



LA VALUTAZIONE DELLE OFFERTE NELL'AMBITO DELLE GARE D'APPALTO E DEGLI AFFIDAMENTI.

IL GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE

Per i Responsabili d'area / di servizio comunali

N.	La redazione degli atti: vincoli legislativi, deroghe rilevanti, istituti particolari, responsabilità, azioni di monitoraggio, adempimenti, pianificazione delle verifiche.	Pag.
1	Un ambito - “perno” della riforma sottesa al Nuovo Codice - foriero di particolari preoccupazioni per gli operatori degli enti locali, alla luce della peculiare complessità connotante il riformato quadro regolatorio previsto dal Legislatore (D.lgs n. 36/2023), si concreta nell'attività di verifica delle cause di esclusione dalle gare di aggiudicazione degli appalti per illeciti professionali.	3
2	L'adozione del provvedimento di esclusione è prerogativa piena del RUP.	5
3	Affidamenti “sotto soglia”: l'esclusione automatica non può prescindere dall'esplicito richiamo negli atti di gara.	6
4	Esclusione per grave illecito professionale: anche in ambito d.lgs n. 36/23 risulta ancora centrale il potere discrezionale (e correlato margine di valutazione) detenuto dalla stazione appaltante. L'azione del giudice amministrativo è ammissibile solo in caso di palese irragionevolezza o evidente contraddittorietà.	7
5	Di fronte alla sussistenza di precisi elementi che possono integrare una causa di esclusione per grave illecito professionale, l'ente appaltante può non tenerne conto ed ammettere il concorrente alla gara esplicitando negli atti una congrua motivazione.	8
6	Il discrimine tra l'avvalimento operativo e quello di garanzia sta nell'aggravio imposto al primo di un'esaustiva specificazione delle risorse a disposizione dell'impresa ausiliata.	8
7	Nell'avvalimento c.d. “esperenziale” la prestazione deve essere eseguita dall'impresa ausiliaria.	9
8	È sempre necessario distinguere tra l'avvalimento operativo e l'avvalimento di garanzia. L'avvalimento c.d. “esperenziale”.	10



9	Ricorso all'avvalimento, l'impresa ausiliaria deve possedere tutti i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 100 del D.lgs n. 36/2023.	11
10	Il Nuovo Codice contratti prevede l'avvalimento "premiale" esclusivamente in una prospettiva attributiva di un maggior punteggio all'offerta tecnica.	11
11	Il soccorso istruttorio come istituto di integrazione tra la rigidità dei precetti normativi del Codice contratti e le esigenze di effettività e sostanzialità della fase di valutazione delle offerte.	12
12	ANAC non ammette il soccorso istruttorio per sanare il versamento postumo del contributo di gara.	14

N.	Atti: le bozze a contenuto "minimo" da elaborare / personalizzare.	Pag.
1	Verbale della procedura aperta per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione dell'opera pubblica	14
2	Determinazione dirigenziale - Oggetto: Procedura negoziata ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e) del D.lgs n. 36/2023, per l'affidamento lavori di messa in sicurezza dell'immobile denominato, sito nel Comune di, via n., località, allibrato alla scheda, attraverso demolizione dell'edificio, previo rilievo della consistenza e indagini. Provvedimento di esclusione.	17

N.	Regime legislativo e perimetro giurisprudenziale	Pag.
1	La normativa – quadro regolamentare	19
2	Sentenze recenti di maggiore attinenza: tratti salienti	28



LA REDAZIONE DEGLI ATTI: VINCOLI LEGISLATIVI, DEROGHE RILEVANTI, ISTITUTI PARTICOLARI, RESPONSABILITÀ, AZIONI DI MONITORAGGIO, ADEMPIMENTI, PIANIFICAZIONE DELLE VERIFICHE

1] Un ambito - “perno” della riforma sottesa al Nuovo Codice - foriero di particolari preoccupazioni per gli operatori degli enti locali, alla luce della peculiare complessità connotante il riformato quadro regolatorio previsto dal Legislatore (D.lgs n. 36/2023), si concreta nell’attività di verifica delle cause di esclusione dalle gare di aggiudicazione degli appalti per illeciti professionali.



obbligo di verifica:

In realtà il basso indice di applicabilità del nuovo regime normativo su questi temi ha destato apprensione ad ampio raggio. A tal punto da indurre [ANAC](#) ad una rapida presa di posizione messa a terra nella [Deliberazione n. 397 del 6 settembre 2024](#). Secondo l'**articolo 94, comma 1 del D.lgs n. 36/23** costituisce **causa di esclusione automatica** il riscontro, nei confronti di un operatore economico, di una **sentenza di condanna (definitiva)** o di un decreto penale di condanna irrevocabile, motivati dalla commissione dei **seguenti reati**: a) associazione per delinquere, associazione di tipo mafioso, associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti o al contrabbando di tabacchi; b) reati di natura corruttiva; c) false comunicazioni sociali; d) frode; e) delitti di terrorismo; f) riciclaggio e delitti assimilati; g) sfruttamento del lavoro minorile; h) ogni altro delitto da cui derivi come pena accessoria l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

E' intuibile che nella fattispecie appena descritta l'automaticità del meccanismo normativo “semplifica” l'onere di verifica. Non c'è spazio infatti per una valutazione discrezionale dell'Ente stazione appaltante. Al netto di ciò occorre però considerare il **profilo soggettivo**. L'imputazione di atti delittuosi a carico di un soggetto economico concorrente di una gara d'appalto passa sempre attraverso un meccanismo identificativo di equipollenza società/persona fisica collocata - come previsto dal **comma 3 dell'articolo 94** - in posizione apicale o comunque titolare di funzioni decisionali nell'ambito dell'organizzazione aziendale, nelle seguenti specificità alternative: a) titolare o direttore tecnico nel caso di impresa individuale; b) socio amministratore o direttore tecnico di una società in nome collettivo; c) socio accomandatario o direttore tecnico di una società in accomandita semplice; d) amministratore legale rappresentante, ovvero institore e procuratore generale; e) componente dell'organo di direzione o di vigilanza; f) direttore tecnico o socio unico; g) amministratore di fatto. Nell'ambito delle **realità societarie** dotate di **persona giuridica** (comma 4), la causa di esclusione automatica si abbatte qualora il provvedimento di condanna definitiva risulti addebitato agli **amministratori**.

L'**articolo 95, comma 1, lettera e) del D.lgs n. 36/2023** riconduce invece le diverse ipotesi (ovvero, diverse fasi) di riscontro **procedimento penale in corso** (non ancora giunto a sentenza definitiva), a carico di un operatore concorrente, alla fattispecie dell'illecito professionale grave: **causa di esclusione facoltativa**. Il previgente D.lgs n. 50/2016 citava l'ipotesi del grave errore professionale, ma non tipizzava la figura dell'illecito professionale grave. Questo conferiva agli Enti



un rilevante margine di discrezionalità nel “quotare”, in vista di un’eventuale esclusione, una condanna non definitiva, un atto cautelare, un provvedimento di rinvio a giudizio, ma anche una mera iscrizione nel registro degli indagati. Nel contesto *ante* D.lgs n. 36/2023 il connubio tra la mancanza di un’espressa configurazione normativa il cui accertamento portasse – senza indugio – all’esclusione, con l’ampio potere decisionale riconosciuto alla stazione appaltante, ha rappresentato la principale fonte di contenzioso.

L’**articolo 95, comma 1, lettera e), del D.lgs n. 36/23** conferisce espressamente i crismi di perentorietà e tassatività alle ipotesi di “**illecito professionale grave**” enucleate dall’**articolo 98**. In aggiunta, il sesto comma di quest’ultimo ne esplicita puntualmente i mezzi di prova della sussistenza. E’ evidente la riduzione dell’ambito valutativo discrezionale messo in mano ai funzionari comunali. Siamo ora al cospetto di una doppia tassatività: una riferita alle ipotesi di illecito, l’altra centrata sui criteri di accertamento. In questo riformato contesto la **non automaticità del dispositivo estromissivo e lo spazio discrezionale valutativo dell’ente appaltante** divengono rilevanti al momento dell’applicazione delle previsioni normative relative ai **mezzi comprovanti l’illecito professionale grave** in relazione alle diverse fasi in cui si può trovare il procedimento penale ed ai provvedimenti giudiziari emanati nell’ambito di ciascuna fase.

Il **comma 6 dell’art 98** risulta centrale perché elenca con esaustività le **condotte penalmente rilevanti** che - singolarmente verificate – fanno **desumere l’illecito professionale**. Ne citiamo in particolare una (**lettera g**): la contestata commissione da parte del concorrente (riconosciuto nelle persone fisiche sopra menzionate) dei reati indicati all’articolo 94, comma 1. Questi ultimi, qualora risultassero sanzionati con sentenza definitiva di condanna, sarebbero causa di esclusione automatica. Ma se così non fosse, gli **effetti della pendenza del procedimento penale andrebbero valutati dai funzionari comunali** ai fini della configurabilità dell’illecito professionale grave e dell’eventuale conseguente **esclusione (non automatica)**. Vi è effettivamente il soccorso dei **mezzi di prova dettagliati dal comma 6, lettera g) dell’art 98**, ritenuti adeguati ai fini della dimostrazione della sussistenza di questa specifica ipotesi di illecito professionale grave, ovvero: gli atti di cui all’**articolo 407-bis, comma 1 del Codice di procedura penale** (attraverso i quali il giudice, a seguito della chiusura delle indagini preliminari, decide di **esercitare l’azione penale**); il decreto di rinvio a giudizio ex art 429 CPP; eventuali provvedimenti cautelari reali o personali; la sentenza di condanna non definitiva; il decreto penale di condanna non irrevocabile; la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’art 444 CPP (c.d. “patteggiamento”).

Notiamo che tutti i citati mezzi di prova sottendono provvedimenti adottati dal giudice a sintesi di una fase d’indagine - produttiva di un accertamento conclamato di risultati - attinente però ad una **temporalità non conclusiva del procedimento penale**. Da sottolineare che - nel contesto del nuovo regime contrattuale - la semplice iscrizione nel registro degli indagati non presuppone alcun tipo di accertamento da parte del giudice penale. Ciò anche in una prospettiva di recepimento dei precetti dell’art 335-bis CPP (portato della recente riforma Cartabia) secondo i quali l’iscrizione nel registro degli indagati non può da sola determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa nei confronti del soggetto che ne è colpito. E’ evidente lo smarcamento dal previgente D.lgs n. 50/2016, che interpretava l’iscrizione nel registro degli indagati come potenziale elemento costitutivo sufficiente alla prefigurazione del grave illecito professionale (produttivo di esclusione dalla gara).

