

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 22 al 26 gennaio

Provvedimenti e Atti Normativi

Appalti G7: via libera anche nel soprasoglia alla procedura negoziata senza bando

Sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 15 del 19 gennaio 2024, è stato pubblicato il decreto-legge 19 gennaio 2024, n. 5, recante *“Disposizioni urgenti per la realizzazione degli interventi infrastrutturali connessi con la presidenza italiana del G7”*.

Tale provvedimento, entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, ossia il 20 gennaio 2024, ha l’obiettivo di consentire la realizzazione degli interventi infrastrutturali e manutentivi connessi con la presidenza italiana del G7 nel 2024 e con lo svolgimento in Italia del vertice dei Capi di Stato e di Governo in programma dal 13 al 15 giugno 2024.

In particolare, per quanto di interesse del settore, all’articolo 1, si prevede:

a) la nomina di un **Commissario straordinario di Governo** per la realizzazione degli interventi infrastrutturali connessi con la presidenza italiana del G7 e con lo svolgimento in Italia del vertice di Capi di Stato e di Governo programmato per i giorni dal 13 al 15 giugno 2024;

b) l’applicazione della **procedura negoziata senza bando con invito a 3 operatori** per l’affidamento degli appalti **“sotto” e “sopra” la soglia di rilevanza comunitaria**, sulla base di una motivazione che dia conto, per i singoli interventi, delle ragioni di urgenza e della necessità di derogare all’ordinaria procedura di gara, per motivi strettamente correlati ai tempi di realizzazione degli stessi nei termini necessari a garantire l’operatività delle strutture a supporto della medesima presidenza italiana del G7.

c) nei casi di cui alla lettera b),

- la possibilità di **stipulare il contratto, sotto condizione risolutiva**, previa acquisizione di una autocertificazione dell’aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti di partecipazione e qualificazione richiesti, ferme restando le verifiche successive; sulla base dell’autocertificazione, si procede poi all’esecuzione anticipata del contratto, prima della stipula;
- l’applicazione delle disposizioni processuali per le controversie relative alle **infrastrutture strategiche (art. 125, D.lgs. 104/2010)**, il cui principale effetto è quello di circoscrivere il ricorso alle misure cautelari, privilegiando il risarcimento per equivalente, in danno di quello in forma specifica.

Per l'affidamento delle attività di esecuzione dei lavori, servizi e forniture di tali interventi e per l'esecuzione dei relativi contratti, si procede **in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale**, fatto salvo il rispetto dei **principi generali dell'ordinamento**, delle disposizioni del d.lgs n. 159/2011 (cd Codice "antimafia"), nonché dei **vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea** (comma 5).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Focus Giurisprudenza

Appalti pubblici: i limiti avvalimento premiale

È impossibile fare ricorso a un avvalimento che abbia l'esclusivo scopo di far conseguire all'impresa ausiliata una migliore valutazione dell'offerta, laddove quest'ultima non necessiti di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara. Di seguito l'approfondimento della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

La [Sezione V del Consiglio di Stato nella sentenza n. 281 del 9 gennaio 2024](#), con riferimento a una gara soggetta al d.lgs. 50/2016, confermando l'orientamento consolidato secondo cui l'avvalimento premiale è ammissibile quando ha l'obiettivo di fornire requisiti mancanti al concorrente.

In particolare, nella sentenza in esame, il Collegio ricorda che, sebbene la questione sia ora regolata dall'art. 104 ultimo comma del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023, già sotto la vigenza dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, era stato ammesso l'utilizzo dell'avvalimento "premile", ossia l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento finalizzato (anche) a ottenere un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica.

Tuttavia, in tale contesto, si sottolinea altresì che **quando il concorrente si avvale di un'ausiliaria per ottenere requisiti mancanti e li incorpora nella formulazione dell'offerta tecnica, questi ultimi devono essere valutati con l'assegnazione dei relativi punteggi, considerando la prospettiva di una reale disponibilità**, all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto, dei requisiti forniti in capo all'impresa ausiliata (v. Cons. Stato, V, 17 settembre 2021, n. 6347).

In coerenza con questo principio, nel caso in questione, il Consiglio di Stato riscontra che l'aggiudicataria ha fatto uso dell'avvalimento "operativo" per soddisfare un requisito di partecipazione, e quindi possono essere valutate anche competenze, risorse e capacità trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata (v. anche [Cons. St., Sez. V, 27.12.2023, n. 11183](#), sulla necessità del transito della struttura dell'ausiliaria per l'attribuzione del punteggio previsto per la certificazione ambientale posseduta da quest'ultima).

Su queste premesse, il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto corretta, da parte della stazione appaltante, l'assegnazione di un punteggio all'impresa in possesso della certificazione di qualità OHDAS 18001, ottenuta tramite avvalimento; ciò, fatto salvo il presupposto che tale attribuzione deve ritenersi comunque condizionata all'effettivo passaggio della struttura organizzativa dell'ausiliaria a quella dell'ausiliato.

In senso contrario, non rileva invece - sempre ad avviso del citato Collegio - che l'ausiliaria non abbia eseguito direttamente l'appalto, perché l'impegno di esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria si applica solo a specifici titoli di studio e professionali, non rilevanti nel contesto in esame.

Ad avviso di ANCE, e in attesa di un pronunciamento della giurisprudenza di merito, tale orientamento può essere confermato anche ai sensi del già citato ultimo comma del vigente art. 104 del d.lgs. 36 del 2023, codice appalti. Ciò, considerato che, anche nel nuovo codice, così come nelle stesse Direttive UE, l'avvalimento non è un istituto a carattere formale, ma sostanziale.

Pertanto, anche nell'avvalimento premiale sorge la necessità di una concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, strettamente collegate alla certificazione ottenuta (v., da ultimo, [Cons. St., Sez. V, 3.12.2024, n. 119](#), e sentenze ivi richiamate, ove, sull'avvalimento dell'attestazione SOA e certificazione di qualità e ISO 9000, si specifica che oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo, in termini di mezzi e risorse, del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

TAR Campania, sez. VII, 19 dicembre 2023, n. 7037

Il TAR Campania si è pronunciato in tema di contratti "sotto-soglia", affermando che per questi **non sussiste alcun divieto di optare per le procedure ordinarie**

Infatti, i giudici hanno confermato l'aggiudicazione in favore di un operatore che invece, secondo il ricorrente, andava automaticamente escluso in base a quanto disposto dall'art. comma 3, ultimo periodo, D.L. 76/2020.

In particolare, la ricorrente lamentava che la S.A., dopo aver individuato la soglia di anomalia dell'offerta nel 33,200%, ha omesso di provvedere all'esclusione automatica della società divenuta aggiudicataria, censurando la violazione dell'art. 1, comma 3 del D.L. 76/2020.

A parere del TAR adito ***“la disciplina speciale dettata dal decreto legge n. 76 del 2020 prevale sulla disciplina dei contratti sottosoglia prevista dall'art. 36 del D.lgs. 50/2016, integrando e sostituendo le previsioni della lex specialis con essa incompatibili, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia. Con le disposizioni in parola sono state introdotte previsioni derogatorie con finalità***

acceleratorie, funzionali al rapido affidamento degli appalti interessati, riscrivendo, con efficacia limitata nel tempo, la regolamentazione dell'affidamento diretto e della procedura negoziata prevista dal D.lgs. 50/2016".

In particolare, l'art.1, comma 2, D.L. 76/2020, ha introdotto **previsioni derogatorie con finalità acceleratorie**, funzionali al rapido affidamento degli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, riscrivendo, con efficacia limitata nel tempo, la regolamentazione dell'affidamento diretto e della procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, del D.lgs. 50/2016.

A tal proposito, il TAR ha sostenuto che *"Non revocando o sospendendo la disciplina ordinaria, **la norma in rilievo non ha sottratto alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta della procedura di aggiudicazione**, né ha escluso la possibilità che la stessa decida di adottare, anche per gli affidamenti di valore inferiore alla soglia comunitaria, **il modello della procedura aperta**".*

Pertanto, secondo i giudici, l'obbligatorietà della disciplina di cui al D.L. 76/2020 deve essere intesa nel senso che **essa si impone solo sulle modalità di affidamento ordinarie di cui all'art. 36, comma 2, D.lgs. 60/2016 in quanto il perimetro della deroga non può estendersi, con effetto sostitutivo, oltre la disciplina che ne è oggetto.**

Per tali ragioni il TAR, in conclusione, ha sostenuto che *"Non persuade la tesi della ricorrente secondo cui la nuova normativa (che, in sostanza, per i contratti sotto soglia impone in ogni caso il ricorso ad affidamenti diretti o procedure negoziate, con la sola eccezione rappresentata dall'opzione per la procedura aperta per i contratti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14) consentirebbe, in chiave interpretativa, di ravvisare già nella normativa emergenziale ex l. n. 120/20, in via generale, il divieto di optare per la procedura aperta".*

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

TAR Lazio, sez. III, 22 dicembre 2023, n. 19500

Con la sentenza in esame, il TAR romano si è espresso in tema di **divisione in lotti**, affermando che **il concorrente che abbia presentato offerte in più lotti può proporre ricorso cumulativo soltanto se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto concernente tutti i lotti oggetto di gara.**

Secondo il TAR, ciò che giustifica la trattazione congiunta di diverse domande di annullamento rendendo ammissibile il ricorso cumulativo, *"risiede nella circostanza che le plurime **domande giudiziali proposte siano rette dalla medesima causa petendi**".*

Ed infatti, il Collegio ricorda il consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale, in via generale, *"il ricorso cumulativo è ammissibile a condizione che ricorrano congiuntamente i requisiti della identità di situazioni sostanziali e processuali, che le*

*domande siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che identiche siano altresì le censure" (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 6385 del 22 ottobre 2020)"; inoltre, con specifico riferimento alle **gare pubbliche**, a più riprese si è ritenuto che "l'ammissibilità del ricorso cumulativo contro gli atti di una gara divisa in lotti **resta subordinata all'articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni [...]** alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni, sussistendo, infatti, in questi casi **una identità di causa petendi e una articolazione del petitum che risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa caducatoria che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta"** (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 581; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8337).*

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

TAR Lazio, sez. II-bis, 3 gennaio 2024, n. 140

Con la sentenza in oggetto, alla luce delle disposizioni contenute nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, il TAR Lazio si è pronunciato **sulla legittimità delle clausole della *lex specialis* che impongono il sopralluogo a pena di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica**, osservando quanto segue.

La vicenda che ci occupa trae origine dal ricorso presentato da un concorrente avverso il provvedimento di esclusione per mancato espletamento del sopralluogo con le modalità previste dal paragrafo 10 del disciplinare di gara e per l'omessa indicazione dell'operatore economico cui affidare il servizio di progettazione esecutiva, come richiesto dal paragrafo 5.3.2 del disciplinare.

Nell'accogliere il ricorso presentato dal ricorrente, i giudici di *prime cure* hanno **ritenuto di aderire alla giurisprudenza** (in tal senso, cfr. Cons. Stato n. 575/21; Cons. Stato n. 3581/19 ivi richiamata) formatasi sul medesimo tema nella vigenza **del precedente Codice 50/2016**, in ragione delle similitudini tra la disciplina contenuta in quest'ultimo e quella prevista dal Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

Infatti, ad avviso del TAR, **non può essere utilmente invocato l'art. 92, comma 1, D. Lgs. n. 36/2023**, secondo cui "*le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati*", atteso che **tale disposizione non va interpretata nel senso di ammettere la prescrizione del sopralluogo a pena di esclusione**, bensì deve essere intesa semplicemente come **precetto indirizzato esclusivamente all'amministrazione al fine di vincolarla a**

parametrare i termini di partecipazione alla gara agli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta.

D'altronde, rilevano i giudici, *“tale opzione ermeneutica è **coerente con il principio dell'accesso al mercato previsto dall'art. 3 d. lgs. n. 36/23** secondo cui “le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”, **il quale**, ai sensi dell'art. 4 del medesimo testo normativo, costituisce **criterio primario per l'applicazione e l'interpretazione delle altre disposizioni del vigente codice degli appalti**”.*

Di tal che, **la previsione del sopralluogo in fase di gara quale causa di esclusione deve ritenersi nulla per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 commi 1 e 2 D. Lgs. n. 36/23.**

Tanto è ancor più vero se si considera che, nell'ambito del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, **le deroghe al principio di tassatività delle cause di esclusione devono essere interpretate in maniera più restrittiva rispetto al passato**, in quanto detto principio ha una valenza ancor più stringente rispetto al previgente art. 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, in ragione sia della collocazione dello stesso nei principi generali del nuovo Codice, sia delle strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato sopra richiamato.

Alla luce di quanto sopra, i giudici del TAR Lazio hanno concluso rilevando che, *“nel vigente quadro normativo, deve essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale (per il quale, da ultimo, TAR Lazio – Latina n. 414/23), formatosi in relazione all'abrogato art. 83 d. lgs. n. 50/16, secondo cui **l'obbligo di sopralluogo riveste un ruolo sostanziale e non meramente formale, consentendo ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto**”.*

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