalcolare la media dei ribassi

e, su tale base, a riformulare la graduatoria in danno della ricorrente; ciò sulla base del c.d. “principio di invarianza” -di cui all’art. 38, comma 2 bis, ultima parte, del d.lgs. n. 163/2006- che la stazione appaltante avrebbe, invece, erroneamente ritenuto applicabile alle sole gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, mentre questa tesi troverebbe smentita nel pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui il divieto di modificare la graduatoria -una volta esaurita la fase di ammissione delle offerte- vale pienamente in tutte le gare, comprese quelle rette dal criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La censura non merita condivisione.

Deve premettersi che il c.d. principio dell’invarianza trova fondamento normativo nella scarsa previsione di cui all’art. 38, comma 2 bis, ultima parte, del d.lgs. n. 163/2006, a mente del quale “Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte”.²

Tale tenore normativo è, obiettivamente equivoco, perché non chiarisce se l’effetto preclusivo scatti con l’ultima delle ammissioni o esclusioni dalla gara o se, invece, coincida con la data di adozione del provvedimento di aggiudicazione, il quale sancisce la formale chiusura della fase selettiva e apre quella volta al perfezionamento del rapporto contrattuale.

Sul punto il Collegio ritiene preferibile quest’ultima opzione ermeneutica, già affermata in diversi pronunciati giurisprudenziali (si veda, oltre a numerose pronunce di merito, Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana 22 dicembre 2015, n. 740), e questo perché la diversa interpretazione invocata dalla ricorrente comporta un’irragionevole (perché contraria al principio di legittimità delle procedure di gara) compressione del potere della stazione appaltante di tornare sulle proprie precedenti determinazioni.

Sul piano sistematico depone in questa stessa direzione il dato normativo -puntualmente evidenziato nella sentenza dianzi richiamata- che l’art. 11 del d.lgs. n. 163/2006 individua partitamente le “fasi” in cui si articola ogni procedura di evidenza pubblica -determina a contrarre, selezione dei contraenti, selezione dell’offerta, aggiudicazione definitiva, stipulazione del contratto- senza citare, tra queste, un’ipotetica “fase” di ammissione dei concorrenti, il che porta a ritenere che il divieto di ricalcolo delle medie operi solo dopo la conclusione della prima fase “normativamente formalizzata” successiva al controllo stesso, che è identificabile nel provvedimento di aggiudicazione definitiva; considerazione, questa, che se può essere (forse) rivista alla luce del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con cui è stato previsto un regime di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, certamente si attaglia alla vicenda ora in esame, ancora soggetta al previgente Codice dei contratti pubblici.

Così come appare assolutamente significativo il fatto che, ove si ritenga il principio di invarianza già operante prima del provvedimento di aggiudicazione, non si riesce a comprendere quale sia il contenuto del controllo (tuttora affidato alla stazione appaltante -prima dell’adozione del provvedimento di aggiudicazione- sugli atti sino a quel

² Tale previsione normativa è stata trasfusa testualmente all’art. 95, comma 15, del nuovo Codice dei contratti.

momento compiuti dal seggio di gara, cioè durante la “fase di gara” all’esito della quale in cui dovrebbe operare il principio di invarianza.

Senza trascurare, infine, che l’interpretazione prescelta è quella più conforme al tradizionale principio di inesauribilità del potere di cura dell’interesse pubblico e quella che permette all’amministrazione di “ravvedersi” prima dell’aggiudicazione definitiva, senza, peraltro, frustrare le esigenze di celerità perseguite dalla norma, mentre diversa sarebbe la conclusione se fosse consentito all’amministrazione di ravvedersi dopo l’aggiudicazione definitiva”; ciò evita, altresì, che “l’amministrazione, pur essendosi accorta dell’errore, debba mantenere ferma l’aggiudicazione in favore di un operatore che non lo merita, esponendosi conseguentemente all’azione risarcitoria avanzata da chi, se la gara fosse stata condotta legittimamente, sarebbe risultato aggiudicatario“ (così il C.G.A., nella pronuncia sopra citata)”.

Quindi, secondo il T.A.R. Sardegna, i provvedimenti di esclusioni postumi incidono sulle successive operazioni di gara purché intervenuti prima del provvedimento di aggiudicazione.

Ma non mancano sentenze di segno opposto, in base alle quali, una volta attribuiti i punteggi o calcolate le medie, essi resterebbero insensibili a eventuali esclusioni postume

5. Obblighi di trasparenza e termini per l’impugnazione delle ammissioni: artt. 29 del Codice dei contratti e 120, comma 2 bis, c.p.a.

Ai sensi dell’art. 29, comma 2, del Codice dei contratti pubblici: *“Al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all’esito della verifica della documentazione attestante l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e concorrenti, con le modalità di cui all’articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell’amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l’ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l’impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”.*

Tale versione della norma risente della modifica apportata dal Correttivo, che vi ha aggiunto la precisazione secondo cui -ai fini della decorrenza del termine d’impugnazione- non è sufficiente la pubblicazione del provvedimento di ammissione, ma occorre, altresì, che essa rechi **l’indicazione del link informatico o dell’ufficio in cui sono consultabili i documenti su cui essa si fonda e che, inoltre, tali documenti siano “resi effettivamente disponibili”.**

Si tratta del risultato di una complessa mediazione tra contrapposti valori in gioco: da un lato l'interesse del legislatore a una spedita "chiusura della vicenda", con il venir meno, nel minor tempo possibile, dell'incertezza legata a possibili impugnazioni delle ammissioni; dall'altro lato la necessità di garantire un diritto di difesa pieno ed effettivo a chi voglia agire in tal senso, considerato anche il carattere "superaccelerato" del rito di cui ora si discute, che impone alle parti di impugnare "in prevenzione" le ammissioni di concorrenti che ancora nemmeno si sa se vinceranno o meno la gara.

Orbene, in forza della citata modifica della norma, e anche in base alla giurisprudenza che si sta formando dopo la sua entrata in vigore, **il pendolo sembra però decisamente spostarsi in favore del diritto di difesa.**

È stato, infatti, chiarito che il termine per impugnare decorre solo dal momento di effettiva disponibilità dei documenti su cui si fonda l'ammissione, mentre non sembrano essere ammessi meccanismi equipollenti, quali, ad esempio, la conoscenza *aliunde* delle ragioni dell'ammissione altrui, magari per avere il rappresentante legale della ricorrente partecipato alla relativa seduta di gara (Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565).

Va, però, chiarito che l'onere della prova riguardo alla non effettiva messa a disposizione dei documenti grava necessariamente sul concorrente, una volta che l'amministrazione abbia pubblicato il link o l'ufficio ove consultarli; laddove sostenga che ciò non sia stato possibile sarà il concorrente stesso a dover esibire ricevuta o quanto meno un sollecito inoltrato alla stazione appaltante in cui si lamenta tale disfunzione.

Un serio dilemma riguarda le ipotesi in cui l'amministrazione non pubblichi il link o l'indicazione dell'ufficio che detiene i documenti: in questi casi il termine non inizia mai a decorrere o è onere per il concorrente, quanto meno, di proporre tempestiva istanza di accesso? La problematica si era già posta nella vigenza dell'art. 79 del vecchio Codice e risolta dalla giurisprudenza nel senso dell'esistenza di tale onere di accesso, onde evitare ricorsi presentati, magari, a un anno e più di distanza, approfittando dell'errore dell'amministrazione che abbia ommesso l'indicazione del luogo ove effettuare la consultazione degli atti.

6. L'estensione dell'efficacia dei contratti già stipulati ad altri plessi della stessa amministrazione

Il modo migliore per affrontare la questione è riportare tre recenti pronunciati che lo riguardano.

T.A.R. Sardegna, Sezione II, 28 novembre 2017, n. 737

“FATTO

Con determinazione n. 183 del 7 aprile 2017 Il Direttore della ASSL di Nuoro ha deciso di “aderire alle risultanze della gara aggiudicata dalla ASSL di Sassari con deliberazione del Commissario Straordinario n. 583 del 27.06.2016 per la fornitura in noleggio, comprensivo di assistenza tecnica “full risk”, della durata di 5 anni, di un Tomografo a coerenza ottica -OCT, marca TOPCON mod. TRITON per l'importo complessivo di € 140.056”.