**è responsabilità del RUP:**

Di particolare interesse per l'attività ricognitoria anche la contestata o accertata commissione da parte dell'operatore economico (**lettera h, comma 3, articolo 98**) dei seguenti reati: **abusivo esercizio della professione, bancarotta, reati tributari, delitti societari**, reati urbanistici, reati previsti dal D.lgs n. 231/2001. Questi devono risultare acclarati da un **provvedimento giudiziario penale** assunto in una delle forme esplicitate dalla **lettera h) del comma 6, articolo 98** (sentenza di condanna definitiva o non definitiva, decreto penale di condanna irrevocabile, provvedimento cautelare reale o personale). In questo ambito osserviamo che il procedimento penale connota una fase sostanzialmente inoltrata dell'iter giudiziario. Il punto però è uno. La sussistenza di atti individuati come mezzi di prova è condizione necessaria ma non sufficiente per l'eventuale esclusione del concorrente in relazione all'illecito professionale grave. L'**articolo 98, comma 4** attribuisce **all'ente appaltante la valutazione in merito alla gravità dell'illecito**, da condurre su **tre piani di considerazione**: il bene giuridico di cui si tratta in relazione alla lesione inferta dal comportamento criminoso; il tempo trascorso dalla commissione del fatto; le eventuali modifiche nel frattempo intervenute nell'organizzazione dell'impresa. E' proprio questo margine di discrezionalità, riconosciuto al Comune appaltante, nel **soppesare la rilevanza degli atti del procedimento penale (indicati come mezzi di prova idonei) nella decisione di escludere (o meno)** un soggetto economico - reo di illecito professionale grave - da una procedura di affidamento che motiva l'attività di monitoraggio.

L'utilizzo "personalizzato" da parte di molti Enti appaltanti della facoltà di escludere (non escludere) un operatore economico da una gara o da una concessione, anche al sussistere di indagini penali pendenti o del rinvio a giudizio del legale rappresentante della società o di una misura cautelare interdittiva come il divieto temporaneo di contrattare con la PA, ha aperto dubbi di legittimità ed incertezze interpretative gravidi di criticità che hanno portato ad – ulteriori – iter giudiziari di contenzioso, coinvolgendo municipalità di diverse dimensioni demografiche in più parti del territorio nazionale. L'eco è giunta sino ad **ANAC** che, recentemente, si è di nuovo espressa sulla materia con l'emissione del **Parere n. 35/2023** (attinente un contesto di gara ancora disciplinato dall'articolo 80 del previgente D.lgs n. 50/2016, ma ricondotto alle medesime risoluzioni a cui si giungerebbe applicando i precetti degli articoli 94-98 del D.lgs n. 36/2023). Anche qui l'Autorità parte dalla certezza dell'assunto legislativo che esclude – senza margini di interpretazione – l'operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o concessione, onerato da condanna con sentenza definitiva o da decreto penale di condanna divenuto irrevocabile ovvero da sentenza di applicazione della pena per uno dei reati indicati dal Legislatore. Nondimeno, quest'ultimo non esclude che specifici eventi di rilievo penale possano costituire un grave errore professionale, aldilà del manifestarsi di una pronuncia giudiziale passata in giudicato. Ciò conferisce alla stazione appaltante "un margine importante di discrezionalità", spartiacque decisivo soprattutto per la scelta "qualitativa" da fare, per garantire al Comune una sana gestione delle gare d'appalto e dei relativi contratti.

2] L'adozione del provvedimento di esclusione è prerogativa piena del RUP.**è responsabilità del RUP:**

L'**articolo 7, comma 1 lett. d) dell'allegato I.2 al D.lgs n. 36/23** attribuisce al Rup il potere di disporre le esclusioni dalle gare, senza ammissione di deroghe, anche a prescindere dal fatto che il responsabile unico di progetto abbia poteri dirigenziali e poteri a valenza esterna.

Aldilà del precetto legislativo la giurisprudenza amministrativa ha sempre compreso nella c.d. competenza residuale del Rup anche l'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara ([Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 2983/2017](#)). Ma anche il [T.A.R. Friuli Venezia-Giulia \(Sez. I, sentenza n. 450/2019\)](#): *"la competenza del Rup nell'adozione dei provvedimenti di esclusione trova piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle funzioni di garanzia e controllo che allo stesso sono intestate, anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta (anche logicamente) all'avvio della procedura di affidamento, così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel corso dell'intero ciclo dell'appalto"*.

In questa prospettiva, pertanto, deve ritenersi *"illegittimo per difetto di competenza, il provvedimento di esclusione da una gara di appalto disposto da un soggetto diverso dal Rup anche qualora lo stesso non risulti investito di poteri a valenza esterna"* ([T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, sentenza n. 1373/2021](#); [T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, sentenza n. 450/2019](#)).

[per l'approfondimento: [Tar Lazio, Sez. III., sentenza n. 655/2024](#)]

3] Affidamenti "sotto soglia": l'esclusione automatica non può prescindere dall'esplicito richiamo negli atti di gara.



il focus su – da valutare le scelte dell'ente/stazione appaltante:

Ai sensi dell'**art. 54 del D.lgs n. 36/23**: "1. Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

2. Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2.

3. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'[articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400](#), con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice."

Quindi l'esclusione delle offerte risultate anomale concreterebbe un obbligo per la stazione appaltante in un contesto di aggiudicazione al minor prezzo in un appalto (di lavori o servizi) sotto

soglia europea, stante l'esplicitazione del meccanismo vincolante negli atti di gara (avviso a manifestare interesse e bando), qualora il numero delle stesse ammesse sia pari o superiore a cinque. Ciò ha come presupposto la necessità di precisare, sempre negli atti di gara, il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra le tre possibilità enucleate nell'allegato II.2 al D.lgs n. 36/23. Il disposto dell'art. 54 è applicabile alla procedura negoziata e a quella ordinaria, nel caso previsto dall'art. 50, comma 1, lett. d). Non riguarda invece l'affidamento diretto con richiesta di più preventivi.

[per l'approfondimento: [Tar Campania, Napoli, sez. IV, l'ordinanza n. 133/2024](#)]

4] Esclusione per grave illecito professionale: anche in ambito d.lgs n. 36/23 risulta ancora centrale il potere discrezionale (e correlato margine di valutazione) detenuto dalla stazione appaltante. L'azione del giudice amministrativo è ammissibile solo in caso di palese irragionevolezza o evidente contraddittorietà.



il focus su – obbligo di controllo:

I precetti degli **articoli 95, comma 1, lettera e) e 98** delineano il grave illecito professionale come causa di esclusione non automatica, che presuppone il riscontro delle seguenti condizioni:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale (riconoscibile esclusivamente nelle fattispecie tassativamente enucleate);
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità del concorrente;
- c) sussistenza di adeguati mezzi di prova (elenco tassativo, in cui, di rilievo, la condotta del concorrente che abbia dimostrato significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, che ne abbiano comportato la risoluzione per inadempimento).

In un'ottica di coerenza con il principio della fiducia (articolo 2, Dlgs 36/23) la valutazione della gravità dell'illecito deve necessariamente considerare: il bene giuridico leso dalla condotta dell'operatore, l'entità della lesione, nonché il tempo trascorso dalla violazione. Il tutto contestualizzato alla specifica procedura, all'oggetto, alle condizioni e al luogo di esecuzione del contratto da affidare. L'inaffidabilità dell'operatore economico è sempre riferita al singolo affidamento, non si configura mai come una connotazione generale. [per un approfondimento: [Tar Sardegna, Sez. I, sentenza n. 204/2024](#)]



facciamo chiarezza su:

Come si evince dalla [deliberazione Anac n. 234/2024](#) la mera contestazione inviata dall'Agenzia delle Entrate ad un operatore economico non rientra tra le fattispecie integranti un grave illecito professionale legittimanti quindi l'esclusione da una gara d'appalto. L'Anac parametrizza però il livello di "gravità", definendo come – grave – illecito una violazione fiscale superiore ai 35.000€ che rappresenti almeno il 10% del valore dell'appalto. Tuttavia le violazioni non definitivamente accertate non possono essere considerate automaticamente come causa di esclusione, lasciando alla stazione appaltante una certa discrezionalità nella valutazione.

5] Di fronte alla sussistenza di precisi elementi che possono integrare una causa di esclusione per grave illecito professionale, l'ente appaltante può non tenerne conto ed ammettere il concorrente alla gara esplicitando negli atti una congrua motivazione.

presupposti condizionanti l'elaborazione dell'atto:

Mentre l'operato dell'Ente (in termini valutativi) non può essere oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo, quest'ultimo può legittimamente esprimersi riguardo alla sussistenza e all'ampiezza dell'onere motivazionale nel caso in cui l'ente appaltante decida per l'ammissione del concorrente su cui gravano elementi da valutare ai fini della sua idoneità professionale. Pur tuttavia, la giurisprudenza non è concorde sul punto. Parte della magistratura amministrativa si è resa disponibile anche dinanzi ad una motivazione non analitica adottata dalla stazione appaltante che non ha ritenuto le pregresse vicende del concorrente idonee ad incidere sulla sua moralità professionale fino al punto di decretarne l'esclusione dalla gara. L'analiticità è invece caratteristica ineludibile della motivazione nel caso del provvedimento di esclusione.



deroga a divieto/vincolo

Più recentemente la regola dell'onere motivazionale "attenuato" in caso di ammissione del concorrente alla gara ha trovato deroga nei casi in cui le pregresse vicende professionali vagliate dalla stazione appaltante presentino a prima vista un rilievo tale da non poter esimere la stessa dall'esplicitare le ragioni per le quali non le ritiene comunque determinati ai fini dell'esclusione dalla gara. Da ciò discende, in questo contesto, l'onere per il RUP di una valutazione fattuale e giuridica esaustiva di tutti gli elementi potenzialmente rilevanti ai fini dell'affidabilità professionale del concorrente, i cui esiti risultino adeguatamente e logicamente espressi in una congrua motivazione.

