

IPSOA


# Giornale di diritto amministrativo

**25**  
ANNI

Bimestrale di legislazione, giurisprudenza,  
prassi e opinioni

ISSN 1591-559X - ANNO XXV - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

**6/2019**

 [edicolaprofessionale.com/GDA](http://edicolaprofessionale.com/GDA)

**L'evoluzione del sistema  
amministrativo europeo**

**Il decreto "sblocca cantieri":  
ambizioni e limiti**

**L'algoritmo come "atto amministrativo  
informatico" e il sindacato del giudice**

**DIRETTORE SCIENTIFICO**  
Sabino Cassese

**COMITATO SCIENTIFICO**  
Edoardo Chiti  
Giulio Napolitano  
Giulio Vesperini

**COMITATO DI INDIRIZZO**  
Francesco Battini  
Luigi Carbone  
Luisa Torchia



TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DOB MILANO

esistenti per impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamenti mafiosi e criminali.

Il caso del subappalto è, come detto, esemplare della perdurante asimmetria tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea. Le modifiche 2019 hanno fallito nel superare l'asimmetria; prossime novità sono dunque da attendersi nella "saga" del Codice.

## Segnali di novità negli spazi di autonomia delle amministrazioni

Per un commento ad altre innovazioni al Codice rinvio ai contributi pubblicati *infra*, in questo numero della Rivista. Talune hanno origine da un informale dibattito pubblico, promosso dal Ministero Infrastrutture e Trasporti, cui hanno partecipato attivamente imprese, pubbliche amministrazioni, associazioni politiche e culturali. Al di là della qualità della normazione, varie novità sono sostanzialmente da apprezzare, come la disciplina dei motivi di esclusione e dei criteri di aggiudicazione (con ipotesi in cui l'aggiudicazione può avvenire solo in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Pesa comunque negativamente la persistente disorganicità degli interventi.

Si conferma così che la disciplina dei contratti pubblici è un "cantiere" aperto; senza fine. Le amministrazioni sono sicuramente tarpate dall'intraprendere una politica di intervento di medio lungo periodo; ma non possono addurre questa circostanza come alibi per non utilizzare i notevoli spazi di autonomia e discrezionalità che le direttive e lo stesso Codice offrono loro (26).

Va segnalato positivamente che proprio nel senso ora indicato stanno emergendo interessanti iniziative che manifestano una nuova capacità progettuale delle amministrazioni. Si può citare ad esempio una serie di nuovi appalti nel settore del Partenariato Pubblico Privato, come i "contratti di efficientamento energetico" (brutto italianizzazione della formula inglese "energy performance contract/EPC"), che stanno emergendo nel settore sanitario e nei servizi degli enti locali. Sono contratti per migliorare il processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia, con l'obiettivo di conseguire ingenti risparmi energetici e di ridurre le emissioni inquinanti. Si tratta di contratti che, pur qualificati come appalti (a loro volte misti, con prevalenza degli appalti di servizi) combinano principi generali degli appalti, delle concessioni, del PPP e delle regole sulla finanza di progetto.

Questi nuovi contratti non sono tipizzati nella legge, ma rientrano senza problemi nell'ambito della disciplina codicistica; se opportunamente predisposti. Così si dimostra come la parte finora più stabile del Codice (quella delle concessioni e del PPP) sia tra le più feconde di novità, solo che si vogliono utilizzare i molteplici spazi di autonomia e discrezionalità aperti alle amministrazioni. Più in generale, si può rilevare che vere innovazioni nel campo dei contratti pubblici possono derivare non dall'aggiunta infinita di nuove norme, anche se apparentemente modernizzanti, quanto dall'uso intelligente degli spazi di discrezionalità che già oggi esistono nel Codice, che, pur nell'incomprensione delle amministrazioni (e di molti commentatori), aveva colto il senso di fondo delle riforme apportate dalle direttive del 2014.

## I requisiti degli operatori economici

di Claudio Guccione

La disciplina dei requisiti di partecipazione degli operatori economici ha subito notevoli modificazioni, soprattutto ad opera del D.Lgs. n. 56/2017 e del D.L. n. 32/2019. Tra gli interventi più importanti si ricorda, per quanto riguarda i motivi di esclusione, la ridefinizione della disciplina del grave illecito professionale, l'introduzione di una disciplina relativa alla durata della esclusione dalle gare a seguito di sentenza penale di condanna definitiva, la sospensione della dimostrazione in fase di gara del possesso dei requisiti da parte dei subappaltatori (coerentemente con la sospensione della indicazione in gara della terna dei subappaltatori) e, per quanto attiene all'avvalimento, l'espressa sanzione di nullità per il contratto di avvalimento dal contenuto generico e la risoluzione del contratto di appalto in caso di non effettivo impiego delle risorse dell'ausiliaria.