Con l'effetto che l'aggiudicatario della gara di Sassari esplicherà analogo servizio (per intero), con una sorta di duplicazione/rinnovazione del contratto anche presso la Asl di Nuoro.

Con ricorso depositato il 15/5/2017 altra ditta concorrente nel settore, AB MED, ha impugnato l'assunta determinazione “estensiva” del contratto (oggetto ed ambito), formulando le seguenti articolate censure: violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 (comma 2, lett. a e b) del d.lgs. n. 50/2016 (codice degli appalti); violazione e falsa applicazione dei principi di cui all'art. 30 del medesimo codice degli appalti, principio di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché pubblicità; violazione e falsa applicazione dell'art. 37 dello stesso codice; eccesso di potere per manifesta ingiustizia, difetto di istruttori e travisamento dei fatti....

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti “estensivi” contrattuali impugnati.

La decisione assunta dalla Asl di Nuoro, sostanzialmente, implica un “affidamento diretto” illegittimo, in quanto disposto in favore del medesimo operatore che partecipò e si aggiudicò altra gara, analoga, espletata dalla Asl di Sassari.

È stata sostanzialmente compiuta, da altra ASL, una “estensione” dell'originario contratto.

“Estensione” che è stata disposta da altra amministrazione, per il medesimo oggetto (lo stesso servizio per intero e per il medesimo ammontare) non prevista nelle originarie regole di gara e nel contratto che ne è seguito.

La gara di Sassari si è svolta nel giugno 2016.

La Asl di Nuoro ha deciso, nel febbraio 2017, stante la corrispondenza oggettiva e l'interesse ad acquisire la medesima prestazione, di utilizzare la medesima gara.

La difesa della UTS, qui costituita, sostiene che, essendo intervenuta con la legge regionale 17/2016 la riforma sanitaria, l'eliminazione del preesistente riparto territoriali fra le diverse Aziende locali implicherebbe che tutti i rapporti in essere debbano essere imputati, in subentro, all'ATS.

Sulla base di tale argomentazione l'azienda unificata ritiene che avrebbe potuto gestire i diversi contratti sussistenti sul territorio regionale in modo unitario, in veste di Centrale di committenza.

Il ragionamento non convince.

Il principio generale che deve essere affermato ed applicato è che l'operatore che partecipa alla gara pubblica deve essere posto in condizione di poter conoscere quali sono tutte le regole contrattuali.

Nel caso di specie nella gara sassarese nessuna indicazione era contenuta in relazione alla possibile "futura estensione" della fornitura del servizio (in favore della medesima azienda e tanto meno in favore di altre).

Nonostante possa sussistere una giustificazione sia in termini di economicità del servizio, sia al fine di evitare procedure di gara per ottenere il medesimo affidamento del servizio, le regole nazionali e, ancor prima, comunitarie, in materia di contratti pubblici, impongono che gli operatori siano posti, nel competere, in una situazione di completa "par condicio".

Ciò significa che un concorrente poteva essere non interessato a partecipare alla gara di Sassari (o non era riuscito a presentare domanda entro il termine; o per non aver ancora la disponibilità dello strumento o del servizio richiesto; o per altri motivi), mentre poteva ritenere di poter partecipare a quella di Nuoro.

Nel caso di specie, invece, l'operatore che era risultato aggiudicatario nella gara di Sassari (senza alcuna previsione esplicita di possibile "estensione" del contratto) ottiene, con la determinazione impugnata, una integrale "rinnovazione" e duplicazione del contratto, in favore di altra azienda sanitaria (Nuoro).

Per decisione unilaterale.

Tale decisione non è consentita ed ammessa dall'ordinamento.

Ciò che è ammesso, in materia di "estensione" dell'oggetto e dell'ambito del contratto, soggiace a tre specifiche limitazioni:

- la gara indetta, alla quale l'operatore partecipa, deve contemplare la possibilità, in futuro, di "estendere" il contratto, che verrà stipulato; con la partecipazione e la stipula l'aggiudicatario "aderisce" a questa futura ipotesi (in quello stadio ancora teorica e potenziale);

-inoltre è necessario che sia definito l'"oggetto" della prestazione, in modo da non rendere aleatoria la previsione; come tale deve essere identificato l'ambito della possibile estensione;

-occorre, comunque, che sia stato preventivamente determinato (elemento che deve essere conosciuto da tutti gli operatori potenzialmente partecipanti), con "quantificazione" del relativo corrispettivo "massimo", in ordine al quale l'aggiudicatario assume preventivamente l'impegno, definito in termini di "certezza" in ordine ai vari e diversificati aspetti.

In assenza di tali presupposti l'"estensione di contratto", in favore della medesima amministrazione, non è ammissibile.

Tanto meno in favore, come in questo caso, di un soggetto diverso.

Sebbene le AASLL siano state unificate dal legislatore regionale (con la LR 17/2016), con creazione dell'azienda regionale sanitaria unica, tale profilo di modificazione soggettiva nella titolarità del rapporto contrattuale (di Sassari), non risulta essere, ai nostri fini, elemento significativo.

L'assenza di determinazione preventiva, già in sede di gara originaria e di contratto, dell'ambito della "possibile estensione" non consente l'"utilizzabilità" della procedura (e della graduatoria) espletata da una determinata ASL, in favore di altra Azienda (in formula "per adesione").

Il profilo inerente l' "attribuzione soggettiva" dei rapporti giuridici (alla ASL o, invece, all' ATS) non costituisce elemento normativo per poter ritenere l' "estensione" ammissibile, con possibilità di utilizzare precedenti contratti (che non contemplavano la possibile estensione) in ambiti territoriali diversi.

Difetta, infatti, il presupposto della "conoscenza preventiva", in favore di tutti gli operatori del settore, nonché la "determinatezza" della prestazione.

Elementi che debbono sussistere, entrambi, nella fase originaria (nelle regole di gara pubblicate).

Nel caso oggetto della presente controversia, invece, risultano assenti (tutti e tre), gli elementi che avrebbero potuto consentire l'ulteriore fornitura/ noleggio, ed il correlato servizio, del tomografo per 5 anni presso la ASL di Nuoro.

Si richiama, in materia la recente pronunzia del Consiglio di Stato n. 442/2016 che ha ritenuto la "clausola estensiva" ammissibile solo se ad oggetto determinato (con l'individuazione del limite massimo), nell'evidente principio del rispetto dell'obbligo di "certezza" delle prestazioni "aggiuntive".

Sotto altro profilo la difesa dell'amministrazione sostiene che, ora, nell'ambito dell'ATS sarebbe prevista, in via generale, l'estensibilità del contratto, tramite "clausole di adesione postume", in modo da favorire la centralizzazione degli acquisti.

Ma sul punto va considerato che la decisione non sarebbe comunque legittima, anche qualora fosse sostenuta, in linea teorica, (come è presumibile): - da elementi di "economicità" del servizio (ritenuto vantaggioso nel "quantum" del corrispettivo quinquennale); - per evitare i tempi necessari di espletamento delle procedure di gara per l'acquisizione dello strumento e dell'affidamento del relativo servizio.

Tali elementi non consentono di "estendere" un contratto, in violazione del principio di concorrenzialità. Altrimenti sarebbe ipotizzabile che, per tutti i contratti, potrebbe scaturire la "moltiplicazione" delle prestazioni, in favore della stessa o di altre Amministrazioni (il dato soggettivo è poco rilevante e non significativo), non previste in origine.

La difesa ATS menziona inoltre l'art. 17 della L. 111/2011.

In realtà il comma 1 lett. a) dell'art. 17 richiamato si riferisce ad una ipotesi del tutto diversa.

La norma prevede che: "Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la

disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture”.