[per un approfondimento: [Tar Lazio, Sez. I bis, sentenza n. 15303/2024](#)]

6] Il discrimine tra l'avvalimento operativo e quello di garanzia sta nell'aggravio imposto al primo di un'esaustiva specificazione delle risorse a disposizione dell'impresa ausiliata.



il focus su – obbligo di controllo:

Può capitare che i documenti di gara assumano il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria dell'operatore economico offerente. In questo contesto, la dimostrazione del possesso di tale requisito può essere condotta mediante il ricorso di un **avvalimento di tipo "operativo"** (non di "garanzia"), gravido dell'onere per l'impresa ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo ([Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 7293/2023](#)). Qualora l'ente appaltante dovesse riscontrare delle manchevolezze contrattuali in tal senso, il RUP sarebbe pienamente legittimato ad agire in autotutela, adottando il **provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione** in conformità all'**art 18, comma 2 del D.lgs n. 36/23**.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte confermato ([TAR Calabria, Catanzaro, sentenza n. 959/2020](#); [Tar Lazio, Roma, Sez. I, sentenza n. 1461/2020](#)) la riferibilità del poter di autotutela anche



all'**art. 21-novies della Legge n. 241/1990**, secondo cui l'**annullamento** di un provvedimento amministrativo illegittimo può essere disposto - entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi, - anche nel caso dell'aggiudicazione di un contratto pubblico.



è responsabilità del RUP:

Nella fattispecie sopra delineata il RUP deve esplicitare le ragioni alla base dell'eventuale **esclusione e della rimozione dell'aggiudicazione** a causa *"della difformità di quest'ultima rispetto alle caratteristiche dell'offerta prescritte dalla lex specialis della Stazione appaltante"*. Il **Consiglio di Stato (Sez. V, sentenza n. 7896/2023)** ha specificato che la peculiarità dell'autotutela – e quindi il potere di annullamento – *"da parte della stessa amministrazione procedente (...) nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa"* deve essere *"riconosciuto anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto"*.
[per un approfondimento: **Tar Molise, Sez. I. sentenza n. 246/2024**]



facciamo chiarezza su:

Il nuovo Codice contratti non disciplina esplicitamente l'**avvalimento di "garanzia"**, connesso al prestito dei requisiti economico-finanziari (e non tecnico organizzativi). Sebbene l'**articolo 104 del D.lgs. 36/23** preveda esplicitamente come tratto essenziale dell'istituto la messa a disposizione di dotazioni tecniche e risorse umane, parte della Magistratura amministrativa (**Tar Liguria, Sez. I, sentenza n. 462/2024**) ammette il ricorso all'avvalimento di garanzia in base alle previsioni contenute nell'art 63 della Direttiva UE 2014/24 (immediatamente esecutive, a prescindere dalla legislazione nazionale), che non ritengono ineludibile l'esplicitazione contrattuale specifica (a pena di nullità) delle "risorse messe a disposizione".

La lettura data dal Tar Liguria all'avvalimento di garanzia – in esonero dalla citazione contrattuale obbligatoria dei mezzi e delle risorse fruibili – desta forti dubbi, deducibili da un'interpretazione centrata su una garanzia - aggiuntiva - a favore dell'impresa principale e nei confronti dell'ente appaltante, azionabile non in sede di esecuzione delle prestazioni (perché non vengono forniti mezzi e risorse), quanto in conseguenza ad un eventuale inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'impresa principale. È evidente l'incoerenza con la funzione tipica dell'avvalimento: al prestito si deve necessariamente accompagnare la messa a disposizione di quei mezzi e risorse materiali che sono funzionali alla corretta esecuzione delle prestazioni.

7] Nell'avvalimento c.d. "esperenziale" la prestazione deve essere eseguita dall'impresa ausiliaria.



il focus su – obbligo di controllo:

Nel caso della specifica fattispecie dell'avvalimento operativo denominata "esperenziale" oggetto del "prestito" dell'impresa ausiliaria, a vantaggio del soggetto partecipante alla gara, è il soddisfacimento del requisito relativo ai titoli di studio o professionali richiesti dalla documentazione



di gara, ovvero alle esperienze professionali pertinenti necessarie per l'esecuzione dell'appalto. In questo contesto però va verificato che l'impresa ausiliaria risulti impegnata – oltre alla messa a disposizione dell'impresa principale di coerenti mezzi e risorse - anche nella personale esecuzione delle prestazioni relative ai requisiti oggetto di prestito.

Quanto sopra trova motivazione, secondo il [Consiglio di Stato \(Sez. V, sentenza n. 11186/2023\)](#), nella natura essenzialmente intellettuale delle prestazioni cui i requisiti si riferiscono (di solito connesse a: progettazione, direzione lavori, vigilanza sull'esecuzione, etc.), che richiedono un'esecuzione personale all'effettivo possessore delle capacità occorrenti (l'ausiliaria).

Il focus va quindi posto sull'infungibilità non solo delle prestazioni ma anche delle relative capacità esecutive, che sono strettamente connesse al possesso di specifici titoli di studio o professionali o alle esperienze pertinenti (non materialmente trasferibili – a differenza di mezzi e risorse materiali – dall'impresa ausiliaria all'impresa principale).

 attenzione- da verificare:

Il relativo contratto di avvalimento andrà verificato sul piano dell'obbligatoria esplicitazione – dettagliata e specifica - di due elementi:

- i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria,
- la previsione che quest'ultima esegua personalmente e direttamente le relative prestazioni.

8] È sempre necessario distinguere tra l'avvalimento operativo e l'avvalimento di garanzia. L'avvalimento c.d. “esperenziale”.



facciamo chiarezza su:

Il primo si concreta in un “prestito” (dell'impresa ausiliaria a favore del soggetto partecipante alla gara) dei requisiti tecnico-organizzativi e professionali richiesti dalla stazione appaltante. Il secondo si riferisce invece ai requisiti di carattere economico-finanziario (meno inquadrabili dal punto di vista della materialità). E' prevalente l'orientamento che vede l'indicazione dettagliata e specifica nel contratto di avvalimento dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria necessaria per l'avvalimento operativo, ma non per l'avvalimento di garanzia.

Sino a qui abbiamo parlato di un'interpretazione giurisprudenziale che non trova riscontro nel nuovo codice contratti. Il D.lgs n. 36/2023 non si avvale di precetti normativi di distinzione tra avvalimento operativo e avvalimento di garanzia. In particolare, l'articolo 104, comma 1, nel definire l'avvalimento in termini di contratto, specifica che quest'ultimo deve avere ad oggetto la messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali necessarie per l'esecuzione dell'appalto. Si tratta di un principio di carattere generale, che non subisce deroghe in relazione alla natura del requisito oggetto di avvalimento.



è responsabilità del RUP:

Sulla necessitata correlazione tra avvalimento ed effettiva messa a disposizione di risorse, il **comma 9 dell'art 104 del D.lgs n. 36/23** addebita all'ente/stazione appaltante l'onere di verificare - in corso d'esecuzione del contratto - 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.

Da porre a riscontro in particolare il c.d. "avvalimento esperienziale". Quest'ultimo fa riferimento (**articolo 104, comma 3, D.lgs n. 36/23**) esclusivamente al possesso, da parte dell'impresa ausiliaria, di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla gara o ai titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto. L'elemento da verificare si concreta nell'obbligo di esecuzione diretta delle prestazioni posto in capo all'impresa ausiliaria. Ciò porta quindi a delimitare l'avvalimento esperienziale a quelle ipotesi in cui il requisito oggetto di prestito è strettamente legato ad elementi di natura personale (autorizzazioni, titoli di studio e professionali), i quali hanno come conseguenza necessaria l'attribuzione dell'esecuzione delle relative prestazioni direttamente all'impresa ausiliaria.

9] Ricorso all'avvalimento, l'impresa ausiliaria deve possedere tutti i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 100 del D.lgs n. 36/2023.



il focus su – obbligo di controllo:

Secondo l'**articolo 100 del D.lgs n. 36/23**, la fruibilità dell'avvalimento è subordinata al contemporaneo possesso, da parte dell'impresa ausiliaria, dei seguenti requisiti:

a) l'idoneità professionale - per la cui comprova non è sufficiente una conferma formale (ad esempio, l'iscrizione alla Camera di Commercio per un'attività coerente con l'oggetto del contratto da affidare), ma è necessario il dato sostanziale costituito da un'esperienza pregressa nello svolgimento dell'attività stessa [per l'approfondimento: [Tar Sicilia, Sez. III, sentenza n. 1355/2024](#)];

b) la capacità economico-finanziaria;

c) la capacità tecnico-professionale.

Ai sensi dell'**articolo 104, comma 4, lettera b) del D.lgs n. 36/23**, l'impresa ausiliaria deve dichiarare alla stazione appaltante di essere in possesso di tutti i requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture.

Tuttavia risulta un'evidente distonia tra i precetti appena enucleati e il fatto che l'avvalimento può avere ad oggetto anche il prestito di alcuni soltanto dei requisiti di qualificazione.

10] Il Nuovo Codice contratti prevede l'avvalimento "premiale" esclusivamente in una prospettiva attributiva di un maggior punteggio all'offerta tecnica.



in prospettiva – nuovo scenario normativo:

L'**art 104 del D.lgs n. 36/23** abilita l'avvalimento premiale ("puro") come veicolo per la messa a disposizione, da parte dell'impresa ausiliaria, di mezzi e risorse – esclusivamente - in un'ottica di acquisizione di un maggior punteggio sull'offerta tecnica. Coerentemente a questo risultano pregnanti:



- il **comma 4**: il concorrente che ricorre all'avvalimento deve specificare se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta;
- il **comma 12**: nei casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, alla medesima gara non possono partecipare l'impresa principale e l'impresa ausiliaria.

Il previgente D.lgs. n. 50/2016 ammetteva l'impiego di tale istituto prioritariamente per la dimostrazione dei requisiti di qualificazione di cui l'impresa concorrente era carente e, solo in via secondaria ai fini dell'incremento qualitativo dell'offerta tecnica. L'utilizzo in gara aveva quindi due piani collegati: l'integrazione di un requisito di qualificazione di cui era carente l'impresa principale, congiunto all'attribuzione di un maggior punteggio all'offerta tecnica. L'avvalimento "solo" premiale, finalizzato cioè esclusivamente ad una migliore valutazione dell'offerta tecnica non era previsto.