(26) Cfr. M.P. Chiti, *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, in *Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi*, Milano, 2016, 89.

## I motivi di esclusione

L'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016, rubricato "Motivi di esclusione", disciplina i *requisiti morali* che gli operatori economici devono possedere al fine di partecipare alle gare ad evidenza pubblica, i quali consistono in condizioni soggettive del concorrente che ne garantiscono l'affidabilità.

Tale norma è stata oggetto di successive modificazioni, operate a partire dal decreto correttivo, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, sino, da ultimo, al decreto "sblocca cantieri", D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con L. 14 giugno 2019, n. 55.

Per quanto attiene all'ambito di *applicazione oggettiva* della norma, l'art. 80 si applica a tutti i contratti pubblici regolati dal Codice, sia nei settori ordinari che, per l'espresso rinvio dell'art. 133, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, nei settori speciali, ma con un importante distinguo, nel contesto di questi ultimi, per gli appalti sotto soglia.

Difatti, sebbene la regola generale sembri essere la sistematica applicazione dell'art. 80 anche con riguardo ai settori speciali, la regola specifica per gli affidamenti sotto soglia delle imprese pubbliche e dei soggetti privati titolari di diritti speciali esclusivi è contenuta nell'art. 36, comma 8, che per tali soggetti si limita a richiedere l'applicazione della disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza. Non è dunque richiesto il rispetto delle regole del Codice ma solo dei principi comunitari.

Con riferimento all'ambito di applicazione soggettiva, poi, i motivi di esclusione elencati non devono sussistere in capo agli operatori economici che vogliano partecipare ad una procedura di appalto o concessione in qualità di concorrenti ovvero in qualità di subappaltatori, stante l'espressa previsione del comma 14 dell'articolo in esame.

Come noto, una delle novità di cui alla L. n. 55/2019, di conversione del D.L. "sblocca cantieri", è rappresentata dalla sospensione, sino al 31 dicembre 2020,

dell'applicazione di alcune disposizioni del Codice, tra cui quella relativa all'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori in sede di presentazione dell'offerta (art. 105, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016) (1). Tale scelta risponde all'esigenza di recepire, almeno parzialmente, i rilievi risultanti dalla procedura di infrazione n. 2018/2273, intrapresa dalla Commissione europea, circa la difformità di alcune nostre disposizioni interne rispetto alla normativa comunitaria, tra cui, appunto, quella sulla terna di subappaltatori (2).

La disapplicazione temporanea dell'art. 105, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016 ha inciso significativamente anche sull'art. 80, atteso che lo stesso conteneva un espresso richiamo alla disposizione in parola. Più precisamente, la versione originaria dell'articolo (invero ancora corrispondente a quella attuale, almeno dal punto di vista formale) prevedeva l'inciso (3) secondo cui, nei casi di indicazione obbligatoria della terna, il difetto dei requisiti generali in capo ad uno dei subappaltatori si sarebbe riverberato, quale causa di esclusione, sul concorrente stesso (4). Tale previsione creava indubbiamente dei problemi di coordinamento rispetto a quanto stabilito nella Legge delega n. 11/2016 circa l'obbligo di sostituzione del subappaltatore che versasse in una delle ipotesi interdittive (5), obbligo recepito dall'art. 105, comma 12, secondo cui "L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80" (6).

Sempre dal punto di vista soggettivo, il comma 3 del citato art. 80 chiarisce poi che, relativamente alle ipotesi contemplate dai commi 1 e 2, l'esclusione opera se i provvedimenti sono rivolti nei confronti dei soggetti ivi elencati, anche se cessati dalla carica nell'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara, a meno che l'impresa non dimostri

(1) Tale sospensione è prevista dell'art. 1, comma 18, L. n. 55/2019. Sul punto, si consideri che il D.L. n. 32/2019 aveva espunto l'inciso riferito al subappaltatore del testo del Codice, ma con la L. n. 55/2019 il riferimento è ricomparso seppur, ad oggi, sospeso. Per approfondimenti sul tema del subappalto, si veda *infra*, Dugato, *Il subappalto*, p. 737.