Tale norma non ha una valenza generale (che ATS vorrebbe attribuirle) ma si riferisce alla peculiare disciplina ivi specificamente contemplata, inerente alla “rinegoziazione” di precedenti accordi. Con facoltà per le aziende sanitarie di recedere dal contratto senza alcun onere in caso di mancato accordo di ridimensionamento dei corrispettivi qualora emergano differenze significative dei prezzi per gli acquisti di beni e servizi.

Nè la previsione di disposizioni (come l'articolo 1 comma 449 della legge 296/2006), che impongono agli enti sanitari l'obbligo di approvvigionarsi tramite gli accordi-quadri stipulati dalle centrali di committenza della propria regione, rappresenta un elemento che può sostenere la decisione impugnata.

Ciò che qui rileva è innanzitutto il “profilo oggettivo” (previsione preventiva di possibile “estensione” del contratto, con quantum predeterminato), più che l'aspetto soggettivo.

Infatti, anche qualora la procedura fosse stata espletata da ATS, ma con contratto stipulato senza alcuna menzione della facoltà/possibilità di estensione dello stesso (quindi da parte del medesimo soggetto che intende, poi, utilizzare le medesime prestazioni), l'ammissibilità della “rinnovazione” contrattuale sarebbe comunque da escludersi.

In sostanza, in carenza dei presupposti per l'utilizzazione del precedente affidamento, era necessario ed imprescindibile l'espletamento di una nuova procedura ad evidenza pubblica (gestita da Asl o da ATS, in base alle competenze).

La decisione impugnata costituisce, dunque, elusione al principio di affidamento dei contratti pubblici, in quanto è mancato, per l'acquisizione della prestazione, il previo confronto concorrenziale, secondo criteri determinati dall'amministrazione di Nuoro (uguali o diversi), con o senza previsione di ulteriore estensione del nuovo contratto per future esigenze proprie o altrui.

Infine va considerato non significativo è il precedente che è stato richiamato, relativo alla Asl di Olbia, in quanto in quel caso era stata prevista, a monte, la possibilità di estensione del contratto anche per altre aree regionali. Inoltre, in quel caso, veniva precisato sia il termine massimo che l'importo massimo della prestazione.

In conclusione, ritenuta non rilevante, ai nostri fini, la novella intervenuta con legge regionale 17/2016, in quanto, anche valutando come “soggetto unico” la stazione appaltante (come ATS e non più singole AASSLL territoriali), mancherebbe, comunque, il rispetto del principio di “determinatezza preventiva” dell'obbligo contrattuale, che potrebbe essere oggetto di ampliamento (futuro) della prestazione richiesta.

Dunque, a prescindere dalla sussistente o meno disponibilità dell'aggiudicatario di estendere (anzi, in questo caso, duplicare) il proprio contratto, permane, come prioritaria, l'esigenza di tutela della par condicio e della concorrenzialità nell'accesso alle commesse pubbliche.

In conclusione il ricorso va accolto, con conseguentemente annullamento degli atti impugnati...”

T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7 febbraio 2018, n. 74:

FATTO

Con deliberazione n. 931 del 28 settembre 2017 il direttore generale della ATS ha disposto che il servizio di ristorazione a favore dei degenti dei Presidi ospedalieri di Sassari, Alghero, Ozieri, Ittiri e Thiesi, delle Cliniche Universitarie e di quattro comunità protette fosse affidato dal 15 ottobre 2017 al raggruppamento controinteressato utilizzando il contratto attivo dell'ASSL di Cagliari, nelle more della indizione della nuova gara e fino alla conclusione della stessa.

La ricorrente, avverso gli atti indicati in epigrafe ha dedotto le seguenti censure:

- 1) violazione dell'art. 7 L. 241/90, violazione dei principi generali dell'ordinamento in tema di garanzie partecipative;*
- 2) violazione degli art. 21 e 63 d.lgs. 50/2016, violazione della deliberazione del direttore generale n. 120 del 16 marzo 2017;*
- 3) violazione dei principi generali di trasparenza, pubblicità e concorrenza, violazione degli artt. 4, 29, 30 e 106 d.lgs. 50/2016, eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto, arbitrarietà, irragionevolezza, violazione del principio del giusto procedimento, difetto di motivazione;*
- 4) eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità...*

DIRITTO

Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Il caso all'esame del Collegio è del tutto analogo ad altro che recentemente questa stessa Sezione ha avuto modo di analizzare.

E' utile riportare le motivazioni della sentenza resa su questione, lo si ribadisce, del tutto analoga....

Come è noto, la motivazione della sentenza in forma semplificata può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme.

E' quest'ultimo il caso che qui occupa il Collegio.

La vicenda qui portata esaminata è del tutto analoga a quella risolta da questa sezione con la citata sentenza 737/2017. I principi affermati possono essere qui integralmente richiamati con conseguente accoglimento del ricorso e annullamento degli atti impugnati".

Ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. III, 20 aprile 2018, n. 1778

Considerato quanto segue:

1. la sentenza appellata è stata resa in forma semplificata dal Tar Sardegna e con la tecnica, contemplata dall'art. 74 c.p.a., del "rinvio/recettizio" al proprio precedente n. 737 del 2017, ritenendo espressamente che i due casi fossero analoghi;

2. al riguardo, l'Azienda appellante sottolinea nella prima parte del proprio atto di appello numerosi elementi differenzianti le due fattispecie e la disamina della "conformità" o meno del precedente, richiamato nella sentenza appellata, postula una più compiuta delibazione, propria della sede di merito;

3. parimenti, risulta meritevole di attenzione l'ulteriore argomento opposto dalla difesa dell'Azienda appellante alla considerazione di fondo (l'eventualità dell'estensione del contratto deve essere preventivamente esplicitata nella legge di gara) che sorregge la precedente pronuncia n. 737/2017 (in cui si richiama anche la sentenza n. 442/2016 di questa Sezione): e cioè che la sopravvenienza -rispetto alla indizione e aggiudicazione della gara della cui estensione contrattuale si controverte- della L.R. n.17/16 che ha istituito un'unica Azienda regionale per la tutela della salute ha "determinato un riassetto complessivo del Servizio Sanitario Regionale che investe anche l'intera rete ospedaliera" (punto 1.38 dell'atto di appello), di talché "l'aumento del fabbisogno del servizio (di ristorazione) in questione non poteva essere previsto né al momento dell'indizione (maggio 2011) né al momento dell'aggiudicazione definitiva della gara (agosto 2013) espletata dalla ex ASL 8 ora ASSL Cagliari" (punto 1.39 dell'atto di appello);

4. in siffatto, peculiare, contesto giuridico/fattuale e nella necessaria comparazione degli interessi coinvolti, appare prevalente l'interesse dell'Azienda regionale a far gestire provvisoriamente il servizio de quo per l'ex Asl Sassari (sino alla conclusione della nuova procedura concorsuale già avviata) a un'impresa (Elior) con cui è regolarmente in corso un contratto d'appalto per l'ex ASL Cagliari, anziché da un'impresa (Sodexo) il cui originario contratto risalente al lontano 2005 risulta da tempo scaduto e successivamente prorogato (tuttavia solo sino al 31.12.2014), pur continuando la stessa a gestire, anche attualmente, il medesimo servizio di ristorazione;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), accoglie l'istanza cautelare (Ricorso numero: 2261/2018) e, per l'effetto, sospende l'esecutività della sentenza impugnata.

Compensa le spese della presente fase cautelare.

Fissa, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 18 ottobre 2018".

Per farsi un'idea precisa della questione è bene avere riguardo alla norma di chiusura del sistema, cioè l'art. 63, che individua i soli casi in cui è possibile procedere ad affidamenti diretti, posto che quello in esame, mediante estensione del contratto, è appunto un affidamento diretto.

Questo il testo dell'art. 63:

“1. Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.

2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta. Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83;

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

3. Nel caso di appalti pubblici di forniture, la procedura di cui al presente articolo è, inoltre, consentita nei casi seguenti:

a) qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi

l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;

d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

4. La procedura prevista dal presente articolo è, altresì, consentita negli appalti pubblici relativi ai servizi qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

5. La presente procedura può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1. Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1 Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.

6. Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione”.