Di particolare interesse la giurisprudenza del [Consiglio di Stato \(Sez. V, sentenza n. 4732/2024\)](#) la quale, oltre a legittimare l'avvalimento "premiare" (esplicitamente indicato nel contratto) finalizzato al solo obiettivo dell'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta tecnica, mette in evidenza un altro aspetto rilevante (mancante nel precedente regime): il connotato normalmente oneroso del contratto di avvalimento riconoscibile, anche in mancanza di un corrispettivo espresso in denaro, in un interesse patrimoniale in senso ampio dell'impresa ausiliaria. Per il [Consiglio di Stato \(Sez. V, sentenza n. 2953/2018\)](#) l'onerosità è rinvenibile in un interesse patrimoniale – anche indiretto – bastevole a motivare l'assunzione di obblighi e responsabilità da parte dell'impresa ausiliaria (ad esempio, i vantaggi riflessi dalla collaborazione con una società leader di mercato). Va da sé quindi che la nullità del contratto di avvalimento, per mancanza del requisito dell'onerosità, possa essere dichiarata – in assenza della previsione di un corrispettivo in denaro - solo qualora non fosse ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto idonea a prefigurare un concreto interesse dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione le proprie risorse, nell'ambito di un rapporto di tipo sinallagmatico, in cui cioè sia evidente lo scambio reciproco tra prestazione (dell'impresa ausiliaria) e controprestazione (dell'impresa principale), ancorché non espresso in termini di corrispettivo economico ([Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 6826/2023](#)).

Dagli elementi connotanti la nuova disciplina dell'avvalimento si evince un focus più centrato sul contenuto contrattuale piuttosto che sul prestito dei requisiti. C'è chi però ([Tar Campania, sentenza n. 4756/2023](#)) si è opposto all'avvalimento "solo" premiale, in virtù della tesi secondo cui: "il prestito di mezzi e risorse non funzionali a integrare il deficit di qualificazione del concorrente rischia di alterare il principio della par condicio, venendo a favorire lo stesso concorrente – con l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta tecnica - attraverso un utilizzo distorto di un istituto che ha tutt'altra finalità." Tale argomentazione porta a qualche dubbio in un'ottica di coerenza con la ratio comunitaria dell'istituto, tesa ad un ampliamento della concorrenza: si rendono fruibili agli operatori economici mezzi e risorse di soggetti terzi per raggiungere quel livello di qualificazione di cui altrimenti sarebbero sprovvisti.

11] Il soccorso istruttorio come istituto di integrazione tra la rigidità dei precetti normativi del Codice contratti e le esigenze di effettività e sostanzialità della fase di valutazione delle offerte.



in prospettiva – nuovo scenario normativo:

Dal punto di vista classificatorio il Consiglio di Stato distingue tra:

- soccorso integrativo: finalizzato al recupero di incompletezze relative esclusivamente alla documentazione amministrativa (non vi rientrano l'offerta tecnica e quella economica);
- soccorso sanante: consente di rettificare omissioni, inesattezze e irregolarità della documentazione amministrativa già presentata dai concorrenti;
- soccorso in senso stretto (detto anche "procedimentale"): si concreta in un'azione di sollecito di chiarimenti/spiegazioni anche sui contenuti dell'offerta tecnica o economica, fermo restando il principio dell'immodificabilità dell'offerta (dal punto di vista sostanziale);
- soccorso correttivo: prescinde dall'iniziativa dell'ente appaltante, consentendo direttamente al concorrente di rettificare errori relativi al contenuto dell'offerta fino al momento della relativa apertura e fermo restando anche in questo caso il principio dell'immodificabilità della stessa ([Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7870/2023](#));
- soccorso c.d. di "doppio grado": a seguito di una prima fase di richiesta di chiarimenti da parte dell'ente appaltante al concorrente, vi è una seconda fase finalizzata alla rettifica di subentrate incongruenze manifestatesi nella prima. È ammissibile quindi un primo soccorso istruttorio, i cui esiti avviano un dialogo con il concorrente strumentale alla presentazione di ulteriori chiarimenti e precisazioni da parte di quest'ultimo, qualora i primi siano ritenuti non adeguati né esaustivi delle richieste della stazione appaltante ([Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza, n. 10718/2023](#)).

Il [Consiglio di Stato \(Sez. VII, sentenza n. 2101/2024\)](#), visto il principio generale di consentire la massima partecipazione alle gare, pone l'enfasi sul carattere - obbligatorio - del soccorso istruttorio nel contesto contrattualistico (così non è nell'ambito procedimentale disciplinato dalla Legge n. 241/90).

Una delle novità in materia contenute nel nuovo Codice contratti (**articolo 101, commi 3 e 4**) concerne la correzione dell'errore materiale. Anche qui Palazzo Spada è stato decisivo nel chiarire che:

- nel caso di offerta riportante un mero errore materiale, facilmente individuabile senza necessità di alcuna attività interpretativa o valutativa, il concorrente ha la facoltà di richiedere la rettifica di tale errore fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte. L'Ente appaltante non può esimersi dall'attivazione del soccorso istruttorio ([Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza n. 2101/2024](#));
- il soccorso istruttorio è ammissibile anche sull'offerta tecnica al cospetto di imprecisioni manifestatesi negli atti di gara ([Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 295/2024](#)).



Pianificare il controllo per:

I limiti all'utilizzo del soccorso istruttorio derivano da pronunce della Magistratura amministrativa:

1. impossibilità di fruizione per sanare carenze relative ai requisiti speciali di qualificazione allorché questi ultimi risultino parte integrante dell'offerta tecnica, per sua natura immodificabile e non suscettibile di integrazione attraverso il soccorso istruttorio ([Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7870/2023](#)). L'utilizzo appare accettabile qualora non sussista la commistione appena descritta;
2. è stato ritenuto non utilizzabile il soccorso istruttorio per sanare l'omessa dichiarazione, da parte del concorrente, in merito all'obbligo di assunzione di giovani e donne sancito dall'articolo 47 del DL n. 77/2021. Ciò in quanto si tratterebbe di una carenza relativa non alla documentazione



amministrativa, bensì a un requisito necessario, come tale non sanabile in quanto si verrebbe a determinare una lesione dell'effettività dell'obbligo dichiarativo sancito dal legislatore ([Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2688/2024](#));

3. è stata sancita la "non sanabilità" dell'omessa indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza aziendali, considerati questi ultimi parte integrante dell'offerta medesima ([Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1677/2024](#)).

4. è stata affermata l'impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per supplire alla carenza della bozza di convenzione nell'ambito della proposta di project financing, sul presupposto che tale convenzione costituirebbe elemento essenziale dell'offerta tecnica ([Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 10679/2023](#)).

Ricordiamo la perentorietà del termine assegnato al concorrente per presentare la documentazione integrativa e i chiarimenti richiesti in sede di soccorso istruttorio: il suo mancato rispetto comporta l'esclusione del concorrente ([Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1333/2024](#)).

12] ANAC non ammette il soccorso istruttorio per sanare il versamento postumo del contributo di gara.



warning:

Anac, con il [parere n. 30/2024](#), ha dato il suo diniego risolutivo all'impiego del soccorso istruttorio per sanare il versamento postumo del contributo di gara. Questo a conferma del primo orientamento ([delibere nn. 765/2021, 212/2022, 151/2023](#)) che configurava il versamento come condizione di ammissibilità dell'offerta e non come elemento formale della domanda, al sussistere, nella legge di gara, di una clausola secondo la quale il versamento deve avvenire nei termini di presentazione della domanda, come condizione *sine qua non* per la perseguibilità dell'offerta. In un simile contesto il soccorso istruttorio ha la sola finalità di consentire la verifica che il pagamento sia avvenuto nei termini.

Tale scelta risulta anche dal [nuovo bando tipo Anac n. 1/2023](#), dal cui [paragrafo 12](#) si evince che *"La stazione appaltante accerta il pagamento del contributo mediante consultazione del Fvoe ai fini dell'ammissione alla gara. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la stazione appaltante richiede, mediante soccorso istruttorio, la presentazione della ricevuta di avvenuto pagamento. L'operatore economico che non adempia alla richiesta nel termine stabilito dalla stazione appaltante è escluso dalla procedura di gara per inammissibilità dell'offerta"*.

ATTI: LE BOZZE A "CONTENUTO MINIMO" DA ELABORARE / PERSONALIZZARE

Bozza d'atto n. 01



COMUNE DI

SETTORE CONTRATTI PROVVEDITORATO ECONOMATO UFFICIO GARE E CONTRATTI

CIG

Verbale della procedura aperta per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione dell'opera pubblica

per l'importo a base d'asta di € oltre IVA, di cui € oltre IVA per lavori a corpo ed € oltre IVA per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, ai sensi dell'art. 71 del D.Lgs. 36/2023 e aggiudicata con il **criterio del prezzo più basso**, ai sensi dell'art. 108 del D.Lgs. n. 36/2023 ed **esclusione automatica delle offerte anomale** ai sensi dell'art. 54, comma 1, individuate con applicazione del metodo A di cui all'All. II.2 ai sensi dell'art. 54 comma 2 ed utilizzando la modalità dell'inversione procedimentale ai sensi dell'art. 107, comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023 nel caso in cui le offerte pervenute siano superiori a 10, in applicazione della determinazione n. del __/__/__ e successive determinine di rettifica dello Schema di Contratto e Capitolato Speciale d'Appalto n. del __/__/__, n. del __/__/__ e n. del __/__/__ del Dirigente del Settore Urbanizzazioni Infrastrutture e Mobilità, Ing. Il progetto esecutivo posto a base di gara è stato approvato con la Determina del Dirigente del Settore Urbanizzazioni Infrastrutture e Mobilità, Ing., n. del __/__/__.

Il giorno __/__/__, alle ore __:__, il Seggio di gara, composto dal RUP, Ing. e dal Dirigente del Settore Contratti Provveditorato Economato, Dott., si riunisce in modalità videoconferenza a mezzo piattaforma Teams in esito alle verifiche sulla concorrente e l'ausiliaria

Le operazioni sulla piattaforma START vengono gestite dai dipendenti dell'Ufficio Gare e Contratti:

Assistono da remoto alle operazioni di gara i seguenti rappresentanti delle imprese concorrenti:

Il Seggio di gara dà atto dell'esito positivo della verifiche svolte sull'operatore economico e l'ausiliaria e che l'impresa ha provveduto a trasmettere tempestivamente il documento attestante il pagamento del bollo; pertanto entrambe le concorrenti vengono ammesse.