(2) Si confronti la sentenza T.A.R. Roma 29 maggio 2018, n. 6010 che ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione della compatibilità rispetto al diritto europeo della previsione di esclusione dell'operatore economico per la sussistenza di un motivo di esclusione in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna.

(3) Criticato da R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici - Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 775.

(4) Si confronti sul punto il parere C.d.S., par. 3 novembre 2016, n. 2286 (fatto proprio dall'ANAC nella delibera n. 487/2017), nel

quale si precisa che occorre dare un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 80, commi 1 e 5. Ciò posto, si è affermato che "quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni".

(5) L. d. n. 11/2016, art. 1, lett. rrr) "l'obbligo di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione".

(6) Si confronti anche la tesi opposta del T.A.R. Genova, sent. 13 agosto 2019, n. 698.

che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata (7). Dunque, suddividendo le cause di esclusione tra (i) cause dipendenti da condanne penali (comma 1); (ii) cause derivanti da provvedimenti previsti dal Codice antimafia (comma 2); (iii) cause concernenti la violazione di obblighi relativi al pagamento di imposte (comma 4) ed (iv) altre cause di esclusione (comma 5), la suddetta specifica soggettiva vale solo per i primi due commi: nessuna estensione è stata espressamente prevista dal legislatore in relazione alle ulteriori cause di esclusione di cui ai commi successivi (8).

Passando ora all'analisi del contenuto dell'art. 80, (i) il primo comma contiene cause di esclusione di diretta imposizione comunitaria relative alle conseguenze di provvedimenti definitivi del giudice penale per uno dei reati ivi elencati.

Rispetto ai contenuti del previgente art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, sono stati inseriti - riprendendo quanto contenuto nella Direttiva di riferimento - i reati di terrorismo o connessi ad attività terroristiche e i reati concernenti il lavoro minorile o altre forme di tratta degli esseri umani.

Certamente innovativa sul punto è l'introduzione da parte del D.Lgs. n. 50/2016 del c.d. *self cleaning* di cui ai commi 7, 8 e 9: per le condanne penali minori, il concorrente o il subappaltatore che versino in una condizione di esclusione sono ammessi a provare di

aver risarcito (o di essersi impegnati a risarcire) i danni provocati ovvero di aver adottato tutti i provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (9). In questi casi, se la stazione appaltante ritiene sufficiente quanto predisposto dall'operatore economico, lo stesso non è escluso dalla gara, ma tale ancora di salvataggio opera solamente se la condanna definitiva prevede una pena detentiva inferiore a 18 mesi o se sia stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato (10).

Infine, a differenza di quanto avveniva in vigore del vecchio art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 che dava esclusivo rilievo alle fattispecie di estinzione del reato e/o di riabilitazione, viene oggi fissato un limite temporale massimo di ostatività della condanna penale alla partecipazione alla gara, anche a prescindere dalle suddette situazioni giuridiche. Difatti, il comma 10 dell'art. 80 - precisato nel dettaglio ad opera dello "sblocca cantieri" - e il comma 10 bis - aggiunto dallo stesso "sblocca cantieri" (11) - fissano puntualmente la durata della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione nel caso in cui non sia definita dalla sentenza penale di condanna (12).

(ii) Il secondo comma dell'art. 80 disciplina, invece, le cause di esclusione correlate all'applicazione delle misure contenute nel D.Lgs. n. 159/2011, c.d. Codice antimafia.

(7) Sul punto, ANAC, Det. 12 gennaio 2010, n. 1: "A titolo esemplificativo, la dissociazione potrebbe consistere nell'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e/o da tutte le cariche sociali con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, il licenziamento ed il conseguente avvio di un'azione risarcitoria, la denuncia penale"; Cons. Stato, Sez. V, sent. 6 ottobre 2018, n. 575: "Non rappresenta atto di dissociazione, utile al fine di evitare l'esclusione, la semplice rimozione o cessazione dalla carica sociale di un amministratore che sia incorso in reati incidenti sulla moralità professionale. L'impresa deve infatti dimostrare di aver adottato atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta delittuosa di un proprio amministratore, come, ad es., l'avvio di un'azione per responsabilità sociale, per accedere all'esimente che può essere riconosciuta alle condotte dissociative".

(8) Cfr. T.A.R. Bolzano, sent. 22 gennaio 2019, n. 14; T.A.R. Lazio, sent. 17 giugno 19, n. 7836.