Orbene il tenore testuale dell'art. 63, comma 5, è univoco e chiarissimo: non si possono effettuare estensioni di precedenti contratti se tale possibilità (tecnicamente un diritto di opzione in favore della stazione appaltante) non è stata inserita nella lex specialis della gara originaria e considerata ai fini del computo del valore dell'appalto e del suo rapporto con le note “soglie”: di qui la difficoltà di condividere la tesi sostenuta dal Consiglio.

Vi è, poi, da esaminare il riferimento al comma 1, lett. a), dell'art. 17, lett. a), de d.l. 6 luglio 2011, n. 98, a mente del quale “*Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di*

assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture”.

Tale dictum normativo rientra però in una previsione più ampia, che testualmente è la seguente:

“a) nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale di costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e anche al fine di potenziare le attività delle Centrali regionali per gli acquisti, il citato Osservatorio, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli eventualmente previsti dalle convenzioni Consip, anche ai sensi di quanto disposto all'articolo 11, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale, nonché la pubblicazione sul sito web dei prezzi unitari corrisposti dalle aziende sanitarie locali per gli acquisti di beni e servizi. Per prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza si intende il 5° percentile, ovvero il 10° percentile, ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dal predetto Osservatorio. Il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni. Ciò, al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa. Le regioni adottano tutte le misure necessarie a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati. Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché, in sua assenza, sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all' articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento. Sulla base dei risultati della prima applicazione della presente disposizione, a decorrere dal 1° gennaio 2013 la individuazione dei dispositivi medici per le finalità della presente disposizione è effettuata dalla medesima Agenzia di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, sulla base di criteri fissati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, relativamente a parametri di qualità, di standard tecnologico, di sicurezza e di efficacia. Nelle more della predetta individuazione resta ferma l'individuazione di dispositivi medici

eventualmente già operata da parte della citata Agenzia. Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture”;

Dunque la “rescissione” di cui parla testualmente la norma richiamata è solo quella che arrivi a valle di tale complessa procedura, che nulla ha a che fare con il caso ora in esame.

Piuttosto resta da verificare, ma questa è problematica diversa da quella esaminata dalle richiamate pronunce, se l'estensione del contratto di cui ora si parla possa inquadrarsi nel concetto di variante in corso d'opera di cui all'art. 106 del Codice.

Nelle parti ora di interesse tale norma prevede che:

“1. Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende.

I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezziari di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;

b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:

1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;

2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:

1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto;

....

e) *se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche.*

.....

4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera **considerevolmente** gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, **oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;**

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)...”.

Si potrebbe, infatti, forse, sostenere che quella in esame sia una modifica “non sostanziale” ai sensi della lett. e) e del correlato comma 4 (del quale non sembrano ravvisarsi i presupposti, perché la modifica del luogo e della durata non sembra incidere considerevolmente sugli elementi essenziali e non sembra potesse attirare altri concorrenti) ovvero ai sensi della lett. c), quale modifica dovuta a circostanze imprevedibili che non modifica la natura generale del contratto.

7. La risoluzione di precedenti contratti e la conseguente esclusione del concorrente da essa colpito

La materia è regolata dall'**art. 80, comma 5, lett. c)**, del Codice, che così recita:

“5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 qualora...

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (si vedano le Linee guida n. 6 dei ANAC)...

12. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”.

Orbene l'**elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice non è tassativa, ma esemplificativa**, come si evince dalla formula di apertura (“Tra questi rientrano...”) recante l'elenco dei casi rientranti in questa nozione: in tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, nel parere del 3 novembre 2016, n. 2286, numero affare 1888 del 2016, reso sulle linee guida dell'A.N.A.C. recanti l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice.

Si discute, però, se per escludere il concorrente sia necessario esservi stata la risoluzione di un precedente contratto, cui sia stata prestata acquiescenza o confermata in sede giurisdizionale, oppure se sia possibile disporre l'esclusione motivando di volta in volta sulla gravità e sussistenza dell'illecito, ancorché non già confermato in sede giurisdizionale o divenuto inoppugnabile.

Su tale aspetto si registra una certa oscillazione giurisprudenziale:

- per la tesi ampliativa sono Consiglio di Stato, Sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467, secondo cui *“Se l'esclusione per grave illecito professionale del partecipante a gara pubblica costituisce atto vincolato, l'accertamento del relativo presupposto necessita di una adeguata valutazione e di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante; infatti, la circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici”* e Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299);
- per quella restrittiva, si veda T.A.R. Salerno, Sez. I, 28 marzo 2018, n.466, secondo cui *“l'art. 80 comma V lett. c) del D. Lgs. 50/2016 riveste, contrariamente a quanto previsto dal precedente Codice degli Appalti, valenza tassativa, per cui rilevano quali “gravi carenze nell'esecuzione del contratto” solo inadempimenti qualificati, consistenti nella mancata contestazione in giudizio della risoluzione anticipata o nella conferma della stessa all'esito di un giudizio, ovvero idonei a determinare una condanna al risarcimento danni o ad altre sanzioni”*; conforme: T.A.R. Salerno, Sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10.

8. Il requisito della regolarità fiscale

Ai sensi dell'art. 80, comma 4, del Codice, *“Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”*

Sul punto assume rilievo la recente pronuncia del T.A.R. Lazio, Sez. I quater, 17 novembre 2017, n. 11384, secondo cui *“Il requisito della regolarità fiscale ai sensi dell’art. 80, comma 4 del codice dei contratti pubblici deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara e non può aver rilievo “sanante” la richiesta di rateizzazione del debito tributario proposta dal concorrente dopo la scadenza di tale termine. La violazione fiscale può dirsi “definitivamente accertata” e, così, precludere -se grave- la partecipazione alla gara di appalto per il sol fatto che, alla scadenza del termine per la presentazione della domanda, risulti notificata una cartella di pagamento della quale non è avvenuto o iniziato il pagamento, a nulla rilevando che siano ancora pendenti i termini per l’impugnazione di essa, in quanto la possibilità di impugnativa della cartella (in pendenza del termine a tal fine fissato) non pone in discussione la definitività della sottostante violazione tributaria. Ai sensi dell’art. 48, comma 18, del codice dei contratti pubblici (nella versione originaria del d.lgs. n. 50/2016 e prescindendo dall’applicabilità alla fattispecie del correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017), la perdita dei requisiti di partecipazione alla gara, per dar luogo alla sostituzione di una impresa mandataria, deve avvenire in fase di gara e non sussistere prima della presentazione della domanda”.*

La sentenza conferma, quindi, l’orientamento rigoroso, fors’anche oltre il consentito dal testo normativo, già espresso da Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 agosto 2013, n. 20, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 dicembre 2017, n. 12742 e T.A.R. Milano, 9 gennaio 2018, n. 37.

9. Il principio di rotazione nei cc.dd. “piccoli appalti”

Come noto, l’art. 36 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che l’affidamento e l’esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35 (cc.dd. soglie comunitarie) avvengono nel rispetto dei principi di cui all’articolo 30, comma 1, nonché *“del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l’effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”.*

Lo stesso art. 36 distingue poi, nell’ambito delle procedure di importo inferiore alle soglie:

- quelle aventi a oggetto l’affidamento di appalti imposto inferiore ai 40.000 euro, per le quali consente l’affidamento diretto, senza alcun confronto concorrenziale: art. 36, comma 1, lett. a);
- quelle aventi a oggetto l’affidamento di appalti *“di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all’articolo 35 per le forniture e i servizi”*, per le quali prevede una *“procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”*;

- quelle aventi a oggetto l'affidamento di appalti *“di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro”*, le quali impone *“la procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici”*.

Va subito notata la differenza tra la terminologia utilizzata nel primo comma dell'art. 36, ove -dettando la disciplina di carattere generale il legislatore parla di “rotazione degli inviti e degli affidamenti”- e quella usata nelle lett. b) e c) del secondo comma, ove -parlando delle procedure con un minimo di confronto concorrenziale- parla, invece, di rotazione dei soli “inviti”.

