

Riflessioni a prima lettura sul nuovo codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo alle novità in tema di celebrazione della gara e di requisiti di partecipazione

II parte

a cura di *Francesco Armenante*

1.1. Le operazioni di gara (principio di pubblicità)

A fronte dei predetti atti indittivi (*recte*: della pubblicazione del bando e della spedizione degli inviti), gli operatori (interessati) devono inoltrare la documentazione richiesta (concernente l'autocertificazione dei requisiti oltre che la proposta negoziale), nei termini da indicarsi nel bando o nell'avviso, tenendo conto, in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte (inclusa l'ipotesi del preventivo sopralluogo), fatto salvo il termine minimo che, per le procedure aperte, non può essere inferiore a 35 giorni (come previsto nell'art. 60 del Codice, salvo le deroghe ivi contemplate), o a 30 giorni per le procedure ristrette (art. 61), per il dialogo competitivo (art. 64) e per il partenariato per l'innovazione (art. 65).

Segue la fase di selezione, con verifica del possesso dei requisiti morali, professionali, economico-finanziari (artt. 80 e 83) e con comparazione delle offerte dei candidati ammessi (anche previo soccorso istruttorio).

In tale seconda fase assume rilievo il criterio di selezione delle offerte (art. 32, commi 3 e 4), di cui viene ribadita la validità di centottanta giorni.

Su tale profilo, va evidenziato che, mentre nella vigenza della precedente normativa di settore (art.81, comma 2, d.lgs. n.163/2006), la scelta della stazione appaltante - tra il criterio meccanico del prezzo più basso e quello (connotato da maggiori margini di discrezionalità tecnica) dell'offerta economicamente più vantaggiosa - si presentava svincolata da previsioni normative, essendo il frutto di una insindacabile scelta di merito, nel nuovo codice emerge un evidente *favor* per il secondo dei citati criteri, con conseguenziale applicabilità di quello del prezzo più basso nelle sole

ipotesi tassativamente previste dall'art. 95, comma 4 (con connesso obbligo di motivarne l'utilizzo in sede di determina a contrarre).

La scelta del criterio di selezione delle offerte incide anche sull'organo chiamato alla celebrazione della gara.

Precisamente, la necessità dell'istituzione di una commissione giudicatrice (secondo le modalità ora dettate dall'art. 77 del Codice) si rinviene nella sola ipotesi di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; diversamente, il Seggio di gara è, normalmente, in composizione monocratica con la presenza di due testimoni.

Alla stregua di tale disposizione, è previsto un sistema di qualificazione anche per i Commissari di gara, attraverso l'istituzione di un apposito Albo, gestito dall'ANAC.

Si segnala, tuttavia, che la stazione appaltante può, in caso di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione.

Sono considerate di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ai sensi dell'articolo 58.

In sede di espletamento della procedura ad evidenza pubblica, assumono peculiare rilievo il **principio di pubblicità** e **quello di continuità** delle operazioni di gara.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice risulta abrogata la disposizione di cui al Regolamento di esecuzione e attuazione (d.p.r. n. 207/2010), il cui art. 117 (rubricato "sedute di gara"), richiamato espressamente dall'ultimo comma dell'art. 283 del medesimo Regolamento (relativo alla selezione delle offerte per i contratti di servizi e forniture nei

settori ordinari), prescriveva l'indicazione nel bando o nella lettera di invito del giorno e dell'ora della prima seduta pubblica di gara.

Tuttavia, non può addivenirsi alla conclusione che le operazioni di gara possano svolgersi senza tener conto dei suesposti principi, anche in ragione del fatto che l'art. 30 del codice, al comma 1, annovera tra i principi sottesi alle procedure di affidamento anche quello di pubblicità.

Entrambi i principi, infatti, assumono carattere vincolante, dovendo essere applicati a prescindere dalla loro previsione nel bando di gara.

Se ne impone, pertanto, uno specifico approfondimento.

Il **principio di pubblicità** delle sedute di gara trova immediata applicazione in ogni tipo di procedura, indipendentemente da un'espressa previsione da parte della *lex specialis*, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura¹.

Ne consegue che la violazione del principio di pubblicità comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara. Tale effetto "invalidante"² rende superfluo qualsiasi supporto probatorio a carico di chi ne censuri la violazione, giacché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente tale violazione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ovvero l'alterazione dei plichi), verificabile

¹ T.A.R. Toscana, sez. I, 29/06/2016, n. 1116; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 14/10/2015, n. 1325; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 03/02/2014, n. 1314; Cons. Stato, sez. V, 27/12/2013, n. 6285.

² Cons. Stato, sez. V, 25/08/2011, n. 4806, secondo cui la violazione di tale principio integra un vizio del procedimento che comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara.

unicamente attraverso il rispetto della formalità (*id est*: l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

Il principio della pubblicità è, senz'altro, inderogabile in ogni tipo di gara (compresa la procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. b, del c.d.c.), almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura.

Non risulterebbe legittimo, cioè, l'operato della commissione nel caso in cui effettui in seduta pubblica solo l'apertura delle buste contenenti la documentazione, per poi procedere, dopo aver dichiarato chiusa la seduta pubblica, all'apertura delle buste contenenti le offerte (in seduta riservata).

La portata del principio di pubblicità varia, soprattutto, in funzione del fatto che si tratti di procedure di aggiudicazione automatica ovvero di procedure che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa.

Per le prime (in cui trova applicazione il criterio del prezzo più basso), la pubblicità delle sedute è generalmente totale, per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare.

Per le seconde (con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), occorre tener presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che deve essere effettuata in seduta riservata, per evitare influenze esterne ed improprie circolazioni di informazioni.

Sulla portata di tale principio si segnalano diversi interventi giustiziali.

Si è precisato che la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara determina *ex se* un vizio della procedura, non occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto trattasi di un adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, 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 (ad es. regolarità della chiusura dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta, lettura del prezzo offerto)³.

Dello stesso tenore è altra decisione⁴, secondo cui determina l'illegittimità degli atti la circostanza che il seggio di gara, dopo avere esaminato la regolarità della documentazione in pubblica seduta, abbia successivamente e in separata sede (nella specie, a seguito del riconoscimento di un errore materiale) proceduto all'apertura di una busta contenente l'offerta economica presentata da una ditta, senza che, alle relative operazioni, sia stato invitato alcun concorrente.

Per le stesse ragioni si è ritenuta illegittima la riammissione a gara di una ditta (originariamente esclusa per non aver prodotto un documento prescritto), a seguito della riapertura della gara e del rinvenimento del documento mancante, nel caso in cui detta riapertura sia avvenuta in seduta non pubblica e senza aver fornito prova dell'adeguata conservazione degli atti di gara⁵.

³ Cons. Stato, sez. V, 18/03/2004, n. 1427.

⁴ Cons. Stato, sez. V, 16/03/2005, n. 1077.

⁵ Cons. Stato, sez. IV, 11/10/2007, n. 5354.

Non vi è stata unanimità di interpretazioni, invece, in ordine al rispetto del principio di pubblicità anche per l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica.

All'orientamento che riteneva vincolante il principio in esame per le sole fasi dell'apertura della documentazione amministrativa e dell'offerta economica⁶, si contrapponeva la posizione di chi sosteneva l'inderogabilità del principio per tutte le fasi di verifica dell'integrità dei plichi, quindi anche relativamente all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Considerata la necessità di fornire indirizzi interpretativi unitari, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, con l'ordinanza della V sez. del Consiglio di Stato, n. 2987 del 17 maggio 2011.

