

## **SEMINARIO**

**10 NOVEMBRE 2011**

**LE NOVITÀ NEGLI APPALTI A SEGUITO DELL'ENTRATA IN  
VIGORE DEL  
DEL D.P.R. N° 207/2010**

**REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE DEL  
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI -  
E DELLA L. 12.07.2011 N. 106  
(CONVERSIONE IN LEGGE DEL DECRETO SVILUPPO)**

**Avv. Barbara Bracarda**

**Dott.ssa Catia Bibi**

**I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO:  
DI ORDINE GENERALE E SPECIALE**

L'art. 38 del Codice consente l'affidamento di commesse pubbliche soltanto nei confronti di soggetti che siano moralmente e professionalmente affidabili.

- Pertanto i requisiti di ordine generale, oltre a dover sussistere in capo ai concorrenti al momento della partecipazione alle procedure di affidamento, devono permanere sino alla data di stipulazione del contratto e, secondo quanto disposto dall'articolo 135 del Codice, anche durante l'esecuzione degli stessi.
- I requisiti di ordine generale sono i medesimi per lavori, servizi e forniture, settori ordinari e speciali. Devono essere posseduti indipendentemente dall'importo e dalla tipologia di appalto (a differenza dei requisiti di carattere speciale relativi alla capacità economica ed alla capacità tecnica dell'impresa, invece correlati alla tipologia di appalto ed al valore dello stesso).
- Trattasi di requisiti "personali" e, pertanto, non sono suscettibili di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del Codice.
- Nel caso di partecipazione di imprese riunite, i requisiti generali devono essere posseduti da tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, ovvero, in caso di consorzi, da ogni impresa consorziata indicata quale esecutrici delle prestazioni.

**Cause di esclusione dopo le novità introdotte dal decreto sviluppo 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106**

- L'art. 38 del Codice dei contratti è quello che ha subito il maggior numero di modifiche da parte del D.L. n. 70/2011, le quali, da un lato appaiono intese al tentativo di adeguare le previsioni sui divieti di partecipazione alle gare alla concreta realtà imprenditoriale e al principio di effettività, e dall'altro, recepiscono taluni interventi della giurisprudenza.

**Tra le modifiche introdotte si segnala:**

- *definizione della nozione di gravità (salvo che con riguardo ai reati incidenti sulla moralità professionale di cui alla lett. c) dell'art. 38, comma 1, che invece avrebbe richiesto un qualche intervento definitivo): art. 38, comma 2;*
- *individuazione più dettagliata delle condanne che non devono essere dichiarate: art. 38, comma 2, primo periodo;*
- *richiesta iscrizione informatica al sito dell'Autorità ai fini dell'esclusione per false dichiarazioni o documentazioni;*
- *riduzione ad un anno (da tre) del periodo considerato ai fini dell'individuazione degli amministratori cessati che devono essere esenti da condanne (v. lett. c, ultimo periodo);*
- *riduzione del periodo di esclusione per false dichiarazioni (v. art. 38, comma 1 ter).*

**Il nuovo articolo 38. comma 1, lettere b) e c)**

- **Prima novità introdotta riguarda i soggetti interessati dalla disposizione:**

L'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti dei seguenti soggetti:

- del **titolare e direttore tecnico** se si tratta di **impresa individuale**;
- dei **soci** (il testo precedente il d.l. n. 70/2011, convertito in L. n. 106/2011, era "del socio") e del **direttore tecnico**, se si tratta di **società in nome collettivo**;
- dei **soci accomandatari** e del **direttore tecnico** se si tratta di **società in accomandita semplice**;

- degli **amministratori muniti di potere di rappresentanza** e del **direttore tecnico** e del **socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci**, se si tratta di **altro tipo di società o consorzio** (parole così sostituite dal d.l. n. 70/2011, convertito in L. n. 106/2011).

- Esclusivamente con riferimento al **socio unico**, il possesso dei requisiti è comprovato con riferimento alla sola “persona fisica”. Non è chiaro se ciò riguardi anche l’ipotesi del socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci. Da una interpretazione letterale sembrerebbe emergere che, nel caso di società con meno di quattro soci, i controlli debbano essere effettuati anche sui soci che siano persone giuridiche. Resta da chiarire se, per socio di maggioranza, debba intendersi soltanto il socio che detiene la maggioranza assoluta o anche quello che detiene la maggioranza relativa.

La norma prende atto dell’esistenza di società con socio unico, sia a responsabilità limitata che per azioni e ne vieta la partecipazione alle gare anche se il divieto riguarda il socio unico stesso, che può anche non coincidere con la figura dell’amministratore munito di poteri di rappresentanza, nelle ipotesi in cui l’amministrazione sia affidata ad un terzo estraneo alla compagine sociale.

- **soggetti cessati dalla carica**

E’ stato ristretto da 3 anni a 1 anno il periodo da considerare ai fini della cessazione dalle cariche.

L’intento è quello di ampliare le possibilità di partecipazione alle gare, nell’ottica dell’accelerazione delle procedure e della semplificazione.

Siffatta istanza di accelerazione e semplificazione è però temperata dalla previsione della necessità che nel caso in cui i predetti soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente siano stati raggiunti da pregiudizi penali gravi e incisivi della loro moralità professionale, al fine di ammettere comunque l’impresa a partecipare alla gara, occorre che essa alleghi non solo di avere meramente adottato atti o misure di completa dissociazione, ma anche che la dissociazione stessa sia stata completa ed effettiva.

Qui sarà illuminante l'opera interpretativa della giurisprudenza, poiché così come formulata la norma appare di difficile concretizzazione pratica. Cosa dovrà produrre in sede di gara l'impresa per dimostrare che effettivamente vi è stata completa ed effettiva dissociazione, al di là dell'intervenuta adozione di atti e misure di completa dissociazione?

Effettivamente non si intende in quale maniera possa dimostrarsi che vi sia stata siffatta dissociazione, se non mediante la produzione di delibere, mozioni d'ordine degli organi sociali che abbiano preso ufficialmente le distanze dall'attività criminosa dei soggetti cessati dalla carica.

**Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture  
14/9/2011 n. 156**

**Gara d'appalto - Requisiti generali - Soggetti cessati dalla carica -  
Condanne per reati incidenti sulla moralità professionale - Adozione  
misure di completa dissociazione - Omissione - Esclusione - Va disposta**

*La ratio dell'art. 38, comma 1, lett.c), è quella di precludere la partecipazione ai pubblici incanti di soggetti che non diano affidamento sotto il profilo della moralità e della serietà professionale, al fine di evitare che, anche se cessati dalla carica, il loro operato possa continuare a riverberarsi sull'organizzazione dell'impresa, tanto che, per evitarlo, l'impresa deve dimostrare la sua completa dissociazione dal loro operato; è per questo, infatti, che secondo consolidata e condivisa giurisprudenza, le dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e, in precedenza, dell'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (per i lavori), dell'art. 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995 (per i servizi) e dell'art. 11 del D.Lgs. n. 358 del 1992 (per le forniture), sono obbligatorie (Consiglio Stato, sez. V, 15/10/2010, n. 7524).*

*Il concorrente a una gara d'appalto di opere pubbliche deve dimostrare di avere adottato misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata, atteso che la dissociazione, non trattandosi di istituto giuridico codificato, può aver luogo in svariate forme, purché risulti esistente, univoca e completa (Consiglio Stato, sez. V, 11 settembre 2007, n. 4804). E nel caso di specie non è ravvisabile una effettiva interruzione del nesso di identificazione tra operatore economico e condannato non avendo l'impresa*

*adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.*

- **Orientamenti giurisprudenziali in ordine ai soggetti tenuti a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) d.lgs. 163/2006.**

Esistono in giurisprudenza due difformi orientamenti circa l'individuazione dei soggetti tenuti alla dichiarazione di cui alla lettere b) e c) dell'art. 38:

1. uno che offre una lettura estensiva;
2. l'altro, ribadito, da ultimo, dal Cons. Stato, Sez. V, 27/5/2011, n. 3200, per il quale l'individuazione soggettiva ha una portata restrittiva e letterale. Per cui l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06, nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione, fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza", senza estendere l'obbligo ai procuratori, che amministratori non sono (Consiglio Stato, sez. V, 25 gennaio 2011 , n. 513).

#### **A) Procuratori speciali**

Con una recentissima sentenza lo stesso Consiglio di Stato (Sez. VI, 15/06/2011, n. 3655) ha ritenuto di non aderire all'indirizzo per cui la dichiarazione della insussistenza delle cause di esclusione richiesta dall'art. 38 del Codice (lettere b), c) e m-ter)) deve essere presentata soltanto dai soggetti che risultino formalmente "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", secondo la lettera della norma, ma al diverso e più sostanziale indirizzo, attento alla finalità della norma, all'effettività del rapporto amministrativo in questione e all'affidabilità di chi in esso agisce nell'interesse e per conto del concorrente, secondo il quale vi sono tenuti anche i **procuratori speciali**, al di là della loro qualifica formale, a ragione dei poteri che siano ad essi in sostanza conferiti, se in realtà gestiscono affari sociali. Ciò in quanto la ratio legis (in precedenza espressa nella identica previsione dell'art. 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) è di escludere dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti che nella società abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale. Occorre perciò aver riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la ratio legis potrebbe venire agevolmente elusa e dunque vanificata (cfr. Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2007, n. 523), ed è perciò necessario accertare non solo se, ai sensi

della procura rilasciata, siano stati conferiti poteri gestori generali e continuativi, ma anche considerare che altresì rileva, a un tale fine, l'attribuzione del potere di partecipare a pubblici appalti e formulare le relative offerte, poiché la portata della norma sarebbe altrimenti del tutto vanificata (n. 523 del 2007, cit.; cfr. anche Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 134; V, 16 novembre 2010, n. 8059).

### **Consiglio di Stato 21/10/2011 n. 5638**

#### **Requisiti generali - Società di capitali - Obbligo di rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38 d.lgs. 163 del 2006 - Incombe sugli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e sul direttore tecnico - Interpretazione insuscettibile di applicazione estensiva**

L'art. 38 del D. Lgs. N. 163/2006 dispone che le dichiarazioni ivi previste debbano essere rese, nel caso di società per azioni, "dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e dal direttore tecnico" senza fare alcun riferimento alla figura del Responsabile Tecnico degli impianti. (..) Ciò posto, secondo il più recente insegnamento della Sezione a cui il Collegio ritiene di dover aderire, l'individuazione del novero dei soggetti nei cui confronti il codice dei contratti pone l'onere di dimostrare l'assenza di fattori pregiudizievoli ai sensi del richiamato art. 38, non è suscettibile di applicazioni estensive. Così, come correttamente affermato dal primo giudice, **per ciò che specificatamente concerne le società di capitali, sulla base del portato letterale dell'art. 38 del d.lgs. l'ambito dell'obbligo deve essere limitato alle due sole categorie degli "amministratori muniti di poteri di rappresentanza" ovvero del "direttore tecnico", che sono gli unici soggetti in grado di determinare in concreto le scelte imprenditoriali e gestionali.**

#### **B) Responsabile tecnico**

**preposto alla gestione rifiuti ex d.m. 28 aprile 1998”**

**preposto alla “gestione tecnica ex d.m. 274/1997”**

Come è stato evidenziato dal **Consiglio di Stato (Sez. V, 26/05/2010, n. 3364**; in senso conforme anche deliberazione Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici 14/06/2007, n. 192):

- il responsabile tecnico nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è figura espressamente prevista dal d.m. 28 aprile 1998, recante disciplina dell'iscrizione di

tali imprese nell'apposito albo, il cui art. 10, co. 4, ne impone all'uopo la nomina, che deve ricadere su soggetti aventi i prescritti requisiti di qualificazione professione, di ordine speciale, e di ordine generale. In altri termini, il responsabile tecnico è elemento indispensabile per la qualificazione dell'impresa, evidentemente deputato allo svolgimento dei compiti tecnico-organizzativi relativi anche all'esecuzione del servizio commesso da parte dell'impresa, di cui assume quindi, per stessa definizione, la responsabilità sotto tali aspetti. Tanto non diversamente dal direttore tecnico previsto dall'art. 26 del d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, in materia di imprese di lavori pubblici, a cui competono, ai sensi del primo comma dello stesso articolo, gli "adempimenti di carattere tecnico organizzativo necessari per l'esecuzione dei lavori".

- **il "preposto alla gestione tecnica ex d.m. n. 274/1997" non è un qualsiasi "preposto" ma è il direttore tecnico specifico delle imprese che svolgono attività di pulizia, disinfezione, disinfestazione derattizzazione e sanificazione, così come espressamente disposto dal d.m. n. 274/1997.** In altri termini tutte le imprese che svolgono le suddette attività, per l'iscrizione stessa al registro delle imprese per tali attività, devono avere un preposto alla gestione tecnica dotato di determinati requisiti tecnico-professionali, il quale **è dunque un elemento indispensabile per la qualificazione dell'impresa, deputato allo svolgimento dei compiti tecnico-organizzativi relativi anche all'esecuzione del servizio commesso da parte dell'impresa, di cui assume, per stessa definizione, la responsabilità sotto tali aspetti.** Tanto non diversamente dal direttore tecnico in materia di imprese di lavori pubblici cui competono "gli adempimenti di carattere tecnico organizzativo necessari per l'esecuzione dei lavori". Ai sensi del richiamato d.m. n. 274/1997 (recante il Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della legge 25 gennaio 1994, n. 82 per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione) il preposto alla gestione tecnica non può infatti essere un consulente o un professionista esterno, evidenziando in tal modo il nesso di immedesimazione organica di detta figura con la società, in base al quale sussiste un rapporto diretto del responsabile tecnico con la struttura operativa dell'impresa di pulizia. Il rapporto di immedesimazione consente al preposto-responsabile tecnico di operare in nome e per conto dell'impresa, impegnandola con il proprio operato e con le proprie determinazioni, sia pure limitatamente agli aspetti tecnici dell'attività stessa. La figura del preposto alla gestione tecnica, nei termini sopra delineata, è

pertanto equivalente a quella del direttore tecnico, in quanto organo cui competono gli adempimenti di carattere tecnico organizzativo necessari per l'espletamento dell'attività dell'impresa. Pertanto, non v'è dubbio che, quando l'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 ***“richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal ‘direttore tecnico’, abbia riguardo, quanto alle imprese di servizi, alle figure tipiche di tale categoria, pur nominalmente diverse, ma a quella sostanzialmente analoghe, perché investite di compiti parimenti analoghi, rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto”***.

**C) Dichiarazione sostitutiva relativa all'inesistenza di condanne nei confronti di amministratori cessati dalla carica - Condanne subite da terzi - Puntualizzazione “per quanto a conoscenza”- Falsa dichiarazione in caso di condanna legalmente conoscibile con l'ordinaria diligenza**

**Consiglio di Stato sez. IV 27/6/2011 n. 3862**

1. Come questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di chiarire (sez. IV, 1 aprile 2011 n. 2068),

- “la dichiarazione prevista dall'art. 38, co. 2, a maggior ragione se espressamente prevista dal bando a pena di esclusione, (è) necessaria, in quanto solo attraverso di essa l'amministrazione riceve contezza di tutti i soggetti per i quali, ai sensi di legge, essa deve essere resa e, conseguentemente, degli eventuali reati che tali soggetti hanno commesso e per i quali sono stati condannati.”;

- ne consegue che, qualora la dichiarazione venga omessa o sia incompleta, “l'amministrazione (e per essa la commissione di gara) non ha conosciuto dell'esistenza di soggetti rivestenti talune particolari cariche nel triennio antecedente, e non è stata posta in grado di effettuare eventuali verifiche, anche attraverso la mera richiesta di integrazione documentale”, con la conseguenza che, in tali casi., appare del tutto legittima l'esclusione del soggetto dalla partecipazione alla gara. La dichiarazione sopra descritta non può essere, dunque, omessa e, se ciò accade, la mancata allegazione o una indicazione dei soggetti richiesti dalla norma (tale da rendere impossibili le verifiche dell'amministrazione) comporta, per le ragioni sopra esposte, l'esclusione dalla gara.

2. L'art. 38, d. lgs. n. 163/2006, relativamente alle dichiarazioni sostitutive rese in ordine a stati, qualità personali e fatti relativi a terzi (cioè i precedenti amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente e gli altri soggetti contemplati), non può che essere interpretata se non in relazione ai principi generali in tema di dichiarazioni rese alla pubblica amministrazione (e connesse responsabilità per dichiarazioni false) ed all'art. 47 DPR n. 445/2000.

In tal senso, proprio perché il soggetto può rendere la dichiarazione afferente al terzo solo relativamente a stati, qualità e fatti “di cui abbia diretta conoscenza”, ne consegue che, in presenza di una norma (art. 38) che comunque richiede la predetta dichiarazione, quest'ultima non può che essere resa se non nel senso che essa attesta solo quanto è a conoscenza del dichiarante, ben potendo l'amministrazione – a fronte di una compiuta identificazione dei soggetti interessati – procedere alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale ed altri archivi pubblici (ai quali essa, a differenza del dichiarante, ha accesso), in ordine alla sussistenza (o meno) dei requisiti in capo a tali soggetti.