Questa differenza terminologica si spiega in relazione alle diverse modalità previste dalla lett. a) da una parte e dalle lett. b) e c): nel caso di affidamento diretto, non essendovi alcun confronto concorrenziale, la rotazione è ovviamente concepibile solo in relazione agli affidamenti, non essendovi alcun invito da effettuare, per cui il riferimento agli affidamenti va senz'altro riferito proprio ai casi di affidamento diretto; laddove, invece, vi sia un confronto concorrenziale, la rotazione va correttamente operata, a monte, sugli inviti, astenendosi dall'invitare la gara un operatore cui si intenda non aggiudicare l'appalto per ragioni di rotazione: del resto che senso avrebbe invitarlo e poi escluderlo per ragioni di rotazione?

Un aspetto delicato riguarda, poi, la definizione degli esatti presupposti della rotazione: si tra di un principio rigidamente vincolante, ovvero può essere motivatamente derogato in peculiari situazioni? e, ancora, cosa significa esattamente rotazione: quale è il periodo minimo di affidamento precedente che comporta necessità di rotazione? la rotazione deve essere riferita solo ad appalti relativi al medesimo oggetto o, invece, tenendo conto di tutti gli appalti sotto soglia o, quanto meno, di appalti di contenuto analogo?

Tutti dubbi molto delicati, che attendono ancora di trovare risposta.

In primo luogo va osservato che una ragione certamente giustificante il reinvitare a formulare offerta al gestore uscente è la necessità di raggiungere il numero minimo di imprese invitate cui fanno riferimento le lett. b) e c) dell'art. 36 (si veda T.A.R. Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, secondo cui *“Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo; nella specie, poiché all'avviso esplorativo avevano fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente, l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato”*).

Al di fuori di questi casi la regola è quella di non reinvitare il gestore uscente, come emerge chiaramente dalla recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125, secondo cui *“Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori*

potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato. In difetto è illegittima la partecipazione del gestore uscente alla gara con necessità, nella specie, della sua esclusione ed affidamento alla successiva in graduatoria” (in termini analoghi anche Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854)

Quanto meno è sicuramente vero, dunque, che la decisione di invitare l'uscente deve essere motivata, mentre quella di non invitarlo costituisce “la norma” e, dunque, può essere anche non particolarmente motivata.

Va, poi, ricordato, che sulla materia incidono anche le Linee Guida ANAC, le quali assumono, in questo caso portata c.d. vincolante, in quanto richiamate espressamente dall'art. 36, comma 7, del Codice, a mente del quale *“L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9”.*

Dopo delle prime Linee guida approvate poco dopo l'emanazione del Codice, l'ANAC, con recentissima deliberazione 1 marzo 2018, n. 206, ha approvato, delle nuove Linee Guida sugli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie, tenendo conto anche delle novità introdotte, in materia, dal Correttivo.

Orbene le nuove Linee Guida contengono molte indicazioni interessanti rispetto ai dubbi cui si è fatto in precedenza riferimento, in specie chiariscono che:

- si applica il principio di rotazione *“con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi”*: dunque, sembra di capire, la rotazione vale per il gestore uscente (senza che venga indicato un tempo minimo in cui lo stesso ha gestito la commessa) e purché il nuovo affidamento riguardi lo stesso “settore di mercato” (non occorre, quindi, identità dell'oggetto contrattuale); al riguardo le Linee Guida aggiungono che *“La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori”*;
- il principio di rotazione *“non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti*

pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione”: quindi se la stazione appaltante pubblica un avviso di manifestazione di interesse e poi invita a formulare offerta tutti coloro che abbiano manifestato interesse, tra costoro può invitare anche il gestore uscente;

- non è in radice esclusa la possibilità di deroga al principio di rotazione, che però deve avere rivestire “carattere eccezionale” e implica “un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l’affidamento o il reinvio al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell’aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l’affidabilità dell’operatore economico e l’idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all’applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente”.

10. La Commissione giudicatrice

La norma di riferimento è l’art. 77, secondo cui:

1. *Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto.*

2. *La commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante e può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni.*

3. *I commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all’Albo istituito presso l’ANAC di cui all’articolo 78 e, nel caso di procedure di aggiudicazione svolte da CONSIP S.p.a, INVITALIA - Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa S.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all’articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, tra gli esperti iscritti nell’apposita sezione speciale dell’Albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all’Albo al di fuori della sezione speciale. Essi sono individuati dalle stazioni appaltanti mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e ue nel rispetto del principio di rotazione. Tale lista è comunicata dall’ANAC alla stazione appaltante, entro*

cinque giorni dalla richiesta della stazione appaltante. La stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare alcuni, nel rispetto del principio di rotazione, escluso il Presidente (che quindi, in base alla novella, deve essere per forza esterno). Sono considerate di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58. In caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, effettuati nell'ambito di attività di ricerca e sviluppo, l'ANAC, previa richiesta e confronto con la stazione appaltante sulla specificità dei profili, può selezionare i componenti delle commissioni giudicatrici anche tra gli esperti interni alla medesima stazione appaltante.

4. I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura

5. Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto.

6. Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice. Sono altresì esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

. Il Presidente della commissione giudicatrice è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati.

9. Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, l'inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione di cui ai commi 4, 5 e 6. Le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico, accertano l'inesistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo, all'articolo 35-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 42 del presente codice. La sussistenza di cause ostative o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati devono essere tempestivamente comunicate dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della cancellazione dell'esperto dall'albo e della comunicazione di un nuovo esperto. (quindi si prevede espressamente che il conflitto di interessi e l'assenza di condanne, anche non irrevocabili, per reati contro la P.A. sia accertata preventivamente)

10. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico dell'intervento tra le somme a disposizione della stazione appaltante. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'ANAC, è stabilita la tariffa di iscrizione all'albo e il compenso massimo

per i commissari. I dipendenti pubblici sono gratuitamente iscritti all'Albo e ad essi non spetta alcun compenso, se appartenenti alla stazione appaltante.

11. In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione.

12. Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Al riguardo assume rilievo anche l'art. 216, comma 12, del codice, modificato dal correttivo, che ora così recita *“Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante. Fino alla piena interazione dell'Albo di cui all'articolo 78 con le banche dati istituite presso le amministrazioni detentrici delle informazioni inerenti ai requisiti dei commissari, le stazioni appaltanti verificano, anche a campione, le autodichiarazioni presentate dai commissari estratti in ordine alla sussistenza dei requisiti dei medesimi commissari. Il mancato possesso dei requisiti o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati deve essere tempestivamente comunicata dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della eventuale cancellazione dell'esperto dall'Albo e la comunicazione di un nuovo esperto.*

13. Il presente articolo non si applica alle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o concessioni effettuate dagli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121.

Riguardo al problema della possibile presenza del R.U.P. in commissione, si fa riferimento alla sentenza del T.A.R. Catanzaro, Sez. I, 4 aprile 2018, n. 815, che conferma un indirizzo giurisprudenziale che va consolidandosi, secondo cui la compatibilità del RUP deve essere valutata dalla stazione appaltante in relazione all'apporto decisionale dato nella predisposizione (da intendersi nel senso dell'approvazione) degli atti di gara.

Il RUP che non sia anche dirigente/responsabile del servizio, evidentemente, fornisce unicamente un apporto istruttorio e non decisionale nella predisposizione degli atti di gara (nel senso che li predisporre per il proprio responsabile ma non li approva, non avendo alcun potere decisionale e/o firma a valenza esterna); pertanto il RUP “solo istruttore” può senza dubbio far parte della commissione di gara ma è necessario che la determina di nomina indichi le ragioni che giustificano la sua partecipazione (nel caso trattato dalla sentenza in commento, la mancata motivazione ha determinato l'annullamento dell'aggiudicazione).

Diverso discorso vale per il responsabile del servizio (anche, nel caso di specie, RUP) ed è a tal proposito che rileva l'aspetto dell'incompatibilità determinata dalla circostanza di aver approvato la legge di gara: chi approva la legge di gara non può pretendere anche di applicarla.

Pertanto, l'incompatibilità non deriva dal fatto di essere RUP ma dal fatto di essere il soggetto che ha formalizzato la legge di gara.