In sede di definizione di tale problematica, la Plenaria⁷ ha ritenuto che il principio di pubblicità trova applicazione anche per l'apertura delle offerte tecniche, posto che anche tale operazione costituisce passaggio essenziale per l'esito della gara e, quindi, deve essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti.

Sul piano normativo, l'art. 12 del d.l. n. 52/2012, convertito dalla l. 6 luglio 2012 n. 94, nel recepire quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, ha stabilito, tra l'altro, che la regola dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica vale «... *anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data*

⁶ Si è ritenuto (Cons. Stato, sez. V, 13/10/2010, n. 7470) che tale principio sia derogabile dalla *lex specialis*, la quale, ove trattasi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere (oltre la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica), che tanto sia effettuato, per esigenze di economicità della procedura, previa apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa. Secondo tale orientamento, 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.

del 9 maggio 2012 ...».

1.2. La segretezza della valutazione delle offerte tecniche

A temperare la portata del principio di pubblicità concorre quello della **segretezza** nella valutazione delle offerte tecniche (attività da espletarsi in seduta riservata).

La portata vincolante di tale principio è frutto dell'esigenza di garantire che le offerte tecniche vengano valutate prima della conoscenza di quelle economiche. Diversamente, la verifica delle offerte economiche prima di quelle tecniche comporterebbe una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità, in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consentirebbe di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento e tale possibilità, ancorché eventuale, inficerebbe la regolarità della gara.

Come più volte evidenziato, anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse; risulta così doverosa l'esclusione di una impresa che inserisca nell'offerta tecnica il computo metrico estimativo corredato dai relativi prezzi, rendendo così esplicito, sin da tale fase, l'offerta economica⁸.

1.3. La tempestività delle operazioni (principio di continuità)

⁷ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 13.

Altro principio di portata generale è quello di *continuità della gara*, la cui osservanza comporta la concentrazione delle operazioni in un'unica seduta o, al massimo, in poche sedute successive, per ragioni di celerità della procedura e per evitare, nelle more, alterazioni di equilibri e ruoli; in altre parole, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute della commissione devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità.

In particolare, l'esame delle offerte tecniche ed economiche deve essere concentrato in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione.

Anche tale principio deve osservarsi a prescindere da una espressa previsione nel regolamento di gara; anche tale principio, tuttavia, è suscettibile di deroghe.

In special modo, ove si verificano circostanze impeditive alla concentrazione delle attività (derivanti da un numero elevato di proposte, dalla necessità di procedere alla loro regolarizzazione, dalla complessità delle operazioni da compiersi) è possibile derogare all'unicità della seduta ed aggiornare le operazioni a sedute immediatamente successive⁹.

Vuol dirsi che il **principio di continuità e di concentrazione** della gara può essere eccezionalmente derogato nel caso del verificarsi di situazioni particolari, che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in un'unica seduta.

Tra queste possono annoverarsi la particolare complessità delle

⁸ Cons. Stato, sez. V, 8/09/2010, n. 6509; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2/09/2014, n. 1053.

⁹ Per una deroga legittima al citato principio, si veda T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 26/11/2003, n. 705; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 23/07/2013, n. 1725.

valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare; in tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte¹⁰.

In mancanza di tali obiettive condizioni devono ritenersi illegittime le operazioni di una gara di appalto nel caso in cui, in violazione del principio di continuità delle operazioni, sia intercorso un lungo ed inammissibile intervallo tra due sedute di gara (in cui la commissione ha proceduto all'apertura di tutte le offerte tecniche ed all'avvio del loro esame - nella prima - ed al completamento dell'esame ed all'attribuzione di tutti i punteggi - nella seconda) e nel caso in cui nessuna garanzia emerga dagli atti di gara in ordine alla conservazione dei plichi durante tale lungo lasso di tempo, tale da assicurarli da eventuali manomissioni, non essendovi traccia, nei verbali, della chiusura adeguata dei plichi ovvero del loro affidamento ad un soggetto responsabile della loro custodia, né, nel verbale di ripresa delle operazioni, della constatazione della loro integrità¹¹.

È stata ritenuta illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui risultava che i lavori della commissione giudicatrice si erano protratti per molto tempo (nella specie per circa quindici mesi, a volte con lunghi intervalli tra una seduta e l'altra) ed era stato dato atto, soltanto, che tutta la documentazione di gara unitamente alle offerte presentate dai concorrenti, durante i periodi di sospensione della gara, era stata custodita presso i locali dell'Ente, senza peraltro precisare se i plichi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) fossero stati risigillati o comunque richiusi in

¹⁰ Sulla potestà tendenziale del principio in esame, *cfr.* Cons. Stato, sez. V, 27/05/2014, n. 2752; *id.*, sez. III, 1/09/2014, n. 4449; *id.*, sez. III, 25/02/2013, n. 1169.

modo adeguato, così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione¹².

In senso analogo, sono stati ritenuti illegittimi gli atti e le operazioni di una procedura di gara, nel caso in cui nei verbali non erano state indicate le concrete cautele osservate dalla commissione ai fini della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche¹³.

A temperare il rigore di tale interpretazione si è evidenziato che l'eventuale difetto di custodia delle buste contenenti le offerte, dopo la loro apertura, va sostenuto da elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata in concreto la sottrazione o la sostituzione dei plichi, o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura; onde è da ritenere inammissibile la censura della mancata custodia, dopo l'apertura di dette buste, in difetto di elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata una conseguente sottrazione o la sostituzione dei plichi o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara.

Precisamente, secondo l'Adunanza Plenaria, n. 8 del 3 febbraio 2014: *“Sia il codice dei contratti pubblici che il regolamento di attuazione non recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento delle operazioni di conservazione della documentazione di gara tra una seduta e l'altra. In assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale - salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali*

¹¹ In termini, Cons. Stato, sez. V, 23/11/2010, n. 8155.

¹² Cons. Stato, sez. V, 21/05/2010, n. 3203, in cui si è aggiunto che l'illegittimità rilevata non poteva essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione di gara sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione e che, comunque, anche tale cautela non soddisfa le richiamate esigenze, in mancanza della prova di sigillatura delle buste. Sull'illegittimità di una procedura di durata eccessiva, *cfr.* T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 26/11/2014, n. 808.

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 23/06/2011, n. 3803.

*delle singole amministrazioni, cui la commissione deve rigorosamente attenersi - non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento l'omessa indicazione nel verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva*¹⁴.

1.4. Verbalizzazione delle sedute e obblighi di trasparenza infragata

Le operazioni di gara vengono riprodotte nel verbale, la cui natura di atto pubblico (facente fede fino a querela di falso) ne impone una redazione puntuale e circostanziata.

Il seggio di gara ha l'onere di un resoconto esplicito, sia pure sintetico, da riportare nel verbale relativo alle singole fasi in cui la stessa gara si è articolata, in modo da garantire l'individuazione delle ragioni dello sviluppo ed andamento della stessa, fino all'aggiudicazione finale. Ciò in applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità cui deve attenersi l'amministrazione nell'espletamento delle singole operazioni di gara, ivi compresa quella di ammissione delle imprese partecipanti.

A differenza del precedente codice (che dettava un'apposita disposizione, art. 78, relativa alla redazione dei verbali), il d.lgs. n. 50/2016 nulla prevede al riguardo.