Il Seggio di gara prende atto che la graduatoria restituita dal sistema rimane invariata ed è la seguente:

.....
.....
.....
.....
.....



Trattandosi di offerta in valuta, il valore offerto dal concorrente viene confrontato dal sistema con il valore di base d'asta in valuta al fine di calcolarne il ribasso in percentuale alla massima precisione.

Appurato che l'offerta né pari né superiore alla soglia di anomalia come calcolata dal sistema pari a %, per l'importo di euro (oltre Iva ed oneri), è quella presentata dall'impresa S.R.L. - C.F. e P.I. - con sede legale in, Via n., e che in merito alla congruità del costo della manodopera e della congruità dell'offerta nel suo complesso secondo quanto dettagliato dalla concorrente la verifica verrà effettuata dal RUP

Il seggio di gara

PROPONE DI AGGIUDICARE

ai sensi dell'art. 17 comma 5 del D. Lgs. n. 36/2023, alla suddetta impresa l'appalto dei LAVORI DI - CIG per l'importo di €, oltre IVA, di cui € (oltre IVA) per lavori a corpo al netto del ribasso pari al%, come calcolato dal sistema start ed € (oltre IVA) per oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso.

Per il calcolo degli importi dei lavori a corpo verranno utilizzati i singoli prezzi offerti per le quantità offerte nell'offerta economica prezzi unitari corpi opera – categorie lavori; pertanto il prezzo offerto nell'offerta economica rileva esclusivamente ai fini dell'aggiudicazione.

L'aggiudicazione avverrà previa approvazione di apposito provvedimento dirigenziale.

Si dà atto che l'impresa proposta per l'aggiudicazione ha dichiarato in sede di presentazione dell'offerta che intende subappaltare, ai sensi dell'art. 119 del D. Lgs. 36/2023, la categoria OG8 al 100% e la categoria OG3 entro la percentuale di legge.

La richiesta di subappalto dovrà essere formulata con istanza entro il termine che sarà comunicato con lettera di aggiudicazione, istanza conforme alle previsioni di legge e che l'Amministrazione si riserva di accogliere con atto motivato.

La documentazione inviata dalle imprese e gli originali delle offerte sono conservati nel sistema gare on line del Comune di

Fatto, letto, approvato e sottoscritto.

IL SEGGIO DI GARA

Il RUP

Bozza d'atto n. 02

COMUNE DI

SETTORE CONTRATTI PROVVEDITORATO ECONOMATO UFFICIO GARE E CONTRATTI



Determinazione dirigenziale n. del __/__/__

Oggetto: Procedura negoziata ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e) del D.lgs n. 36/2023, per l'affidamento lavori di messa in sicurezza dell'immobile denominato, sito nel Comune di, via n., località, allibrato alla scheda, attraverso demolizione dell'edificio, previo rilievo della consistenza e indagini. Provvedimento di esclusione.

CIG: CUP:

IL DIRIGENTE

in virtù dei poteri attribuiti dal Regolamento contratti e appalti del Comune di

Premesso che:

■ con nota prot. n., del __/__/__, l'Ing., è stato nominato Responsabile Unico del Progetto per la realizzazione dell'intervento in oggetto;

■ con nota prot. n., del __/__/__, è stato nominato il team di supporto al RUP;

■ con determina a contrarre prot. n. del __/__/__ è stato disposto di avviare la procedura di affidamento mediante RDO aperta sulla piattaforma del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MePA), nell'ambito della categoria merceologica alle categorie di lavori OS 23 – Demolizione di opere, e della categoria scorporabile e subappaltabile OG 12 – Opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale, dei lavori di messa in sicurezza dell'immobile denominato, sito nel Comune di, via n., località, allibrato alla scheda, attraverso demolizione dell'edificio, previo rilievo della consistenza e indagini;

■ l'importo complessivo dei lavori, ai sensi dell'art. 14, comma 4 del D.Lgs. n. 36/2023, è pari ad € più IVA, di cui € per costi della sicurezza non soggetti a ribasso ed € per costi della manodopera;

■ è stato individuato quale criterio di aggiudicazione quello del minor prezzo;

■ nel disciplinare di gara è stato indicato quale termine di ricezione delle offerte il giorno __/__/__, ore __:__;

■ entro il suddetto termine sono pervenute n. offerte, tra cui l'offerta dell'operatore economico Srl (CF, P.IVA);

■ con determina prot. n. del __/__/__, successivamente modificata con determina prot. n. del __/__/__, sono stati nominati i componenti del Seggio di Gara;

■ nel corso della seduta telematica del __/__/__, il Seggio di gara ha proceduto all'esame della documentazione amministrativa presentata dall'operatore economico Srl. Ad esito di tale seduta, il Seggio, con verbale n. prot. n. del __/__/__ ha rilevato quanto segue: *"Con riferimento al DGUE: in merito al requisito di cui al par. della lettera di invito, in relazione alla categoria OS23 e alla categoria OG12 e all'iscrizione alla categoria 10b dell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, l'operatore economico non indica le attività che intende subappaltare";*



■ la Stazione Appaltante, pertanto, ha attivato il **soccorso istruttorio** in favore del concorrente Srl, ai sensi dell'art. 101 del D.Lgs n. 36/2023, inviando, in data __/__/____ tramite la Sezione "Comunicazioni" del portale, una richiesta di integrazione documentale - da rendersi entro le ore __:__ del __/__/____ - volta a sanare le carenze documentali riscontrate nel sopraccitato verbale n. del seggio di gara prot. n. del __/__/__;

■ con verbale n. prot. n. del __/__/____, il Seggio di gara ha riscontrato che entro il suddetto termine l'operatore economico Srl non ha reso la documentazione integrativa richiesta mediante l'attivazione del soccorso istruttorio ex art. 101 del D.Lgs. n. 36/2023 e conseguentemente ne ha proposto l'esclusione dalle successive fasi della procedura di gara;

Considerato che:

- ai sensi dell'articolo 101, comma 2 del D.Lgs n. 36/2023, l'operatore economico che, in sede di soccorso istruttorio, risulti inadempiente alle richieste della stazione appaltante alla scadenza del termine stabilito, è escluso dalla procedura;
- l'articolo della *lex specialis* di gara prevede espressamente che "*in caso di inutile decorso del termine, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla procedura*";
- secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato il termine assegnato dalla stazione appaltante al concorrente in sede di **soccorso istruttorio** è perentorio, con la conseguenza che è legittima l'esclusione dalla gara in caso di mancato rispetto del medesimo ([Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1333/2024](#); [sez. IV, sentenza n. 11250/2022](#));

Atteso che il seggio ha appurato:

- nella seduta di cui al verbale n. prot. n. del __/__/____, relativamente al concorrente Srl, che: "*Con riferimento al DGUE: in merito al requisito di cui al par. della lettera di invito in relazione alla categoria OS23 e alla categoria OG12 e all'iscrizione alla categoria 10b dell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali; l'operatore economico non indica le attività che intende subappaltare*";
- nella seduta di cui al verbale n. prot. n. del __/__/____, relativamente al concorrente Srl, che: "*non ha fornito riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio ex art. 101 del D.Lgs. 36/2023 (par. della lettera d'invito)*";

Tutto ciò premesso e considerato,

DETERMINA

- di escludere, per le motivazioni precedentemente illustrate che si richiamano integralmente dalla procedura di gara in oggetto, il concorrente Srl (CF, P.IVA);
- di procedere alla comunicazione del presente provvedimento di esclusione al concorrente sopra indicato;
- di provvedere a pubblicare il presente provvedimento;
- di dare atto che, ai sensi dell'art. 120 del Codice del Processo Amministrativo, avverso il presente provvedimento potrà essere proposto ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo



Regionale, sito in, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione effettuata ai sensi dell'art. 90 del D.Lgs. n. 36/2023;

- di dare atto che il diritto di accesso agli atti relativi alla presente procedura potrà essere esercitato secondo quanto previsto dagli articoli 35 e 36 del D.Lgs. n. 36/2023 e, in quanto ancora applicabile, dal Regolamento comunale sul diritto d'accesso.

NORMATIVA - REGIME LEGISLATIVO E QUADRO APPLICATIVO REGOLAMENTARE

Art 18, comma 2, D.lgs n. 36/23:

"2. Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha luogo entro i successivi sessanta giorni anche in pendenza di contenzioso. È fatta eccezione:

- a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo e dall'articolo 55, comma 2;
- b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire;
- c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto."

Art. 21-novies, Legge n. 241/1990:

"1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445."

Art 94, D.lgs n. 36/2023:



1. È causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei seguenti reati:

a) delitti, consumati o tentati, di cui agli [articoli 416, 416-bis del codice penale](#) oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater](#) del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 452-quater](#) del [codice penale](#), in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008;

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) false comunicazioni sociali di cui agli [articoli 2621 e 2622 del codice civile](#);

d) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;

e) 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;

f) 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](#);

g) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il [decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24](#);

h) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

2. È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al [decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](#) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al [decreto legislativo n. 159 del 2011](#), con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del codice di cui al [decreto legislativo n. 159 del 2011](#) non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato.

3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:

a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al [decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231](#);

b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;

c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;



- d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
 - e) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;
 - f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
 - g) del direttore tecnico o del socio unico;
 - h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.
4. Nel caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima.
5. Sono altresì esclusi:
- a) l'operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all'[articolo 9, comma 2, lettera c\), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231](#), o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'[articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81](#);
 - b) l'operatore economico che non abbia presentato la certificazione di cui all'[articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68](#), ovvero non abbia presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito;
 - c) in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal [regolamento \(UE\) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021](#) e dal [regolamento \(UE\) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021](#), gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'[articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna](#), di cui al [decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198](#), che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità;
 - d) l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al [decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, dall'articolo 186-bis, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'articolo 124 del presente codice](#). L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'[articolo 186-bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942](#) e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al [decreto legislativo n. 14 del 2019](#), a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali;
 - e) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;
 - f) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.



6. È inoltre escluso l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle indicate nell'allegato II.10. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

7. L'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando il reato è stato depenalizzato oppure quando è intervenuta la riabilitazione oppure, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'[articolo 179, settimo comma, del codice penale](#), oppure quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna medesima.”