La presidenza, quindi, delle commissioni di gara deve essere assunta da un dirigente/responsabile di servizio che non abbia avuto nulla a che fare con gli atti di gara con la conseguenza che il responsabile del servizio non potrà presiedere -né far parte- delle commissioni di gara relative ad appalti del proprio servizio.

Peraltro in alcune recenti sentenze, anche del T.A.R. Sardegna, è stato precisato che se la partecipazione agli atti di gara è stata di tipo soltanto istruttorio/collaborativo, con approvazione affidata ad altro dirigente, non può affatto escludersi la possibilità di entrare a far parte della Commissione.

11. Affidamenti con procedura negoziata senza pubblicazione del bando: art. 63 del codice

L'art. 63, che disciplina i casi (eccezionali) in cui, nonostante il superamento delle soglie, si può procedere senza pubblicazione di un bando e, quindi, con la c.d. procedura negoziata” (prima denominata trattativa privata), **non è stato modificato dal Correttivo.**

Inoltre va precisato che su questa materia il Codice non prevede necessariamente l'intervento di Linee Guida ANAC, le quali, pertanto, sono da incasellare nella *species* delle Linee guida non vincolanti, nella sostanza equivalenti a circolari (vedi *supra*): è quanto accadrà con le Linee Guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, approvate dall'ANAC il 31 agosto 2016 e ancora in attesa di entrare in vigore.

In generale va ribadito che **le ipotesi di cui all'art. 63 sono da considerare eccezionali**, quindi insuscettibili di applicazione estensiva e implicanti una motivazione puntuale, da parte della stazione appaltante, in ordine alla loro concreta configurabilità.

Queste le ipotesi contemplate in cui l'art. 63 consente di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando:

- **qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata**, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, **in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta**, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta; al riguardo *“un’offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l’appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell’amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l’operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell’articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell’articolo 83”*;
- **quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico** per una delle seguenti ragioni: ...2) *la concorrenza è assente per motivi tecnici*; 3) *la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale. Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l’assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell’appalto*;
- **quando, “per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati”**; con la precisazione, però, che *“le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*;
- **limitatamente agli appalti pubblici di forniture**, la procedura negoziata senza bando è, inoltre, consentita nei casi seguenti: *“a) qualora i prodotti oggetto dell’appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo; b) nel caso di **consegne complementari** effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all’ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l’amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;...d) per l’acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l’attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali”*;
- **limitatamente agli appalti pubblici di servizi**, la procedura negoziata senza bando è, inoltre, consentita qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori

del concorso; in quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

- **ancora, laddove un primo servizio o lavoro sia stato affidato a Tizio con procedura di cui all'art. 59, comma 1 (aperta o ristretta), la ripetizione di quegli stessi lavori o servizi può essere affidata allo stesso aggiudicatario iniziale;** in questi casi il progetto posto a base della gara iniziale deve indicare l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno in futuro affidati; allo stesso modo la possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.

Quanto alle modalità di svolgimento della procedura negoziata, l'art. 63, comma 6, statuisce che le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano **tra almeno cinque operatori economici** (che salgono a dieci in caso di importi di lavori superiori ai 150.000 euro: vedi *supra*), se sussistono in tale numero soggetti idonei.

L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95 (quindi valgono i criteri generali su massimo ribasso e offerta economicamente più vantaggiosa), previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Ma, in realtà, la norma contiene delle ipotesi congegnate in modo tale che, in quei casi, l'affidamento è diretto: si pensi al caso dell'offerta unica sul mercato, a quello delle forniture complementari e a quello di lavori o servi analoghi (vedi *supra*).

Come si è anticipato, **in data 31 agosto 2016 l'ANAC ha approvato "Linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili"**, che quindi riguardano le ipotesi di trattativa privata per l'affidamento di forniture ove la stazione appaltante faccia riferimento all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore, ecc., ad esempio per prestazioni sanitarie, acquisizioni di servizi e forniture informatiche, servizi di manutenzione e gli acquisti di materiali di consumo per determinate forniture/macchinari.

Le Linee guida si ispirano largamente al criterio cd. del *lock-in*, che, secondo la Commissione europea *“si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente”* (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni)

Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo lock-in, gli esempi tipici sono riconducibili al possesso di informazioni riservate, all'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo (ad esempio, toner delle stampanti), alla conoscenza approfondita dei bisogni del cliente e/o alla cattura di fatto dello stesso: in tutti questi casi, il cliente – ammesso che lo voglia – incontra elevate difficoltà a cambiare gestore/fornitore.

Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.

Quali allora le soluzioni proposte dall'ANAC per gestire l'infungibilità/esclusività di beni e servizi nel rispetto delle norme applicabili e dei principi che presidiano i contratti pubblici?

Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene.

In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità di ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso indagini di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati esteri; così come la motivazione di derogare all'evidenza pubblica non può neppure basarsi sui risultati di indagini di mercato condotte in passato: infatti, nel tempo le condizioni che hanno portato a riconoscere l'infungibilità della fornitura o del servizio possono variare, ovvero possono essere introdotti nel mercato beni o servizi fungibili con quello su cui vi è l'esclusiva.

Potrebbe essere utile procedere anche alla consultazione dei cataloghi elettronici del mercato delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri di fornitori esistenti.

Se tale analisi non è soddisfacente, soggiunge l'ANAC, è necessario rivolgersi al mercato, attraverso adeguate consultazioni preliminari, per verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili per soddisfare l'interesse pubblico per il quale si procede. Le consultazioni sono preordinate a superare eventuali asimmetrie informative, consentendo alla stazione appaltante di conoscere se determinati beni o servizi hanno un mercato di riferimento, le condizioni di prezzo mediamente praticate, le soluzioni tecniche disponibili, l'effettiva esistenza di più operatori

economici potenzialmente interessati alla produzione e/o distribuzione dei beni o servizi in questione.

In particolare l'art. 66 d.lgs. 50/2016 (non toccato dal Correttivo), prevede ora che prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi (art. 66, comma 1). Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto (art. 66, comma 2).

La stazione appaltante deve assicurare l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite avviso pubblicato sul proprio profilo di committente, dandone adeguata pubblicità nell'home page, per un periodo non inferiore a quindici giorni ovvero scegliendo altre forme idonee a garantire la trasparenza del proprio operato e la più ampia diffusione dell'iniziativa e la maggiore partecipazione alla stessa. L'avviso indica il fabbisogno che la stazione appaltante intende soddisfare, gli strumenti che quest'ultima ha individuato per farvi fronte e i costi attesi, la richiesta di indicare eventuali soluzioni alternative, la volontà di procedere, qualora ve ne siano i presupposti, all'acquisto mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando.

Nelle Linee guida si precisa, altresì, che "L'indagine di mercato è preordinata a conoscere l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti, gli operatori interessati, le relative caratteristiche soggettive, le soluzioni tecniche disponibili, le condizioni economiche praticate, le clausole contrattuali generalmente accettate, al fine di verificarne la rispondenza alle reali esigenze della stazione appaltante. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura". Va dunque sempre pubblicato l'avviso di "indagine di mercato" funzionale anzitutto ad accertare i presupposti richiesti dall'art. 63, comma 2, lett. b) "assenza di altri operatori economici" o "assenza di soluzioni alternative ragionevoli".

Nella prassi si registra la pubblicazione di "avvisi di infungibilità" tesi a sollecitare la manifestazione di interesse da parte di operatori che si ritengono idonei a soddisfare le specifiche esigenze della stazione appaltante. In caso di mancata risposta, la stazione appaltante può allora motivare adeguatamente la sussistenza degli anzidetti presupposti normativi. In caso invece di risposta da parte di altri operatori economici si dovrà valutare l'idoneità delle soluzioni tecniche proposte e, verosimilmente, indire una procedura di gara valorizzando gli elementi qualitativi.

Ai sensi dell'art. 37, per questi appalti si deve ricorrere necessariamente alle centrali di committenza o ad altre forme di aggregazione della fase di acquisto (vedi *infra*).