In ogni caso, la verbalizzazione costituisce lo strumento attraverso il quale un organo amministrativo (nella specie il seggio di gara) dà conto della propria attività, attraverso la fedele e puntuale rappresentazione delle operazioni compiute, onde consentire la verifica della correttezza delle

¹⁴ Principio ribadito, tra l'altro, da Cons. Stato, sez. V, 14/10/2014, n. 5060.

attività di scrutinio, rifluendo la regolarità della procedura nella legittimità dell'atto conclusivo dei singoli subprocedimenti di cui si compone la gara, a cominciare dalla preliminare fase attinente l'accertamento della ritualità delle domande e del possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione dei partecipanti, fino al procedimento valutativo delle offerte ed all'aggiudicazione¹⁵.

Sotto l'aspetto contenutistico la verbalizzazione delle singole sedute deve necessariamente tener conto di tre circostanze e, segnatamente:

a) l'articolazione delle sedute (data, numero e orario)¹⁶;

b) la regolare composizione dell'organo, in ciascuna di esse;

c) la sufficiente descrizione delle attività valutative compiute, e ciò in misura direttamente proporzionale all'ampiezza della discrezionalità tecnica disponibile, anche al fine di verificare il rispetto del principio secondo cui in materia di gare d'appalto gli elementi di valutazione aventi carattere automatico (offerta economica) devono essere esaminati dopo gli elementi comportanti valutazioni discrezionali (offerta tecnica)¹⁷.

Del resto, la verbalizzazione delle sedute (ivi incluse quelle riservate) oltre a costituire la forma necessaria di tutti gli atti collegiali (che, in mancanza, non potrebbero dirsi giuridicamente esistenti), opera sul piano della prova e rappresenta una "tutela" anche per l'amministrazione procedente impedendo, a chi intenda contestarne le risultanze, di allegare - salvo l'esperimento vittorioso della querela di falso avanti al giudice

¹⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 24/05/2004, n. 4854.

¹⁶ Per una puntuale distinzione dei casi in cui le lacune dei verbali possono assumere effetto invalidante, anche in riferimento all'orario di inizio e di chiusura della seduta nonché per quanto concerne le modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte negli intervalli tra le varie sedute, Cons. Stato, sez. V, 22/02/2011, n. 1094.

¹⁷ In termini, T.A.R. Piemonte, sez. II, 14/04/2003, n. 598.

ordinario - come non avvenuto un fatto positivamente documentato¹⁸.

In tale ottica, assume rilievo l'indicazione dei presenti, in special modo se trattasi di rappresentanti di una impresa, posto che, alla luce di alcuni pronunciati, tale presenza integra gli estremi della piena conoscenza degli atti adottati, ai fini del decorso dei termini per l'impugnazione¹⁹. Una puntualizzazione è doverosa.

Il verbale, pur essendo un atto pubblico che fa piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che costui attesta essere avvenuti in sua presenza, non fa fede delle valutazioni da lui compiute, né esclude la possibilità di errori in tali operazioni²⁰.

Sotto l'aspetto propriamente redazionale si è detto che la **verbalizzazione unica riferita a più sedute** non è di per sé illegittima, a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi; in ogni caso, sul giudicante grava sempre l'obbligo di verificare, previo esame della fattispecie concreta, se la verbalizzazione unica e differita abbia determinato un *vulnus* apprezzabile degli interessi in gioco²¹.

¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 16/11/2005, n. 3166.

¹⁹ Cons. Stato, sez. V, 19/04/2007, n. 1800, evidenza che in tale ipotesi gli interessati hanno l'esatta cognizione degli elementi essenziali del provvedimento - autorità emanante, oggetto, effetti - sufficienti a fornire la consapevolezza dell'incidenza dell'atto nella loro sfera giuridica e della lesività dello stesso.

²⁰ Così, Cons. giust. amm. reg. siciliana, 13/11/2005, n. 353.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 18/03/2010, n. 1589; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12/09/2013, n. 8257. In senso conforme si è espresso anche il T.A.R. Veneto, sez. I, 9/02/2011, n. 220, che ha ritenuto legittimo l'accorpamento in un unico atto della verbalizzazione di varie

Alla stregua di analoghi presupposti argomentativi, si è ritenuto legittimo il verbale di gara che dava atto dell'avvenuta effettuazione delle operazioni di apertura dei plichi, ricomprendendovi anche la verifica della loro integrità, in quanto la sinteticità della formula utilizzata nel verbale, per descrivere lo svolgimento di tale attività, non è stata ritenuta idonea a viziare l'intera procedura, non dovendo il seggio di gara verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte²².

In tale sede merita menzione un'ulteriore novità del nuovo codice dei contratti, concernente l'**obbligo di trasparenza** e quello di tempestiva informazione ai concorrenti, entrambi funzionali alla riduzione del contenzioso, in special modo di quello teso a perseguire l'interesse strumentale alla rinnovazione delle operazioni di gara o concernente l'ammissione a gara dei concorrenti.

In particolare, alla stregua dell'art. 29 del codice, si impone in capo all'amministrazione procedente di pubblicare, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali (comma 1, secondo periodo).

Tale adempimento è funzionale alla decorrenza del termine (di trenta giorni) per la loro impugnazione, di cui all'articolo 120 del codice del processo amministrativo.

Devono, inoltre, essere pubblicati la composizione della commissione giudicatrice e i *curricula* dei suoi componenti (comma 1, terzo periodo).

A suffragio, l'art. 76 del Codice, al comma 3, sancisce che: “*Fermo*

sedute della commissione ed anche la sua redazione non contestuale al compimento delle operazioni di gara.

quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti".

Lo *ratio legis* è di notiziare immediatamente gli interessati delle determinazioni assunte in ordine alla verifica dei requisiti di ammissione e in riferimento alla nomina della commissione di gara. Cosicché, se è vero che il mancato rispetto di tale adempimento o del termine ivi previsto non inficia la legittimità delle decisioni assunte e dei provvedimenti adottati, è altresì vero che una tempestiva pubblicizzazione dei suddetti dati consente alla P.A. di sottrarsi a contenziosi promossi a valle del procedimento di gara e che, in alcune ipotesi, mirano solo al rinnovo della procedura, essendo promossi da concorrenti che non vantano alcuna *chance* di aggiudicazione.

L'effetto sterilizzante deriva dalla circostanza che un concorrente sarebbe costretto ad impugnare la nomina della commissione (ove ritenuta illegittima) ovvero l'ammissione di altro operatore, in una fase in cui non è possibile svolgere altra valutazione in ordine alla convenienza e all'opportunità del rimedio giustiziale, potendo esso (all'esito della gara) rivelarsi inutile²³ o addirittura sfavorevole²⁴.

²² Cons. Stato, sez. V, n. 7470/2010, cit..

²³ In caso di impugnazione dell'ammissione di un candidato la cui offerta potrebbe risultare postergata a quella del ricorrente.

Con la conseguenza che può ipotizzarsi (considerati altresì i costi previsti per la materia in esame) una drastica riduzione delle impugnative, in special modo ove l'aggiudica intervenga oltre trenta giorni dalle predette comunicazioni, con l'effetto dell'inoppugnabilità delle decisioni assunte, anche qualora risultassero viziate.