Art 95, D.lgs n. 36/2023:

1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:

a) sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla [direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014](#);

b) che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'articolo 16 non diversamente risolvibile;

c) sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;

d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;

e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, **dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati**. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

2. La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di



presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

3. Con riferimento alle fattispecie di cui al comma 3, lettera h), dell'articolo 98, l'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando:

- a) il reato è stato depenalizzato;
- b) è intervenuta la riabilitazione;
- c) nei casi di condanna a una pena accessoria perpetua, questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'[articolo 179, settimo comma, del codice penale](#);
- d) il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna;
- e) la condanna è stata revocata.”

Art 98, D.lgs n. 36/2023:

“1. L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).

2. L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

3. L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;
- e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'[articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55](#), laddove la violazione non sia stata rimossa;
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli [articoli 317 e 629 del codice penale](#) aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'[articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689](#). Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che



ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione;

g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;

h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:

1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'[articolo 348 del codice penale](#);

2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli [articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267](#);

3) i reati tributari ai sensi del [decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74](#), i delitti societari di cui agli [articoli 2621 e seguenti del codice civile](#) o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli [articoli da 513 a 517 del codice penale](#);

4) i reati urbanistici di cui all'[articolo 44, comma 1, lettere b\) e c\), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia](#), di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380](#), con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;

5) i reati previsti dal [decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231](#).

4. La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.

5. Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3.

6. Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3:

a) quanto alla lettera a), i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;

b) quanto alla lettera b), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;

c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;

d) quanto alla lettera d), la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;

e) quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione;

f) quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati;

g) quanto alla lettera g), gli atti di cui all'[articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale](#), il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'[articolo 429 del codice di procedura penale](#), o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'[articolo 444 del codice di procedura penale](#);

h) quanto alla lettera h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale;



7. La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

8. Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2.”

Art 100, commi 1-6, D.lgs n. 36/2023:

“1. Sono requisiti di ordine speciale:

- a) l'idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

2. Le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto.

3. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto. All'operatore economico di altro Stato membro non residente in Italia è richiesto di dichiarare ai sensi del [testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa](#), di cui al [decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445](#), di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato II.11. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.11 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'[articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400](#), con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per gli affari europei, ove nominato, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

4. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati.

L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto. In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'[articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400](#), su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

5. Per ottenere o rinnovare l'attestazione di qualificazione gli operatori economici devono:

- a) essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività, prevista dall'oggetto sociale e compresa nella categoria per la quale è richiesta l'attestazione;



b) non essere incorsi nelle cause di esclusione di cui al Capo II del presente Titolo nel triennio precedente alla data della domanda di rilascio o di rinnovo dell'attestazione di qualificazione;

c) essere in possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati.

6. L'organismo di attestazione rilascia l'attestazione di qualificazione per la categoria di opere generali o specializzate per l'esecuzione delle quali l'operatore economico risulti essere in possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, di adeguata dotazione di attrezzature tecniche e risorse umane, e dispone la classificazione per importi in ragione della documentata pregressa esperienza professionale.”

Art 104, D.lgs n. 36/2023:

“1. L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

2. Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

3. Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto.

4. L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;

b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture;

c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

5. L'impresa ausiliaria trasmette la propria attestazione di qualificazione nel caso di avvalimento finalizzato all'acquisizione del requisito di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di lavori. In caso di dichiarazioni mendaci, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore



economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico.

6. La stazione appaltante verifica se l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione.

7. L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, salvo quanto previsto dal comma 3.

9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua 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 RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano 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. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori.

La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.

10. L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'[articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152](#).

11. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

12. Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.”

Articolo 7, allegato I.2 al D.lgs n. 36/23:

“1. Il RUP:

a) effettua la verifica della documentazione amministrativa qualora non sia nominato un responsabile di fase ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice o non sia costituito un apposito ufficio o servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante; esercita in ogni caso funzioni di coordinamento e verifica, finalizzate ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate;

b) svolge la verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo; in caso di particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, può



avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'articolo 15, comma 6, del codice, o di una commissione appositamente nominata;

c) svolge la verifica sulle offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto della commissione nominata ai sensi dell'articolo 93 del codice;

d) dispone le esclusioni dalle gare;

e) in caso di procedura che prevede l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può svolgere tutte le attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice;

f) quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, il RUP può procedere direttamente alla valutazione delle offerte economiche;

g) adotta il provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della stazione appaltante, ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della stessa.

2. Il RUP esercita altresì tutte le competenze che gli vengono attribuite da specifiche disposizioni del codice e, in ogni caso, svolge tutti i compiti relativi alla fase di affidamento che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.”

GIURISPRUDENZA – SENTENZE RECENTI DI MAGGIORE ATTINENZA: TRATTI SALIENTI

[Tar Lazio, Sez. III., sentenza n. 655/2024:](#)

“- sul punto, decisiva risulta la considerazione del tenore dell’art. 31 comma 3 del d.lgs n. 50/2016, a mente del quale *“Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti”*;

- tale disposizione è stata interpretata dal condivisibile orientamento giurisprudenziale nel senso che: i) la stessa *“delinea la competenza del responsabile unico del procedimento (RUP) in termini residuali (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884), competenza che si estende anche all’adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara, secondo un orientamento che il Consiglio di Stato ha definito “pacifico” (cfr. Cons. St., III, n. 2983/2017 e la giurisprudenza ivi richiamata); ii) “Le attribuzioni del RUP sono definite come residuali e le stesse si estendono anche all’adozione di provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara. La competenza del RUP nell’adozione dei provvedimenti di esclusione trova piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle funzioni di garanzia e controllo che allo stesso sono intestate, anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta (anche logicamente) all’avvio della procedura di affidamento, così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel corso dell’intero ciclo dell’appalto” (cfr. T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, I, n. 450/2019); iii) tali conclusioni sono corroborate dalle Linee Guida ANAC n. 3, dalle quali è dato desumere che, ove - come nel caso di specie - la stazione appaltante abbia optato per deferire al RUP il controllo della documentazione presentata dai*



concorrenti, tale soggetto assume una funzione di coordinamento e di controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e risulta quindi deputato all'adozione delle decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate (cfr. in tal senso T.A.R. Veneto, I, n. 695/2018); iv) *“affinché si possa riconoscere che un compito possa e debba essere svolto da un soggetto diverso dal RUP – è indispensabile che detta attribuzione avvenga “in modo specifico, dettagliato, distintamente”* (cfr. sempre T.A.R. Veneto, I, n. 695/2018); v) conseguentemente, in assenza di tale evidenza, è illegittimo, per difetto di competenza, il provvedimento di esclusione da una gara di appalto disposto da un soggetto diverso dal RUP *“che, in virtù di quanto disposto dall' art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti”*; e ciò anche se il RUP non è investito di poteri a valenza esterna (cfr. ancora T.A.R. Veneto, I, n. 695/2018 e in senso analogo T.A.R. Puglia, Lecce, II, n. 1373/2021; T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, I, n. 450/2019; Cons. St., V, n. 7470/2010);

- a tale stregua, nel concreto va considerato che: i) la fase di accertamento dei requisiti in capo all'aggiudicataria risulta essere stata deferita al RUP ed è stata da quest'ultimo compiuta; tuttavia, l'attività provvedimentale, che ha compendiato le relative risultanze e ha recato le determinazioni sfavorevoli per l'aggiudicataria, è stata compiuta da un altro soggetto (il Provveditore per le Opere Pubbliche); ii) le Amministrazioni ricorrenti si sono limitate a richiamare il ruolo di quest'ultimo, quale superiore gerarchico del RUP; sennonché tale elemento risulta di per sé neutro, tenuto conto del regime “speciale” e “funzionale” della competenza in favore del RUP e della correlativa necessità di un'apposita ed espressa previsione di segno diverso per poter derogare al predetto regime, previsione nella specie né evocata né tanto meno allegata;

- pertanto, i provvedimenti impugnati, in quanto sottoscritti dal Provveditore per le Opere Pubbliche, risultano affetti dal vizio di incompetenza;”

[Tar Sardegna, Sez. I, sentenza n. 204/2024\]](#)

“10. In premessa, si rileva che il provvedimento impugnato è stato adottato ai sensi del combinato disposto degli artt. 95, comma 1 lett. e) e 98 del D.lgs. n. 36/2023, ritenendosi integrato un grave illecito professionale da parte degli operatori in relazione alla già ampiamente descritta vicenda che ha condotto all'adozione del provvedimento di risoluzione del precedente contratto disposta con il - OMISSIS-, per i medesimi lavori e il medesimo Lotto per cui è oggi causa.

La causa di esclusione non automatica, nella sistematica del nuovo Codice dei Contratti, è dunque riconducibile alla sussistenza di un grave illecito professionale, che è da considerarsi integrato, ai sensi del nuovo art. 98, comma 2 del Codice, allorquando ricorrano le seguenti condizioni:

- (i) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- (ii) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; (iii) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

Per quanto qui rilevante, nell'ambito dell'elencazione tassativa di cui all'art. 98, comma 3 del Codice, si desume l'illecito professionale, ai sensi della lett. c), dalla *“condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento (...)”*, costituendo adeguato mezzo di prova, nell'elenco di cui al comma 6, proprio *“l'intervenuta risoluzione per inadempimento”* (lett. c).



Premessa perciò, ai sensi della nuova disciplina e superando la previgente impostazione, la necessaria sussistenza di una delle fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è invece mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico.

In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice dei contratti pubblici, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Sotto questo profilo vale osservare però, per quanto rilevante nel presente giudizio, che il nuovo Codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, *"la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione (...)"*, e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva *"sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente"*.

Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione.

Ciò posto, in relazione al sindacato giurisdizionale sulla valutazione di inaffidabilità si è anche di recente ribadito che *"è la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale"* (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804; cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72, che richiama sul tema Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312). Rispetto a tale valutazione, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto al rilievo di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità e irragionevolezza della ridetta valutazione: *"il Giudice non è chiamato, dunque, a stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì a valutare se la condotta dell'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale, la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante"* (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483).

Sotto questo profilo, il Collegio ritiene di dover evidenziare altresì come la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colori di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti.

Invero, sotto il profilo semantico, il concetto stesso di "affidabilità" si predica riguardo a qualcuno che sia meritevole di "fiducia", riflettendosi questo aspetto, perciò, sotto il profilo giuridico, nella lettura e interpretazione dell'art. 98 del Codice alla luce del generale *Principio della fiducia*, innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento al comma 2, ove si dispone che *"il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato"*.



E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice (*"le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"*), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore.

La discrezionalità dell'amministrazione sotto questo profilo è dunque particolarmente pregnante, ravvisandosi, come visto, i limiti per essa, nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità.

L'interpretazione ora esposta, ad avviso del Collegio, individua perciò, rispetto all'esclusione per grave illecito professionale ex artt. 95 e 98 del Codice, il corretto punto di caduta tra *"il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, [che] porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile"*, e la circostanza per cui *"tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento"* (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738)."

Tar Lazio, Sez. I bis, sentenza n. 15303/2024:

"16.3.3. Questa soluzione è coerente, del resto, con il principio del risultato, enunciato dall'articolo 1 del Codice dei contratti pubblici.

In base al predetto principio, infatti, *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"* (comma 1), con la precisazione che *"La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti"* (comma 2, primo periodo).

Il principio del risultato, il quale *"(...) costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità"* (comma 3), chiarisce quindi che la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina (Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812).

Deve, pertanto, ritenersi non consentita l'esclusione di un operatore sulla base del mero dato formale consistente nell'aver barrato una determinata casella del modulo compilato in sede di partecipazione alla gara, quando non sia contestato che il medesimo concorrente abbia comunque reso dichiarazioni complete e veritiere in merito alle circostanze rilevanti ai fini della valutazione della Stazione appaltante circa il possesso dei requisiti di onorabilità professionale.

Deve, tuttavia, osservarsi che, se è vero che il giudice amministrativo non può sostituirsi alle valutazioni riservate all'Amministrazione, è parimenti innegabile che il sindacato giurisdizionale di



legittimità si esercita proprio sulla motivazione posta alla base di tali valutazioni. Con riguardo al giudizio di affidabilità o inaffidabilità dell'operatore, infatti, *"(...) tale sindacato non concerne la condivisibilità o meno del giudizio discrezionale espresso dall'amministrazione, bensì si incentra sulla relativa motivazione, e segnatamente sulla sua idoneità a sorreggere la determinazione finale, sotto il profilo della ragionevolezza e della idoneità delle esposte argomentazioni"* (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845).

Non può, pertanto, sostenersi che la valutazione in ordine all'ammissione dei partecipanti alla gara non richieda alcuna motivazione e, al contempo, che sia precluso al giudice un sindacato di merito, pena la creazione di una zona franca dalla tutela giurisdizionale, incompatibile con i principi di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione.

17.3. Venendo al merito della doglianza, va premesso che il riscontro della sussistenza di un illecito professionale grave, ai sensi dell'articolo 98 del Codice dei contratti pubblici, richiede un apprezzamento, riservato alla Stazione appaltante, in merito a una serie di elementi indicati dalla predetta disposizione. Tale valutazione, benché riferita agli aspetti tipizzati dal legislatore, è da ritenere tuttora espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, come affermato con riguardo alle procedure governate dal decreto legislativo n. 50 del 2016 (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2024, n. 2491). A questa conclusione conduce, infatti, la formulazione dell'articolo 98, comma 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023, il quale rimette alla Stazione appaltante:

- l'apprezzamento circa l'esistenza di elementi sufficienti a integrare il grave illecito professionale, il quale *"può"* essere desunto al verificarsi di una delle situazioni indicate al comma 3;
- la valutazione in merito all'idoneità dell'illecito a incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore, tenendo conto delle circostanze indicate al comma 4 e al comma 5;
- la valutazione in ordine alle prove dell'illecito, atteso che, pur a fronte della tipizzazione dei mezzi di prova, è rimesso all'Amministrazione l'apprezzamento circa la portata degli elementi acquisiti (per fare un solo esempio, nel caso di cui al comma 6, lett. b), la presenza di *"(...) indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente"*).

17.4. Ciò posto, è vero che – come ricordato dall'Amministrazione resistente e da -OMISSIS- – la giurisprudenza suole affermare che *"(...) la stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l'affidabilità del concorrente, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale; in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione"* (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n. 1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019) (così, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2023, n. 4642).

Deve, tuttavia, osservarsi che, anche alla stregua del predetto indirizzo, la mancanza di un onere di motivazione analitica non equivale all'esclusione di qualunque onere motivatorio e che, inoltre, una specifica motivazione è comunque richiesta in presenza di contestazioni in gara.

Approfondendo gli spunti già emergenti da tali indicazioni, la giurisprudenza più recente ha evidenziato – esprimendo un indirizzo che il Collegio ritiene di condividere e fare proprio – che la regola dell'onere motivazionale attenuato in ordine all'ammissione alla gara è destinata a subire un'eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una pregnanza tale che la Stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile (Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2024, n. 2491; Id., 9 maggio 2023, n. 4642; Id., 16 gennaio 2023, n. 526; Id., 5 dicembre 2022, n. 10607; Id., 6 ottobre 2021, n. 6652; Id., 19 febbraio 2021, n. 1500; Id., Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936; Id., 21 ottobre 2022, n. 9002; Id., 10 novembre 2021, n. 7482). Come osservato, infatti, *“(...) in mancanza di motivazione sulle ragioni dell'ammissione, pur in presenza di pregressa vicenda professionale che, ictu oculi, appaia di particolare rilevanza, il sindacato del giudice amministrativo, legittimamente azionato dal ricorso di altro concorrente, corre il rischio di trasformarsi in una non consentita sostituzione dell'autorità giudiziaria alla stazione appaltante”* (Cons. Stato, n. 10607 del 2022, cit.). E ciò in quanto *“(...) il giudice, tanto se condivida la decisione della stazione appaltante, quanto se l'avversi, finirebbe per esporre lui stesso e per la prima volta in sentenza, le ragioni rispettivamente dell'ammissione o dell'esclusione dell'impresa dalla procedura”* (Cons. Stato n. 10936 del 2022, cit.; Id., n. 10607 del 2022; Id. n. 1500 del 2021, cit.).

Più in generale, va condivisa anche l'affermazione secondo la quale, a fronte del giudizio di ammissione del concorrente *“(...) la questione della sufficienza della relativa motivazione va apprezzata tenendo conto non del suo esito, bensì della completezza dell'esame di tutti gli elementi, di ordine fattuale e giuridico che, nella concreta fattispecie, risultino rilevanti in quanto potenzialmente incidenti sull'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico, nonché della tenuta logica delle argomentazioni con cui l'amministrazione li ha trattati”* (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845). Laddove nel procedimento siano emersi elementi di tale rilievo, pertanto, l'Amministrazione non può esimersi dall'esprimersi al riguardo (cfr., oltre ai precedenti già richiamati, anche: Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2577; Id., Sez. IV, 25 maggio 2020, n. 3276).”

[Tar Liguria, Sez. I, sentenza n. 462/2024:](#)

“9.2) Ancora in via preliminare si rileva che l'istituto dell'avvalimento è ora disciplinato dall'art. 104 D.lgs. n. 36/2023 la cui formulazione, mutata rispetto al previgente D.lgs. n. 50/2016, stabilisce che: *“1. L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti”*.

La giurisprudenza elaborata sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici D.lgs n. 50/2016 ha distinto due tipologie di avvalimento riconducibili all'art. 89 del citato Codice:

- quello “tecnico-operativo” finalizzato a mettere a disposizione i requisiti tecnico-organizzativi, per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate;
- quello “di garanzia” finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione)



delle risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

Invero l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 36/2023 contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che non comprende più la tipologia "di garanzia".

Il primo comma, infatti, configura l'operazione negoziale dell'avvalimento come obbligo da parte dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente le *"dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali"* precisando poi che deve essere prevista *"l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione"*.

Tale formulazione è chiaramente riferita al solo avvalimento tecnico-operativo, non consentendo più di ricondurre (come avvenuto per l'art. 89 del precedente Codice) quello di garanzia nel quale l'impresa ausiliaria non presta dotazioni o risorse ma, al pari di un garante, si obbliga a rendere disponibile la propria capacità economico-finanziaria al fine di integrare quella dell'ausiliata per far fonte alle obbligazioni assunte, oltre a rispondere in solido in caso di inadempimento.

Nel senso che l'art. 104 del nuovo Codice non sia applicabile all'avvalimento di garanzia è stato rilevato anche dalla recente giurisprudenza secondo cui *"3.5. ... l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, che definisce l'avvalimento come "il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto", risulta tagliato in relazione al cd. "avvalimento operativo", non in relazione all'avvalimento di garanzia, ove per consolidata giurisprudenza non è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche"* (T.A.R. Veneto, sez. I, 10.6.2024, n. 1389; cfr. anche T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, Ord. 23.5.2024, n. 166).

L'espunzione dell'avvalimento di garanzia dall'art. 104 del nuovo Codice non ne comporta, tuttavia, l'inapplicabilità, atteso che la Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D.lgs. n. 36/2023 è attuativo) prevede lo strumento equipollente del contratto di "affidamento".

Tale Direttiva, infatti, ha stabilito:

- all'art. 58, comma 3, che *"Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo [cd. fatturato GENERICO, n.d.e.], compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto"* [cd. fatturato SPECIFICO, n.d.e.];
- all'art. 63 ("Affidamento sulle capacità di altri soggetti") che: *"Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. [...] Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine. [...] Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione"*



aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.”.

Pertanto la possibilità di porre in essere un avvalimento di garanzia o, più precisamente, un *affidamento sulle capacità di altri soggetti* per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico, è tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta delle suddette disposizioni autoesecutive, quantomeno negli appalti sopra-soglia come quello oggetto del presente giudizio.

