



**Newsletter n. 2 del 14 ottobre 2023**

*Newsletter redatta dall'Avv. Enrico Pintus, avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica. Svolge attività di formazione e assistenza sia consulenziale che giudiziale, in favore di privati e numerosi Enti pubblici sia in materia di diritto amministrativo che con particolare riferimento al tema di appalti pubblici.  
La newsletter è redatta nell'ambito del servizio "Help@ppalti", di Anci Sardegna.*

## **CONCORSI DI PROGETTAZIONE. REGOLA DELL'ANONIMATO**

La regola dell'anonimato nei concorsi di progettazione, stabilita dal Codice dei contratti, deve essere garantita al momento della valutazione degli elaborati progettuali, che non devono essere in alcun modo riconducibili all'autore degli stessi. Non è invece in contrasto con il principio dell'anonimato conoscere il nominativo dei concorrenti da parte della commissione giudicatrice al momento dell'accettazione dell'incarico. Anzi, risulta fondamentale per verificare la sussistenza di conflitti d'interesse. L'importante è che l'esame degli elaborati progettuali avvenga in forma anonima, analogicamente alla disciplina dei concorsi pubblici.

Vedasi **Delibera Anac n.358 del 20/07/2023**

## **LIMITI DIMENSIONALI OFFERTA TECNICA: CONSIGLIO DI STATO VS ANAC**

Il Giudice Amministrativo è ormai univoco nel suo pensiero: "il superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti componenti l'offerta rappresenta una giusta ragione di censura del provvedimento di aggiudicazione solo se previsto a pena di esclusione dalla procedura di gara, e non invece nel caso in cui si preveda solamente che le pagine eccedenti non possano essere considerate dalla commissione ai fini della valutazione dell'offerta: in tale ultimo caso, infatti, il ricorrente, che intenda valorizzare la violazione, deve fornire prova – anche solo presuntiva – che la violazione si sia (non solo effettivamente, ma anche specificamente: cioè a dire con riguardo alla puntuale incidenza dello sfioramento quantitativo sul margine di valutazione della proposta negoziale) tradotta in un indebito vantaggio per il



concorrente a danno dell'altro" (così, da ultimo, sez. V, sent. 7815 del 2023). Di diverso avviso l'ANAC, almeno da quanto emerge dalla Relazione illustrativa del suo Bando Tipo servizi-forniture del giugno 2023: l'atteggiamento suggerito da ANAC è improntato alla cautela, suggerendo al Rup, chiamato a predisporre la legge di gara, di precisare che «tale limitazione rappresenta una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara».

### **GARANZIA PROVVISORIA INSUFFICIENTE. SOCCORRIBILITA'**

*“a fronte di una polizza validamente costituita, può farsi ricorso al soccorso istruttorio nel caso di indicazione di un importo inferiore rispetto a quanto prescritto...” - TAR Sicilia Catania, Sez. II, 30.08.2023, n. 2584*

### **CONSORZIO STABILE. CUMULO ALLA RINFUSA**

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha ammesso, in sostanza, in maniera generica e **senza limitazioni**, il 'cumulo alla rinfusa' anche all'art. 67, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ha espressamente previsto che *“per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”*.

Da siffatti rilievi consegue che, nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, **anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto**. Così il Consiglio di Stato 8592 del 2023 e anche 6533 del 2023.

### **LEX SPECIALIS. RAPPORTI TRA FONTI**

Un recente parere precontenzioso di ANAC (n. **369 del 26 luglio 2023**) consente di ripassare delle nozioni che è sempre bene tenere presenti.

Nel dettaglio è stato precisato che in ordine all'autonomia di tali provvedimenti ed alla propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il bando fissa



le regole della gara e assume la funzione di regola fondamentale e prevalente, il disciplinare di gara regola il procedimento di gara ed il capitolato speciale d'appalto integra eventualmente le disposizioni del bando con particolare riferimento agli aspetti tecnici anche in funzione del vincolo contrattuale. Tali atti determinano insieme la lex specialis della gara ed in caso di contrasti tra le singole disposizioni della stessa ed alla loro risoluzione, tra essi sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara, mentre le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare le prime.

## **GARA. PUNTEGGIO MAGGIORE A CHI IMPLEMENTA IL RIASSORBIMENTO DEL PERSONALE USCENTE.**

L'operatore economico che offre qualcosa in più di quello previsto dalla "clausola sociale" ben può ricevere un punteggio premiale: una siffatta clausola è legittima, almeno secondo il TAR Napoli, sent. 5155 del 2023.