Trattasi, vale osservarlo, di una previsione che alimenta forti dubbi di costituzionalità, anche perché si pone in contrasto con basilari canoni processuali, quali la sussistenza dell'interesse a ricorrere (indispensabile condizione dell'azione), non agevole da riscontrare nelle suddette fattispecie (posto che non potrebbe apprezzarsi alcun interesse concreto ed attuale in caso di impugnativa promossa in fase iniziale).

Un dato sembra certo: l'assolvimento di tale obblighi è idoneo ad arrecare indubbi vantaggi alla P.A. in termini di riduzione del contenzioso.

1.5. La verifica amministrativa ed i motivi di esclusione

La stipula del contratto con la P.A. impone la preliminare ed inderogabile verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti di carattere generale, ora declinati nell'art. 80 del codice dei contratti.

Il rilievo di tale previsione è stato ribadito sia in sede giustiziale²⁵, sia

²⁴ Si pensi all'ipotesi dell'impugnazione della nomina della commissione da parte della ditta che poi si aggiudichi la gara.

²⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 8 del 20/07/2015, secondo cui nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. In termini, anche Cons. Stato, sez. V, 13/09/2016 n. 3866.

dall'ANAC con le citate Linee Guida²⁶ n. 4 del 2016

Per tale ragione, dopo aver verificato l'integrità e la tempestività dei plichi, il Seggio di gara procede alla c.d. verifica amministrativa, con lo scrutinio dei requisiti.

La precedente norma di settore (*id est*: art. 38 del d.lgs. n. 163/2006) ha alimentato molteplici criticità applicative, soprattutto in ordine alla portata di alcuni di quelli ivi indicati.

Il nuovo codice, con una previsione in parte diversa e maggiormente puntuale, consente di superare alcune delle pregresse difficoltà, introducendo anche nuove fattispecie, seppur non tutte di agevole lettura.

In via preliminare, valga precisare che detti requisiti possono suddividersi in due distinti gruppi: quelli oggettivi (che attengono all'azienda) e quelli soggettivi (riferiti alle figure che all'interno dell'azienda rivestono ruoli sensibili, il cui comportamento è in grado di riverberarsi sulla capacità di contrarre dell'impresa di appartenenza).

Tra i primi possono inscrivere l'assenza di procedure fallimentari e concorsuali, la regolarità contributiva e fiscale, il rispetto delle norme sull'assunzione delle categorie protette; in quelli soggettivi, invece, si sussumono l'assenza di condanne definitive per reati che minano l'affidabilità del contraente.

Proprio tale ultimo profilo, una delle principali problematiche ha riguardato l'individuazione delle tipologie di reato aventi un effetto preclusivo.

La precedente legislazione di settore, infatti, nel riferirsi a "*reati gravi contro la Comunità e lo Stato*" rimetteva, di fatto, alla stazione appaltante

²⁶ Allorquando si ribadisce l'indefettibilità dell'accertamento di cause di esclusione anche nelle ipotesi di affidamento diretto o di ultima soglia.

la valutazione in ordine alla rilevanza, o meno, ai fini della partecipazione a gara, delle condanne emergenti dal casellario giudiziale. Tanto imponeva anche un particolare onere motivazionale, idoneo a suffragare la valutazione operata dalla P.A., circa il predetto “nesso di incidenza”.

Onde superare le oggettive difficoltà riconnesse a tale valutazione, il nuovo codice, all’art. 80, comma 1, indica in modo puntuale e tassativo le fattispecie delittuose rilevanti²⁷, agevolando, quindi, l’operato della stazione appaltante nella valutazione delle condanne emergenti dal casellario giudiziale²⁸.

Pur tuttavia, problematiche applicative sembrano ora riconnesse all’applicazione dei commi 7 ed 8 del medesimo art. 80, laddove, nel disciplinare il c.d. *self cleaning*, si consente all’operatore di chiedere di

²⁷ **Precisamente:** a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-*bis* del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall’articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall’articolo 291-*quater* del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall’articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un’organizzazione criminale, quale definita all’articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all’articolo 2635 del codice civile; c) frode ai sensi dell’articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell’ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1* del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all’articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

²⁸ Quale mezzo di prova dei requisiti di cui al comma 1 dell’art. 80 viene, indicato, dall’art. 86 del codice, il casellario giudiziale, da acquisire d’ufficio, stante la diversità di dati rispetto a quello acquisito da un soggetto privato (in cui non risultano indicate le condanne per le quali vi è stato il beneficio della “non menzione”).

essere ammesso a gara, anche in caso di condanna per uno dei reati di cui al predetto comma 1 (qualora inferiore a 18 mesi ovvero ove sia stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione), evidenziando di aver risarcito il danno e di aver adottato misure organizzative ed aziendali idonee a prevenire analoghe fattispecie illecite; in tal caso, la stazione appaltante dovrà valutare l'idoneità di tali misure, con un giudizio che non sembra di agevole esternazione, stante i plurimi rilievi, anche aziendalistici, che impone.

Altra questione controversa ha riguardato l'ambito soggettivo della disposizione in esame, con particolare riguardo all'interpretazione dell'espressione "*amministratori muniti di potere di rappresentanza*" e a quella di "*socio di maggioranza*" indicate dall'art. 38, comma 1, del precedente codice.

L'articolato dibattito, anche giurisprudenziale, è sfociato, per entrambe le locuzioni, in interventi dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, i cui indirizzi ermeneutici non sono rimasti esenti da critiche.

La problematica più travagliata ha riguardato il *procuratore speciale*.

Si registravano, sul punto, due posizioni contrapposte:

a) un primo orientamento²⁹ predicava che si dovesse rimanere ancorati, con rigore ermeneutico, al dato formale della norma, che richiedeva la compresenza della qualità di amministratore e del potere di rappresentanza, in tal modo "prevenendo malcerte indagini sostanzialistiche", con la conseguenza che non erano dovute le dichiarazioni da parte del procuratore e dell'istitutore;

²⁹ Cons. Stato, sez. V, n. 513 del 25/01/2011, n. 95 del 10/01/2013, n. 3340 del 6/06/2012, n. 2970 del 22/05/2012, n. 6163 del 21/11/2011; *id.*, sez. III, n. 1471 del 16/03/2013.

b) un secondo indirizzo giurisprudenziale³⁰, che si poteva definire sostanzialista, superava il dato formale dell'art. 38 ed estendeva l'obbligo della dichiarazione della sussistenza dei requisiti morali e professionali a quei procuratori che, per avere consistenti poteri di rappresentanza dell'impresa, "fossero in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della propria condotta al soggetto rappresentato"³¹.

Secondo l'indirizzo dettato dalla Plenaria³² (chiamata a dirimere il conflitto ermeneutico), nel caso in cui la *lex specialis* avesse operato un generico rinvio all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, non prendendo in considerazione le posizioni dei procuratori speciali, né di altro soggetto diverso da quelli desumibili in via immediata dal menzionato art. 38, non poteva disporsi l'esclusione dalla gara di una ditta per mancata dichiarazione anche in ordine a detta figura, ove peraltro non fosse stata dimostrata, né tantomeno assunta in via di ipotesi, l'esistenza di mende a carico del procuratore "*ad negotia*".

Per quanto concerne, invece, l'espressione "*socio di maggioranza*", di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, e alla lettera m-ter) del medesimo comma, la Plenaria³³ ha ritenuto che andasse riferita - oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale - anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, in caso

³⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 178 del 18/01/2012, n. 6374 del 12/12/2012, n. 5150 del 28/09/2012; *id.*, sez. IV, n. 6664 del 21/12/2012.