Tali pronunce hanno statuito la disapplicazione delle Linee Guida dell'ANAC n. 6 (deliberazione n. 1293/16, da ultimo aggiornate con deliberazione n. 1008/17), nella parte in cui, con riferimento specifico al comma 5, lett. c) dell'art. 80, precisavano che "i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, co.3, del Codice". Del resto, va rilevato che le dette Linee Guida non hanno natura vincolante, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere dell'Ad. Commissione Speciale, n. 2296/16.

(9) La previsione del c.d. *self cleaning* è stata una vera rivoluzione copernicana considerando che in passato l'insussistenza

delle cause di esclusione doveva perdurare dalla data di presentazione dell'offerta fino al momento della stipulazione del contratto (cfr. in termini, *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, Sez. V, sent. 25 maggio 2010, n. 3325; Deliberazione AVCP n. 100 del 29 marzo 2007 e, per il subappaltatore, AVCP, Det. 12 gennaio 2010, n. 1).

Sulla *ratio* dell'istituto in esame, cfr., T. Di Nitto, *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in questa *Rivista*, 2016, 4, 464.

(10) Questa ultima precisazione non trova alcun fondamento nella Direttiva, che prevede invece la possibilità di deroga per tutte le ipotesi escludenti. Per il legislatore comunitario la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico è rimessa esclusivamente alla discrezionalità della stazione appaltante che deve considerare la gravità e le particolari circostanze del reato, senza prevedere presunzioni assolute quale quella indicata *ex art.* 80, comma 7 (art. 57, parr. 6 e 7, Dir. 2014/24/UE e art. 38, parr. 9 e 10, Dir. 2014/23/UE).

(11) L'art. 1, comma 21, L. n. 55/2019 ha precisato che le modifiche di cui ai commi 10 e 10 bis dell'art. 80 "si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi".

(12) La riformulazione del comma 10 lo allinea rispetto alla disciplina delineata dalla c.d. riforma "Spazza Corrotti", L. 9 gennaio 2019, n. 3, pubblicata in G.U. n. 13/2019.

L'intervento del decreto n. 32/2019 su questo comma si è sostanziato nella precisazione secondo cui, in ogni caso, "resta fermo quanto previsto dall'art. 34 bis, cc. 6 e 7, D.Lgs. 6.9.2011, n. 159". È stato confermato, dunque, che le imprese sottoposte ad interdittiva antimafia oggetto di impugnazione possano richiedere al Prefetto l'applicazione del controllo giudiziario sull'azienda, evitando così il divieto di contrattazione con la P.A. e l'esclusione dalla procedura di gara.

(iii) La terza categoria di motivi di esclusione è disciplinata dal comma 4 dell'art. 80, che contempla ipotesi di violazione di obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali.

Sul punto, non si segnala alcuna novità apportata dallo "sblocca cantieri" e ciò in quanto, in sede di conversione dello stesso, non sono state recepite le modifiche ivi proposte, con cui si sarebbe inteso incidere sul carattere della definitività dell'accertamento delle irregolarità contemplate dal comma in esame, consentendo alla stazione appaltante di escludere l'operatore economico non in regola con gli obblighi fiscali o contributivi anche se non definitivamente accertati con sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione (13). Tuttavia il Legislatore ha preferito lasciare invariata la disposizione, probabilmente nell'intento di evitare di

esporre gli operatori economici a penalizzazioni eccessive e sproporzionate.

(iv) Infine, al comma 5 dell'art. 80 sono previste ulteriori ipotesi di esclusione (14), tra cui merita attenzione anzitutto quella contemplata dalla lett. c), relativa ai gravi illeciti professionali commessi dall'operatore economico che ne rendano dubbia l'integrità o l'affidabilità (15). Questa causa di esclusione replica fedelmente quella contenuta nell'art. 57, par. 4, lett. c), Dir. 2014/24/UE, in merito alla quale la Corte di Giustizia UE ha ritenuto lecito che gli Stati la classificassero come causa di esclusione obbligatoria (16). È onere della stazione appaltante dimostrare i gravi illeciti professionali "con mezzi adeguati" (17), mezzi che, al fine di garantire omogeneità di prassi, sono stati meglio precisati dalle Linee Guida ANAC n. 6/2016 (18).