In altri termini, l'ente può prevedere un punteggio ulteriore per gli operatori economici che garantiscano maggiore continuità ai dipendenti. Tale punteggio è indipendente dalla clausola sociale, la quale impone un generico riassorbimento del personale, subordinato tuttavia all'organizzazione dell'impresa subentrante, la quale, come è noto, potrebbe dimostrare di non aver bisogno di tutti i lavoratori precedentemente in servizio, facendo presente la propria, diversa organizzazione del lavoro.

Una possibilità in più per le S.A. che possono premiare chi riassume un maggior numero di personale del vecchio gestore.

## **FORNITURA E POSA IN OPERA VS. APPALTO DI LAVORI**

In una gara per il verde pubblico si discute di quali requisiti richiedere: cioè se calibrarli su una fornitura o su un appalto.

ANAC viene investita in sede di parere precontenzioso (delibera 389 del 6 settembre 2023). Ribadisce un suo costante orientamento: «*Si configura un appalto di fornitura con posa in opera quando l'interesse della stazione appaltante consiste nell'acquisto di una res e le lavorazioni di posa in opera rivestono carattere strumentale, rendendo possibile l'uso del bene. Quando invece le prestazioni dedotte nel*



*contratto comportano una modificazione strutturale o funzionale di un bene, con il risultato di ottenere un nuovo bene che, in quanto finito in ogni sua parte, sia capace di esplicare autonome funzioni economiche e tecniche, si ricade nell'ambito degli appalti di lavori»*

Alla fine i requisiti sono quelli per la fornitura.

## **GARA. IRREGOLARITA' FISCALE E COVID**

### **GARA. MODIFICAZIONE SOGGETTIVA RTI.**

Il Tar Cagliari affronta il caso di un RTP escluso perché un mandante (il geologo) aveva irregolarità definitive con il fisco. La difesa si incentra sul fatto che il debito era connesso alla crisi innescata dal COVID e poi sul fatto che ben avrebbe potuto essere sostituito il mandante senza escludere il RTP.

Nessuna tesi passa il vaglio del giudice. La prima, viene liquidata in maniera lapidaria: *nessun pregio risulti l'asserita riconducibilità all'emergenza COVID delle violazioni definitivamente accertate in capo al mandante, trattandosi di allegazione generica e non dimostrata da parte ricorrente;*

la seconda pure: infatti, richiamati i principi della fondamentale sentenza dell'adunanza plenaria n.9 del 2021, il TAR afferma che *le modifiche normative che hanno esteso la possibilità di apportare modifiche soggettive ai Raggruppamenti di imprese dalla fase di esecuzione del contratto, anche in corso di gara, risultano per condivisibile giurisprudenza circoscritte ai casi di vicende patologiche che sopraggiungono rispetto al momento di scadenza dei termini di presentazione delle domanda, facendo perdere uno dei requisiti di partecipazione, che invece sussisteva al momento della presentazione della domanda.*

Esclusione confermata. Tar Cagliari 652 del 2023

## **CONSORZIO STABILE. CUMULO ALLA RINFUSA. CERTIFICAZIONE DI QUALITA'**

Siamo al cospetto di un appalto di servizi. La ricorrente lamenta 15 punti in meno perché non gli è stata riconosciuta la certificazione di qualità.

Il TAR Sardegna risponde negativamente. *l'istituto del "cumulo alla rinfusa" può trovare applicazione solo ed esclusivamente con riferimento ai requisiti di partecipazione alla gara, ma non anche, come sostiene il ricorrente, in sede di*



valutazione dell'offerta tecnica (e, segnatamente, in sede di assegnazione del correlato punteggio tecnico).

Aggiungono i Giudici di piazza del Carmine che occorre tener conto, non solo della stessa rubrica dell'art.47 del Codice, ma anche della distinzione tra quanto attiene alla fase della valutazione dei requisiti di ammissione, in cui sola poteva trovare applicazione il cumulo alla rinfusa anche esteso alle certificazioni di qualità ove il possesso delle stesse fosse stato previsto quale requisito d'ammissione (affermazione senz'altro coerente con quanto sancito dal TAR Sardegna con la menzionata sentenza n. 825 del 5 dicembre 2022), e quanto previsto per la valutazione dell'offerta tecnica, in cui non può trovare applicazione l'art. 47, comma 2 bis, del D. Lgs. n. 50/2016.

**TAR Cagliari 683 del 2023.**

## **GARA. SUDDIVISIONE IN LOTTI**

Il Tar Sardegna (sentenza 661 del 2023) ricorda come la scelta di dividere l'allato in lotti è altamente discrezionale: *“è dunque compito della singola Amministrazione individuare la formula di sintesi che valga come bilanciamento complessivo degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, con la conseguenza che le determinazioni in concreto adottate si prestano ad essere sindacate in sede giurisdizionale solo sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità”*. Aggiunge che la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto (Cons. Stato, Sez. III, 13.11.2017, n. 5224)”