³¹ L'indirizzo in questione traeva preminente giustificazione nella *ratio* dell'art. 38 che, attraverso l'indagine sulle persone fisiche che operano nell'interesse dell'impresa, tendeva a prevenire ogni ricaduta di condotte che fossero incorse in giudizi riprovevoli sull'affidabilità e moralità dell'operatore economico che aspirava all'affidamento della pubblica commessa.

³² Sentenza del 16/10/2013, n. 23.

di tre soci, al socio titolare del 50%.

Univoca, invece, è stata l'interpretazione in ordine all'obbligatorietà della dichiarazione da parte dell'*institore*, in ragione della sua posizione istituzionale all'interno dell'azienda, disciplinata dall'art. 2203 c.c.³⁴.

L'art. 80, comma 3, del Codice, se da un lato ripropone l'espressione socio di maggioranza (rendendo ancora attuale il criterio interpretativo sopraindicato), dall'altro considera rilevanti le sentenze di condanna emesse nei confronti "*dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*", con un'espressione dalla latitudine applicativa molto più estesa, capace di includere, senza dubbio, anche i procuratori speciali, gli institori, i vice-presidenti, i direttori generali, i sindaci.

Altra problematica di recente emersione nel dibattito della giuspubblicistica ha riguardato il requisito della *regolarità contributiva*, di cui ora si occupa il comma 4 del divisato art. 80. In proposito, la *littera legis*, con una formulazione non caratterizzata da esaustività e puntualità, ritiene ostativa l'irregolarità "grave e definitivamente accertata", capace di inficiare sia la partecipazione a gara che la stipula del contratto³⁵.

Ebbene, secondo un primo indirizzo interpretativo³⁶, l'obbligo degli

³³ Cons. Stato, Ad. Pl., 6/11/2013, n. 24.

³⁴ *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 1/07/2016, n. 7586.

³⁵ L'assenza della correttezza contributiva, in fase di gara, comporta l'esclusione dalla competizione e la decadenza dall'aggiudicazione; invece, qualora la predetta irregolarità emerga in fase contrattuale, non ne determina la risoluzione, ma abilita la stazione appaltante (*recte*: l'amministrazione contraente) all'esercizio del potere sostitutivo, ovvero al versamento diretto all'Istituto previdenziale della somma maturata dall'affidatario, nei limiti dell'irregolarità accertata (*cf.* art. 30, comma 5, del d. lgs. n. 50/2016).

³⁶ Cons. Stato, sez. V, 14/10/2014, n. 5064 e sez. VI, 16/02/2015 n. 78.

Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussisteva anche ove la richiesta fosse stata fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante. A sostegno di tale conclusione si valorizzava la "novità" rappresentata dall'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69/2013³⁷, con la conseguenza che l'irregolarità contributiva poteva considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per l'eventuale regolarizzazione³⁸.

Sull'opposto crinale si poneva un altro (e prevalente) orientamento, secondo cui l'invito alla regolarizzazione non si applicava in caso di Durc richiesto dalla stazione appaltante, atteso che l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione si scontrava con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica, che non ammettevano regolarizzazioni postume; sempre secondo tale filone interpretativo, la regolarità contributiva costituiva condizione di ammissione alla gara e il suo difetto, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non poteva che comportare l'esclusione del concorrente inadempiente, non rilevando la regolarizzazione postuma³⁹.

Per dirimere l'insorto conflitto si è compulsato l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Il Supremo Consesso, con la

³⁷ Convertito con la legge n. 98 del 2013, secondo cui: *"Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del Durc o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità"*.

³⁸ Conseguentemente, si riteneva illegittima l'esclusione del concorrente ove disposta sulla base di un'attestazione di irregolarità non preceduta dal predetto preavviso ed "acriticamente" recepita dalla stazione appaltante.

decisione n. 5 del 29 febbraio 2016, dopo aver premesso le ragioni sottese alle opposte interpretazioni, ha ritenuto che la questione dovesse essere risolta dando continuità, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, all'indirizzo interpretativo secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva⁴⁰.

A detta della Plenaria, l'art. 31, comma 8 (più volte citato), non ha modificato la disciplina dettata dal codice dei contratti, con l'effetto che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trova applicazione nel caso di Durc richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa in sede di partecipazione alla gara⁴¹.

Proseguendo nell'esegesi del nuovo codice, va evidenziato che, alla stregua dell'art. 80, esula dal relativo ambito di applicazione (quindi non può comportare l'effetto espulsivo) l'ipotesi in cui il concorrente abbia ottemperato ai suoi obblighi, pagando o impegnandosi a pagare, in modo vincolante, i contributi previdenziali dovuti, anteriormente alla data di presentazione della domanda. In altri termini, conformemente agli indirizzi

³⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12/03/2009, n. 1458; *id.*, sez. V, 10/08/2010, n. 5556; *id.*, sez. IV, 15/09/2010, n. 6907; *id.*, sez. V, 12/10/2011, n. 5531.

⁴⁰ L'assunto è stato confermato da altra decisione dell'Ad. Pl. n. 10 del 25/05/2016 (che si è occupata anche del riparto di giurisdizione), nonché da Cons. Stato, sez. IV, 20/04/2016, n. 1557 e sez. V, 21/06/2016, n. 2727.

⁴¹ L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo) opera (sempre secondo la Plenaria) solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al Durc chiesto dall'impresa e non anche al Durc richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione.

ermeneutici dettati dalla Plenaria, la regolarità deve sussistere alla data di partecipazione alla procedura di gara, con la peculiarità che essa può conseguire o al pagamento di quanto dovuto o ad un impegno vincolante al pagamento; impegno di cui non vengono specificate le modalità o le caratteristiche essenziali, ma che (si ritiene) non può prescindere da un atto di accettazione da parte dell'Istituto previdenziale⁴².

Sempre con riferimento al requisito in argomento, l'art. 86 del Codice precisa che, al fine di provare la regolarità contributiva degli operatori economici, è sufficiente l'acquisizione del Durc, secondo le modalità di cui all'art. 16 *bis* del d.l. n. 185/2008.

Va, comunque, osservato che le rassegnate conclusioni rischiano di restare meramente teoriche a fronte delle nuove modalità di acquisizione del Durc, posto che alla stazione appaltante viene ora rilasciata una certificazione attestante l'attuale condizione del concorrente, senza alcuna specificazione temporale, tantomeno con indicazione della regolarità alla data di partecipazione a gara o di sottoscrizione della relativa dichiarazione sostitutiva.

In particolare, sia l'art. 4 del Decreto Interministeriale 30 gennaio 2015, sia la Circolare INPS n. 126 del 26 giugno 2015, e, soprattutto, la Circolare del Ministero del Lavoro-Direzione generale per l'attività ispettiva dell'8 giugno 2015, n. 19, hanno specificato le modalità di richiesta del Durc ai fini dei controlli in fase negoziale. Tra l'altro, si è sancito che: «*Le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse*

⁴² Mutuando principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di regolarità fiscale, tale requisito può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione a gara, l'istanza di rateizzazione sia stata

modalità di cui all'art. 6 del D.M. restando precluso, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase di richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come definitivamente accertate le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. n. 163/2006».