In tale quadro la giurisprudenza si è occupata specificamente della qualificabilità del c.d. fatturato specifico il quale *“va qualificato come requisito di carattere economico-finanziario e non come risorsa tecnica, atteso che l'art. 83 comma 4 lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere “che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto” e, correlativamente, l'allegato XVII (“Mezzi di prova dei criteri di selezione”) prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396)” (CGARS Sez. Giur., 19.7.2021, n. 722).*

Ovviamente tale corretta ri-qualificazione giudiziale del requisito da tecnico ad economico-finanziario può avvenire solo nelle ipotesi in cui esso sia *“diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore di attività oggetto dell'appalto sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto (Cons. Stato, Sez. V, 2.9.2019, n. 6066; Id. 19.7.2018, n. 4396)”* con la precisazione che *“a questo scopo non è tuttavia sufficiente la formale qualificazione nel bando di gara del fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale. In linea con il combinato disposto dei commi 4 e 6 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici sopra esaminato, a tale qualificazione deve infatti accompagnarsi la richiesta di dimostrare il possesso «di risorse umane e tecniche» e più in generale dell'«esperienza» necessaria ad eseguire l'appalto” (Cons. Stato., sez. V, 26.11.2020 n. 7436).*”

Tar Sicilia, Sez. III, sentenza n. 1355/2024:

“In considerazione della disposizione di cui all'art. 104, co. 4, cod. app., l'ausiliaria deve dichiarare di essere in possesso dei requisiti speciali previsti dall'art. 100, difettando nel caso di specie quello dell'idoneità professionale, non avendo essa reso alcuna dichiarazione alla stazione appaltante in merito ed essendo comunque dimostrato per tabulas, come da visura camerale depositata agli atti, che essa non risulti essere iscritta presso la camera di commercio per lo svolgimento di attività attinenti a quelle relative alla commessa pubblica di cui trattasi.

Più compiutamente, con affermazioni relative alle disposizioni del codice degli appalti previgente ma estendibili al caso di specie, non essendo rilevabili innovazioni in tema apportate dal nuovo d.lgs. n. 36/2023, la giurisprudenza ha precisato come *“la dimostrazione dell'iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività (oggetto dell'affidamento) vuol significare che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere e che attività effettivamente esercitata ed oggetto sociale non possono essere considerati come concetti coincidenti. Ciò è stato affermato, con orientamento pressoché costante, dalla giurisprudenza amministrativa (sin da Cons. Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925), essendo noto che*



“la funzione della prescrizione della lex specialis della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio (sia nel regime previgente ove era prevista dall'art. 39, comma 1, del codice dei contratti pubblici tra i requisiti idonei a dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa, sia, e ancor più, nell'impianto del nuovo Codice dei contratti pubblici, ove è assunta, con la previsione di cui all'art. 83 comma 1, lett. a del D.lgs. n. 50 del 2016, a requisito di idoneità professionale, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma) è finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto. Quando tale prescrizione si specifica nel senso che occorre dimostrare l'iscrizione per una definita attività (oggetto dell'affidamento), ciò significa che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere” (Cons. Stato, Sez. V, 4474/2022).

Ciò comporta che non possa essere riconosciuta alcuna rilevanza alla mera iscrizione nel registro delle imprese di un'attività conferente rispetto all'oggetto di gara laddove non sia assistita da adeguata ed effettiva competenza ed esperienza nel settore di riferimento.

Così come affermato da giurisprudenza altrettanto uniforme, non può giovare il fatto della mera contemplazione di un'attività nell'oggetto sociale, che esprime soltanto la misura della capacità di agire della società interessata, indicando i settori - invero, potenzialmente illimitati - nei quali la stessa potrebbe (in astratto) operare (cfr. C.g.a., 26 marzo 2020, n. 213; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2176; Sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486; Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6968; Sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2380; Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 925).

In altri termini, l'iscrizione nella camera di commercio per un'attività rientrante tra quelle contemplate dall'avviso di gara da parte dell'aggiudicataria, avvenuta solo dopo la pubblicazione del bando e in assenza, quindi, di qualsivoglia esperienza concreta e pregressa, non può essere ritenuta sufficiente per integrare il possesso del prescritto requisito di idoneità professionale contemplato, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

Né, sul punto, può soccorrere l'avvalimento del (solo) requisito di capacità tecnico-professionale ottenuto dalla ditta Civita S.r.l. e relativo all'esecuzione, negli ultimi quattro anni, di almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara in favore di una pubblica amministrazione.

L'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023, così come conformemente previsto anche dal bando e dal disciplinare di gara, elenca tre distinti requisiti speciali: a) idoneità professionale; b) capacità economico-finanziaria; c) capacità tecnico-professionale.”

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 4732/2024:

“14. In ordine alla fase di verifica dei requisiti è evidente che le contestazioni dell'appellante si risolvono nel confondere la legittimità dell'aggiudicazione con quella inerente la successiva verifica dei requisiti. Peraltro, la fase di verifica dei requisiti prevista dall'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente *ratione temporis*, non è soggetta a un termine decorso il quale l'amministrazione perde il potere di provvedere (anche perché alcune verifiche, ad esempio l'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale, sfuggono alla sfera di dominio della stazione appaltante). L'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 rimanda la verifica del possesso dei requisiti alla fase successiva all'aggiudicazione, quale condizione integrativa dell'efficacia di quest'ultima. In sede di verifica del



possesso dei titoli successivamente all'avvenuta aggiudicazione, non può, tra l'altro, escludersi il soccorso istruttorio nel caso in cui il concorrente produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione (Consiglio di Stato sez. V, 14 aprile 2023, n. 3819) purché, naturalmente, la verifica dei requisiti non si traduca in una modifica sostanziale dell'offerta già presentata, o in una inammissibile integrazione postuma dei prescritti requisiti di partecipazione.

15.2. L'appellante pretende, in sostanza, di applicare retroattivamente l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici, pretesa che non può trovare soddisfazione.

15.3. Come noto, prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, questa Sezione aveva più volte affermato l'ammissibilità dell'avvalimento c.d. "premiale", in virtù del quale l'avvalimento interviene sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione che nel riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata. Andava invece escluso l'avvalimento "premiale" che avesse l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata, che non necessitava di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una migliore valutazione dell'offerta (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347).

15.4. L'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede espressamente l'avvalimento premiale ma, com'è evidente, non è norma di interpretazione autentica.

15.5. Va osservato che nell'impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, come si legge nella stessa Relazione di accompagnamento, la disciplina dell'avvalimento è caratterizzata da un vero e proprio cambio di impostazione. Il risultato di tale cambio di impostazione è:

- a) l'indicazione del tipo contrattuale dell'avvalimento, contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente a una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto;
- b) la previsione della normale onerosità del contratto con l'ammissione, comunque, della gratuità nel caso in cui essa corrisponda anche a un interesse proprio dell'impresa ausiliaria;
- c) l'attenzione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, che ha consentito di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto a ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti.

15.6. La differente impostazione dell'art. 104 del Codice dei contratti pubblici rispetto a quella dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente *ratione temporis*, non consente in alcun modo una sua applicazione retroattiva.

15.7. La tesi dell'appellante si risolve nel chiedere a questo Giudice di ricavare una norma per via interpretativa non già da una singola disposizione, isolatamente presa, ma da una pluralità di disposizioni combinate (combinato disposto strettamente inteso). Esempio paradigmatico di combinato disposto è quello che deriva dalla combinazione, appunto, di una disposizione interpretativa (di interpretazione autentica) e della disposizione interpretata. Ma ciò che osta a una operazione interpretativa di questo tipo è l'indubbia estraneità dell'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici al novero delle norme di interpretazione autentica."

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 295/2024:

“9.1. Giova precisare, come anche ritenuto da questa Sezione (ex multis Cons. Stato Sez. V, 31/10/2022, n. 9386) che nelle gare pubbliche, nell'interpretazione della *lex specialis* di gara devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ..

Ciò significa che ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* devono essere applicate anche le regole di cui all'art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il senso che risulta dal complesso dell'atto. Pertanto se un'aporia tra i vari documenti costituenti la *lex specialis* impedisce l'interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce all'interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162) (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017 n. 4307).

9.2. Peraltro, se il dato testuale presenti evidenti ambiguità, l'interprete, in forza del principio di *favor participationis*, deve prescegliere il significato più favorevole al concorrente (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 20 luglio 2023 n. 7113; 29 novembre 2022, n. 10491; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022 n. 1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

Pertanto in presenza di clausole ambigue o di dubbio significato della *lex specialis* delle procedure di evidenza pubblica, in ossequio al principio del *favor participationis* - che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'Amministrazione appaltante - deve privilegiarsi l'interpretazione che favorisca l'ammissione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.5.2018, n. 2852; in senso analogo Cons. giust. amm. Sicilia, 20/12/2010, n. 1515 secondo cui “*In caso di clausole equivoche o di dubbio significato, debba preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella dalla quale derivino ostacoli, e sia meno favorevole alle formalità inutili; ciò anche al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione*”). Inoltre, le clausole ambigue del bando di gara vanno interpretate anche in coerenza con le previsioni del codice dei contratti pubblici, a partire dal principio di tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità degli atti adottati in contrasto con lo stesso.

12. Ed invero le censure di parte appellante non sono in grado di scalfire il limpido ragionamento seguito dal giudice di *prime cure*, che nell'ottica del principio eurounitario di massima partecipazione nonché del principio di leale collaborazione *expressis verbis* sancito dall'art. 1 comma 2 bis della l. 241 del 1990, unitamente al principio di buona fede nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, ha ritenuto corretto l'operato dalla stazione appaltante.



12.1. Giova al riguardo precisare che tale principio è dalla giurisprudenza applicato anche in riferimento alla partecipazione alle procedure di gara con modalità telematiche in ipotesi di anomalie del sistema, a fronte delle quali, non essendo invocabile il principio di autoresponsabilità citato da parte appellante, è applicabile anche il soccorso istruttorio (Cons. Stato, Sez. VII, 02/05/2022, n. 3418 secondo cui il principio della c.d. "autoresponsabilità" della ditta partecipante per le ipotesi di mancata (o tardiva) presentazione, con modalità telematiche, della domanda di partecipazione ad una procedura di gara non può considerarsi assoluto, essendo inevitabilmente condizionato dalla idoneità delle piattaforme informatiche predisposte dalla amministrazione, al fine di assicurare il regolare e tempestivo inoltro delle domande da parte dei candidati; il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora codificato nell'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241 del 1990 e s.m.i., induce a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove, nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontri ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato; in senso analogo Cons. Stato, Sez. VI, 01/07/2021, n. 5008 secondo cui il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora scolpito nell'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., induce senza ombra di dubbio a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione ad una selezione quando queste siano, obbligatoriamente, eseguibili esclusivamente con modalità digitali, anche nel caso in cui egli non abbia dimostrato una brillante dimestichezza nell'utilizzo della metodologia digitale, ma l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura e di avvertenza in merito alle insidie che alcune dinamiche di avviamento della presentazione della candidatura avrebbero potuto evidenziare, laddove combinate con concomitanti operazioni di altri candidati idonee a determinare uno stress di sistema)."