In definitiva, il partecipante alla gara (e per esso il suo legale rappresentante):

- per un verso, non può allegare, di sua iniziativa, certificazioni che, riguardanti un terzo, non gli vengono rese dalle pubbliche amministrazioni depositarie;
- per altro verso, non può dichiarare fatti, stati e qualità se non “per quanto a propria conoscenza”, posto che non può essere costretto ad autocertificare elementi dei quali non abbia (del tutto legittimamente) completa contezza, né potendo egli essere costretto ad assumere responsabilità per dichiarazioni mendaci, laddove non a conoscenza degli elementi oggetto della dichiarazione medesima (ma tuttavia costretto a renderla);
- per altro verso ancora, non è tenuto (né l'eventuale omissione può costituire causa di esclusione dalla gara) ad indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre le dichiarazioni dei precedenti amministratori (o autocertificare egli le circostanze ad essi relative), posto che il soggetto (persona fisica o giuridica) partecipante alla gara non ha assunto obbligazioni del fatto del terzo nei confronti della stazione appaltante (art.1381 c.c.), né vi è norma che imponga in via generale alla persona giuridica di includere, nella fonte del rapporto intercorrente con i propri amministratori e altri soggetti contemplati dall'art. 38, l'obbligo di questi ultimi a

rendere, fino a tre anni successivi alla cessazione dalla carica, le dichiarazioni necessarie alla persona giuridica per la partecipazione alle gare; né, infine, l'eventuale inadempimento di un obbligo posto a carico dei soggetti cessati dalle cariche (ove previsto) potrebbe risolversi in danno della (incolpevole) società.

**TAR Lazio Roma sez. III quater 27/4/2011 n. 3620**

**Gara di appalto - Requisiti generali - Dichiarazione riguardante gli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando- Inserimento inciso “per quanto a propria conoscenza”-Comporta inadeguatezza della dichiarazione per mancata assunzione di responsabilità**

L'amministratore -della società concorrente- nel rendere la dichiarazione riguardante gli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ha inserito la seguente puntualizzazione: “per quanto a propria conoscenza”.

Invero, dagli atti di causa emerge che, con riferimento agli amministratori cessati nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, la dichiarazione data dall'amministratore (.), riporta l'inciso, “per quanto a propria conoscenza”. Il Collegio aderisce all'indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2009, n. 375) che afferma la assoluta inadeguatezza della dichiarazione sostitutiva prodotta ex d.P.R. n. 445 del 2000 relativa agli amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica in ragione della puntualizzazione sopra riportata, che rende del tutto priva di valore e tanquam non esset la dichiarazione rilasciata. L'inciso riportato nella dichiarazione sostitutiva, infatti, si pone in contrasto con le norme in materia di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà di cui al d.P.R. 28.12.2000, n. 445, poiché manca una vera e propria assunzione di responsabilità insita invece in tale tipo di dichiarazione ed alla base dell'affidamento che è chiamata a riporvi l'Amministrazione.

**TAR Friuli Venezia Giulia sez. I 14/7/2011 n. 358**

**Gara di appalto- Requisiti generali- Dichiarazione sostitutiva relativa all'inesistenza di condanne nei confronti di amministratori cessati dalla carica - Condanne subite da terzi- Puntualizzazione “per quanto a conoscenza”- Falsa**

**dichiarazione in caso di condanna legalmente conoscibile con l'ordinaria diligenza**

Con riferimento alle condanne subite da terzi, non si può ragionevolmente pretendere che chi rende la dichiarazione affermi più di quanto risulta dall'estratto del casellario giudiziale ottenibile dai privati (che non necessariamente riporta tutte le condanne subite). In questo senso, l'inciso "per quanto a conoscenza" ben può essere inteso non come una mancata assunzione di responsabilità della dichiarazione, ma, più semplicemente, come l'affermazione che - nella posizione del terzo - potrebbero esservi condanne di cui il dichiarante non può essere a conoscenza in quanto non riportate nel certificato del casellario giudiziale (non integrale) al quale ha facoltà di accedere. Spetta infatti alla P.A., in sede di verifica, acquisire la documentazione completa anche dei soggetti cessati dalla carica, al fine di controllare sia il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara sia la correttezza delle dichiarazioni rese. Va da sé che andrà escluso, per falsa dichiarazione, colui che consapevolmente ha ommesso di dichiarare una condanna di terzi che era nella legale possibilità di conoscere con l'ordinaria diligenza.

**Consiglio di Stato sez. V 23/5/2011 n. 3069****APPALTI PUBBLICI – PREVISIONE “GENERICA” DEL BANDO CON RINVIO AI REQUISITI DELL'ARTICOLO 38 – MANCATA INDICAZIONE, DA PARTE DELL'OFFERENTE, DEI NOMI AI QUALI LA DICHIARAZIONE DI INESISTENZA DI CONDANNE SI RIFERISCE – ESCLUSIONE – LEGITTIMITÀ**

2. Laddove il bando (senza spingersi ad esigere che vadano dichiarate tutte le condanne penali, riservando così alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito) richieda solo genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38 del codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dallo stesso concorrente: sicché, in tali casi, il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale di non aver dichiarato tutte le condanne penali, ma solamente ove la stazione appaltante ritenga che le condanne siano gravi e definitivamente accertate. Occorre, però, precisare che, pur quando la lex specialis sia generica in ordine al contenuto della dichiarazione sul possesso dei requisiti generali, affinché la dichiarazione

sostitutiva del concorrente possa considerarsi conforme alla disciplina imperativa dell'art. 38 cit., è pur sempre necessario che tale dichiarazione sia in grado di assolvere la funzione assegnatale dalla legge e, quindi, che essa presenti contenuti specifici e determinati, sì da poter incarnare il modello cui si è riferito il legislatore. Occorre, cioè, che, quando la dichiarazione non promani già dalla persona fisica di volta in volta direttamente interessata, essa indichi, comunque, l'identità dei soggetti, richiamati dalla lettera c) del comma 1 dell'articolo 38, ai quali viene riferita l'enunciazione dell'assenza di precedenti ostativi, e appartiene quindi l'onorabilità che viene in concreto attestata. Una dichiarazione del tutto astratta e generica, invece, non solo ostacolerebbe l'Amministrazione nella sua funzione di verifica commessale dal comma 3 dell'art. 38, ma sarebbe inidonea in radice alla funzione probatoria. Il secondo comma dell'articolo è ancora, invero, il sistema delle cause di esclusione da questo contemplate alle dichiarazioni sostitutive ex d.P.R. n. 4452000. E queste attengono a determinati "stati, qualità personali e fatti", propri dello stesso dichiarante o relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza (cfr. l'art. 47, comma 2, d.P.R. cit.). Quando il dichiarante non si riferisca a se stesso, egli deve quindi necessariamente identificare, contestualmente, il terzo al quale gli "stati, qualità personali e fatti" dichiarati devono essere riferiti. Diversamente, in tutti i casi in cui l'identità dei terzi in questione non sia già rigorosamente certa a priori, la dichiarazione resa sarebbe di un'indeterminatezza tale da non implicare alcuna precisa assunzione di responsabilità, e quindi sarebbe inidonea a rivestire un effettivo valore probatorio. È in via di principio il concorrente a dover provare nel modo previsto dalla legge il possesso dei requisiti, e non l'Amministrazione (e tantomeno il controinteressato) a dover fornire la relativa prova contraria. Il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 deve essere indefettibilmente dichiarato con diligente puntualità dai concorrenti nel rispetto della legge, tutte le volte che la *lex specialis* a questa quantomeno si richiami, senza che i relativi accertamenti possano essere rinviati dalla sede propria del procedimento ad un futuro ed eventuale giudizio.

#### **D) Fusioni per incorporazioni**

**Tribunale Amministrativo Regionale Veneto sez. I 27/1/2011 n. 115**

GARA D'APPALTO - REQUISITI GENERALI - **FUSIONE** SOCIETARIA - CAUSE DI ESCLUSIONE A CARICO DELLA SOCIETÀ INCORPORATA - SI ESTENDONO AUTOMATICAMENTE ALLA SOCIETÀ INCORPORANTE - RAGIONI

Qualora sussistano cause di esclusione ex art. 38 a carico della società incorporata, la relativa esclusione si estende automaticamente alla società incorporante (cfr. TAR Veneto, I, 7.4.2010 n. 1290): a seguito della riforma del diritto societario (DLgs 17.1.2003 n. 6), infatti, la **fusione** tra società non comporta, nella ipotesi di **fusione per incorporazione**, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla **fusione**, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (cfr., **per** tutte, SS.UU. 8.2.2006 n. 2637; TAR Veneto, ord. coll. 11.3.2009 n. 30). Diversamente, invero, la mera e formale confluenza di un'azienda priva di requisiti di moralità ma ampiamente dotata dei requisiti di partecipazione in un'azienda piccola ed insignificante sotto il profilo dei requisiti di partecipazione, ma illibata ai sensi dell'art. 38 consentirebbe alla prima di continuare a concorrere alle procedure di appalto, con conseguente elusione dell'art. 38 del DLgs n. 163 del 2006.

**Consiglio di Stato sez. V 1/10/2010 n. 7276**

**APPALTI PUBBLICI - MODIFICHE SOGGETTIVE CONCORRENTI - FUSIONE PER INCORPORAZIONE SOCIETA' CONCORRENTE - SUCCESSIONE A TITOLO UNIVERSALE - CONTINUITA' DEI RAPPORTI ANCHE NELLA PROCEDURA DI GARA**

La **fusione** della società che ha partecipato alla gara d' appalto con altra società comporta una successione a titolo universale della società che ne deriva nei rapporti giuridici di quella incorporata o fusa, e cioè il pieno e completo trasferimento di diritti ed obblighi delle Società preesistenti nella titolarità della nuova società o della incorporante, con sostanziale continuità dei rapporti giuridici in atto tra questa società e l'Amministrazione appaltante, che si trova, in effetti, a proseguire il rapporto in essere con un soggetto diverso **per** denominazione o forma societaria, ma nei cui confronti il rapporto giuridico instaurato con la

partecipazione alla gara delle società incorporate o fuse continua senza alcuna modifica sostanziale.

Specificamente, con riferimento alla  **fusione**  verificatasi nel corso della procedura (nel caso, un'asta pubblica) la Sezione, richiamando pacifica giurisprudenza sulla materia (Cass. civ., Sez. lav., 10 agosto 1999 n. 8572; Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2000 n. 5734 ; Sez. IV, 31 luglio 1992 n. 696), ha confermato la definizione di successione inter vivos a titolo universale attribuita agli effetti che si determinano in seguito alla  **fusione**  delle società, e la conseguente acquisizione da parte della società incorporante (o della nuova società che ne deriva) dei diritti e gli obblighi della società incorporata (o, nel caso della  **fusione**  in senso stretto, delle società che vi hanno partecipato) (in termini, Sez. V, 26 settembre 2002 n. 4940)".

Del resto, ad avviso della Sezione, il principio della immodificabilità assoluta dell'offerente, caratterizzata da un fondamentale elemento di staticità, mal si concilia con il carattere dinamico della vita delle imprese e con la loro intrinseca necessità di adeguare costantemente le loro stesse strutture organizzative alle vicende del mercato  **per**  poter conseguire i propri fini sociali ed essere così anche elemento di sviluppo e di crescita economica  **per**  l'intera collettività, tanto più che le esigenze pubbliche sottese allo stesso procedimento ad evidenza pubblica, quali l'affidabilità, oggettiva e soggettiva – anche sotto il profilo della sussistenza dei necessari requisiti di moralità pubblica - dei soggetti che concorrono  **per**  l'affidamento di appalti pubblici sono sufficientemente assicurate dagli obblighi che tali soggetti hanno nei confronti della pubblica amministrazione di comunicare le avvenute trasformazioni, onde consentire proprio l'esercizio dei necessari poteri di controllo e verifica.

#### **E) Cessioni ramo di azienda e requisiti morali degli amministratori ceduti: oscillazioni giurisprudenziali**

##### **Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia - Catania 03/05/2011 n. 1090**

- *Sulla sussistenza dell'obbligo dell'impresa partecipante ad una gara di presentare dichiarazioni sostitutive riguardanti il possesso dei requisiti di moralità anche in capo agli amministratori e direttori tecnici di una ditta estranea alla gara, dalla quale la partecipante abbia acquisito un ramo di azienda.*

- **Appalto di lavori - Partecipazione e qualificazione - Requisiti generali - Impresa che ha acquisito un ramo d'azienda - Omessa presentazione delle dichiarazioni con riferimento agli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente - Esclusione**
- Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un'impresa che ha acquisito un ramo d'azienda di altra impresa, le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti soggettivi previste dall'art. 75, D.P.R. n. 554/1999 vanno presentate, a pena di esclusione, anche con riferimento agli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente .

### **Consiglio di Stato sez. V 3/8/2011 n. 4629**

- 1. GARA D'APPALTO - REQUISITI GENERALI - GRAVI INFRAZIONI DEBITAMENTE ACCERTATE ALLE NORME IN MATERIA DI SICUREZZA - PENDENZA DI CONTENZIOSO - INAMMISSIBILITÀ DELL'ESCLUSIONE**
- 2. GARA D'APPALTO - REQUISITI GENERALI - INTERPRETAZIONE TASSATIVA - PRINCIPIO DI TIPICITA' CAUSE DI ESCLUSIONE - CESSIONE RAMO D'AZIENDA ANTERIORE ALLA PARTECIPAZIONE ALLA GARA - OBBLIGO DICHIARATIVO REQUISITI GENERALI IN CAPO AL CEDENTE - NON SUSSISTE - ESCLUSIONE DALLA GARA - INAMMISSIBILITÀ**

1. La chiara prescrizione recata dall'art. 38, comma 1 lett. e) nel senso di escludere dalla partecipazione solo le imprese che si siano rese responsabili di violazioni gravi e definitivamente accertate, porta ad escludere che la pendenza di un contenzioso possa essere considerata di per sé indice di inaffidabilità, essendo possibile un esito favorevole della lite , eventualità che fa prevalere il principio della più ampia partecipazione (Cons. St. Sez. V, 21.4.2009, n. 2399).

2. Le norme che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche vanno interpretate nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione e la mancanza di una norma con effetto preclusivo che preveda, in caso di **cessione d'azienda** anteriore alla partecipazione alla gara – cui è assimilabile l'affitto di **ramo d'azienda** - , un obbligo di dichiarazione dei requisiti soggettivi della cedente, conduce ad escludere la sanzione espulsiva nei confronti dell'impresa cessionaria o affittuaria che non abbia reso la dichiarazione sulla cedente (Cons. St. Sez. V, 15.11.2010, n. 8044; 21.5.2010, n. 3213).

### **Il nuovo articolo 38, comma 2**

- Il testo novellato del comma 2 dell'art. 38 prevede che il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva, in conformità al DPR n. 445/2000, in cui indica **tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione.**

Ciò significa che i soggetti individuati devono **dichiarare tutte le eventuali condanne penali, prescindendo da un giudizio sia sulla gravità e sia sull'incidenza del reato medesimo.**

- Viene, altresì, chiarito che il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione sostitutiva le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione (riabilitazione, estinzione del reato e revoca della condanna solo con provvedimento dell'Autorità giudiziaria).

Qui il legislatore da un lato, recepisce la giurisprudenza che, salva un'isolata voce discorde, aveva chiarito che l'esclusione dalle gare non opera se la condanna o il decreto penale siano stati inflitti per un reato depenalizzato.

Dall'altro lato ha pure recepito la giurisprudenza dominante che rendeva ininfluyente la condanna allorché fosse intervenuta la riabilitazione ovvero allorché il reato fosse stato dichiarato estinto non per il mero decorso del termine di legge previsto, bensì allorché l'estinzione fosse stata dichiarata con formale provvedimento del giudice penale dell'esecuzione.

- Poiché è ora espressamente previsto che il concorrente dichiari tutte le condanne penali riportate, l'esclusione dalla procedura di gara è comminata dalla stazione appaltante in tutti i casi in cui il concorrente abbia ommesso l'indicazione di una sentenza di condanna, indipendentemente dall'accertamento relativo al dolo o alla colpa grave. Si confermano, pertanto, le indicazioni già fornite su tale profilo con la determinazione n. 1 del 2010. Ne consegue che, una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato, di cui all'art. 178 c.p. (derivandone l'estinzione del reato e delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna) ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque anni o due anni (a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione), ai

sensi dell'articolo 445, comma 2, c.p.p., resta preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla sentenza di condanna. Inoltre, anche se non esplicitato dall'ultimo periodo della lettera c) dell'articolo 38, logicamente resta salva anche la procedura di estinzione, analoga a quella di cui all'articolo 445, comma 2 c.p.p., prevista dall'articolo 460, comma 5, c.p.p..

- Al riguardo è pertanto opportuno che gli operatori economici effettuino una visura *ex art.* 33 de T.U. n. 313 del 2002, **al fine di conoscere tutte le iscrizioni esistenti a loro carico, comprese quelle che non appaiono nel certificato, e che compaiono, invece, nei certificati acquisiti dall'Autorità Giudiziaria.**
- La stessa stazione appaltante, inoltre, è tenuta a segnalare la condotta del partecipante che abbia omissso l'indicazione delle condanne alla gara all'Autorità, che, ai sensi del comma 1-*ter* dell'art. 38, se ritiene che le dichiarazioni o la documentazione 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 successive procedure di gara e dagli affidamenti in subappalto, ai sensi della lett. h) del comma 1, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.
- Il **TAR Umbria con la recente sentenza del 13/10/2011, n. 330** ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "laddove **il bando di gara richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del Codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente**, sicché questi non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate. **La dichiarazione del concorrente, in tal caso, non può essere ritenuta falsa.**

**Diverso discorso deve essere fatto quando il bando** sia più preciso e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38, ma **specifici che vanno dichiarate tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive.** In siffatta ipotesi, la

causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (cfr. Cons. Stato, VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; 24 giugno 2010, n. 4019; 22 gennaio 2010, n. 1017 – oltre a n. 4082/2009, cit.).