Ne consegue che, dal 1° luglio 2015 (data di entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015), il concetto di “definitivo accertamento” sembra subordinato all'invito a regolarizzare, anche se l'interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica della dichiarazione resa dal concorrente, posto che la certificazione attesterà la regolarità (o meno) solo alla data del rilascio.

Cosicché, qualora la verifica venga disposta all'atto dell'aggiudicazione, alla stazione appaltante resterà ignota la sussistenza della prescritta regolarità alla data di partecipazione a gara.

Ovviamente, l'effetto espulsivo resterebbe qualora emergesse una dichiarazione non veritiera, ovvero qualora, pur in presenza di un Durc che attestasse la regolarità alla data della relativa acquisizione (e quindi in sede di controllo a campione o di aggiudica definitiva), dovesse emergere l'irregolarità alla data di partecipazione a gara. L'esclusione, in tale fattispecie, deriverebbe anche dal rilievo che, indipendentemente dal requisito della gravità della violazione, la presentazione di una dichiarazione non veritiera costituisce autonoma causa di esclusione.

accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo (di recente, Cons. Stato, sez. V, 22/05/2015 n. 2570).

Ulteriore ipotesi che merita di essere scrutinata è quella menzionata al comma 5, lett. c), dell'art. 80 e concernente i **gravi errori professionali**.

La nuova formulazione sostituisce quella di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), riferita alla grave negligenza o a gravi errori professionali.

In proposito, si era consolidato l'indirizzo ermeneutico secondo cui, ai fini dell'applicazione della citata ipotesi espulsiva, non rilevava un qualsiasi inadempimento agli obblighi contrattuali, essendo necessario che la condotta dell'impresa fosse stata caratterizzata da rilevanti violazioni dei doveri professionali o contrattuali, connotate da dolo o colpa grave, idonee a compromettere il rapporto fiduciario con la stazione appaltante (non bastava, cioè, che le prestazioni non fossero state eseguite a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento, qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa)⁴³.

Al contempo si era precisato che detta analisi atteneva pur sempre alla valutazione dell'amministrazione e non esonerava il concorrente alla gara dal rendere la dichiarazione, atteso che, in ogni caso, il grave errore era espressione di un difetto di capacità professionale e lo stesso, nella sua obiettiva rilevanza, costituiva elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale⁴⁴.

Il nuovo codice, invece, sembra sanzionare anche comportamenti assunti dall'impresa in sede di partecipazione a precedenti procedure di

⁴³ *Ex pluris*, Cons. Stato, sez. V, 22/10/2015, n. 4870.

⁴⁴ *Cfr.* Cons. Stato, sez. III, 26/02/2016, n. 802; *id.*, sez. VI, 18/07/2016, n. 3198, secondo cui, nel caso di valutazione positiva, non occorre apposita motivazione, che è invece richiesta in caso di adozione di un provvedimento di esclusione. Sull'obbligo di dichiarare una precedente risoluzione, *cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 13/10/2016 n. 4707.

gara.

In particolare, oltre alle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne abbiano causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, viene ricompreso sia il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di un proprio vantaggio, sia il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

In tale contesto, per scongiurare l'emergere di ulteriori dubbi applicativi è auspicabile che le emanande Linee guide dell'ANAC, previste dal comma 13 del medesimo art. 80, non si riferiscano alle sole carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (come ivi previsto) ma esplichino (in modo dettagliato) le ulteriori ipotesi ora contemplate, stante l'assoluta novità della previsione normativa.

1.6. Gli altri requisiti

Oltre all'insussistenza dei motivi di esclusione, il codice (analogamente alla precedente disciplina) ripropone la necessità di accertare, in capo ai concorrenti, la sussistenza di ulteriori requisiti, di idoneità professionale⁴⁵, di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (di cui si occupa l'art. 83 del codice, che li qualifica, infelicemente, criteri di selezione).

⁴⁵ Che, ai sensi dell'art. 83, comma 3, è comprovata dall'iscrizione alla Camera di commercio I.A.A. o nel registro provinciale per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali.

Per i lavori è previsto un nuovo sistema di qualificazione, da definirsi con apposite Linee Guida dell'ANAC, mentre per le altre tipologie di appalto vanno fissati ad opera della stazione appaltante in sede di *lex specialis*, nei limiti di quanto previsto nel codice dei contratti, sotto pena di nullità di previsioni ulteriori (art. 83, comma 8), e vanno verificati alla stregua dei mezzi di prova dettati dall'art. 86 del codice e dal relativo allegato XVII.

In proposito, si premette che i requisiti e le capacità devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, al fine di favorire l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione, inclusa la previsione di un fatturato minimo che non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto (salvo apposita motivazione).

In proposito, il legislatore sembra aver recepito l'ampio dibattito della giuspubblicistica teso a circoscrivere il potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante in sede di determinazione di requisiti più rigorosi di partecipazione, al fine di evitare che, sotto le mentite spoglie del perseguimento dell'interesse pubblico, si celassero bandi "sartoriali" o "fotografia".

La *ratio* della più ampia partecipazione sottende, infatti, le disposizioni normative e le decisioni giustiziali limitative della previsione di "specifiche tecniche" o "marche" nei bandi, così come in tema di apprezzamenti (sia quale requisiti di partecipazione che come elemento di valutazione) della sede territoriale di un concorrente.

Sotto il primo dei citati profili si è ritenuta illegittima la clausola del bando di gara che prevedeva la fornitura di un bene di una marca espressamente specificata, senza precisare che si trattava di un prodotto "tipo" o che fossero ammessi prodotti equivalenti; con la conseguenza che

l'eventuale indicazione nel bando di marchi o prodotti deve essere necessariamente collegata a diciture o clausole del tipo "o equivalente", che rendano manifesta la volontà dell'amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto⁴⁶.

Analogamente si è avvertito che in tema di appalti di forniture, l'amministrazione può legittimamente individuare particolari caratteristiche tecniche, ma a condizione che la loro specificazione sia effettuata con riferimento ad elementi in grado di distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore; di conseguenza, è vietato prevedere specifiche tecniche che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, a meno di non inserire la clausola di equivalenza⁴⁷.

Ed allora, potrebbe ipotizzarsi la specificazione di una marca o di un prodotto (dandone adeguata motivazione nella determinazione a contrattare, con riferimento a puntuali circostanze di fatto) qualora si tratti della fornitura di apparecchiature accessorie a strumentazione già in possesso della stazione appaltante o per il completamento di beni già in dotazione, ovvero conferente alla professionalità acquisita dal proprio personale.

In altri termini, negli appalti pubblici non possono essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una

⁴⁶ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 26/10/2010, n. 7069.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 11/03/2010, n. 1443. Cons. Stato, sez. III, 13/05/2011, n. 2905, secondo cui non possono essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata, aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, in assenza del temperamento del criterio dell'equivalenza.

provenienza determinata o procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, a meno che tali specifiche tecniche siano giustificate dall'oggetto dell'appalto.

Come già avvertito, la tutela della concorrenza impedisce anche l'inserimento di clausole di "premialità territoriale".

In proposito si è avvertito che, se è vero che l'individuazione dei criteri di accesso alle procedure selettive rientra di norma nella sfera discrezionale dell'amministrazione, è vero anche che la clausola che restringa il novero dei possibili concorrenti alle sole associazioni sportive aventi sede sul territorio comunale si presenta irragionevole e discriminatoria, violando i principi di imparzialità, parità di trattamento e di massima partecipazione⁴⁸.

Alla stregua di tali osservazioni, i bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto.

Al contempo, la previsione di un punteggio riferito ad una sede operativa territorialmente localizzata può giustificarsi e sottrarsi al sindacato giustiziale qualora non risulti eccessivo e determinante (nell'ambito della griglia di valutazione dei fattori dell'offerta) e si giustifichi in relazione alla prestazione da rendersi (si pensi ad un servizio di assistenza *software* o di fornitura di pasti pronti).

1.7. Il nuovo soccorso istruttorio e il D.G.U.E.

Al fine di comprovare il possesso dei requisiti morali, professionali,

⁴⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27.05/2010, n. 9742.

economico finanziari e tecnico-organizzativi, ovvero l'assenza di condizioni ostative all'affidamento di commesse pubbliche, il nuovo codice prevede l'esibizione, da parte del concorrente, del Documento di gara unico europeo, approvato con il Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7, adottato dalla Commissione europea in data 5 gennaio 2016.

Trattasi di un'autodichiarazione aggiornata, come prova documentale preliminare, in sostituzione dei certificati rilasciati da Autorità pubbliche o da terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le condizioni di partecipazione.

In ordine alla compilazione di tale documento, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con comunicato pubblicato in G.U. n. 170 del 22 luglio 2016, ha dettato apposite Linee guida, tenuto conto della necessità di adattare i requisiti indicati nella legislazione nazionale rispetto a quanto previsto nelle recepite direttive comunitarie.

Tanto dovrebbe favorire (anche prima della sua versione informatica, prevista a decorrere dal 18 aprile 2018), la semplificazione nella redazione della domanda di partecipazione a gara, sostituendo la modulistica predisposta dalla stazione appaltante ed evitando criticità riconnesse a contraddizioni e carenze della stessa.

Resta, tuttavia, la possibilità che in sede di partecipazione il concorrente produca una modulistica incompleta, omettendo dichiarazioni essenziali in ordine ai requisiti.

In tale caso, ove il requisito non dichiarato sia effettivamente posseduto (già a tale data), l'ordinamento contempla la possibilità di sanare la carenza, nell'ottica di una lettura sostanzialistica dei requisiti di partecipazione ed in attuazione del più generale principio del *favor participationis*, da sempre sotteso alla legislazione di settore.

Cosicché, in luogo di un'immediata ed insanabile esclusione (con riduzione della platea dei concorrenti), si impone alla P.A. di inoltrare un invito (circostanziato) al concorrente a sanare la carenza riscontrata, entro un perentorio *dies ad quem*.

Al fine di non penalizzare il concorrente diligente, l'applicazione dell'istituto è ancorata al pagamento di una sanzione, da specificare nella *lex specialis*, nei limiti edittali (dall'uno per mille all'uno per cento del valore del contratto) sanciti dalla norma (in assenza di specificazione è preferibile applicare la sanzione nella misura minima).

La novità è riconducibile all'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014, come convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114⁴⁹.

Considerata la natura precettiva della norma⁵⁰, la stessa trova(va) applicazione anche in caso di omesso richiamo da parte della *lex specialis*.

Senonché, complice anche la non chiara formulazione della norma e le espressioni tecniche ivi contemplate, detto istituto ha alimentato un copioso contenzioso, nonostante gli interventi chiarificatori dell'ANAC (determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015).

Di certo, era indubbio che l'istituto in esame non abilitasse ad un'acquisizione postuma (durante la gara) dei requisiti prescritti, precludendo, ad esempio, la sanatoria di un contratto di avvalimento generico⁵¹ o di una dichiarazione non veritiera⁵².

⁴⁹ Con la medesima novella è stato aggiunto il comma 1 *ter* all'art. 46 del d. lgs. n. 163/06, al fine di estendere la disposizione dell'art. 38, comma 2 *bis*, ai casi di mancanza, incompletezza o irregolarità di dichiarazioni anche di soggetti terzi che devono essere prodotte dai concorrenti in sede di gara, il tutto "indice ermeneutico" della chiara volontà del Legislatore di valorizzare il soccorso istruttorio.

⁵⁰ Come evidenziato da T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 22/03/2016, n. 434.

⁵¹ Cons. Stato, sez. III, 29/01/2016, n. 346; *id.*, sez. V, 14/04/2016, n. 1504; T.A.R. Toscana, sez. I, 15/07/2016, n. 1197.

Allo stesso tempo non sembrava dubbia la natura perentoria del termine assegnato per l'integrazione⁵³, in ossequio agli insegnamenti pretori in tema di termini *infra* gara.

Problematiche applicative nascevano dal collegamento tra la sanzione e la cauzione provvisoria, soprattutto in ragione del fatto che non vi era stato un contestuale adattamento dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006⁵⁴.

Sul piano giustiziale, le questioni dibattute sono state plurime, a partire dall'obbligatorietà della sanzione anche in caso di mancata integrazione della documentazione mancante; a fronte di decisioni che ritenevano applicabile la sanzione solo in caso di adesione (da parte della ditta) al soccorso istruttorio⁵⁵, si contrapponevano statuizioni che riconducevano l'irrogazione della stessa alla mera carenza documentale⁵⁶.

Con una formulazione, in parte, più puntuale, l'art. 83, comma 9, del Codice ha precisato che «*la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione*», conformemente al criterio direttivo indicato dall'art. 1, lett. z), della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, che attribuisce ai

⁵² In termini, Cons. Stato, sez. V, 11/04/2016, n. 1412.

⁵³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22/03/2016, n. 3580; Cons. Stato, sez. IV, 5/05/2016, n. 1803.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. III, 27/10/2016, n. 4528, sulla regolarizzabilità della cauzione provvisoria.

⁵⁵ Tra le tante, *cf.* T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27/05/2016, n. 2749 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12/09/2016 n. 9656.

⁵⁶ È la tesi sostenuta, tra l'altro, da T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 29/02/2016 n. 66 e, di recente, da Cons. Stato, sez. V, 22/08/2016 n. 3667, secondo cui, come si evince dalla lettera della disposizione («*la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara ...*»), la sanzione colpisce il semplice fatto dell'aver presentato una offerta difettosa o mancante di una dichiarazione e di un documento prescritto; resta invece irrilevante il fatto che l'omissione venga poi sanata dall'impresa interessata o che questa, benché richiestane, rinunci a regolarizzarla.

partecipanti alla gara la piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda.

Tanto ha portato a ritenere che la nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici risulti del tutto conforme alla direttiva 2014/24/UE, che non subordina l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria, ma solamente all'osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza⁵⁷.

La nuova disciplina chiarisce, opportunamente, che non sono sanabili (neppure con il soccorso istruttorio a pagamento) le carenze riguardanti le offerte, sia tecnica che economica⁵⁸; al contempo, al fine di evitare comportamenti impropriamente elusivi o "strategici", si impone (per beneficiare del soccorso istruttorio) l'esibizione della prova dell'avvenuto pagamento della sanzione unitamente all'integrazione richiesta.

Un riscontro parziale impedirebbe qualsiasi sanatoria e un'ulteriore integrazione.

Resta l'alternativa di un soccorso istruttorio non rafforzato, nell'ipotesi in cui si richieda di rendere o precisare dichiarazioni previste dalla *lex specialis*, seppur non essenziali o riguardanti mere irregolarità formali, quali ad esempio, la mancata esibizione del cd. PassOE o l'allegazione di un documento d'identità scaduto.

In tale ipotesi, tuttavia, viene anche sancito che il mancato riscontro alla richiesta di regolarizzazione comporterà l'esclusione dalla gara.

Trattasi di una previsione non immune da critiche posto che la sanzione espulsiva viene ricondotta a carenze meramente formali (senza

⁵⁷ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14/07/2016, n. 1423.

⁵⁸ Tanto in conformità all'indirizzo giurisprudenziale prevalente: Cons. Stato, sez. V, 2/08/2016, n. 3481; *id.*, sez. III, 1/04/2016, n. 1318; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2/02/2016, n. 88.

l'accertamento della mancanza di un requisito necessario).

Infine, foriero di dubbi interpretativi è anche l'ultimo periodo dell'art. 83, comma 9, laddove si afferma che: “*Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*”⁵⁹.

Senza pretese di esaustività, in tale ipotesi potrebbe inscrivere il caso di dichiarazione resa con formule improprie o dubitative (del tipo “*per quanto a mia conoscenza*”) o carente di qualsiasi elemento idoneo ad assicurarne la “paternità” (soprattutto in caso di partecipazione di operatori associati o associandi).

L'utilizzo di un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative, unitamente alla mancanza di ulteriori elementi esplicativi e all'uso di espressioni non rigorose (irregolarità essenziale configura una sorta di ossimoro), rende estremamente incerta l'applicazione della disposizione, aprendo il varco a valutazioni discrezionali della P.A. che rischiano di minare *radiciter* l'istituto in esame.

1.8. L'avvalimento

Al fine di favorire l'incremento della platea dei concorrenti, la normativa comunitaria, prima, il legislatore nazionale, poi, hanno previsto (sin dalla precedente codificazione) l'istituto dell'avvalimento, grazie al quale l'operatore economico può soddisfare i requisiti di partecipazione mediante l'ausilio (il prestito) a favore del concorrente e da parte di altro operatore (estraneo alla competizione e alla gara), di quanto necessario, in termini di qualificazione, per partecipare alla selezione.

Il dibattito della giuspubblicistica, sulla natura e sulla portata

applicativa del predetto istituto, è stato particolarmente ampio e travagliato.

In particolare, la natura atipica⁶⁰ del contratto di avvalimento ha pregiudicato la relativa sussumibilità in uno dei modelli negoziali del nostro diritto “comune”, né le soluzioni prospettate sono risultate condivisibili o apprezzabili.

Nel riportare sinteticamente (e senza pretesa di esaustività) le questioni controverse, può ritenersi consolidata la tesi dell’inapplicabilità del predetto istituto per soddisfare la mancanza dei c.d. requisiti morali (tra cui, ad esempio, la regolarità contributiva e fiscale del concorrente) e di quelli professionali (come l’iscrizione in Albi e registri)⁶¹ oltre che per beneficiare di un maggior punteggio in sede di apprezzamento delle offerte tecniche⁶².

Pacifico era (ed è) l’assunto secondo cui l’impresa ausiliaria (pur non assumendo la veste di una concorrente) doveva (e deve) possedere i requisiti morali e professionali, imponendosi l’esibizione dell’apposita autocertificazione a corredo della domanda di partecipazione a gara⁶³.

L’ampia portata applicativa dell’istituto è stata ribadita anche dalla giurisprudenza comunitaria che, tra l’altro, ha ritenuto non conforme l’art. 49 del precedente codice, nella parte in cui non consentiva l’avvalimento

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Toscana, I sez., 16/09/2016, n. 1364 che ha ritenuto non sanabile, in virtù di tale previsione normativa, una domanda di partecipazione carente della firma.

⁶⁰ Per Cons. Stato, sez. V, 25/01/2016, n. 242, il contratto di avvalimento ha carattere atipico.

⁶¹ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano sez. IV, 10/03/2016, n. 491, Cons. Stato, sez. V, 30/04/2015, n. 2191; *id.*, sez. VI, 15/05/2015, n. 2486.

⁶² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19/03/2015, n. 1422 secondo cui: “*Nelle procedure ad evidenza pubblica, l’avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente l’acquisizione dei requisiti di partecipazione, fruendo dei requisiti di altra società, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire un punteggio più alto in sede di gara*”.

⁶³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 06/11/2015, n. 5045.

plurimo⁶⁴ (ovvero la possibilità di soddisfare il requisito richiesto mediante l'ausilio di più operatori), al punto da rendere necessaria una apposita novella normativa⁶⁵.

Le maggiori criticità hanno riguardato il contratto di avvalimento, del quale se ne prescrive(va) l'esibizione in originale o in copia autentica.

Al riguardo, si è ritenuto inammissibile tale contratto in caso di apposizione di condizioni risolutive⁶⁶, posto che in tal caso veniva svilito il vincolo solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Tuttavia, la questione che ha alimentato un contenzioso vastissimo è stata quella concernente il contenuto del contratto, visto che la necessità di un "prestito" determinato o determinabile rendeva inammissibile un contratto dal contenuto generico ed indeterminato (del tipo: "*si presta al concorrente tutto ciò di cui ha bisogno*")⁶⁷.

Detta problematica emergeva, in special modo, in caso di prestito di garanzia (ad esempio, il prestito del fatturato richiesto dalla *lex specialis*) in quanto, in tale fattispecie, l'impegno dell'impresa ausiliaria sembrava eccessivamente fittizio.

La nuova disciplina codicistica (recata dall'art. 89) ribadisce l'ampia portata applicativa dell'istituto in esame, in quanto, pur chiarendo che

⁶⁴ Corte di Giustizia UE. 10/10/2013, n. C-94/12.

⁶⁵ A seguito della citata sent. della Corte di Giustizia Europea, l'art. 49, co. 6, del d.lgs. 163/2006, è stato riformulato dall'art. 21, comma 1, della legge 30 ottobre 2014, n. 161, nel seguente modo: «È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria».

⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 22/10/2015 n. 4860; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27/01/2016, n. 452; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 27/05/2016, n. 90;

⁶⁷ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 02/09/2016, n. 3792.

possono prestarsi solo i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale [di cui alle lett. b) e c) dell'art. 83], escludendo, quindi, i requisiti morali (di cui all'art. 80) e l'idoneità professionale [di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), ovvero l'iscrizione alla Camera di Commercio o agli Albi], prevede, *ex professo*, l'avvalimento infragruppo o interno (ad esempio, tra impresa mandante e mandataria), indipendentemente, cioè, dai rapporti tra ausiliaria ed ausiliata⁶⁸.

Ribadisce, inoltre, gli obblighi documentali che devono rispettarsi in sede di partecipazione a gara oltre che il contenuto dettagliato e puntuale del contratto.

Senonché, la disposizione che sembra maggiormente innovativa è quella di cui al comma 9, dell'art. 89, secondo cui: *“In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.”*.

Non vi è dubbio che tale previsione consente alla stazione appaltante di verificare, in corso di esecuzione, se trattasi di un ausilio effettivo o meramente fittizio.

La norma, ad una prima lettura, non sembra scevra da critiche visto che non puntualizza le misure sanzionatorie applicabili ovvero se possa (in

⁶⁸ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11/05/2016, n. 1160.

caso di esito negativo del controllo) procedersi alla risoluzione per grave inadempimento o all'irrogazione di una sanzione di natura meramente pecuniaria.

È ragionevole ritenere che, su tale profilo, gli indirizzi giurisprudenziali assumeranno valenza pretoria, arrivando ad integrare un incompleto dettato normativo.