Rispetto all'originaria formulazione unitaria della lett. c), le fattispecie di esclusione ivi contemplate sono state declinate e suddivise - secondo l'impostazione già fatta propria dalla Direttiva europea - nelle lett. c bis (casi in cui l'operatore abbia tentato di influenzare la stazione appaltante nel processo decisionale o di ottenere informazioni riservate o abbia fornito informazioni false e fuorvianti o ne abbia omesse) e c ter (casi in cui l'operatore abbia dimostrato significative o persistenti carenze

(13) La proposta di modifica rispondeva alle risultanze della procedura di infrazione n. 2018/2273: per la Commissione, la precisazione del comma 4 secondo cui le irregolarità devono essere "contenute in sentenze o atti amministrativi non soggetti a impugnazione", contrasterebbe con quanto stabilito dalle direttive nella parte in cui consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere le imprese concorrenti anche nel caso in cui siano in grado di "dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali", a prescindere dalla sussistenza di accertamenti definitivi in tal senso.

(14) Si segnala che, relativamente ai casi contemplati dall'art. 80, comma 5, il D.L. n. 32/2019 ha modificato il comma 10 bis stabilendo che la durata di esclusione è di 3 anni (in linea con quanto previsto a livello europeo: art. 57, par. 7, Dir. 2014/24/UE) e decorre dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza.

(15) Sull'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c): Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72: "lungi dal prevedere delle specifiche (e tipizzate) ipotesi di esclusione, al cui verificarsi il legislatore faccia conseguire l'obbligo per la stazione appaltante di disporre l'esclusione dalla gara, la norma eccezionalmente consente - in deroga al generale principio della tipicità delle cause di esclusione - all'amministrazione di disporre comunque l'esclusione per fatti non tipizzati a priori, a condizione però che la stessa dimostri, alla luce di tali circostanze, che l'operatore economico si era reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità".

(16) Sul punto, cfr. CGUE, IV, 14 dicembre 16, C-171/15.

(17) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367: "non è, infatti, indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono

essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara (...), siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati".

Sul concetto di "mezzi adeguati" cfr. T.A.R. Milano, Sez. I, n. 894/2019 e T.A.R. Roma, Sez. I, n. 2771/2019: l'Amministrazione dovrebbe compiere una autonoma istruttoria per verificare la sussistenza del grave illecito professionale (un'autonoma valutazione dei fatti asseritamente incidenti sulla moralità professionale e delle relative fonti di prova da indicare poi nell'eventuale provvedimento finale di esclusione), indipendente da quella in corso di svolgimento nell'eventuale giudizio penale.

Contra, T.A.R. Napoli, Sez. I, sent. 7 dicembre 2018, n. 7005, secondo cui sarebbe sufficiente la mera pendenza di un procedimento penale, senza che l'Amministrazione sia chiamata ad autonome valutazioni.

(18) ANAC, Linee Guida n. 6, approvate con deliberazione n. 1293/16, da ultimo aggiornate con deliberazione n. 1008/17.

Le stesse precisano che "L'amministrazione è tenuta a motivare il provvedimento con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, alla gravità della fattispecie e alla connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare" e che "L'esclusione dalla gara (...) deve essere disposta all'esito di un procedimento contraddittorio con l'operatore economico interessato, all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata". Nello stesso senso, T. A.R. Lazio, sent. 14 agosto 2019, n. 10533.

nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o concessione, causandone la risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento) ad opera del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (19), e c *quater*, aggiunta poi dal decreto "sblocca cantieri", secondo cui è escluso "l'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato" (20).

Anche tale disposizione è stata oggetto di contestazione nella citata procedura di infrazione n. 2018/2273, con particolare riferimento all'ipotesi ora confluita nella lett. c *ter*) sulle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne abbiano causato la risoluzione. La Commissione ha censurato la parte in cui si attribuiva rilevanza escludente alle inadempienze contrattuali pregresse "non contestate in giudizio ovvero confermate all'esito del giudizio", poiché tale inciso - non contenuto nelle direttive europee di riferimento - sembrava precludere la possibilità di valutazione della stazione appaltante con riguardo alle inadempienze contestate in giudizio ovvero non confermate all'esito del giudizio (21) e, pertanto, è stato eliminato ad opera del D.L. n. 135/2018 contemporaneamente all'introduzione della lett. c *ter*).

Per completare il quadro delle modifiche apportate dalla L. n. 55/2019 al comma 5 in esame bisogna poi considerare la lett. b) (22), riscritta meglio precisando le procedure concorsuali e di crisi di impresa che determinano l'esclusione dell'operatore economico: il fallimento, lo stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo ovvero la pendenza di un procedimento per la dichiarazione di una di queste condizioni, fermo restando quanto previsto dall'art. 110 del Codice e dall'art. 186 *bis* l.fall. (R.D. 267/1942).

Inoltre, bisogna considerare che con l'introduzione ad opera dell'art. 1, comma 16, L. n. 55/2019 del comma 2 *bis* dell'art. 86 del Codice, ai fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 - in capo all'operatore economico che partecipa alla procedura o ai soggetti di cui si avvale nonché ai subappaltatori - i

certificati e gli altri documenti hanno una durata pari a sei mesi dalla data del rilascio. È infine prevista un'ultrattività per quei documenti (fatta eccezione per il DURC) già acquisiti e scaduti da non oltre sessanta giorni, qualora sia pendente il procedimento di acquisizione: la Stazione Appaltante, in questi casi, può procedere alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione con richiesta diretta agli enti certificatori di eventuale conferma del contenuto dell'attestazione già rilasciata; gli enti certificatori devono formulare un riscontro entro trenta giorni dalla richiesta, decorso il quale il contenuto si intende confermato. I certificati e gli altri documenti in corso di validità possono essere utilizzati nell'ambito di diversi procedimenti di acquisto.

## L'avvalimento

Gli operatori economici possono far ricorso all'istituto dell'avvalimento (art. 89) ai fini della dimostrazione dei requisiti speciali di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), nella nota distinzione tra *avvalimento di garanzia* ed *avvalimento operativo*.

Rispetto al D.Lgs. n. 163/2006 che aveva recepito restrittivamente le direttive di riferimento, il nuovo Codice ne ha riprodotto più fedelmente il contenuto, pur prestando ancora il fianco ad alcune censure da parte della Commissione per il tramite della già menzionata procedura di infrazione n. 2018/2273, di cui si dirà in seguito.

Affinché il concorrente possa avvalersi dei suddetti requisiti, è necessario che risulti chiaramente dal contratto di avvalimento che l'ausiliaria mette a disposizione del concorrente tutte le risorse che giustificano l'attribuzione del requisito. Tale onere di specificità risultava esplicitato, già prima dell'entrata in vigore del Codice, dal tutt'ora vigente art. 88, d.P. R. n. 207/2010, secondo cui il contratto "deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati *in modo determinato*". Sul punto, la giurisprudenza aveva chiarito che l'indeterminatezza e/o l'indeterminabilità delle risorse oggetto di avvalimento comportava la nullità

(19) D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione", in G.U. S.G. n. 290/18.

(20) Anche relativamente all'applicazione comma 5, lett. c *quater*) dell'art. 80, vale la prescrizione ex art. 1, comma 21, L. n. 55/2019 (v. nt. 11).

(21) In conformità rispetto a questo orientamento, si confronti la recente sentenza della Corte di Giustizia UE del 19 giugno 2019, n. 4118, secondo cui "l'art. 57, par. 4, lett. c) e g), Dir. 2014/24/UE osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione

in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce".

(22) Anche relativamente all'applicazione comma 5, lett. b) dell'art. 80, vale la prescrizione ex art. 1, comma 21, L. n. 55/2019 (v. nt. 11).

del relativo contratto ai sensi degli artt. 1418, 1325 e 1346 c.c. (23).

La sanzione di nullità è oggi espressamente confermata dall'art. 89, comma 1 del Codice, secondo cui "il contratto di avvalimento contiene, *a pena di nullità*, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria". Tuttavia, con riferimento al testo del comma 1 precedente alla suddetta novella di cui al D.Lgs. n. 56/2017 che ha aggiunto tale sanzione, sul tema si era espresso il Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 23 del 4 novembre 2016, secondo cui il contratto di avvalimento avente un oggetto solo determinabile (e non anche determinato) non poteva essere affetto da nullità per due ordini di ragioni: in primo luogo, in virtù del principio per cui l'oggetto del contratto di avvalimento non dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli previsti per la generalità dei contratti (*ex artt. 1325 e 1346 c.c.*) e, in secondo luogo, in virtù del principio di tassatività delle cause di nullità, atteso che nessuna delle disposizioni applicabili *ratione temporis* conteneva espressamente l'indicazione di tale vizio.

Alla luce della novellata formulazione dell'art. 89, tale orientamento dovrebbe tuttavia ritenersi superato o quanto meno occorrerebbe una nuova pronuncia sul tema. Del resto, era la stessa Plenaria che poneva le basi del suo ragionamento sull'assenza di forme di nullità, semmai introducibili solo *de iure condendo* (24). Dunque, ad oggi, pare legittimo concludersi per la necessaria determinatezza dell'oggetto del contratto, a maggior ragione se si considera che l'aggiunta è stata operata da una legge speciale di fonte primaria (D.Lgs. n. 56/2017) che ben può derogare alla previsione del codice civile sulla sufficienza della mera determinabilità dell'oggetto. Ciononostante, talune recenti sentenze persistono nell'adesione alla citata Plenaria (25).

La specificità del contratto di avvalimento consente poi, in sede di esecuzione, una più agevole verifica

dell'effettivo impiego delle risorse e dei mezzi promessi. Per i casi di avvalimento operativo puro, infatti, il comma 9 dell'art. 89 impone che le prestazioni siano svolte "direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria", *a pena di risoluzione del contratto di appalto*, come specificato a seguito della novella di cui al D.Lgs. n. 56/2017. Deve trattarsi di un rapporto che dia titolo all'ausiliata di utilizzare i mezzi dell'impresa ausiliaria senza l'intermediazione di quest'ultima, altrimenti la fattispecie si atterrebbe a mero subappalto. In questo senso, il discrimine tra i due istituti è rappresentato dall'impiego o meno anche dell'organizzazione imprenditoriale dell'impresa di cui ci si serve (26): nel caso dell'avvalimento, l'impiego di mezzi e personale dell'ausiliaria deve essere effettivo (27), ma residuano in capo all'appaltatore il coordinamento e la direzione degli stessi; nel caso del subappalto, invece, le prestazioni sono eseguite materialmente dal subappaltatore, sul quale ricadono anche il rischio economico dell'esecuzione e l'effettiva autonomia organizzativa. Pertanto, la valutazione spetterà al giudice, caso per caso, con riferimento agli specifici elementi concreti. Infine, merita attenzione un'ultima precisazione introdotta dal nuovo Codice con riguardo a determinati requisiti oggetto di avvalimento operativo: "per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali (...) o alle esperienze professionali pertinenti, *gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste*" (art. 89, comma 1).

Sul punto, recenti pronunce giurisprudenziali, valorizzando il tenore letterale della disposizione, hanno precisato che in questi casi non sarebbe sufficiente il mero prestito delle risorse e dei mezzi da parte dell'ausiliaria, dovendo eseguire essa stessa, direttamente, la prestazione (28). Il rischio è che se il concetto di "esperienze professionali pregresse" viene esteso al punto tale da ricomprendervi qualsiasi requisito di natura tecnico-

(23) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 giugno 2014, n. 3058; Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365; T.A.R. Napoli 22 luglio 2015, n. 3884.

(24) Cons. Stato, Ad. Plen., n. 23/2016, par. 5.5 "anche a ritenere (ipotesi qui denegata) che il Legislatore possa in astratto introdurre forme di nullità di protezione a tutela dei requisiti di 'forma-contenuto' del contratto di avvalimento, ciò sarebbe possibile solo *de iure condendo*, laddove - al contrario - la disamina puntuale delle disposizioni che qui rilevano (...) non conforta affatto la tesi prospettata con il grado di chiarezza e tassatività che - al contrario - l'imposizione di così stringenti vincoli formali avrebbe imposto in modo indefettibile".

(25) Cfr. Cons. Stato, sent. 25 luglio 2019, n. 5257; Sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396; T.A.R. Roma, sent. 10 maggio 2019, n. 5880.

(26) Sul punto si confronti Cons. Stato, Sez. V, sent. 12 giugno 2009, n. 3791; CGARS, ord. 19 febbraio 2016, n. 52.

(27) Il documento in consultazione del 13 giugno 2017 dell'ANAC oltre al requisito dell'effettività delle risorse impiegate, sembra introdurre un vincolo di esclusività di destinazione delle stesse all'esecuzione dell'appalto per il tempo necessario.

(28) Così è stato nella sentenza Cons. Stato, Sez. V, sent. 3 aprile 2019, n. 2191, in cui il requisito dello svolgimento dei servizi analoghi è stato ricondotto nella nozione di "esperienze professionali pertinenti" e si è affermato che in tali ipotesi il contratto di avvalimento dovrebbe contemplare l'assunzione da parte dell'ausiliaria di un concreto ed effettivo ruolo esecutivo.

Tale pronuncia ha confermato l'orientamento già espresso: cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 6 ottobre 2018, n. 5750, sentenza che precisa anche che la mancata assunzione dell'obbligo di eseguire direttamente la prestazione in capo all'ausiliaria nel contratto di avvalimento rappresenta una lacuna non colmabile con soccorso

professionale afferente a precedenti esperienze degli operatori economici (29), tale previsione rischia di cadere in contrasto non tanto con quanto disposto dall'incipit del comma 8 secondo cui "Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara" perché non deve confondersi l'esecutore materiale delle prestazioni con il titolare del contratto, quanto piuttosto con la seconda parte del medesimo comma secondo cui "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati". Difatti, paradossalmente, l'impresa ausiliaria potrebbe anche essere chiamata ad eseguire integralmente la prestazione, con ciò violando il limite del subappalto, destinato solo oggi a tramontare per effetto della sentenza della Corte di Giustizia UE 26 settembre 2019, C-63/18 (30). Alla luce della genericità della menzionata previsione codicistica sul subappalto nel contesto dell'avvalimento è opportuno ricordare che l'AVCP nel 2012 (31) aveva chiarito che in tale fattispecie era necessario ottenere l'autorizzazione della stazione appaltante nonché rispettare il limite del 30%, così come nel subappalto *tout court*.

Pertanto, il concetto di "esperienze professionali pertinenti" dovrebbe piuttosto essere circoscritto alle sole esperienze di carattere strettamente personale e/o specialistiche che non possono essere trasmesse al concorrente se non mediante

l'impiego diretto dei singoli soggetti in seno all'ausiliaria che hanno maturato l'esperienza richiesta, secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza del 7 aprile 2016, C-324/14 (32). In definitiva, il solo senso attribuibile al contenuto del comma in questione è quello di pretendere che l'impresa ausiliata impieghi nell'esecuzione delle prestazioni i singoli soggetti dell'impresa ausiliaria tutte le volte in cui entrino in gioco i titoli di studio e professionali e le esperienze professionali pertinenti.

In conclusione, deve darsi conto dei rilievi emersi dalla procedura di infrazione n. 2018/2273 relativamente all'art. 89 del Codice: risulterebbero incompatibili con il diritto europeo il divieto di avvalimento a cascata del comma 6; il comma 7 nella parte in cui non consente che offerenti diversi in una gara si avvalgano delle capacità dello stesso soggetto ausiliario ovvero che l'offerente e l'ausiliaria di cui intende avvalersi possano partecipare alla medesima gara, a pena di esclusione; il comma 11 che non consente l'avvalimento per opere che richiedano lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica. Tuttavia, nessuna di queste indicazioni è stata ad oggi recepita, atteso che il D.L. n. 32/2019 non è intervenuto sui suddetti commi.

## Le procedure sotto soglia di Alberto Massera

L'intervento sulle procedure sotto soglia costituisce una delle novelle disposte a regime dal decreto c.d. "sblocca cantieri". Con esso il legislatore ha inteso ampliare gli spazi di discrezionalità e autonomia delle amministrazioni (soprattutto locali, ove si pensi alla contemporanea sospensione per esse dell'obbligo stabilito dall'art. 37, comma 4, del Codice), confidando in una capacità delle stesse di interagire con il mercato per il vero tutta da dimostrare e per questo assistita dall'obbligo di applicazione assai ampia del principio di rotazione.

istruttorio, trattandosi di un'ipotesi di assenza di elemento essenziale di tipo negoziale, funzionale alla validità della dichiarazione. Ad analoghe conclusioni è giunta anche l'ANAC, Del. 1° marzo 2017, n. 221.

(29) Sull'eterogeneità delle figure che vengono ricomprese dalla giurisprudenza nelle "esperienze professionali pertinenti" e sul perimetro della stessa nozione, si segnalano la sentenza Cons. Stato, Sez. V, sent. 3 aprile 2019, n. 2191, avente ad oggetto il servizio di ristorazione scolastica e Cons. Stato, Sez. V, sent. 6 ottobre 2018, n. 5750, avente ad oggetto il servizio di trasporto scolastico.

Conformemente a questa interpretazione Corte di Giustizia UE, sent. 7 aprile 2016, C-324/14.

(30) Con la sentenza del 26 settembre 2019, n. C-63/18, la Corte di Giustizia UE ha dichiarato che "la direttiva 2014/24

dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi".

(31) AVCP, Determinazione 1° agosto 2012, n. 2. Nello stesso senso, Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 30 ottobre 2012, n. 4536, recante "Primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 in particolare alla luce delle recenti modifiche e integrazioni intervenute in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture".

(32) Sul punto si confronti G. Palazzesi, *Avvalimento ed esperienze professionali pertinenti: brevi riflessioni su un orientamento che non persuade*, in *LexItalia.it*, 6 maggio 2019.