

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 4 al 8 settembre

Provvedimenti e Atti Normativi

SOA: l'“Incremento del quinto” ha come base la qualificazione nella stessa categoria.

Per i raggruppamenti denominati di tipo "misto", il componente raggruppato, che intende **beneficiare dell'incremento premiale** del quinto sulla classifica SOA, deve quantificare *"l'importo dei lavori a base di gara"*, su cui calcolare il minimo di qualificazione richiesto, con riferimento ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara, cui lo stesso componente partecipa.

È quanto deciso dalla sez. V del Consiglio di Stato (sent. 18.08.2023, n. 7808), in una gara bandita ai sensi del d.lgs. 50/2016, in cui è stato applicato il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 13.01.2023, n. 2 e 13.01.2023, n. 3), in ragione del quale: *«la disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del quinto **si applica** ... anche, per il raggruppamento c.d. misto, **alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara**».*

A tale proposito, si evidenzia che l'articolo 2 dell'allegato II.12 al Codice dei contratti, d.lgs. 36 del 2023, riproduce l'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, in cui si stabiliva che *«la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad **eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto**; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara ...».*

Ne consegue che, anche nel vigente quadro normativo, così come da ultimo espresso dal citato Consiglio di Stato (v. sent. n. 7808/2023), viene definitivamente **superata l'interpretazione** secondo cui, per usufruire dell'aumento del quinto della propria classifica, **la qualificazione minima del componente il raggruppamento era da calcolarsi sull'importo dei lavori a base d'asta e non sui singoli lavori ad esso riferibili** (Tar Toscana il 28/12/2020, n. 01742).

Per maggiori dettagli, consultare la news sul sito ANCE [qui](#).

ANAC: indagini penali pendenti su un operatore economico, possibile esclusione dalla gara di appalto.

“La stazione appaltante può valutare di escludere un operatore economico da una gara o da una concessione se ci sono indagini penali pendenti o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società o una misura cautelare interdittiva come il divieto temporaneo di contrattare con la Pubblica Amministrazione.” È quanto evidenziato dall'ANAC nel parere n. 35 del 20 luglio 2023, richiesto da un comune circa la

possibilità di aggiudicare un contratto d'appalto all'operatore economico a carico del quale, dal certificato dei carichi pendenti, sia risultata la **presenza di un procedimento penale in corso** (nella fattispecie, citazione diretta in giudizio per il reato di lesione personale colposa grave).

L'Autorità innanzitutto cita il codice appalti (d.lgs. 50/2016), ricordando che *"costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena"* per uno dei reati indicati nell'articolo 80 del codice appalti. Tuttavia, la disciplina in materia di contratti pubblici **non esclude comunque che determinati fatti di rilievo penale possano rappresentare un grave errore professionale**, prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato.

Dunque, secondo l'ANAC, in presenza di **gravi fatti di rilevanza penale**, spetta alla stazione appaltante con *"un margine importante di discrezionalità"* stabilire se possono **ostacolare la partecipazione a gare d'appalto** e alla stipula dei relativi contratti. Tutto ciò sarebbe stato evidenziato anche nelle Linee Guida Anac n. 6/2016, nelle quali è stato ricondotto nella fattispecie del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice anche il caso delle **condanne non definitive** per i reati di cui all'articolo 80, comma 1 nonché per gli ulteriori reati indicati nello stesso documento. Nelle stesse Linee guida sono state fornite anche indicazioni sulle modalità con le quali la stazione appaltante deve procedere all'accertamento della causa di esclusione in esame.

Infine, l'Autorità ricorda che è *"discrezione della stazione appaltante quindi valutare quanto la pendenza di un procedimento penale a carico dell'aggiudicatario incida sull'affidabilità dell'operatore economico"* e che i **requisiti di partecipazione** *"devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità"*.

Focus Giurisprudenza

Consiglio di Stato, sez. V, 1° settembre 2023, n. 8127

Il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul vincolo di aggiudicazione aggravato per la divisione in lotti, chiarendo le novità dell'istituto nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Anzitutto i giudici evidenziano le scelte emerse in sede di elaborazione del nuovo art. 58, comma 4, il quale prevede:

- a) la limitazione del “numero massimo di lotti per i quali è consentita l’aggiudicazione al medesimo concorrente” sia rimessa, quale **mera facoltà, alla stazione appaltante**, la quale, tuttavia, è, ove intenda esercitarla, **tenuta a dare conto, nel corpo degli atti indittivi, della “ragione specifica” della scelta operata** (una alla indicazione del criterio, non discriminatorio, di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente il limite fissato);
- b) tale giustificazione, secondo il Consiglio di Stato, deve trovare (non generico né vago) **ancoraggio nelle concrete “caratteristiche della gara”, ovvero nella prospettiva del perseguimento della “efficienza della prestazione”** (il che dà, in definitiva, corpo alla necessità di un sufficientemente circostanziato obbligo motivazionale, di cui non vi era traccia nella previgente disposizione);
- c) che solo con **ulteriore** (ma parimenti specifica e formalmente prefigurata) **opzione**, la stazione appaltante possa decidere di **estendere il limite quantitativo** “a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile” (dovendosi, per tal via, acquisire il silenzio, sul punto, degli atti di indizione quale espressivo di una volontà negativa: come, appunto, genericamente preconizzato dagli sviluppi esegetici di cui si è detto supra);
- d) che, per giunta, la **ridetta estensione** (nel senso di un vincolo soggettivamente aggravato) **debba trarre** (più specifica) **giustificazione** in “ragioni inerenti al mercato” (non essendo, per tal via, sufficiente la valorizzazione dell’oggetto dell’appalto, essendo necessario interrogare il contesto concorrenziale: in tal senso sembra doversi intendere, a dispetto della vistosa omissione, sul piano della interpunzione, di una necessaria virgola, il primo inciso del comma 4);
- e) che – in **prospettiva gradualistica** – ed in considerazione dell’*“elevato numero atteso dei concorrenti”* **il vincolo di aggiudicazione** (con marcata inversione rispetto alla soluzione desumibile dal codice previgente) **possa essere integrato dal vincolo di partecipazione** (con preventiva fissazione del numero massimo di lotti per i quali, prima ancora che concorrere alla aggiudicazione, sia possibile formulare l’offerta).

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).

Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2023, n. 8197.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che l’amministrazione giudicatrice deve **verificare in concreto** se l’anticipazione di alcuni elementi di natura economica, nell’ambito dell’offerta tecnica, **comporti la possibilità di individuare l’offerta economica complessiva dell’offerente**.

Il **divieto di commistione** tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto, dovendosi invece fare riferimento al **parametro di giudizio costituito dalla concreta conclusione dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica**. In particolare, il giudice amministrativo deve procedere di **volta in volta** a una valutazione in concreto circa l'effettiva attitudine degli elementi dell'offerta economica resi anticipatamente noti a condizionare le scelte della commissione di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 2 maggio 2017, n. 1988; id., 29 febbraio 2016, n. 824).

Nel caso di specie, il punto 8 della lettera di invito («Criteri di valutazione dell'offerta e criterio di aggiudicazione») prevedeva una serie di **criteri di valutazione delle offerte distinti con riguardo ai profili del merito tecnico dell'offerta** (cui erano riservati 50 punti sui 1000 complessivi, distribuiti tra i criteri di cui alle lettere c): «oggetto dell'attività che verrà espletata all'interno dell'immobile [...]», massimo 30 punti; e d): «interventi migliorativi sull'immobile [...]», massimo 20 punti); e ai **profili economici**, ossia l'importo del canone di locazione (lettera a), fino a un massimo 40 punti) e le modalità e i tempi di pagamento del canone (lettera b), fino a un massimo di 10 punti). (..) Pertanto, l'elemento della modalità di pagamento del canone incideva nella valutazione dell'offerta economica solo per un massimo di 10 punti (sui 100 complessivi) (..). Ne deriva che l'anticipazione effettuata in sede di offerta tecnica, non appare idonea a influenzare le scelte e le valutazioni della commissione giudicatrice.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).