12. Il soccorso istruttorio³

Concetti generali

L'espressione "soccorso istruttorio" allude, in generale, a una peculiare fase che può inserirsi in un procedimento amministrativo laddove l'amministrazione, avendo verificato che la richiesta e/o l'allegata documentazione prodotta dal privato è inficiata da lacune o errori, invece che respingere la richiesta stessa lo invita alle integrazioni necessarie.

Lo scopo del meccanismo è quello di evitare esiti procedurali negativi legati a motivi di carattere puramente (e irragionevolmente) formalistico: in questo senso già **l'art 6, comma 1, lett. b), della legge n. 241/1990 prevede in generale** che *"Il responsabile del procedimento:b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali"*.

Tuttavia questa disposizione è stata tradizionalmente applicata con molta prudenza dalla giurisprudenza questo soprattutto nelle procedure concorrenziali, come i concorsi e gli appalti pubblici, per il timore che consentire l'integrazione della documentazione a termini di bando scaduti potesse alterare la par condicio tra i concorrenti.

In materia di appalti, dopo un primo riconoscimento normativo del soccorso istruttorio ad opera della direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26 luglio 1971 (ove si riconosceva che l'amministrazione aggiudicatrice, entro certi limiti, potesse *"invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli"*: art. 27), la giurisprudenza nazionale adottò per diversi anni un'interpretazione restrittiva sulla portata dell'istituto, temendo che la sua generalizzata applicazione potesse determinare discriminazioni tra i concorrenti e incrinare il divieto di disapplicazione dei bandi di gara; in quest'ottica fu introdotta per via pretoria una -peraltro labile- distinzione tra vera e propria "integrazione della documentazione di gara" (considerata preclusa) e mera "regolarizzazione" della stessa (questa, invece, consentita), intendendosi per regolarizzazione un "mero intervento su circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione".

Ma negli ultimi anni le cose sono cambiate, soprattutto in materia di appalti pubblici, da quando il legislatore ha sentito la (nuova esigenza) di evitare un "crollo" inutile (e conseguente

³ Questo paragrafo è largamente ispirato alla trattazione del tema contenuta in A. Plaisant, Dal diritto civile al diritto amministrativo, ed. Forum Libri, 2017.

perdita) di gare sostanzialmente regolari, per mere dimenticanze o distrazioni: si tratta della stessa ottica che ha portato a considerare strettamente tassative (cioè prevedibili solo dalla legge) le cause di esclusione dalle gare d'appalto, con la conseguenza che eventuali cause ulteriori di esclusione nel bando comporta la nullità della relativa clausola (vedi ora l'art. 83, comma 8, del nuovo codice degli appalti).

In particolare: negli appalti

Quanto premesso ha **da tempo comportato un significativo allargamento delle ipotesi di soccorso istruttorio** (come disciplinate dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici allora vigente), poi ulteriormente ampliate per effetto del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 1114, che aveva introdotto negli (allora vigenti) artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, rispettivamente, i commi 2 bis e 1 ter: mentre alla luce delle prime modifiche normative del 2011 la giurisprudenza limitava l'utilizzo del soccorso istruttorio ai soli casi di "mera rettifica" di errori materiali ovvero per colmare lacune in dichiarazioni, comunque, presentate dall'inizio, quindi lo escludeva in caso di documenti necessari del tutto omessi dal concorrente e richiesti a pena di esclusione, la novella del 2014 aveva espressamente consentito la sanatoria anche nei casi di totale omissione ("mancanza"), ovvero di irregolarità "essenziale", di documenti richiesti a pena di esclusione (art. 38, comma 2 bis), anche se prevedendo, a carico del concorrente ammesso al soccorso per una "lacuna essenziale", una sanzione amministrativa "stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria": art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006); viceversa in caso "irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili" la stazione appaltante non doveva applicare alcuna sanzione. Inoltre il soccorso restava escluso a fronte di violazioni del bando comportanti un'incertezza assoluta sul contenuto e/o sulla provenienza della domanda di partecipazione e/o dell'offerta ovvero inficianti l'integrità dei plichi contenenti le stesse.

Ora il quadro normativo è mutato ancora con il nuovo codice dei contratti pubblici, che attuando la direttiva comunitaria 26 febbraio 2014, n. 24, è ispirato, fra l'altro, al c.d. **divieto di gold plating**, quello, cioè, di applicare, a fini di esclusione della gara, regole di contenuto sovrabbondante rispetto ai livelli minimi richiesti dalle direttive" (art. 1, comma 1, lett. a, della legge delega).

Questo il testo attuale dell'art. 83, comma 9, del Codice, come modificato dal Correttivo:

~~"9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità~~

~~essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'[articolo 85](#), con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'arvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.~~

9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'[articolo 85](#), con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

In sintesi questa nuova disciplina:

- riferisce la possibilità del soccorso istruttorio a tutte le “carenze di qualsiasi elemento formale”, in modo sostanzialmente onnicomprensivo, ma **solo con riferimento alla domanda e alla documentazione**;
- **elimina il c.d. soccorso a pagamento**, prevedendo che tutte le ipotesi siano gratuite;
- ribadisce che **non sono sanabili le lacune o irregolarità relative all’offerta, sia tecnica che economica**;

Quest’ultima previsione crea dubbi interpretativi: **quando la lacuna può ritenersi afferente l’offerta e quindi insanabile?**

Sul piano formale la norma relativa all’incompletezza dell’offerta è di contenuto amplissimo, escludendo il soccorso in relazione a “*qualunque mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale*” e la giurisprudenza (precedente al nuovo codice ma sostanzialmente trasferibile ad esso, che sul punto non innova nella sostanza) è molto rigorosa, nel senso di considerare

insanabile qualunque difformità o incompletezza dell'offerta rispetto a quanto previsto dalla lex specialis di gara: così, ad esempio, **la mancanza di un elaborato tecnico richiesto dal bando, a corredo dell'offerta, è considerata insanabile**, questo persino ove il bando non lo richieda a pena di esclusione, giacché la completezza dell'offerta è sempre richiesta, anche implicitamente, a pena di esclusione.

Più dubbio è il caso della **mancata sottoscrizione dell'offerta** (o di un documento che di essa necessariamente fa parte, ad esempio la relazione geologica) da parte del rappresentante legale della ditta concorrente e/o del progettista: **sul punto l'ultima parte dell'art. 83, comma 9, parrebbe lasciare uno spiraglio laddove colpisce solo difformità "che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile"**, ma vi è da dire che tale precisazione è **testualmente riferita solo alla documentazione**, non anche all'offerta. Così emerge il caso problematico di un'offerta non firmata dal rappresentante legale del concorrente ovvero non firmata in alcune sue pagine, sulla quale non vi posso dare indicazioni sicure perché la giurisprudenza è oscillante, anche se personalmente sarei per ammettere a soccorso istruttorio, applicando analogicamente all'offerta l'ultima parte del comma 9, tutte le volte in cui la mancanza totale o parziale di firma dell'offerta da parte del rappresentante legale non impedisca di riferirla, comunque, allo stesso con certezza, avendo lo stesso rappresentante firmato regolarmente tutti gli altri documenti di gara, avendo allegato il documento d'identità e avendo inserito l'offerta in una busta regolare.