Non trova applicazione l'articolo 46, comma 1-bis, del Codice, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, che, secondo le prime interpretazioni giurisprudenziali, avrebbe introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, dichiarando nulle le prescrizioni ulteriori. Infatti, poiché la previsione disattesa è prevista dalla legge (articolo 38, comma 2), e comunque concerne <<elementi essenziali>> dell'offerta (la dichiarazione di tutte le condanne penali, ritenuta dalla stazione appaltante necessaria a consentire la valutazione della loro eventuale rilevanza ostativa), si rientrerebbe comunque in una delle ipotesi di esclusione consentite.

**Articolo 38, comma 1, lettera c): esclusione per reati gravi**

- La preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto contemplata alla lettera c), del comma 1 dell'art. 38, fa riferimento a “**reati gravi** in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla **moralità professionale**”.

Non è, naturalmente, sufficiente la mera pendenza di un procedimento penale, ma deve trattarsi, in ogni caso, di sentenze definitive.

- *Gravità del reato*

Compete alla stazione appaltante effettuare una valutazione discrezionale in ordine alla singola, concreta, fattispecie di reato, prendendo in esame tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario quali, ad esempio:

- l'elemento psicologico;
- l'epoca e la circostanza del fatto;
- il tempo trascorso dalla condanna;
- le eventuali recidive;

- il bene leso dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto.

In assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto attiene dunque all'esercizio del potere discrezionale tecnico della pubblica amministrazione, che con adeguata e congrua motivazione valuta l'idoneità del reato ad integrare la causa di esclusione in esame.

- *Fattispecie di reato rilevanti*

Le fattispecie di reato rilevanti ai fini dell'esclusione sono quelle relative a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto e la loro incidenza sul rapporto fiduciario; tra queste, si citano, a titolo esemplificativo, i reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica, il patrimonio, i reati in materia ambientale, economica, finanziaria.

In ogni caso, la stazione appaltante è chiamata ad effettuare una concreta valutazione dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine sul singolo fatto, avendo riguardo al tipo di rapporto che deve essere instaurato, alla gravità del reato in relazione alla tipologia del rapporto ed alle condizioni che, in concreto, inducono a ritenere che un vincolo contrattuale con quel determinato soggetto non debba essere costituito, nonché a dare contezza, attraverso congrua motivazione, di avere effettuato la suddetta disamina.

- *Incidenza sulla moralità professionale*

L'espressione "moralità professionale" deve intendersi riferita non solo alle competenze professionali ma, in senso più ampio ed articolato, alla condotta e alla gestione di tutta l'attività professionale.

La giurisprudenza ha precisato che l'espressione moralità deve essere riferita ad ogni reato commesso nell'esercizio di una attività professionale, da chiunque esercitata, con il solo limite della sua riconducibilità eziologica ad una attività lato sensu professionale, senza alcun obbligo di circoscriverne l'ambito al settore degli appalti pubblici, o più in generale, a quello dei

contratti. Tale valutazione, quindi, va effettuata non in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, del peso specifico dei reati ascritti e della prestazione che la ditta dovrà espletare se risulterà aggiudicataria.

- *Esclusione ex se per determinati reati comunitari*

La lettera c) del comma 1 dell'art. 38 prevede una categoria di reati sottratti alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, in presenza dei quali l'esclusione opera ex se.

Si tratta dei reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE, rispetto ai quali il legislatore comunitario ha già effettuato una valutazione della gravità e dell'incidenza sulla moralità professionale, ritenendoli rilevanti ai fini dell'esclusione e sottraendoli, pertanto, a qualsiasi ulteriore ponderazione della stazione appaltante, stante il chiaro tenore letterale della norma che non si presta ad interpretazioni restrittive.

#### ***Il nuovo articolo 38, comma 1, lett. d (divieto di intestazione fiduciaria)***

- Altra modifica ha riguardato la lettera d) dell'art. 38 del Codice circa il divieto di intestazione fiduciaria ex art. 17, l. n. 55/1990.

E' stato sancito che "l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa".

E' stato quindi delimitato e temporalmente circoscritto ad un anno il periodo di rilevanza dell'accertamento definitivo della violazione del divieto di intestazione fiduciaria ed è stato peraltro precisato che in ogni caso l'esclusione va disposta se la violazione del divieto in parola non sia stata rimossa.

La norma è dunque ispirata da un lato ad un'istanza di accelerazione e semplificazione, precisandosi l'arco temporale di rilevanza, ma dall'altro ad un'esigenza di effettività, chiarendosi che comunque deve essere esclusa dalla

gara l'impresa che non abbia rimosso la violazione del divieto di intestazione fiduciaria delle azioni.

***Articolo 38, comma 1, lett. e (norme in materia sicurezza e lavoro)***

Il d.l. sviluppo aveva modificato anche l'art. 38, lett. e), relativo alle violazioni gravi in materia di sicurezza dei lavoratori e di ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro, eliminando la previsione secondo cui la violazione deve risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio, ed inserendo dei parametri normativi di gravità la precisazione. Tali previsioni non sono però state convertite in legge e, pertanto, sono state in vigore dal 14 maggio al 12 luglio 2011, per i bandi pubblicati in tale intervallo temporale.

Nella versione attuale, pertanto, il disposto di cui all'art. 38, comma 1, lettera e), è immutato rispetto a quello precedente la legge n. 106/2011.

***Articolo 38, comma 1, lett. f (grave negligenza o malafede)***

Il disposto di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), è immutato rispetto a quello precedente la legge n. 106/2011.

***Il nuovo articolo 38, comma 1, lett. g (imposte e tasse)***

Il testo novellato dell'art. 38, comma 2, prevede che ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del D.P.R. n. 602 del 1973 (si tratta dell'importo per la verifica in Equitalia nei pagamenti da parte delle pp.aa.): l'importo indicato dal comma 1 dell'art. 48-bis è pari a euro 10.000 iva compresa, mentre il comma 2-bis prevede che, con decreto del Ministro dell'Economia, l'importo citato possa essere aumentato ovvero diminuito..

***Il nuovo articolo 38, comma 1, lett. h (iscrizione Casellario per falsa dichiarazione o falsa documentazione)***

- Il vecchio testo prevedeva l'esclusione dalle gare dei soggetti "che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

Oggi si prevede l'esclusione per quei soggetti "nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti".

In pratica sono esclusi dalle gare quei soggetti che dall'apposita iscrizione nel casellario informatico gestito dall'Autorità di Vigilanza, risultino aver reso false dichiarazioni o prodotto falsa documentazione concernente il possesso dei requisiti e delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare, **a prescindere dal tempo in cui abbiano commesso tale infrazione.**

E' stata, cioè, espunta la precisazione secondo cui tali falsità rilevavano solo se commesse nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

La norma appare pertanto ispirata ad un maggior rigore e ad una maggiore severità, rendendo rilevanti ed escludenti le falsità attestative o documentali, a prescindere dall'epoca in cui sono state commesse.

- La stazione appaltante, pertanto, in caso di falsa dichiarazione o falsa documentazione nella specifica gara e negli affidamenti di subappalto deve limitarsi a procedere all'esclusione **senza considerare l'elemento soggettivo ed a segnalare la falsa dichiarazione/documentazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;**
- **L'Autorità di vigilanza** è tenuta a considerare l'imputabilità del fatto all'impresa in considerazione della rilevanza o della gravità.  
Il fatto che il legislatore abbia demandato **l'indagine** sull'elemento psicologico all'Autorità si giustifica con l'esigenza di non aggravare il singolo procedimento di gara con accertamenti gravosi in ordine all'elemento psicologico del soggetto che abbia dichiarato il falso in ordine a circostanze rilevanti ai fini di gara, nonché di evitare che possa alimentarsi un contenzioso indotto dalle incertezze e dai dubbi interpretativi che potrebbero insorgere in ordine a tale questione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3361).
- La norma conferma, così, in modo chiaro che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare la segnalazione all'Autorità anche con riferimento alla mancata

comprova dei **requisiti generali** e non solo con riferimento a quelli **speciali ex articolo 48** (cfr. Cons. Stato, n. 2580, 2 maggio 2011).

Oltre alla falsa dichiarazione, la norma fa espresso riferimento anche alla presentazione di **falsa documentazione**.

**Articolo 38, comma 1, lett. i (contributi previdenziali e assistenziali)**

- In forza del novellato comma 2 dell'art. 38, ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostantive al rilascio del DURC.

La novella non modifica la lett. i) dell'art. 38, ma inserisce, nel comma 2 dell'art. 38, una previsione volta a dare rilevanza al DURC e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante in ordine alla valutazione della gravità delle violazioni previdenziali ed assistenziali: la norma afferma, infatti, che, ai fini del co. 1, lett. i), dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui

all'art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito in legge dalla legge 22 novembre 2002 n. 266.

*Soglia di gravità del DURC*

Attualmente, il decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 ottobre 2007 e la circolare esplicativa del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 30 gennaio 2008, n. 5, costituiscono il principale riferimento in materia.

In particolare, il decreto ministeriale ha previsto, all'articolo 8, comma 3, che, ai soli fini della partecipazione a gare di appalto, non osta al rilascio del D.U.R.C. uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, ovvero quello inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del D.U.R.C.. Pertanto, in presenza di un D.U.R.C. da cui emerga una irregolarità contributiva grave nel senso chiarito, le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009 n. 7255; Cons. Stato,

sez. IV, 10 febbraio 2009, n.1458). Tale interpretazione riconduce il D.U.R.C. nel novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'articolo 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso. Conseguenza di quanto evidenziato è, inoltre, che il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è peraltro competente a conoscere il giudice ordinario (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147).

#### *Definitività dell'accertamento*

In caso di irregolarità contributiva, la definitività dell'accertamento è insita nella circostanza che l'operatore economico, che ha regolarmente presentato la denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione percepite dai lavoratori occupati, ha l'obbligo di versare quanto dovuto e dichiarato, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza. La definitività dell'accertamento sussiste altresì nel caso di ingiustificata sospensione della rateizzazione di un debito contributivo pregresso autorizzato dall'Istituto competente. Anche la mancata sospensione della cartella amministrativa, conseguente all'assenza di ricorso amministrativo o giudiziario, comporta la definitività dell'accertamento (articolo 8, comma 1, del d.m. 24 ottobre 2007). Come chiarito agli articoli 5 e 8 del richiamato d.m. 24 ottobre 2007, nel caso, invece, in cui l'operatore economico si sia avvalso di rimedi giudiziari, avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono previdenziale o abbia ottenuto "formalmente" una rateizzazione di detto debito, lo stesso può essere considerato in regola con gli obblighi previdenziali. Ulteriori indicazioni sono state fornite dal Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali con l'interpello n. 64 del 31 luglio 2009, ove fra l'altro si fa presente che il decorso del termine assegnato per la decisione di un ricorso amministrativo è considerato quale silenzio-rigetto, con conseguente impossibilità di rilasciare il D.U.R.C., in assenza di pendenza di ricorso giudiziario.

Il requisito della regolarità contributiva deve sussistere fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione (essendo irrilevanti eventuali adempimenti tardivi) e per tutta la durata della procedura di gara, fino alla

aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288; Cons. Stato, 27 dicembre 2004, n. 8215).

**Consiglio di Stato sez. V 12/10/2011 n. 5531**

**1. Gara di appalto - D.u.r.c. negativo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara - Determina comunque l'esclusione dalla gara**

**2. Gara di appalto - Regolarità contributiva - Condizione essenziale per la durata di svolgimento della gara- Irrilevanza adempimento tardivo**

1. Secondo un condivisibile indirizzo interpretativo, alla luce della disciplina introdotta dal d. m. del Ministero del lavoro 24 ottobre 2007 e dalla successiva circolare applicativa n. 5 del 2008, e in omaggio ad un coerente indirizzo giurisprudenziale, la presenza di un d.u.r.c. negativo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, obbliga la stazione appaltante ad escludere dalla procedura l'impresa interessata, senza che si possano effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli adempimenti ed alla definitività dell'accertamento previdenziale ( cfr., ex plurimis, Consiglio Stato , sez. V, 30 giugno 2011 , n. 3912).

2. Merita adesione, altresì, l'indirizzo ermeneutico secondo cui la regolarità contributiva deve essere conservata nel corso di tutto l'arco temporale impegnato dallo svolgimento della procedura mentre non assume rilievo l'intervento di un adempimento tardivo da parte dell'impresa (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, decisione 12 marzo 2009, n., 1458; 15 settembre 2010, m. 6907);

**Consiglio di Stato sez. V 3/2/2011 n. 789**

**GARA D'APPALTO - REQUISITI GENERALI - REGOLARITA' CONTRIBUTIVA - VALUTAZIONE GRAVITA' VIOLAZIONI - AUTONOMIA RISPETTO ALLE RISULTANZE DEL DURC - VINCOLATIVITA' DEL DURC IN RAGIONE DELLA VALENZA CERTIFICATIVA - VALUTAZIONE DELLA GRAVITA' DELLA VIOLAZIONE IN CAPO **ALLA S.A.****

La valutazione circa l'esistenza di gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale, come requisito generale di partecipazione alle gare, costituisce **oggetto** di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante, rispetto **alla** quale le risultanze del c.d. d.u.r.c. si pongono come elementi indiziari, da cui non può prescindersi, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione grave (cfr. C.S., sezione VI, dec. n. 4907/2009). Quanto al discusso d.u.r.c., le risultanze di tale documento vincolano la p.a. aggiudicatrice, in ragione della sua natura di dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso dell'amministrazione, atti assistiti da pubblica fede ex art. 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso (cfr. C.S., sezione IV, dec. n. 1458/2009): la formale regolarità contributiva è rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, mentre la gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale, ai fini della partecipazione ad una **gara** pubblica, impone un'ulteriore valutazione affidata **alla** stazione appaltante, che ben potrà avvalersi del citato d.u.r.c. nella sua valutazione dell'attività imprenditoriale.

***Articolo 38, comma 1, lett. 1 (certificazione disabili)***

Il disposto di cui all'art. 38, comma 1, lettera l), è immutato rispetto a quello precedente la legge n. 106/2011.

Nella versione del d.l. n. 70/2011, antecedente la conversione nella legge n. 106/2011, si prevedeva che l'esclusione potesse essere disposta solo ove l'impresa non fosse formalmente in regola con le disposizioni che regolano l'avviamento al lavoro dei disabili.

Rilevava in sostanza, non la mera mancata presentazione della dichiarazione in questione, quanto piuttosto la circostanza che l'impresa aspirante non fosse effettivamente in regola con le disposizioni sul lavoro dei disabili, a prescindere dal dato che abbia prodotto o meno siffatta dichiarazione.

**Articolo 38, comma 1, lett. m**

Versione immutata

**Il nuovo articolo 38, comma 1, lett. m-bis)**

E' stata riscritta in toto anche la lett. m-bis) inerente la sospensione dell'attestazione SOA, la quale norma nel vecchio testo disponeva che sono esclusi i soggetti "nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico".

Oggi è invece stabilito che sono esclusi i soggetti "nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA".

Da un lato quindi, occorre che l'avvenuta produzione di falsa documentazione o dichiarazione ai fini del rilascio della SOA risulti dall'annotazione (iscrizione) nel casellario informatico.

Dall'altro non occorre che l'attestazione SOA sia stata formalmente sospesa ai fini dell'esclusione dalle gare.

Basta, dunque, che nel casellario informatico risulti un'iscrizione che attesti che il soggetto ha prodotto falsa documentazione o dichiarazione valevole ai fini del rilascio della SOA, e la partecipazione alla gara deve essere esclusa, senza che occorra che l'attestazione SOA debba essere stata sospesa.

**Articolo 38, comma 1, lettera m-ter**

La novella ha circoscritto il periodo rilevante, ridotto dai tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando di gara ad un anno antecedente.

Essa si applica, ai soggetti elencati alla lettera b) dell'articolo 38, i quali devono essere esclusi dalle gare nel caso in cui non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime dei reati di concussione o estorsione aggravata. Questa disposizione, tuttavia, non opera quando il fatto

è stato commesso, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa. In altri termini, la causa di esclusione di cui alla lettera m-ter non opera se la mancata denuncia è riconducibile allo stato di necessità nel quale si sia trovata la vittima del reato.

### **Articolo 38, comma 1, lettera m-quater**

La novella in esame articola diversamente il contenuto delle dichiarazioni con cui il concorrente attesta di trovarsi o meno in una situazione di controllo, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante dell'imputabilità o meno di offerte ad un unico centro decisionale.

1. In primo luogo, viene evidenziato che la dichiarazione deve sempre attestare che il concorrente abbia formulato l'offerta autonomamente:

2. il concorrente non deve dichiarare l'esistenza di situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., ma di essere o meno a conoscenza della partecipazione, alla medesima procedura di affidamento, di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una situazione di controllo.

Nel caso in cui si dichiara che si è a conoscenza della partecipazione di soggetti che si trovano in una situazione di controllo, la novella recata dal comma in esame provvede all'eliminazione dell'onere (a carico dei medesimi concorrenti) di presentazione della busta contenente gli elementi utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

**I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI SINGOLI E RIUNITI IN RTI : ART. 275 D.P.R. 207/2010**

**CAUSE DI ESCLUSIONE NOVELLATE DALLA L. 106/2011**

- Nei soli appalti di forniture e servizi, in quanto in quelli di lavori pubblici opera la qualificazione preventiva rappresentata dall'obbligatorio possesso delle attestazioni SOA, per la partecipazione alle pubbliche gare la stazione appaltante ha la facoltà di richiedere ai concorrenti il possesso di determinati requisiti di carattere economico e finanziario (art. 41 Codice Contratti) che possono essere dimostrati attraverso la produzione di uno o più dei seguenti documenti:
  - a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. n. 385/1993;
  - b) bilanci (o estratti di bilanci) dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta ai sensi del DPR n. 445/2000;
  - c) dichiarazione sottoscritta ai sensi del DPR n. 445/2000 relativa al fatturato globale dell'impresa ed all'importo relativo a forniture o servizi prestati nel medesimo settore oggetto dell'appalto, nel precedente triennio d'esercizio (in altri termini il periodo di riferimento è quello relativo agli ultimi tre bilanci depositati).
- Le “**referenze bancarie**” devono essere presentate in originale già in sede di offerta (art. 41, comma 4); quanto invece alle lettere b) e c), è prevista la facoltà di autocertificazione, salvo poi l'obbligo di esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni b) e c) in caso di aggiudicazione, nonché nell'ipotesi, prevista dall'art. 48, della c.d. verifica a sorteggio.
- Il fatturato globale d'impresa ed il fatturato specifico deve riguardare gli ultimi tre esercizi corrispondenti agli **ultimi tre bilanci depositati**: è illegittimo indicare nella normativa di gara anni specifici (per esempio

fatturato riferito agli anni 2002,2003,2004) diversi dagli ultimi, oppure saltare un determinato anno (per es. 2002, 2004, 2005).

- Le stazioni appaltanti hanno dunque la facoltà di scegliere se richiedere, ai fini partecipativi, tutti e tre i suddetti documenti ovvero richiederne anche uno soltanto, attenendo essi, sostanzialmente, a diversi profili per una corretta valutazione della solidità finanziaria (dichiarazioni bancarie), economico-patrimoniale (bilanci), nonché produttivo-industriale (fatturato globale e specifico di settore) del concorrente.
- La stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel richiedere nella lex specialis di gara requisiti di capacità economico, finanziaria e tecnica ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, ma con il limite del rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).
- Anche il diritto comunitario non preclude alle amministrazioni appaltanti di integrare i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica-organizzativa mediante la previsione di ulteriori elementi dimostrativi, sempre che ciò avvenga nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che va verificata non in astratto, bensì in correlazione al valore dell'appalto da eseguire.
- Quindi, come già affermato dall'Autorità con parere 31 gennaio 2008 n. 33, sono da considerare legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. Stato, 15 dicembre 2005, n. 7139).
- Tanto l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (parere n. 188 del 19/6/2008 e parere 08/11/2007, n. 97; deliberazione 24/1/2007, n. 20), quanto l'unanime giurisprudenza amministrativa (Tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 23/7/2008, n. 3665; Cons. Stato, Sez. V, 31/1/2006, n. 348) ritengono non incongrua né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un

fatturato, nel triennio pregresso, **sino al doppio dell'importo posto a base della stessa.**

- Per consentire poi (art. 41, comma 3) la partecipazione anche agli operatori economici che, per giustificati motivi oggettivi (si pensi al caso dell'impresa costituita da meno di 3 anni) non siano nelle condizioni di presentare le certificazioni richieste, pur essendo solide ed affidabili, è prevista la possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti anche attraverso qualsiasi altra documentazione, che, tuttavia, dovrà essere giudicata idonea dalla stazione appaltante, la quale ha ampia discrezionalità nel valutare la sufficienza di tali documenti ai fini partecipativi.
- La presentazione di idonee referenze bancarie comprovate dalla dichiarazione di almeno due istituti bancari\_o intermediari autorizzati non può considerarsi quale requisito "rigido", dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 03 maggio 2007 , n. 3874).
- Partendo da tali premesse la giurisprudenza è giunta a riconoscere *«l'illegittimità degli atti gara sotto il profilo della mancata previsione di alcun temperamento rispetto all'ipotesi della mancata presentazione di due idonee referenze bancarie, in ciò ponendosi in contrasto con l'espressa indicazione normativa che consente alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria 'mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante', specie laddove siano indicate, in sede di gara, le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione di una duplice referenza bancaria»* (Tra le tante, T.A.R. Lazio, Roma Sez. III, 27 marzo 2007 n. 2661).
- Si deve, peraltro, rilevare come tale facoltà, in quanto espressamente prevista dalla citata norma primaria (art. 41, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006), pur in assenza di una esplicita previsione del bando, sia ugualmente esercitabile in virtù del carattere obbligatorio della previsione normativa di che trattasi.
- Invero, nel caso di omesso inserimento nella *lex specialis*, da parte della stazione appaltante, di un contenuto previsto come obbligatorio dall'ordinamento giuridico, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai

sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla P.A., soccorrendo al riguardo il meccanismo di integrazione automatica (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959).

### **Regolamento attuativo**

Il nuovo Regolamento attuativo (DPR n. 207/2010) non introduce particolari novità in tema di requisiti, limitandosi a chiarire che:

- Il concorrente singolo può partecipare alla procedura di affidamento qualora sia in possesso tanto dei requisiti economico-finanziari (art. 41 Codice contratti) e tecnico-organizzativi (art. 42 Codice contratti) relativi alla prestazione di servizi/forniture indicata come principale nel bando, quanto di quelli relativi alle eventuali prestazioni secondarie, per i singoli importi (art. 275, comma 1).

Pertanto il concorrente che non sia in possesso dei requisiti relativi ad una delle prestazioni secondarie, avrà l'obbligo di associarsi ovvero di ricorrere all'avvalimento.

- Nell'ipotesi di associazioni di imprese è la stazione appaltante che decide in che misura i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti ai fini partecipativi devono essere posseduti dalle imprese partecipanti al raggruppamento, fermo restando che la mandataria deve in ogni caso possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (art. 275, comma 2).

### **Requisiti di capacità tecnico-professionale**

#### **Certificazione di qualità (art. 43 Codice contratti)**

Tra i requisiti di natura tecnico-professionale che possono essere richiesti dalle stazioni appaltanti figura anche la certificazione di qualità aziendale, che notoriamente non certifica il prodotto, ma solamente il processo per realizzarlo.

E' preordinata ad assicurare l'idoneità dell'impresa ad effettuare la prestazione secondo un determinato livello di esecuzione, accertata da un organismo esterno qualificato e secondo parametri rigorosi definiti a livello europeo,

mediante attestazione che il prodotto, processo produttivo e servizio, risulta conforme ai requisiti fissati da norme tecniche.

- **Tribunale Amministrativo Regionale Piemonte sez. I 5/11/2010 n. 4083**
- *Gara di appalto- Requisiti tecnici- Scelta discrezionale stazione appaltante- Certificazioni di qualità-Aderenza all'oggetto specifico dell'appalto- Se richieste devono essere prodotte a pena di esclusione*
- *L'indicazione dei requisiti tecnici per la partecipazione ad una gara d'appalto costituisce una scelta discrezionale dell'amministrazione la quale, come risulta dagli artt. 42 e 43 del d.lgs. n. 163/2006, può prevedere che la dimostrazione degli stessi avvenga attraverso la presentazione di certificazioni di qualità, in mancanza delle quali è legittima l'esclusione dalla gara (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 marzo 2009, n. 2113). La funzione delle certificazioni di qualità, in tal caso, è quella di attestare la capacità tecnica del concorrente in relazione alle prestazioni che sarà chiamato a svolgere in esecuzione del contratto. Ne consegue che, per poter assolvere la descritta funzione, la **certificazione** di qualità presentata dal concorrente deve concernere lo specifico oggetto dell'appalto (..).*

#### **IL CONTRATTO DI AVVALIMENTO PER LA QUALIFICAZIONE IN GARA : ART.**

##### **88 D.P.R. 207/2010**

#### **Avvalimento e certificazione di qualità: oscillazioni giurisprudenziali in merito**

*La questione è tutt'altro che pacifica in giurisprudenza, la quale sull'argomento appare divisa:*

*a) si registra un **orientamento restrittivo** che nasce dal diffuso concetto che la certificazione di qualità, essendo volta ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, debba essere ricondotta nel novero dei requisiti di ordine soggettivo di affidabilità che dovrebbero, in via di principio, essere posseduti da chi esegue effettivamente la prestazione (TAR Sardegna, Sez. I, n. 665 del 6 aprile 2010);*

b) secondo un altro **orientamento, estensivo**, la disciplina dell'articolo 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali, di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 del Codice degli appalti, mentre il requisito della certificazione di qualità - in quanto riconnesso semplicemente ad una procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all'impresa, terzo e indipendente e a ciò autorizzato, fornisce attestazione scritta che un'attività, a seguito di valutazione, sia conforme ai requisiti specificati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un'adeguata sorveglianza - dovrebbe essere acquisito come requisito speciale di carattere (pur sempre) tecnico- organizzativo e come tale suscettibile di avvalimento (TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220).

**TAR Campania Napoli sez. I 13/10/2011 n. 4769**

**Gara d'appalto - Avvalimento - Certificazione di qualità - Inammissibilità avvalimento - Ragioni - Necessità della messa a disposizione intera organizzazione aziendale**

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, condiviso dal Collegio, la **certificazione di qualità**, attenendo strettamente all'organizzazione aziendale per come implementata dall'imprenditore, costituisce **requisito soggettivo non passibile di avvalimento**; quand'anche si volesse aderire all'orientamento giurisprudenziale che ammette il ricorso all'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che quest'ultima non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata - con la conseguenza che l'avvalimento in parola sarebbe possibile solo nel caso in cui l'impresa ausiliaria metta contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente, per tutta la durata del contratto di appalto, non soltanto la certificazione, ma anche gli elementi aziendali, come le risorse e l'apparato organizzativo, connessi a tale requisito qualitativo - comunque non rientrerebbe in tale ipotesi il contratto di avvalimento esibito in sede di gara, con cui la società ausiliaria non si è impegnata a mettere a disposizione della ricorrente l'intera organizzazione aziendale certificata, posta alla base della certificazione di qualità

**TAR Piemonte sez. I 16/6/2011 n. 631**

GARA DI APPALTO- **AVVALIMENTO**- STRUMENTO DI PORTATA GENERALE- POSSIBILE UTILIZZO PER COMPROVA DELLA DISPONIBILITÀ DEI REQUISITI SOGGETTIVI DI “QUALITÀ”- CONDIZIONI- OBBLIGO DELL'IMPRESA AUSILIARIA DI METTERE A DISPOSIZIONE RISORSE E APPARATO ORGANIZZATIVO

*E' principio condiviso dalla Sezione quello secondo cui l'istituto dell'**avvalimento** previsto dall'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in linea generale, **può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di “qualità”**, atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale. In tal caso, tuttavia, è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a “prestare” il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).*

**Tribunale Amministrativo Regionale Sardegna sez. I 6/4/2010 n. 665**

**GARA D'APPALTO - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ - POSSIBILITÀ DI AVVALIMENTO - VA ESCLUSA - RAGIONI**

*La **certificazione** di qualità costituisce un requisito di natura soggettiva delle imprese per il quale non appare possibile utilizzare l'istituto dell'**avvalimento** disciplinato dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici. E' stato sottolineato, sia dalla giurisprudenza (si veda TAR Sardegna, sez. I, 27 marzo 2007, n. 556), sia, in sede consultiva, dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (cfr. parere n. 254 del 10 dicembre 2008), che l'**avvalimento** è stato previsto limitatamente alla “richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della **certificazione SOA**”. La **certificazione** di qualità è, invece, da ritenersi requisito soggettivo dell'impresa, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante la qualità dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali dovute. Obiettivo che, per essere*

*effettivamente perseguito, richiede necessariamente che la **certificazione** di qualità riguardi direttamente l'impresa appaltatrice.*

*La giurisprudenza ha da tempo affermato questo principio con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese, per i quali si è statuito che il requisito della **certificazione** di qualità eventualmente richiesto dal bando deve essere posseduto singolarmente da ciascuna impresa del raggruppamento, quantomeno nelle associazioni orizzontali (si veda Cons. St., sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188).*

### **Avvalimento (art. 49-50)**

- Si può distinguere tra:
  - avvalimento nella singola gara di cui all'art. 49 Codice contratti che prevede l'utilizzo da parte del concorrente (singolo, consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34) di requisiti di un terzo esclusivamente per partecipare ad una procedura di gara;
  - avvalimento stabile (art. 50), finalizzato all'ottenimento di un'attestazione di qualificazione.
- La finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (Cons. Stato: Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589; Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742), **se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti** (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1054), in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti.

#### **Requisiti che possono essere oggetto di avvalimento**

##### **1. I requisiti "generali" o "soggettivi".**

- L'articolo 49 del Codice prescrive che sia l'impresa ausiliaria sia quella ausiliata ne siano provvisti direttamente, di conseguenza i requisiti morali di cui all'articolo 38 del Codice non possono essere oggetto di avvalimento.

Nei bandi di gara possono essere però inseriti ulteriori requisiti che, pur non rientrando nell'elenco dell'articolo 38, hanno comunque una natura "soggettiva"; si tratta di requisiti acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non separabili da esso, ad esempio, la certificazione di qualità, le certificazioni tecniche del settore informatico, l'iscrizione ad Albi speciali, l'iscrizione alla Camera di Commercio.

- L'Autorità di vigilanza in un recente parere (5 maggio 2011, n. 80), reso ex articolo 6, comma 7, lettera n) del Codice, , a confutazione della tesi sostenuta dalla giurisprudenza, secondo cui l'avvalimento della certificazione di qualità sarebbe possibile nel caso in cui l'ausiliaria mettesse contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'esecuzione le risorse di cui quest'ultimo risulta privo, sono stati opposti due diversi ordini di considerazioni. In primo luogo si sottolinea che, in generale, il concorrente privo della certificazione di qualità non è di per sé, e solo per questo motivo, carente dei mezzi economici, finanziari, tecnici o organizzativi necessari per eseguire a regola d'arte le prestazioni di cui dovesse eventualmente risultare aggiudicatario, bensì risulta privo di un certificato che attesta la sua ottemperanza alle norme in materia di garanzia della qualità. Conseguentemente, anche se un altro operatore economico gli mettesse a disposizione la propria certificazione di qualità e la relativa organizzazione d'impresa, la situazione soggettiva in cui verrebbe a trovarsi il concorrente avvalente non cambierebbe, dato che costui, comunque, continuerebbe a non ottemperare alle disposizioni in materia di qualità in relazione alla propria struttura d'impresa, con la quale partecipa alla gara ed è tenuto ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto. In secondo luogo, si evidenzia che, qualora il concorrente privo della certificazione di qualità per la propria organizzazione d'impresa decidesse di avvalersi non solo di determinati beni aziendali di un terzo (mezzi, personale, ecc.), ma dell'intera struttura aziendale altrui "certificata" sotto il profilo della qualità organizzativa dei suoi processi produttivi – come prospettato nel caso di specie – , allora costui sarebbe tenuto ad eseguire tutta la commessa pubblica esclusivamente con la struttura avvalsa, con la conseguenza che, sotto il profilo operativo, la realizzazione della commessa sarebbe in realtà affidata alla conduzione dell'ausiliaria, mentre l'aggiudicatario sarebbe più o meno un intermediario.

- La stessa ratio potrebbe essere applicata al requisito dell'iscrizione ad un albo specialistico (per esempio **l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale**) che presuppone un'organizzazione aziendale ad hoc, necessaria per assicurare il corretto espletamento di attività delicate o pericolose, caratterizzata dalla presenza di attrezzature particolari e competenze specifiche. Ciò concretizza una 'soggettività' dell'iscrizione che non è equiparabile ad un requisito da poter prestare se disgiunta dall'organizzazione che l'ha conseguita.

Secondo altra tesi, potrebbe sostenersi che così come è consentito l'avvalimento per il requisito dell'attestazione della certificazione SOA, deve ritenersi consentito effettuare l'avvalimento anche per l'iscrizione all'Albo in esame, abilitazione che riconosce ad un soggetto una specifica idoneità a svolgere una determinata attività.

- Altra questione riguarda la richiesta prevista normalmente nei bandi di gara, ai sensi dell'articolo 39 del Codice, **dell'iscrizione nel registro delle imprese, per attività analoga a quella dell'appalto**. Parte della giurisprudenza ((TAR Emilia Romagna-Bologna, Sez. II, 17/01/2007, n. 137) ha ritenuto ammissibile l'avvalimento in quanto i requisiti di idoneità professionale, di cui al citato articolo 39, vanno tenuti ben distinti dai requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento, disciplinati dall'articolo 38.

## **2. I requisiti "speciali" o "oggettivi"**

- I requisiti speciali o "oggettivi" (alla cui categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa) di regola possono essere oggetto di avvalimento da parte dell'impresa che ne è sprovvista, questo perché, sempre nell'ottica comunitaria, si tratta di acquisire risorse e mezzi e non situazioni meramente soggettive.
- **Requisiti di capacità economico-finanziaria**

**Requisito del fatturato:** è stato oggetto di un ampio dibattito, sia dottrinario che giurisprudenziale, in quanto si dubitava della legittimità del ricorso all'avvalimento per la dimostrazione del possesso di un certo volume di fatturato. Sul punto è intervenuto il **Consiglio di Stato, con la sentenza n.**

**1589, del 16 marzo 2009**, che si è espresso a favore di tale possibilità sul presupposto per cui il fatturato IVA vada considerato come un requisito di carattere economico-finanziario, ai sensi dell'articolo 41 del Codice, in relazione al quale, in virtù del richiamo operato dall'articolo 49 del Codice, 1 comma, l'avvalimento sia sempre ammissibile.

**Capitale sociale minimo:** l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento al capitale sociale minimo è discussa. In particolare si segnalano **due opposti orientamenti giurisprudenziali:**

a) quello che, muovendo dalla considerazione per cui "l'istituto dell'avvalimento così come disciplinato dall'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 è di applicazione generale e consente al partecipante ad una gara di avvalersi dei requisiti di carattere economico – finanziario – tecnico di ogni altro soggetto", ritiene che "il capitale sociale minimo attiene ad un requisito di carattere economico, sicché ben poteva essere oggetto di avvalimento" (Cfr. Consiglio **di Stato, Sez. V, ordinanza n. 496 del 2.2.2011**);

b) quello che considera che "la generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento a tutti gli appalti, trova un limite laddove, ai fini della partecipazione ad una gara, sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo, come quello del capitale sociale minimo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa" (Cfr. TAR Lazio, Sez. Latina, sentenza n. 1865 del 5 novembre 2010). Occorre specificare che tale ultima sentenza è stata riformata dal Consiglio di Stato (sez. V, n. 5496 dell'8 ottobre 2011) il quale ritiene che il capitale sociale minimo sia requisito economico – finanziario che ai sensi dell'art. 49 non incontra alcun limite e prevale su qualunque disposizione contraria.

- **Requisiti di capacità tecnico-organizzativa**
- L'avvalimento di tali requisiti, quali ad esempio, le attrezzature tecniche; i lavori, i servizi e le forniture analoghi prestati precedentemente, è, in linea di principio, ammesso e può assumere la forma del prestito della singola risorsa o del singolo mezzo (es., l'impresa ausiliata contribuisce all'esecuzione dell'appalto mettendo a disposizione il proprio know-how, i propri mezzi, senza

assumere un ruolo esecutivo) o la forma del prestito dell'intero complesso aziendale con attribuzione all'impresa ausiliaria di un ruolo esecutivo ben definito.

- Un'ulteriore distinzione che si va sviluppando, è quella tra requisiti "immateriali" e requisiti "materiali". I primi si riferiscono ad un complesso di situazioni e posizioni quali quelle rappresentate, ad esempio, dall'esperienza maturata nel settore, i secondi invece richiamano il prestito di entità materiali di facile individuazione (es. attrezzature o personale specializzato. Solo per questi ultimi è possibile stabilire un collegamento puntuale con una determinata componente della prestazione richiesta all'appaltatore e con le strutture aziendali necessarie per farvi fronte. In riferimento ai requisiti immateriali, si parla anche di avvalimento di garanzia che si contrappone all'avvalimento operativo.
- L'avvalimento di garanzia concerne requisiti, quale ad esempio il fatturato globale, non strettamente legati alla prestazione specifica: l'avvalimento va ad operare su fattori che costituiscono lo strumento con cui la Stazione Appaltante si tutela e si assicura per il corretto adempimento delle prestazioni che è in procinto di affidare. **Parte della giurisprudenza mette in discussione l'ammissibilità di un mero avvalimento di garanzia; è il caso della pronuncia del TAR Campania del 2 febbraio 2011 n. 644, ove si esclude il ricorso all'istituto per supplire alla mancanza del requisito della pregressa esperienza specifica nel settore quinquennale.**

### **3. Contenuti minimi essenziali del contratto di avvalimento e art. 88 Regolamento attuativo**

- L'avvalimento, nel nostro ordinamento, è configurabile come un **contratto atipico**: esso può essere inquadrato in varie tipologie contrattuali (contratto assimilabile al mandato, contratto a favore di terzo, con responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria direttamente nei confronti dell'Amministrazione) sia tipiche che atipiche, purché le stesse risultino funzionali allo scopo seguito dal legislatore. In argomento si segnala una pronuncia del TAR Lazio-Roma, Sez. I, 03/12/2009, n. 12455, in cui si afferma che il contratto di avvalimento può rivestire qualunque forma anche se non esattamente documentale e la sua esistenza può esser provata in qualunque modo idoneo.

- Si sottolinea che la produzione del contratto di avvalimento, atteso che soltanto quest'ultimo contiene le specifiche pattuizioni tra impresa ausiliaria e concorrente e permette, quindi, alla stazione appaltante di avere gli elementi per procedere alla verifica della serietà degli impegni assunti dall'ausiliaria, non può essere sostituita dalla sola dichiarazione di impegno dell'ausiliaria a fornire al concorrente quanto necessario per l'esecuzione del contratto.
- Alcune indicazioni sul contenuto del contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f) del Codice possono ricavarsi dall'articolo 88 del Regolamento, il quale prevede che il contratto di avvalimento riporti "in modo compiuto, esplicito ed esauriente":
  - a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
  - b) durata;
  - c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

L'elemento centrale è dato dall'obbligo di indicare **l'oggetto del contratto di avvalimento**, vale a dire le risorse e i mezzi prestati, da elencare "in modo determinato e specifico". Nessun dubbio, pertanto, in ordine al fatto che tali elementi debbano essere specificati analiticamente; diversamente opinando, infatti, si potrebbe profilare una violazione di legge che potrebbe configurare verosimilmente una causa di esclusione dalla gara del concorrente.

Quanto all'obbligo di indicare la **durata del contratto di avvalimento**, posto che è la stessa disposizione di cui all'articolo 49, comma 2 lett. f) ad esigere che le risorse siano messe a disposizione "per tutta la durata dell'appalto", tale termine non pare derogabile dalle parti, dovendo necessariamente coincidere con la durata dell'appalto.

Quanto al riferimento ad "**ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento**", esso potrebbe essere rappresentato dall'eventuale assunzione del ruolo di subappaltatore da parte del soggetto che presta i requisiti, facoltà già prevista dal comma 10, articolo 49 del Codice e compatibile con l'indicazione della assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

- Le disposizioni di cui all'articolo 88 del Regolamento sono contenute nel Capo III del Titolo III della Parte II, quindi nel Capo relativo agli appalti di lavori pubblici, infatti il comma 2 si riferisce all'avvalimento stabile all'interno del sistema di qualificazione SOA; l'articolo 88, comma 1 non è richiamato nella parte del Regolamento che disciplina i servizi e forniture (Parte III e Parte IV). Di conseguenza la disciplina del contratto di avvalimento sembrerebbe trovare applicazione esclusivamente per gli appalti di lavori. Tuttavia, si osserva che il primo comma dell'articolo 88 si limita a specificare quanto già disposto dal Codice, da ciò si ricava che le disposizioni in esame sono applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture.

#### **4. Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento**

- Il legislatore si è espresso nel senso di ammettere che un'impresa raggruppata possa soddisfare il requisito ad essa richiesto (pro quota) avvalendosi di un'altra impresa (art. 49, comma 1 del Codice), sia esterna al gruppo che facente parte dello stesso (c.d. avvalimento esterno ed avvalimento interno). Pertanto, il divieto di cui all'art. 49, comma 8 del Codice, deve essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e quindi presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi. È, altresì, necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentire sia la sua partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara dell'impresa avvalente nell'ambito del medesimo R.T.I. (TAR Lazio-Roma, Sez. II, 22/05/2008, n. 4820);
- un orientamento giurisprudenziale ritiene che, nonostante la legislazione vigente in materia di lavori pubblici (articolo 37 del Codice ed articolo 92 del Regolamento) fissi in tema di A.T.I. i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che devono essere posseduti da ciascun componente, le disposizioni citate non possano comportare un limite all'avvalimento. Secondo tale orientamento, la disciplina nazionale andrebbe intesa, quindi, non solo nel senso che anche nell'ambito di un'A.T.I. è legittimo l'utilizzo dell'avvalimento, ma anche nel senso che persino la quota minima di

requisiti, che ciascun componente di un'A.T.I. deve possedere, possa essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento (Cons. Stato, Sez. VI, 28/12/2010, n. 9577).

### **SUBAPPALTO**

Nei contratti pubblici, il Subappalto si identifica con qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento. Per i servizi e le forniture, tale quota è riferita all'importo complessivo del contratto.

Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4) dello stesso art. 118.

È fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento.

L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso

L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; è, altresì, responsabile

in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni:

1) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;

2) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;

3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'*articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575*, e successive modificazioni <sup>(239)</sup>.

### **Subappalto e Cottimo :**

La differenza tra il subappalto ed il cottimo, risiede nei seguenti elementi :

- il cottimo non richiede un'organizzazione imprenditoriale
- il cottimista non assume alcun rischio organizzativo, né economico
- nel cottimo prevale l'elemento quantitativo su quello qualitativo

\*\*\*\*

### **Giurisprudenza in merito :**

#### **TAR Veneto sez. I 13/9/2011 n. 1390**

Non può la dichiarazione resa circa la possibilità di ricorrere al sub-appalto essere considerata equipollente alla dichiarazione con la quale un concorrente può, al fine

di ovviare alla carenza di un requisito di partecipazione, fare ricorso al diverso istituto dell'avvalimento.

### **TAR Lazio Roma sez. III 1/7/2011 n. 5806**

Nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la dichiarazione resa dalla ditta appaltante all'atto della presentazione dell'offerta, secondo cui la stessa si riserva di subappaltare alcuni lavori in caso di aggiudicazione, costituisce un presupposto essenziale non ai fini della partecipazione alla gara, ma in vista della successiva autorizzazione della stazione appaltante, con la conseguenza che l'erroneità della dichiarazione non può essere assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma costituisce solo impedimento per l'aggiudicataria a ricorrere al subappalto e la possibilità per essa di provvedere direttamente all'esecuzione dei lavori ove in possesso dei requisiti prescritti (T.A.R. Lazio Roma, sez. III ter , 18 giugno 2009 , n. 5782; TAR Lazio III 6574 del 2009; Cds 1229 del 2006).

L'art 118 è stato, quindi, interpretato nel senso che le dichiarazioni relative al subappalto possono essere fatte nel momento esecutivo, ma solo qualora l'appaltatore abbia i requisiti per eseguire in proprio l'opera senza ricorrere al subappalto.

Infatti, in mancanza del possesso dei requisiti da parte dell'appaltatore, il ricorso al subappalto è sostanzialmente un avvalimento, con conseguente obbligo delle dichiarazioni al momento dell'offerta come previsto dall'art 49 del codice degli appalti.

### **Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Roma sez. III 11/2/2011 n. 1678**

La disciplina dell'art 118 va intesa nel senso che pone i limiti entro cui la stazione appaltante può ammettere il subappalto, ma in base ai principi generali, anche dell'appalto civilistico, non impedisce alla stazione appaltante di porre ulteriori limiti all'utilizzo del subappalto, limiti sindacabili nel bando di gara secondo i canoni della logicità e ragionevolezza, come avviene rispetto alla fissazione dei requisiti di partecipazione. Le condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, non sono, infatti, intese unicamente a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario

(interesse che in sé considerato sarebbe sostanzialmente omologo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c.), ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato ( CdS n. 1721 del 24-03-2010).

Una diversa ricostruzione non può derivare dalle norme comunitarie che se garantiscono il principio della massima partecipazione, affidano altresì ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi di gara. Comunque un divieto specifico non può trarsi dall'art 25 della direttiva n° 18 del 2004, che ha previsto che lo Stato membro possa richiedere o che l'Amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che siano indicate le parti dell'appalto che si intendano subappaltare.

Non deriva, quindi, dal diritto comunitario alcuna ammissibilità generalizzata del subappalto, restando sempre la discrezionalità della stazione appaltante nel limitarla. Le norme citate dell'art 118 del d.lgs. n° 163 del 2006 e dell'art 73 del d.p.r. n° 554 del 1999 stabiliscono quindi il limite massimo di ammissibilità dell'appalto, ma non quello minimo che si deve ritenere nella discrezionalità della stazione appaltante. Tale interpretazione trova conferma, altresì nella disciplina dell'autorizzazione al subappalto prevista dall'art 118. Se come afferma il Consiglio di Stato la stazione appaltante mantiene una discrezionalità nell'autorizzare il subappalto (sent. n° 1721 del 2010; 1713 del 2010, con le conseguenze che ne derivano anche in materia di giurisdizione) non può non averla nel fissare i limiti del subappalto, tenuto conto che si deve comunque far riferimento al principio generale del 1656 del codice civile , per cui il subappalto deve essere autorizzato dal committente.

### **Tribunale Amministrativo Regionale Friuli Venezia Giulia 10/2/2011 n. 98**

La violazione del divieto di subappalto (in quanto dichiarato in sede di offerta ma per parti non subappaltabili) riguarda la fase di esecuzione e non la fase di ammissione. Non è dunque legittima l'esclusione della ditta comunque in possesso dei requisiti di qualificazione per svolgere in proprio le prestazioni oggetto del contratto, potendo soltanto la stazione appaltante negare l'autorizzazione al subappalto.

La “irregolarità” della dichiarazione della ricorrente, cioè la manifestazione della volontà di voler subappaltare parti ritenute dalla S.A. non subappaltabili, può infatti agevolmente essere “sanata” o meglio, corretta, in sede di gara, come giustamente afferma la ricorrente nel suo secondo motivo, applicando i principi generali, a tenore dei quali, essendo comunque la ricorrente qualificata per tutte le attività oggetto dell’appalto, in caso di incompleta o anche “erronea dichiarazione” (e in questo caso sicuramente può qualificarsi “erronea”) resterà obbligata in proprio. In mancanza di una espressa sanzione di esclusione per la violazione delle prescrizioni sul subappalto, e, per contro, della prevista possibilità di “sanare”, le dichiarazioni irregolari in sede di gara, la ditta non può essere esclusa.

**LE ACQUISIZIONI DI BENI E SERVIZI IN ECONOMIA ED IL COTTIMO**  
**ART. 125 DEL CODICE E ARTT 330 E 331 DEL REGOLAMENTO**

L’art. 125 del D.lgs 163/06 :

- raccoglie e coordina la normativa precedente in materia
- chiarisce, in linea con la Legge 241/90, che ogni procedura in economia è imputata ad un determinato responsabile del procedimento
- conferma le due forme tradizionali della procedura medesima :
  - ✓ amministrazione diretta
  - ✓ cottimo fiduciario

Le procedure in economia sono procedure semplificate e celeri, alternative ai normali sistemi di aggiudicazione dei contratti pubblici in forza della peculiarità delle prestazioni ad esse sottese, costituenti generalmente attività minori e non programmabili, per le quali è antieconomico il ricorso alle normali procedure di contrattazione.

Tramite esse l’amministrazione, a fronte di particolari situazioni o esigenze debitamente motivate, esegue direttamente i lavori, i servizi o le forniture, oppure incarica a realizzarli un’impresa di fiducia, posta sotto diretto controllo del responsabile del procedimento.

L’art. 125 deroga, in presenza delle tassative condizioni ivi specificate, alle regole della pubblicità e della selezione previste dagli articoli 56 e seguenti (si veda anche

l'art. 331 del Regolamento) e introduce una norma quadro di riferimento nella disciplina delle procedure in economia cui devono attenersi i Regolamenti delle singole amministrazioni.

In merito a beni e servizi, gli acquisti in economia sono consentiti

- ✓ in relazione all'oggetto ed ai limiti di importo delle singole voci di spesa preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante (Regolamenti) con riguardo alle proprie specifiche esigenze
- ✓ in relazione ai presupposti, ascritti a quattro diverse casistiche dettate direttamente dal legislatore (e non dall'amministrazione) in ragione
  - a) della necessità di supplire al vuoto lasciato dalla risoluzione di un precedente rapporto contrattuale
  - b) dalla necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso
  - c) dalla necessità di procurarsi beni e servizi, dopo la scadenza del relativo contratto, in pendenza del procedimento ordinario di scelta del contraente
  - d) dalla necessità di fronteggiare un'urgenza oggettivamente imprevedibile e quindi non imputabile all'inerzia volontaria o colposa dell'amministrazione.

**Novità** introdotta da dalla lettera *m-bis*) del comma 2 dell'*art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70*, confermato dalla relativa legge di conversione, all'*art. 125 comma 8, ultimo periodo*

**Per servizi o forniture inferiori a € 40.000,00, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento**

### **Consiglio di Stato sez. V 27/10/2011 n. 5742**

1. L'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 sottopone le acquisizioni in economia ad una disciplina specifica e marcatamente autonoma, in una logica di agilità e semplificazione procedurale, rinviando per la sua definizione in dettaglio, con il comma 14, al regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici, e precisando che del Codice sarebbero valse, nella specifica materia, i soli

"principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto".

Una simile procedura, nelle more dell'emanazione del regolamento, è rimasta soggetta, in forza della norma transitoria recata dall'art. 253, comma 22, lett. b), d.lgs. cit., alla disciplina dettata dal decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384. Questo, sempre secondo la norma transitoria, "nei limiti di compatibilità con le disposizioni" dello stesso Codice, limiti da verificare, tuttavia, pur sempre in coerenza con la ratio semplificatrice sottesa all'art. 125 del Codice, il quale ha appunto escluso che le procedure in esame possano soggiacere alla disciplina di dettaglio da esso concepita e dettata per le procedure ordinarie. (..)

Venendo al d.P.R. n. 384/2001 richiamato per il periodo transitorio, questo regola(va) la materia delle garanzie stabilendo che «per l'esecuzione a cottimo fiduciario le amministrazioni richiedono almeno cinque preventivi redatti secondo le indicazioni contenute nella lettera d'invito. Quest'ultima di norma contiene: l'oggetto della prestazione, le eventuali garanzie, le caratteristiche tecniche, la qualità e le modalità di esecuzione, i prezzi, le modalità di pagamento nonché la dichiarazione di assoggettarsi alle condizioni e penalità previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni» (art. 5, comma 1, d.P.R. cit.). La necessità di prestare garanzie da parte dei concorrenti alla specifica procedura è, dunque, solo eventuale, e rimessa alla decisione della Stazione appaltante («la lettera di invito ... contiene ... le eventuali garanzie ...»). Né ciò contrasta con il limite di compatibilità con le disposizioni del Codice fatto salvo dalla già citata norma transitoria, attesa la necessità di attenersi alla già indicata ratio semplificatrice sottesa all'art. 125 del Codice, e stante la natura meramente suppletiva che assumono le disposizioni contenute nella parte II del d.lgs. 163/06 (tra cui l'art. 75, sulle garanzie a corredo dell'offerta) nel caso di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 121, comma 1, d.lgs. cit.).

2. L'art. 124, comma 7, del Codice del 2006 rimetteva l'intera materia dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia, al futuro regolamento, cui impartiva un mandato diretto alla semplificazione delle norme dettate sugli stessi temi dal Codice; la fonte superiore formulava anche l'ulteriore criterio (art. 125, comma 12, d.lgs. cit.) del necessario parallelismo, sempre con riferimento agli stessi requisiti, tra procedure in economia e ordinarie procedure sotto soglia "di pari importo".

Il successivo d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, indi, all'art. 327, ha di recente imposto senz'altro il rispetto dell'art. 38 del Codice ("Gli operatori economici devono possedere i requisiti generali e di idoneità professionale previsti dagli articoli 38 e 39 del codice") per tutte le acquisizioni di servizi e forniture sotto soglia e in economia, senza apportare alla materia particolari semplificazioni. Al tempo della gara in controversia vigeva però ancora, per le forniture ed i servizi in economia, la già indicata disciplina transitoria ex art. art. 253, comma 22, lett. b), d.lgs. n. 163 cit., facente perno, come si è visto, sul d.P.R. n. 384 del 2001. E questo non recava alcuna specifica previsione nemmeno in tema di requisiti morali.

Deve dunque ritenersi che prima dell'avvento del d.P.R. n. 207/2010, nelle procedure di acquisizione di servizi in economia, gli oneri dichiarativi a pena di esclusione a carico dei concorrenti in tema di requisiti morali fossero rimessi alle prescrizioni caso per caso della lex specialis, potendo imporsi, tra i contenuti dell'art. 38 del Codice del 2006, a guisa di principi inderogabili, soltanto le previsioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure per i casi elencati nel primo comma dell'articolo.

#### **Consiglio di Stato sez. V 5/10/2011 n. 5454**

1. L'art. 125 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, disciplinando la fornitura di "Lavori, servizi e forniture in economia", al comma 11 prevede espressamente che "Per servizi o forniture di importo pari o superiore a **ventimila euro** e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante", aggiungendo altresì che "Per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

L'espresso richiamo al rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento esclude innanzitutto che l'affidamento mediante cottimo fiduciario di lavori, servizi e forniture sia riconducibile ad una semplice attività negoziale, essendo per contro evidente la preoccupazione del legislatore di salvaguardare l'applicazione dei principi costituzionali cui deve essere improntata in generale l'azione amministrativa (ed in particolare il procedimento di scelta del contraente dei contratti pubblici), posti a tutela non già a tutela degli interessi singoli

dell'amministrazione appaltante o degli operatori economici interessati, quanto piuttosto dell'interesse pubblico generale alla legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (come valore essenziale ed imprescindibile dell'intero ordinamento e della convivenza sociale).

2. La giurisprudenza ha ribadito che il principio di pubblicità dei procedimenti di gara trova fondamento nel dettato costituzionale (art. 97) e nei principi comunitari e che esso è applicabile anche agli appalti concernenti i cc.dd. settori esclusi, a nulla rilevando sul punto il silenzio della legge (C.d.S., sez. VI, 5 dicembre 2008, n. 5943), precisando peraltro che l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche (C.d.S., sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470; 14 ottobre 2009, n. 6311; così anche, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5386).

#### **TAR Lazio Roma sez. III ter 11/4/2011 n. 3169**

1. La circostanza che la gara sia stata esperita con il sistema del cottimo fiduciario e, quindi, con il ricorso ad una procedura semplificata, non toglie che vadano comunque rispettate le norme di carattere generale che regolano e disciplinano i rapporti tra i privati e la pubblica amministrazione; in particolare, l'amministrazione che vi fa ricorso può imporre regole di comportamento previste nella lettera invito che vanno conseguentemente rispettate.

2. La violazione della clausola di stand still, di cui all'articolo 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163 del 2006, in sé considerata, e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto, potendo rilevare ai fini della valutazione delle responsabilità, anche risarcitorie, conseguenti ad una illegittima aggiudicazione (cfr. ex multis, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942 e T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 14 luglio 2010, n. 16776); tuttavia, dall'esame della normativa in materia, si ricava che l'applicazione delle sanzioni di cui al comma 1 dell'articolo 123 codice processo amministrativo si ha anche qualora il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando

la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

3. Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata la quale, ancorché procedimentalizzata, non esige l'osservanza di tutte le regole tipiche dell'evidenza pubblica comunitaria; tuttavia, pur trattandosi di una procedura in economia, la gara deve, comunque, osservare, tra gli altri, i principi di trasparenza e parità di trattamento (Cons. St., sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295).

4. Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 53 del 2010 l'obbligo di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 79, comma 5, lett. a), e la clausola standstill cui al citato (e novellato) articolo 11, comma 10, sono funzionali a garantire la tempestività e dunque l'efficacia dell'esercizio del diritto di agire in giudizio da parte dei concorrenti che si ritengono ingiustamente pregiudicati dall'esito della gara; e poiché tale obiettivo è privilegiato dall'ordinamento nazionale ed europeo rispetto alla celerità nella conclusione del contratto, appare logico ritenere che tanto i menzionati obblighi informativi di cui all'articolo 79, quanto la clausola standstill di cui all'articolo 11, comma 10, sono applicabili anche al cottimo fiduciario, perché finalizzati ad assicurare l'effettività di un principio fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici, che oltretutto non attiene specificamente alle modalità di svolgimento della procedura di affidamento, a cui fa riferimento il comma 11 dell'articolo 125 (T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 10 novembre 2010, n. 6570).

#### **Tribunale Amministrativo Regionale Toscana sez. I 22/12/2010 n. 6809**

Il cottimo fiduciario è rimesso alla regolamentazione dell'art. 125 del Codice, il cui comma 11 richiama il necessario rispetto non già delle singole norme del titolo primo citato, bensì dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori. Ciò determina, in termini generali, un qualche abbassamento del rigore formale delle procedure di gara, nella misura in cui devono essere rispettate non specifiche discipline operative ma i soli principi di cui le regole formali costituiscono esplicitazione.

Nel caso in cui la stazione appaltate abbia previsto l'applicazione del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ciò richiama la sistematica

propria delle norme poste con riferimento all'evidenza pubblica comunitaria dall'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006 e cioè la necessità di distinguere valutazione economica e tecnica e di avere la prefissione negli atti di gara dei criteri di valutazione tecnica delle offerte, in modo che l'attribuzione dei punteggi avvenga in applicazione di regole di condotta previamente fissate e conosciute, con conseguente esclusione di una fissazione di criteri valutativi direttamente da parte dell'organo tecnico che deve procedere all'esame delle offerte (1).

---

(1) Nella specie, ha osservato il collegio, le richiamate regole risultano essere state rispettate. Il CSA all'art. 6 prevede che siano attribuiti fino a massimo 55 punti al valore tecnico dell'offerta e stabilisce poi i sotto-criteri valutativi, cioè i parametri dell'offerta che dovranno essere presi in considerazione, con specificazione dei punti assegnati ad ogni sottocriterio. Così i 55 punti dell'offerta tecnica vengono distribuiti tra 6 sotto-criteri: caratteristiche tecniche del parcometro (fino a 30 punti), struttura metallica dello stesso (fino a 5), display (fino a 3), capacità di gestione di sistemi centralizzati (fino a 10), tecnica del sistema di sblocco monete (fino a 5 punti), modem di trasmissione dati (fino a 2 punti). La norma del capitolato in esame si spinge anche oltre, indicando i criteri di attribuzione dei punteggi con riferimento a ciascun parametro: la commissione dovrà esprimere un giudizio in relazione a ciascun parametro (ottimo, distinto, buono, discreto, sufficiente) al quale corrisponde un coefficiente di attribuzione del punteggio, nel senso che ad ottimo corrisponde il coefficiente 1, con conseguente integrale attribuzione dei punti a disposizione del singolo parametro, e ai giudizi via via decrescenti coefficienti inferiori a 1; il capitolato mira poi a definire cosa si debba intendere per ottimo, distinto ecc. e lo fa con locuzioni verbali che, per quanto imperfette, cercano di descrivere livelli di sempre più alta rispondenza dell'offerta del singolo concorrente a quanto previsto dal capitolato. Così il coefficiente 1 (ottimo) deve essere attribuito all'offerta "giudicata del tutto fortemente rispondente a quanto specificato nel capitolato con riferimento al parametro stesso" mentre il più basso coefficiente 0,2 (sufficiente) deve essere attribuito all'offerta "che presenta minimi livelli di rispondenza a quanto specificato nel capitolato per il parametro valutato".

**CRITERI DI VALUTAZIONE :****PREZZO PIÙ BASSO ED OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA****ART. 81 DEL CODICE**

1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

*3-bis. L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (Novità introdotta dalla lettera i-bis) del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70., confermato dalla relativa legge di conversione,*

\*\*\*\*

Il criterio del prezzo più basso (o *automatico*) ha carattere sostanzialmente automatico, attraverso un mero utilizzo di tassativi parametri prescritti dal bando di gara (*Tar Umbria sez. I, 7 maggio 2010*), rinviando al successivo art. 82, escludendo una qualsiasi valutazione discrezionale.

L'applicazione di questo criterio comporta :

- ✓ la nomina della commissione giudicatrice anche prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte, in deroga a quanto prescritto dall'art. 84, c.

10, per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto tale prescrizione di natura cautelativa è direttamente correlata alla valutazione discrezionale che caratterizza esclusivamente l'altro criterio.

- ✓ la totale pubblicità delle sedute al fine di garantire un controllo diretto ed immediato dello svolgimento della gara.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, art. 83, implica l'esercizio di un adeguato potere tecnico discrezionale da parte dell'amministrazione.

La stessa, nell'individuare gli elementi di valutazione dell'Offerta Tecnica deve garantire il rispetto del principio di parità di trattamento in sede di aggiudicazione, assicurando la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità di applicazione per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre, la scelta dei criteri deve essere relazionata alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche dell'oggetto di affidamento, risultando quindi soggetti ad una ponderazione di adeguatezza e di logicità rispetto alla prestazione richiesta.

\*\*\*\*

**Discrezionalità della stazione appaltante nell' indicazione dei criteri di per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa :**

**Consiglio di Stato sez. V 18/10/2011 n. 5583**

La giurisprudenza in materia, in relazione alla metodologia, ha inteso sottolineare come la formula da utilizzare per la valutazione della offerta economica può essere scelta dall'Amministrazione con ampia discrezionalità (Consiglio di Stato, sez, V, 9.3.2009, n. 1368) e che la stazione appaltante ha ampi margini di discrezionalità nella indicazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La elencazione dei criteri, infatti, evidentemente non deve ritenersi tassativa, potendo essere previsti nel bando ulteriori elementi individuati in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.

**TAR Puglia Bari sez. I 30/8/2011 n. 1250**

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica la necessità per il seggio di gara di compiere valutazioni tecnico-discrezionali in ordine alla bontà delle offerte, valutazioni che sono viceversa precluse nel caso in cui la legge di gara preveda il criterio "automatico" di aggiudicazione del prezzo più basso.

Conseguentemente la cd. "normalizzazione" delle offerte operata nella presente fattispecie dalla Commissione di gara rappresenta una non dovuta valutazione tecnico-discrezionale, sul piano qualitativo e quantitativo, delle offerte proposte che in base alla lex specialis di gara andavano considerate unicamente alla luce del parametro del prezzo più basso.

A tal riguardo, si rammenta che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso costituiscono sistemi di aggiudicazione ontologicamente distinti, sì da comportare una differente disciplina di gara, la quale trova giustificazione nel fatto che l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica - come detto - l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, mentre al criterio del prezzo più basso consegue una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal lex specialis di gara.

**TAR Emilia Romagna Parma sez. I 15/6/2011 n. 198**

Anche se le modifiche recate all'articolo 83 del d.lgs. cit. da parte del d.lgs. 152/2008, in adempimento delle direttive comunitarie e della sentenza della Corte di Giustizia Ce del 24 gennaio 2008, in C-532/06, hanno limitato la discrezionalità della commissione di gara nel fissare i criteri motivazionali demandando al bando (o alla lettera di invito) la massima specificazione dei sub criteri, sub pesi e sub punteggi, ciò non elimina, ma al contrario, accresce l'intensità dell'onere motivazionale da parte della commissione di gara in ordine alla corretta attribuzione dei punteggi stessi, in omaggio al principio della massima trasparenza e della par condicio.

**Prezzo più basso : impossibilità degli offerenti di presentare varianti nell'esecuzione dell'opera o del servizio :**

**Consiglio di Stato sez. V 22/2/2011 n. 1098**

In mancanza di una specifica norma di bando, gli offerenti non hanno alcuna facoltà di individuare una variante nella esecuzione dell'opera, in quanto tale variante, andando a modificare il progetto posto in essere dall'amministrazione, determina un'altra opera, con diversa progettazione, non ammissibile nelle gare al massimo ribasso, in cui gli offerenti devono limitarsi soltanto ad indicare un ribasso sulla base d'asta rispetto alla progettazione puntualmente definita dall'amministrazione procedente.

### **Publicità delle sedute di gara :**

#### **TAR Lazio Roma sez. II 14/9/2011 n. 7272**

1. La giurisprudenza amministrativa ha affermato che i principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma derogabili dalla *lex specialis*, la quale, ove si tratti di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica: l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche mentre il rispetto del principio di pubblicità si rende doveroso solo nei casi in cui le attività che devono essere svolte dal seggio di gara implicano la adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura e tale non è l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica che può realizzarsi nella medesima seduta di valutazione dell'offerta stessa e, quindi, in sede riservata (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2009 n. 6311 e 11 maggio 2007 n. 2355. Sul punto si coglie subito l'occasione per ribadire che, verosimilmente, l'orientamento attualmente più condivisibile è quello volto a considerare necessario che la fase di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica sia svolta pubblicamente allo scopo di verificare la completezza della documentazione presente in ciascuna busta, confermandosi la necessità della sede riservata per la sola valutazione di tali elementi tecnici dell'offerta e ricavandosi, peraltro, la necessità di tale sequenza procedurale dalle previsioni contenute nel D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici, segnatamente gli artt. 120 e 121 per i lavori e gli artt. 282 e 283 per i servizi e le forniture: ma si è detto che tali più recenti disposizioni, in uno con gli orientamenti giurisprudenziali recenti che ne hanno

palesemente ispirato l'introduzione, costituiscono approdi cronologicamente successivi al periodo in cui la commissione ha operato e quindi inapplicabili al caso qui in via di scrutinio).

2. la disposizione di cui al quarto comma dell'articolo 83 sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (ne consegue, ad esempio, l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine agli elementi dell'offerta da considerare ed all'attribuzione dei punteggi). In sintesi e conclusivamente può affermarsi che l'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è affrontata oggi dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici e dalla giurisprudenza di settore che, fin dalla formulazione del bando di gara, impone che questo stabilisca i criteri di valutazione dell'offerta, precisando anche la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui la soglia si riferisce deve essere adeguato. La norma impone ancora che sia sempre il bando a prevedere, ove necessario, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. La direzione verso la quale giurisprudenza e legislatore si sono mossi è stata, dunque, quella di restringere al massimo, per quanto possibile, gli spazi di libertà valutativa delle offerte da giudicare con il metodo del criterio economicamente più vantaggioso.

### **VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA**

#### **Consiglio di Stato Adunanza plenaria 28/7/2011 n. 13**

La "verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere

permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856; sez. V, 3 dicembre 2008, n. 5943; sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427).

L'Adunanza Plenaria ritiene che la regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica.

Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

#### **Consiglio di Stato sez. V 26/10/2011 n. 5714**

I criteri di valutazione risultano essere in violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/06, essendo generici e senza individuazione dei sub-criteri e dei relativi pesi, con la conseguenza che ogni valutazione risulta rimessa all'ampia discrezionalità della Commissione, non potendo certo ritenersi sufficiente la generica suddivisione sopra richiamata.

Né può farsi riferimento, al fine di accertare i criteri di valutazione, alle motivazioni riportate nei verbali, in quanto i punteggi risultano attribuiti in modo globale, non permettendo, così, di verificare l'incidenza di certi elementi rispetto ad altri.

#### **TAR Marche sez. I 14/10/2011 n. 770**

E' del tutto incontestato, nella gara in esame, che l'apertura delle offerte tecniche sia stata effettuata, da parte dell'apposita Commissione, in seduta non pubblica. (..)  
L'annoso dibattito giurisprudenziale sulla legittimità di tale prassi ha trovato una

recente e decisiva soluzione nel pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 28.7.2011, che ha ritenuto tale pratica non compatibile con i principi sanciti, oltre che all'art. 97 della Costituzione, dalle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, da cui è scaturito il Codice italiano dei contratti pubblici, le quali agli articoli, rispettivamente, 10 e 2, stabiliscono, con espressione di portata ineludibile: "Le amministrazioni aggiudicatrici ...agiscono con trasparenza" (CdS AP 13/2011,cit.). Né l'apertura delle buste in seduta pubblica può essere sostituita (..) dalla verifica dell'integrità dei plichi, trattandosi di due fasi differenti.

### **Consiglio di Stato sez. V 25/8/2011 n. 4806**

E' principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è da valutare illegittima l'apertura in segreto di plichi.

### **Elementi di Valutazione : diverso orientamento giurisprudenziale**

#### **TAR Lombardia Brescia sez. II 21/9/2011 n. 1328**

Nel giudizio sull'esperienza la stazione appaltante, se non si è data regole più stringenti nella lex specialis, può certamente effettuare una ponderazione delle diverse attività praticate dai concorrenti, trascurando quelle marginali e focalizzando la propria attenzione su quelle che rivestono maggiore importanza. Allo stesso modo può considerare irrilevante il mancato svolgimento di alcune attività se nel complesso risultino espletate quelle che costituiscono la parte più impegnativa dell'appalto da aggiudicare.

Nell'interpretazione di clausole di questo tipo deve sempre essere favorita la massima partecipazione, che a sua volta è una condizione per assicurare l'effettiva competizione nel mercato, e corrispettivamente deve essere dato il minimo rilievo alle formalità non necessarie (v. TAR Torino Sez. II 16 gennaio 2008 n. 40). La dimostrazione dell'affidabilità dei concorrenti per mezzo dell'esperienza pregressa non può infatti trasformarsi in una rendita di posizione per i soggetti economici che abbiano avuto rapporti continuativi con le stazioni appaltanti o che, specialmente

nei settori dove la concorrenza è minore, abbiano avuto la possibilità di occupare per più tempo le poche nicchie di mercato disponibili.

### **TAR Sicilia Palermo sez. III 3/11/2011 n. 1990**

La circostanza che la *lex specialis* di gara richiede ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici ma solo corrispondenti non autorizza, poi, a dilatare il concetto di corrispondenza fino a ricomprendervi qualunque attività non assimilabile a quella oggetto dell' appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589). La previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), infatti, è giustificata dalla esigenza di acquisire conoscenza di aspetti dell'attività dell'impresa che possano evidenziare la qualità dell'offerta (v. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837), in quanto le precedenti esperienze maturate rappresentano indici significativi della qualità delle prestazioni che l'impresa può garantire ma a patto che riguardino prestazioni sufficientemente simili, almeno negli aspetti essenziali, a quelle oggetto della gara cui l'impresa intende partecipare; (..) Ciò significa che l'esigenza della massima partecipazione va ragionevolmente bilanciata con quella dello svolgimento del servizio da parte di un operatore economico in possesso di adeguata esperienza, proprio e sempre nell'ottica della garanzia del superiore principio del buon andamento dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7525).

### **Commissione giudicatrice :**

### **TAR Lazio Roma sez. III 3/11/2011 n. 8414**

1. La regola fissata dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici, per la quale i componenti della Commissione di gara vanno scelti fra soggetti dotati di competenza tecnica adeguata alle peculiarità dello specifico settore interessato dall'appalto da assegnare, costituisce espressione di principi generali, costituzionali e comunitari, volti ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa (Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1386) e, in quanto tale, non è suscettibile di essere derogata.

2. La mancanza, all'interno della stazione appaltante, di funzionari competenti in relazione all'appalto oggetto di gara non costituisce ostacolo alla corretta applicazione delle disposizioni codicistiche atteso che, ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 8 dell'art. 84, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in caso di assenza, nell'organico dell'amministrazione che ha bandito la gara, delle specifiche professionalità, i componenti della Commissione di gara, in possesso delle capacità tecniche e professionali adeguate all'importanza dell'appalto, devono essere scelti o tra funzionari di altre amministrazioni ovvero tra professionisti e professori universitari di ruolo (Cons. St., sez. V, 24 novembre 2009 n. 7353; Tar Veneto, sez. I, 8 ottobre 2009, n. 2575);

### **VALUTAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA :**

#### **ART. 81 C. 3BIS**

**Art. 81.** *Criteria per la scelta dell'offerta migliore.*

omissis

*3-bis. L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro <sup>(175)</sup>.*

---

(175) Comma aggiunto dalla lettera *i-bis*) del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

**Oneri di sicurezza :**

**TAR Sardegna sez. I 18/10/2011 n. 992**

2. Ai sensi degli artt. 86, comma 3-bis e 87, comma 4, D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i., gli oneri della sicurezza – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture – vanno distinti in due categorie: oneri non soggetti a ribasso

finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, da indicarsi a cura delle stesse nelle rispettive offerte ed aperti al confronto concorrenziale, con l'onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura (nella specie, il Collegio ha ritenuto legittima la clausola del bando di gara che aveva lasciato alla determinazione dei concorrenti gli oneri per la sicurezza per i rischi specifici propri delle imprese, riservandosi di effettuare le adeguate valutazioni in ordine alla loro congruità)

### **TAR Lazio Roma sez. I ter 11/10/2011 n. 7871**

1. I costi della sicurezza di cui all'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 26, della legge n. 81 del 2009 sono i costi c.d. 'propri' che l'operatore economico deve sostenere per eseguire le prestazioni contrattuali appaltate, che la Stazione appaltante deve poter apprezzare (specialmente sotto il profilo della congruità) rilevandoli dalle offerte presentate in sede di gara. In sostanza, i concorrenti devono specificatamente indicare anche i cd. "costi interni" dell'impresa e non solo quelli (diversi) rappresentati dai "costi da interferenza". I secondi, non soggetti a ribasso, sono quelli fissati dalla stazione appaltante, mentre i primi sono i costi che sopportano le singole imprese, non predeterminati a monte ma da indicare in sede di offerta per permettere all'Amministrazione di operare le proprie valutazioni al riguardo.

Sul punto la giurisprudenza ha affermato che il combinato disposto degli articoli 86 e 87, comma 4, ultimo periodo, del codice dei contratti pubblici, impone ai concorrenti di segnalare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza. La mancanza di una specifica previsione sul tema in seno alla *lex specialis* non toglie che la disciplina del codice dei contratti pubblici sia immediatamente precettiva e idonea ad eterointegrare le regole procedurali, imponendo agli offerenti di indicare separatamente i costi per la sicurezza. L'inosservanza delle norme dettate dal d.lgs.n. 163 del 2006 che impongono l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica, anche in assenza di una espressa comminatoria della *lex specialis*, la sanzione dell'esclusione, in

quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa da ritenere, per tale ragione incompleta (Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849; TAR Toscana, Sez. II, 31 ottobre 2007, n. 3565; TAR Lazio, Sez. II bis, 11 ottobre 2006, n. 10258).

### **VERIFICA DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA**

**Art. 86.** *Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse.*

1. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

2. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

*3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il*

*costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati 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* <sup>(186)</sup>.

*3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta* <sup>(187)</sup>.

4. Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3.

5. [Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio] <sup>(188)</sup>.

---

(186) Il comma 3-bis, aggiunto dal comma 909 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296, è stato così sostituito, con i commi 3-bis e 3-ter, dall'art. 8, L. 3 agosto 2007, n. 123.

(187) Il comma 3-bis, aggiunto dal comma 909 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296, è stato così sostituito, con i commi 3-bis e 3-ter, dall'art. 8, L. 3 agosto 2007, n. 123.

(188) Comma abrogato dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 4-quater, D.L. 1 luglio 2009, n. 78, aggiunto dalla relativa legge di conversione, con i limiti previsti dal comma 2 dello stesso articolo 4-quater.

**Competenza Della Commissione Giudicatrice****Consiglio di Stato sez. III 15/7/2011 n. 4332**

In una gara con la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta è la Commissione in quanto deve operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, anche eventualmente sulla base di una relazione tecnica redatta dal RUP. Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta che non è di carattere comparativo ma è pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4584 del 15 luglio 2010).

Anche questa Sezione ha di recente affermato, con la sentenza n. 1368 del 3 marzo 2011, che tutte le attività di valutazione (compreso l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta economica) devono essere compiute dalla Commissione giudicatrice (e non dal solo Presidente). Infatti la necessità di operare con il "plenum" della Commissione giudicatrice "si pone essenzialmente nelle fasi in cui la Commissione è chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, e che invece può consentirsi la deroga al principio della collegialità per le attività preparatorie, istruttorie e vincolate". Si è invece ritenuto legittima la sola lettura, da parte del RUP, del prezzo offerto non essendovi in tale operazione l'esercizio di scelte discrezionali (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7470 del 2010).

**Valutazione attendibilità offerta :****Consiglio di Stato sez. IV 2/8/2011 n. 4593**

Se è certamente vero che la valutazione dell'attendibilità dell'offerta deve essere effettuata nel suo complesso (e tale principio può cogliersi agevolmente dal raffronto tra l'attuale ed il previgente testo del comma 1 dell'art. 88 del codice dei contratti pubblici, da cui è stato espunto il riferimento alle sole componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse), ciò non implica che tale giudizio sia indifferente dalle

giustificazioni stesse offerte in relazioni alle singole voci di prezzo. La valutazione complessiva è infatti il frutto della disamina dell'intera offerta come risultante a seguito della disamina di anomalia, parametrata al prezzo offerto in sede di aggiudicazione, e non l'esito un diverso giudizio, non collegato alle risultanze della verifica di congruità.

Ciò non permette di escludere, anzi implica, la rilevanza delle giustificazioni offerte in relazione alle voci di prezzo anormalmente basse, che devono quindi essere esaminate partitamente.

### **Consiglio di Stato sez. IV 27/6/2011 n. 3862**

Il giudice amministrativo ben può sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza (al fine di verificare la presenza delle relative figure sintomatiche di eccesso di potere) e della congruità dell'istruttoria all'esito della quale l'amministrazione ha proceduto alle proprie valutazioni (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2010 n. 1040).

In tali sensi e limiti, il giudice può anche considerare i singoli elementi o voci dell'offerta, ma non già al fine di valutarne l'eventuale anomalia, bensì solo come elementi concreti suffraganti la verifica della suddetta sussistenza dei profili di completezza dell'istruttoria, nonché di ragionevolezza e logicità della valutazione effettuata dalla pubblica amministrazione.

### **Consiglio di Stato sez. VI 24/8/2011 n. 4801**

1. Per la pacifica giurisprudenza (..) non è escluso che si possa procedere in sede di verifica di anomalia- dell'offerta- ad un limitato rimaneggiamento dei suoi elementi, purché la proposta contrattuale non venga modificata o alterata ( Consiglio Stato , sez. VI, 7 marzo 2008 , n. 1007; sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1889; sez. V, 11 novembre 2004, n. 7346)

2. L'art. 88 – del d.lgs. 163 del 2006- prevede una scansione di natura dilatoria, i cui termini non possono essere inferiori a disposizione ivi previsti. Ne consegue che nulla vieta – nel rispetto del canone di ragionevolezza, comunque conformato all'esigenza che le procedure di aggiudicazione si concludano celermente ed in

tempi certi - che la stazione appaltante assegni termini superiori

3. Per la pacifica giurisprudenza, la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto. Pertanto, il procedimento di verifica è avulso da ogni formalismo ed è improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente; il contraddittorio deve essere effettivo; non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sono le giustificazioni, e sono ammesse quelle sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, a garanzia di una seria esecuzione del contratto. (Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146)

4. Armonicamente con le conclusioni della giurisprudenza (Consiglio Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215) non può essere fissata, ai fini della valutazione di anomalia delle offerte presentate nelle gare di appalto, una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un guadagno importante, quando il contratto abbia un importo elevato.

#### **TAR Campania Napoli sez. I 7/7/2011 n. 3624**

1. In base all'orientamento giurisprudenziale prevalente (cfr., fra l'altro, TAR Napoli, Sez. VIII, n. 16568 del 2010), dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, (..) l'ufficio - dell'Amministrazione- può (..) esprimere pareri di ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili all'apprezzamento delle offerte, ma non può esprimere il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte, rimesso ad un'apposita commissione (in questi termini, Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2579; 3 marzo 2003, n. 1181; 5 luglio 2006, n. 4267; TAR Liguria, Genova, sez. I, 22 luglio 2005, n. 1081; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 dicembre 2005, n. 2441; TAR Lazio, Latina, 19 gennaio 2007, n. 45). In senso contrario a quanto assunto da parte ricorrente, la commissione giudicatrice può, cioè, essere coadiuvata da un

ufficio dell'amministrazione e da un apposito staff tecnico, per la fase di verifica di anomalia delle offerte, ma è necessario, ai fini della legittimità delle successive determinazioni, che l'attività di ufficio o di staff si connoti per il suo carattere istruttorio, preparatorio e meramente strumentale, senza risolversi in valutazioni tecnico-discrezionali in cui manchi il necessario momento di 'riappropriazione' dell'esercizio della competenza ad opera dell'organo cui la stessa indefettibilmente spetta (Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 631; TAR Puglia, Bari, sez. 1, 5 aprile 2004, n. 1726; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 dicembre 2005, n. 2441).

2. Con riferimento all'accertato scostamento dalle tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera, se è pacifico che queste, per alcune voci, espongono dati non inderogabili, è altrettanto pacifico che alle medesime è assegnata la funzione di parametro legale (art. 86, comma 3 bis, di lgs. n. 163-2006, codice dei contratti pubblici). Ciò comporta che lo scostamento dalle voci di costo che nelle tabelle ministeriali risultano derogabili in tanto può esser accettato, in quanto risulti puntualmente giustificato. Ed una tale dimostrazione deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alle cd. ore annue mediamente lavorate dal personale poiché tale dato coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi, per definizione, postulano stime particolarmente prudentiali. La conseguenza è che l'offerta la quale si proponga di far conto su un numero di assenze del personale minori rispetto a quelle assunte a livello statistico e su un campione certamente rappresentativo dalle tabelle ministeriali, per essere accettata come plausibile, deve essere accompagnata da significativi ed univoci dati probatori, i quali, al di là di generiche affermazioni, sono invece mancati nella fattispecie considerata (cfr. C.d.S. 1451 del 2009).

### **Consiglio di Stato sez. V 23/6/2011 n. 3807**

1. In ordine all'ammissibilità da parte del giudice amministrativo di disporre una verifica ovvero una consulenza tecnica d'ufficio sulle valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di riscontro delle anomalie delle offerte presentate, deve rilevarsi che dette valutazioni sono considerate espressione di un ampio potere tecnico – discrezionale, insindacabile in sede giurisdizionale salva l'ipotesi in cui esse siano palesemente illogiche, irrazionali o fondate su insufficiente motivazione o su errori di fatto (ex multis, C.d.S., sez. V, 23 novembre 2010, 22 giugno 2010, n. 3890, 18 marzo 2010, n. 1589, 29 gennaio 2009, 8 luglio 2008, n. 8 luglio 2008).

Se pertanto può anche convenirsi sull'assunto che nella materia de qua il sindacato giurisdizionale può esplicarsi in un ambito di per sé molto limitato, non potendo giammai giungersi alla sostituzione della valutazione operata dall'amministrazione con quella del giudice (pena la violazione dello stesso fondamentale principio della separazione dei poteri), deve tuttavia rilevarsi che detto sindacato ben può compendiarsi nell'accertare se il potere dell'amministrazione appaltante non solo sia stato esercitato con l'utilizzazione delle regole tecniche conformi a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti, ma anche e soprattutto se le valutazioni operate siano attendibili (C.d.S., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658; sez. V, 3 dicembre 2005, n. 7059; sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607).

2. L'importanza dell'elemento "costo del lavoro" travalica l'ambito della gara di appalto in riferimento al quale è apprezzato ai fine della congruità dell'offerta presentata, atteso che esso ha in realtà riguardo ai valori fondamentali di solidarietà, uguaglianza e libertà che si rinvergono nel principio di retribuzione adeguata e sufficiente di cui all'articolo 36 della Costituzione: l'indagine sulla sua congruità deve pertanto necessariamente coinvolgere non solo e non tanto gli aspetti logico - formali dell'offerta e delle sue giustificazioni, quanto piuttosto il concreto substrato materiale e organizzativo della struttura dell'impresa aggiudicataria, onde accertare e verificare che effettivamente il costo del lavoro indicato nell'offerta sia obiettivamente (e non solo soggettivamente) idoneo ad assicurare il pieno rispetto dei valori e dei principi costituzionali sopra indicati.

#### **Consiglio di Stato sez. IV 9/5/2011 n. 2751**

E' controversa in giudizio l'anomalia dell'offerta in ordine alla quale -secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale- l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, per cui la relativa valutazione, costituendo espressione di apprezzamento tecnico-discrezionale ed inerendo quindi al merito amministrativo, è da ritenersi insindacabile in sede di legittimità se non per aspetti di manifesta irrazionalità o evidente travisamento dei fatti, che nello specifico non sussistono alla luce anche del concreto procedimento svolto per la verifica di attendibilità dell'offerta, dopo gli ulteriori chiarimenti richiesti e l'audizione dell'offerente concretamente intervenuta.

**TAR Campania Napoli sez. VIII 5/5/2011 n. 2506**

Il codice degli appalti di cui al d.lgs. 163/2006, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'articolo 84 prevede la possibilità di avvalersi di apposita commissione giudicatrice, ma ciò non esclude che essa possa richiedere un supplemento di indagine tecnica, che possa costituire la base in virtù della quale la Commissione possa vagliare le argomentazioni e le giustificazioni fornite dalla ditta la cui offerta è stata sottoposta a verifica, ciò anche tramite l'ausilio di un soggetto esterno particolarmente esperto in materia. Ciò risulta coerente con la natura del sub procedimento di verifica dell'anomalia che formalmente ha un rilievo preciso e distinto rispetto al procedimento di evidenza pubblica diretto all'aggiudicazione (anche se ad esso collegato)

**TAR Piemonte sez. I 4/11/2011 n. 1173**

L'art. 86 co 3 bis prescrive una rigorosa verifica del rispetto del costo del lavoro alla luce delle indicazioni "tendenziali" evincibili dalle tabelle ministeriali. E' sul punto pacifica e univoca giurisprudenza, congruente anche con le più recenti indicazioni normative (si veda il nuovo art. 81 co. 3bis) che inderogabili siano solo i minimi salariali di costo del lavoro dettati dalla contrattazione collettiva i quali, in sede di valutazione di congruità di una offerta, non possono che essere ritenuti come tali inderogabili. Altra e ben diversa problematica attiene alla verifica del rispetto tendenziale dal maggior costo "del servizio" che tiene complessivamente conto, oltre che del costo orario inderogabile del singolo lavoratore, dei maggiori costi effettivi del servizio che possono essere indotti dalla circostanza che non tutte le ore teoriche retribuite sono effettivamente lavorate (si pensi alle assenze per malattia, ferie ecc.).

Ne deriva che, conclude il Tar, tali costi "possono essere concretamente giustificati in termini anche minori rispetto a quanto astrattamente e omogeneamente previsto dalle tabelle ministeriali".

**TAR Lazio Roma sez. III ter 1/6/2011 n. 4985**

1. il Collegio rileva (..) che l'art. 88, comma 7, d.lgs. n. 163/06 prevede che il giudizio sull'anomalia dell'offerta deve essere ancorato al suo complesso e non a

singole voci, rilevando l'attendibilità della medesima in ordine all'affidamento ad una corretta e efficace esecuzione contrattuale, da intendersi riferita all'offerta nel suo insieme, secondo la conclusione cui è pervenuta anche l'Autorità di settore, con determinazione 8 luglio 2009, n. 6.

2. In ordine all'osservazione in merito alla peculiarità della gara in esame ed alla necessità che in tale caso era da preferire il giudizio di anomalia sulle singole voci scomposte e non sulla sua globalità, il Collegio rileva che tale tesi, in assenza di specifica indicazione della legge di gara che evidenzi la peculiarità della procedura concorsuale in relazione al suo oggetto, non può essere condivisa, in quanto è stato precisato dalla giurisprudenza che se è prevista comunque un'offerta complessiva, soltanto scomposta nei prezzi offerti per le caratteristiche dell'oggetto di gara, non deve esservi necessariamente un espresso corrispettivo per ogni singola prestazione, così che basta un solo scostamento da parametri medi per dare luogo ad anomalia, ben potendo la concorrente valutare l'opportunità di modulare le singole voci, soprattutto se – come nel caso di specie – sono riferite a prestazioni accessorie, al fine di ricavare comunque un utile anche solo in termini di prestigio professionale nell'eseguire quella determinata prestazione contrattuale, se l'offerta risulta comunque affidabile nel suo complesso (Cons. Stato, Sez. V, 23.11.07, n. 5934 e Sez. VI, 2.5.06, n. 2445).

### **TAR Lazio Roma sez. III ter 7/10/2011 n. 7808**

1. lo scopo dell'art. 86, comma 5, del codice dei contratti, nella parte in cui questo prevede che le offerte siano corredate sin dalla loro presentazione con le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara è quello di semplificare ed accelerare il procedimento di gara, e non certo quello di inserire incombenti formali, al cui mancato rispetto, totale o parziale, corrisponde senz'altro il presupposto per l'esclusione.

In mancanza, dunque, di una chiara ed univoca clausola che, solo ove inserita preventivamente nel bando di gara, imporrebbe alla stazione appaltante di adottare provvedimenti espulsivi per omessa produzione degli elementi giustificativi specificamente indicati, non può disporsi l'esclusione ove in concreto si appalesi la necessità di integrare le giustificazioni preventive prodotte in modo non esaustivo a supporto dell'offerta.

Peraltro, sullo specifico punto, è stato osservato che nel procedimento per l'aggiudicazione di un pubblico appalto le giustificazioni preliminari, quand'anche richieste i sensi dell'art. 86 comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 quale anticipato corredo documentale dell'offerta, non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione delle singole voci che concorrono a formare il prezzo offerto solo in via eventuale nella fase successiva a quella di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta. Pertanto, l'esclusione dalla gara, come emerge chiaramente dalla disposizione ora citata, potrà essere disposta solo a seguito di una verifica in contraddittorio dalla quale risulti accertata l'incongruità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2009, n. 2348).

2. è principio consolidato in giurisprudenza che nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, come confermato dall'art. 86, comma 5, Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) il quale richiede che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione. Aggiungasi che, secondo il consolidato orientamento del giudice di appello, la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (Cons. di Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217; Cons. di Stato, sez. V, 29 luglio 2003 n. 4323, Cons. di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384, e 21 maggio 2009, n. 3146).

#### **TAR Puglia Bari sez. I 27/9/2011 n. 1396**

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090) "In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità **tecnica**, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale; in tal caso l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso

di esito positivo della verifica di anomalia, essendo in tal caso sufficiente motivare per relationem con le giustificazioni presentate dal concorrente; di conseguenza, incombe su chi contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la **valutazione** tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati."

### **Tribunale Amministrativo Regionale Umbria sez. I 20/1/2011 n. 17**

L'inosservanza della prescrizione legale in ordine all'inderogabilità dei costi della sicurezza implica la sanzione dell'esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tale senso da parte della lex specialis, trattandosi di disposizione idonea ad eterointegrare le regole procedurali. Ed infatti, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, la violazione della norma primaria che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente importante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, ed impedisce alla Stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa (in termini Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849). D'altro canto, una differente interpretazione del descritto quadro legislativo, che, ad esempio, consenta la specificazione a posteriori dei costi della sicurezza, si risolverebbe in una non consentita interpretatio abrogans delle norme che contengono una disciplina rigorosa sui costi della sicurezza, proprio in considerazione della delicatezza dei valori implicati.

### **LA REVISIONE DEI PREZZI, I TERMINI DI PAGAMENTO**

#### **Consiglio di Stato sez. III 12/7/2011 n. 4165**

Per effetto di quanto disposto prima dall'art. 244 del d. lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) e poi dall'art. 133, comma 1, lett. e), punto 2 del c.p.a., l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi ha ora una portata ampia e generale e deve pertanto ritenersi superato il tradizionale orientamento interpretativo (fatto proprio dal TAR per il Lazio), secondo cui al giudice amministrativo spettavano le sole controversie in materia di "an" della pretesa alla revisione del prezzo, mentre competevano al giudice ordinario le

questioni inerenti alla quantificazione del compenso.

Si deve quindi ritenere che, ai sensi delle citate disposizioni, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del quantum debeatur (in termini: Cassazione Civile, SS.UU. n. 13892 del 15 giugno 2009; n. 9152 del 17 aprile 2009; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1247 del 3 marzo 2010; Consiglio Stato, sez. V, n. 935 del 17 febbraio 2010).

### **Corte di Cassazione Civile Sezioni unite 15/3/2011 n. 6016**

Avendo ad oggetto la controversia un contratto ad esecuzione periodica o continuativa. prevedente un appalto di servizi, nel quale ai sensi della L. 24 dicembre 1993, n. 537, art. 6, comma 4 (come sostituito dalla L. n. 724 del 1994, art. 44), norma vigente all'epoca della stipulazione del negozio e poi riprodotta dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 115 era obbligatoria la clausola di revisione del prezzo, in virtù dell'art. 244, comma 3, in relazione all'art. 115 e art. 133, comma 3 e 4 del citato D.Lgs. applicabile ex art. 5 c.p.c., all'epoca della domanda introduttiva della causa di merito, nell'ambito della quale è stato poi proposto il regolamento ex art. 41 c.p.c. il giudizio è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come del resto lo era anche nella vigenza della L. n. 537 del 1993 (in tal senso v. sent. N. 24785/08 ed ord. n. 9152/08 di queste S.S.U.U.), attenendo a situazioni soggettive che si collocano in un'area nella quale la P.A. agisce esercitando il suo potere autoritativo.

### **Tribunale Amministrativo Regionale Puglia Lecce sez. III 13/12/2010 n. 2826**

Contratti della p.a. - contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture - Clausola di revisione periodica del prezzo - Insuscettibile di deroga pattizia - Disciplina specifica di settore prevalente sul regime generale di cui all'art. 1664 c.c.- Ha natura imperativa - Clausole difformi - Nullità globale

L'art. 6, L. 24 dicembre 1993 n. 537, nel testo come sostituito dall'art. 44, l. 23 dicembre 1994 n. 724 (ed oggi trasfuso negli artt. 115 e 244 del Codice dei Contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006) , prevede che tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbano recare una clausola di revisione periodica del prezzo e che le controversie derivanti dall'applicazione del predetto articolo sono devolute alla giurisdizione, in via esclusiva, del giudice amministrativo.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare:

-- si è in presenza di una norma imperativa, non suscettibile di essere derogata pattiziamente, atteso che la sua finalità primaria è quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non possano col tempo subire una diminuzione qualitativa a causa della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte, con la conseguenza che una eventuale deroga a tale disciplina pattuita dalle parti contraenti deve considerarsi nulla (cfr. infra multa: Consiglio Stato, sez. V, 20 agosto 2008, n. 3994; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 02 aprile 2009, n. 3571);

-- la norma comprende tutte le controversie riguardanti l'applicazione e l'interpretazione della disposizione, senza distinguere i diversi tipi di domande proposte (spettanza del compenso revisionale; accertamento della misura del canone; inadempimento delle obbligazioni; contestazioni della clausola revisionale e della sua efficacia: così T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 08 maggio 2009, n. 4996);

-- le norme concernenti la revisione prezzi in materia di appalti di servizi nei contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione, costituendo una disciplina specifica di settore, prevalgono, in ragione della loro specialità, sul regime generale di cui all'art. 1664 c.c. (vedi T.A.R. Lazio Roma, n. 4996). Secondo un consolidato orientamento (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2786; Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7461; Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373; Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2461), l'articolo 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, ora art. 115 del d.lvo 163/06, detta una disciplina speciale, circa il riconoscimento della revisione prezzi nei contratti stipulati dalla p.a. che prevale su quella generale di cui all'articolo 1664 del codice civile. Tale disciplina ha natura imperativa e s'impone nelle pattuizioni private modificando ed integrando la volontà delle parti contrastante con la stessa, attraverso il meccanismo di cui all'articolo 1339 del codice civile; ne consegue che le clausole difformi sono nulle nella loro globalità, anche se la nullità non investe l'intero contratto, in applicazione del principio "utile per inutile non vitiatur", sancito dall'articolo 1419 del codice civile.

**Consiglio di Stato sez. III 19/7/2011 n. 4362**

1. Poiché la disciplina legale dettata dai citati commi 4 e 6 dell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 non è stata attuata nella parte in cui prevede l'elaborazione, da parte dell'ISTAT, di particolari indici concernenti il miglior prezzo di mercato desunto dal complesso delle aggiudicazioni di appalti di beni e servizi, rilevate su base semestrale, la lacuna, per giurisprudenza costante, è stata colmata mediante il ricorso al cosiddetto "indice F.O.I." sulla base del quale la stazione appaltante deve istruire il procedimento, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale, entro il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa, non può essere determinato il compenso revisionale (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 935 del 17 febbraio 2010).

A tale norma corrisponde ora, senza variazioni di rilievo, l'art. 115 del Codice dei Contratti Pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) che disciplina l'adeguamento dei prezzi negli appalti di servizi o forniture ad esecuzione periodica o continuativa.

2. Considerata la mancanza di un espresso termine normativo entro il quale il diritto possa essere fatto valere, si deve ritenere che la richiesta possa essere effettuata entro il termine di prescrizione stabilito per le prestazioni che devono essere rese in modo periodico, e quindi nel termine di prescrizione quinquennale dettato dall'art. 2948 n. 4) del c.c.

Infatti il diritto alla revisione non è altro, a ben vedere, che il diritto ad un diverso e più vantaggioso calcolo del quantum spettante al prestatore del servizio. Pertanto il diritto alla revisione si prescrive, per ciascun rateo del corrispettivo contrattuale, a decorrere dal termine di pagamento del rateo stesso, così come si prescriverebbe il diritto al pagamento del rateo, se questo non venisse pagato, ovvero il diritto all'integrazione, se il rateo venisse pagato in un importo inferiore a quello contrattualmente dovuto. E poiché il diritto al pagamento dei singoli ratei è soggetto a prescrizione quinquennale, questo è il termine da applicare anche al diritto di chiedere la revisione.

**STATUTO DELLE IMPRESE**

**approvato il provvedimento per garantire l'applicazione in Italia dello Small business Act, la Carta Europea dei diritti delle piccole e medie imprese.**

**Estratto:**

**Art. 12. (Modifica all'articolo 91 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163)**

**Art. 13. (Disciplina degli appalti pubblici)**

**Art. 15. (Contratti di fornitura con posa in opera)**

\*\*\*\*

**Art. 12. (Modifica all'articolo 91 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).**

1. Al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici di lavori e servizi di progettazione, all'articolo 91, comma 1, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, le parole: «di importo pari o superiore a 100.000 euro»

sono sostituite dalle seguenti: «di importo pari o superiore alle soglie di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 28».

**Art. 13. (Disciplina degli appalti pubblici).**

1. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, attraverso i rispettivi siti istituzionali rendono disponibili le informazioni sulle procedure di evidenza pubblica e, in particolare, sugli appalti pubblici di importo inferiore alle soglie stabilite dall'Unione europea nonché sui bandi per l'accesso agli incentivi da parte delle micro, piccole e medie imprese.

2. Nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a:

a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 del codice dei contratti

pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento;

b) semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici;

c) semplificare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici di fornitura di servizi pubblici locali, banditi dai comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti e per importi inferiori alle soglie stabilite dall'Unione europea, mediante:

1) l'assegnazione tramite procedura di gara ad evidenza pubblica ovvero tramite assegnazione a società miste pubblico-private, a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità previsti dall'Unione europea, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione dell'appalto;

2) nel rispetto di quanto previsto dalla lettera a), l'individuazione di lotti adeguati alla dimensione ottimale del servizio pubblico locale;

3) l'individuazione di ambiti di servizio compatibili con le caratteristiche della comunità locale, con particolare riferimento alle aree dei servizi di raccolta, smaltimento e recupero dei rifiuti, del trasporto pubblico locale, dei servizi di manutenzione e riparazione nelle filiere energetiche, dell'illuminazione pubblica, dei servizi cimiteriali, di riqualificazione del patrimonio edilizio pubblico, di manutenzione delle infrastrutture viarie e di manutenzione delle aree verdi;

d) introdurre modalità di coinvolgimento nella realizzazione di grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative, delle imprese residenti nelle regioni e nei territori nei quali sono localizzati gli investimenti, con particolare attenzione alle micro, piccole e medie imprese.

3. Le micro, piccole e medie imprese che partecipano alle gare di appalto di lavori, servizi e forniture possono presentare autocertificazioni per l'attestazione dei requisiti di idoneità. Inoltre le amministrazioni pubbliche e le autorità competenti

non possono chiedere alle imprese documentazione o certificazioni già in possesso della pubblica amministrazione o documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

4. La pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno.

5. È fatto divieto alla pubblica amministrazione, alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori e ai soggetti aggiudicatori di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure di cui al comma 1 requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi.

**Art. 15. (Contratti di fornitura con posa in opera).**

1. La disposizione prevista dall'articolo 118, comma 3, secondo periodo, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, si applica anche alle somme dovute agli esecutori in subcontratto di forniture con posa in opera le cui prestazioni sono pagate in base allo stato di avanzamento lavori ovvero stato di avanzamento forniture.