Comunque riporto di seguito due massime non concordanti, per rendere l'idea dell'incertezza giurisprudenziale:

T.A.R. Napoli (Campania) sez. III 08 maggio 2015 n. 2562: "L'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 -laddove sanziona con l'esclusione i casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali- pone in risalto l'assoluta necessità della sottoscrizione. Ciò risulta evidente dall'utilizzo della particella disgiuntiva, che isola l'ipotesi dell'offerta non sottoscritta dal difetto degli altri elementi essenziali, tanto da rendere inattuabile il c.d. soccorso istruttorio e insuscettibile di regolarizzazione dell'offerta priva di firma (non potendosi dare applicazione di quanto previsto dai commi 1 e 1 ter, riferiti rispettivamente al contenuto dei certificati e documenti, ovvero alla mancanza, incompletezza o irregolarità di elementi e dichiarazioni). Quanto evidenziato corrisponde alla basilare distinzione tra il documento in cui si sostanzia la proposta del concorrente ed ogni altro atto che contenga manifestazioni di scienza e le dichiarazioni richieste. Nel primo caso, la sottoscrizione assolve all'ineludibile necessità di riportare l'offerta al proponente e di impegnarlo nei confronti della stazione appaltante, cosicché alla sua mancanza non può supplirsi attraverso altre forme di riconducibilità dell'atto al suo autore (che, a differenza della firma, non potrebbero assicurare la certezza dell'impegno assunto, mediante la sottoscrizione). In tal senso, resta esclusa l'assimilabilità del difetto di sottoscrizione ad ogni altra ipotesi di irregolarità o incompletezza suscettibile di regolarizzazione, esulando la fattispecie in esame dai casi per i quali può ammettersi una visione "sostanzialistica".

Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2080: “Nelle gare pubbliche eventuali dubbi sulla paternità della sottoscrizione dell’offerta e sulla correlata spendita di potere rappresentativo possono al più indurre l’Amministrazione a chiedere chiarimenti, in virtù del potere di soccorso istruttorio previsto dall’art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ma non certo condurre all’esclusione della ricorrente, in presenza di una dichiarazione comunque ritualmente inclusa tra i documenti da essa presentati per partecipare alla gara”.

Altra precisazione da fare riguarda l’attestazione dei **requisiti soggettivi di partecipazione**, che se incompleta può normalmente essere oggetto di soccorso istruttorio, ma non sino al punto di stravolgere il contenuto dell’offerta ovvero di superare divieti di legge espressi.

Così, ad esempio, l’art. 91 del vecchio codice precisa che negli incarichi di “*progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo*”, comprese le relazioni geologiche, l’affidatario non può avvalersi del subappalto.

Pertanto il relativo elaborato di gara dovrà essere fornito a firma di un professionista facente parte del gruppo di partecipazione indicato sin dall’inizio nell’offerta come componente del RTI di progettazione; laddove questo non avvenisse, e fosse prodotta una relazione redatta da un professionista esterno, incaricato dal gruppo di partecipazione partecipante, si avrebbe violazione del divieto di sub appalto e questo non potrebbe essere certamente sanato facendo entrare ex post, in sede di soccorso istruttorio, quel professionista nel RTI, perché ciò equivarrebbe a modifica sostanziale dell’offerta; infatti: T.A.R. Napoli, Sez. I, 30 marzo 2016 n. 1630, “*L’omessa indicazione del nominativo del professionista incaricato della stesura della relazione geologica non costituisce legittima causa di esclusione dalla gara, ma deve dar luogo allo svolgimento dei poteri di soccorso istruttorio nella più lata accezione ascrivibile alla novella dell’istituto di cui al d.l. n. 90 del 2014. È irrilevante la natura del rapporto giuridico tra l’impresa e il geologo, nel senso che esso potrebbe essere sia di natura indipendente, sia subordinata, parasubordinata, coordinata, continuativa sia sotto forma di associazione temporanea con esclusione del solo rapporto di subappalto*”.

Anche se, poi, proprio su questa questione si assiste a oscillazione giurisprudenziale, dato che parte della giurisprudenza nega all’incarico affidato al geologo natura di subappalto vietato, qualificandolo come "contratto d'opera intellettuale", certamente ammissibile e, non già, come contratto di (sub) appalto, vietato; del resto il bando prescriveva essenzialmente l’imprescindibile partecipazione di un geologo alla prestazione del servizio, senza peraltro vincolare le modalità di partecipazione dello stesso. In altri termini, la circostanza che il bando fosse aperto a singoli professionisti individualmente qualificati per il pregresso svolgimento di attività di progettazione, non implica necessariamente la diretta partecipazione dell’architetto, con subappalto della prestazione geologica”: così T.A.R. Latina, (Lazio), Sez. I, 23/12/2013, n. 1058..

Infine va fatto un riferimento al **problema degli oneri di sicurezza aziendali**, sul quale rileva Consiglio di Stato Ad. Plen. 27 luglio 2016 n. 19, secondo cui “Per le gare bandite anteriormente

all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza: «Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro»), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio».

La pronuncia è interessante non solo per la questione in sé, ma anche sembra cambiare la nozione stessa di soccorso istruttorio, inserendovi la rilevanza anche della “buona fede” del partecipante, che -quanto meno nelle ipotesi in cui il bando non sia chiaro e non sia neppure eterointegrato da una “previsione normativa granitica” nel prevedere l'onere dichiarativo- assumerebbe rilievo persino in relazione a una questione inerente il contenuto stesso dell'offerta”.

Al riguardo riporto la massima della recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975, che contiene tanti spunti di interesse:

1. Nel caso di commissione di un mero errore circa gli obblighi dell'assunzione di lavoratori disabili in sede di compilazione della modulistica (nella specie l'offerente aveva barrato la casella che conteneva la dichiarazione di regolarità per insussistenza dell'obbligo, anziché quella di regolarità per adempimento dell'obbligo) **e tale errore emerga con evidenza dai dati dell'offerta tecnica** (ove era stato dichiarato l'impiego di ben trenta unità di personale dipendente), **l'errore stesso non implica alcuna violazione della l. 68/1999**, essendo pacifico che la ditta in questione ha proceduto all'assunzione di lavoratori disabili nei termini di legge. Sul piano formale esso dà luogo ad una mera contraddittorietà, sorretta da buona fede e certamente non integrante una irregolarità essenziale, suscettibile di essere ricondotta a coerenza a messo di una lettura complessiva della documentazione.

2. L'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione, né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta.

3. Per ciò che concerne il cosiddetto “soccorso istruttorio processuale”, deve ritenersi che l'istituto del soccorso istruttorio riferito ai requisiti di partecipazione possa anche applicarsi una volta intervenuta l'aggiudicazione, atteso che ciò non comporta la violazione del principio della “par condicio” tra i concorrenti; invero, la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi **anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione** (non essendone avveduta la stazione

appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento. In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.

4. La questione dell'applicabilità del soccorso istruttorio in giudizio va risolta nel senso che la questione non può essere rilevata d'ufficio del giudice, ma presuppone sempre un'iniziativa della parte aggiudicataria, interessata alla affermazione della legittimità (sostanziale) della propria ammissione alla gara. Tuttavia l'aggiudicataria, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, può limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione. A tal fine la parte è gravata dall'onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare.

5. Nel caso in cui vi sia una irregolarità essenziale (ad esempio sia stata omessa la produzione di un documento relativo ai requisiti morali) ed essa non sia stata rilevata e sanata in virtù dello specifico procedimento pure disciplinato dall'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. 163/2006 il giudice amministrativo può "limitarsi" ad accertare, all'esito del processo, i termini della dedotta irregolarità essenziale e, ove risulti provato che ad essa non si accompagni anche una carenza sostanziale del requisito (alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata), dichiarare, alla luce della prognosi postuma fatta, che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo, previo pagamento della sanzione pecuniaria.

6. Poiché nelle gare di appalto la sussistenza o meno di un requisito -a differenza dell'accertamento della produzione o meno del documento che lo comprova- non è una valutazione necessariamente vincolata, ove il giudice sia certo, in ragione della natura vincolata dell'accertamento, che il requisito non sussista, egli deve annullare l'aggiudicazione ed accogliere le richieste del secondo graduato di subentrarvi; nel caso invece in cui le valutazioni che si richiedono sono invece connotate da discrezionalità, la soluzione è l'annullamento dell'ammissione del concorrente, con la conseguente regressione del procedimento alla fase dell'invito alla regolarizzazione e delle pertinenti verifiche e valutazioni in sede amministrativa di quanto prodotto".

Nel testo del correttivo al codice, attualmente in itinere, la norma sul soccorso istruttorio, che resta ubicata all'art. 83, comma 9, appare oltre modo semplificata, nei termini seguenti: "9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati i documenti e le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara".