

MARCO MACCHIA

DALLA PROGRAMMAZIONE ALLE PROCEDURE DI ACQUISTO: I TORNANTI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: LA LEVA DELLA PROGRAMMAZIONE. 2. UNO SGUARDO ALLE PROCEDURE DI ACQUISTO. 3. L'AMMISSIBILITÀ DELLE OFFERTE. 4. LA SELEZIONE DELLE OFFERTE. 5. LE CAUSE DI ESCLUSIONE.

1. Introduzione: la leva della programmazione

L'obiettivo di questo scritto è indagare rapidamente – senza alcuna pretesa di completezza – le varie fasi che interessano il ciclo di vita della commessa pubblica alla luce del nuovo codice dei contratti, in particolar modo esaminando la programmazione contrattuale, le fasi della procedura, le cause di esclusione, la disciplina attinente la soglia di anomalia, il rimedio del soccorso istruttorio.

In prima battuta è opportuno soffermarsi sul concetto di programmazione, elemento centrale nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023). Preme rilevare che l'idea di programmare il ciclo di acquisti si pone in parziale controtendenza rispetto a quanto può essere riscontrato nel corso degli ultimi anni, in cui l'amministrazione fatica ad approfondire le caratteristiche del mercato a cui si affaccia e, in particolare, le caratteristiche tecniche dei prodotti. Nell'ottica di realizzare un effettivo *turnover* e migliorare le capacità di acquisto delle ammi-

nistrazioni, la programmazione degli acquisti da effettuare diventa centrale nell'attività relativa alla commessa pubblica.

In questo quadro, va evidenziato che la programmazione è divenuta obbligatoria finanche per i servizi, seguendo quanto già previsto per la costruzione di opere e di appalti di lavori, proprio sulla scorta dell'idea che essa è essenziale per le decisioni di spesa e per la corretta allocazione delle risorse pubbliche¹. Ciò porta a creare una stretta correlazione tra la programmazione e la consultazione preliminare di mercato, atto successivo alla prima che aiuta a delineare correttamente le scelte contrattuali della stazione appaltante.

La programmazione impone la scelta di una specifica strategia da perseguire da parte della pubblica amministrazione. L'attività di programmazione (e la conseguente fase di progettazione) assumono rilievo strategico nel coniugare scelte di carattere politico e di carattere propriamente amministrativo. Non vi è dubbio che, nel tracciare le scelte di programmazione, le stazioni appaltanti devono perseguire un equilibrio razionale, che dipende essenzialmente da due voci. Da un lato, le risorse messe disposizione della pubblica amministrazione e, dall'altro lato, le scelte allocative delle stesse, che si compendiano nella scelta della tipologia di beni che si necessita acquistare².

¹ In origine l'attività di programmazione era prevista nella legge quadro sui lavori pubblici del 1994 come preliminare ed obbligatoria rispetto alle sole opere. Parimenti il Codice del 2006 disponeva che la programmazione fosse obbligatoria unicamente con riferimento alle opere pubbliche. Con il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 si introduce la programmazione anche per i servizi e le forniture, prevedendo in capo alle amministrazioni la facoltà di approvare annualmente un programma per l'acquisizione di beni e servizi. Il d.lgs. n. 50/2016 e il successivo correttivo del 2017 per la prima volta dedicano un intero titolo al tema e fissano l'obbligo di programmazione anche per l'acquisto di beni e servizi.

² Il nodo è la preventiva individuazione dei bisogni prioritari della collettività e la predeterminazione delle scelte in ordine alle diverse strade percorribili per soddisfare detti bisogni, onde evitare che siano realizzate acquisizioni inutili, vincolando a tal fine preventivamente l'amministrazione alle proprie decisioni.

Il concetto chiave ed innovativo è quello dell'intero ciclo di vita dell'appalto³. Con la programmazione dell'attività contrattuale, per un versante si consente l'individuazione dei bisogni essenziali e prioritari della collettività di riferimento, mentre per altro versante si opta, per il tramite di una scelta discrezionale, tra le varie soluzioni presenti nel mercato, in modo da evitare duplicazioni di spesa e vincolare le amministrazioni soprattutto in termini di responsabilità per la scelta compiuta⁴. In altri termini, per programmazione s'intende lo studio dell'elemento di spesa, quindi l'approfondimento preventivo e costante del mercato e delle soluzioni da questo offerte, in modo tale che l'amministrazione possa avere uno sguardo complessivo, incentrato in particolare sulle possibilità e sulle *best practice* che la circondano⁵.

³ Un po' come avviene per quanto riguarda la digitalizzazione, tutte le fasi delle procedure sono declinate in qualche modo sull'intero ciclo di vita e quindi tenendo conto anche ovviamente delle *chance*, delle possibilità che vi sia un corretto svolgimento della prestazione, che ci siano dei costi aggiuntivi supplementari sulla base delle risorse a disposizione e che quindi in realtà la prestazione debba essere considerata nella sua entità di spesa complessiva.

⁴ Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, che precisa: «La programmazione triennale dei lavori pubblici non rappresenta un'attività meramente interna degli organi comunali di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa, ma invece un atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità e correttezza delle scelte effettuate».

⁵ La programmazione contiene uno sguardo complessivo di ciò che circonda il singolo bando di gara. Programmare nel concreto significa saper tener conto, per esempio, della sussistenza di accordi quadro che intervengano in un determinato settore merceologico rispetto all'attività di appalti di servizi in prossimità di scadenza. Con un esempio, si può evidenziare che programmazione significa che l'amministrazione dovrà tener conto della possibilità di accorpare diverse attività, come avviene nei servizi di manutenzione, in cui nonostante sia unico l'appalto di *global service*, esso compendia diverse e varie attività tra cui: il riscaldamento all'attività di pulizia, all'attività di manutenzione dell'impianto, di *fancoil*. Programmare equivale anche a studiare l'elemento di spesa, anche in relazione a quelle che sono le esigenze dell'amministrazione e

Questo aspetto accomuna la programmazione al concetto tra i più innovativi del nuovo Codice, ossia quello della digitalizzazione. Con il nuovo formante strategico attinente l'intero ciclo di vita dei contratti digitalizzato, la programmazione farà parte dei documenti presenti all'interno della banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), divenendo a tutti gli effetti un titolo pieno e consultabile dagli operatori economici, e rientrando tra i documenti utilizzabili per le decisioni da prendere durante la fase di procedura di acquisto⁶. Così l'attività programmatoria viene: *i*) a costituire concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza; nonché *ii*) a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le *chance* di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione.

A mutare è anche il profilo della responsabilità, soprattutto quella derivante dalle scelte programmatiche della pubblica amministrazione. Tali scelte non sono prive di conseguenze e, ancor di più con l'attuale Codice, in virtù della maggiore conoscibilità delle scelte pubbliche, l'amministrazione sarà vincolata sia dal punto di vista interno che soprattutto dal punto di vista esterno, includendo nello spettro di responsabilità qualsiasi tipologia di appalto di opere, di servizi e di forniture. Viene a configurarsi così un ambito di applicazione molto esteso che non poche volte ha destato l'attenzione della giurisprudenza pronunciata sul punto.

bandire poi, di conseguenza, con una maggiore attenzione a tutta una serie di elementi, come, ad esempio, la possibilità e convenienza di suddividere in lotti. Ciò consente anche di smascherare eventuali false frammentazioni delle procedure di gara per includere il bando nel sottosoglia.

⁶ Nella prospettiva della digitalizzazione, si dispone che gli atti di programmazione debbano essere pubblicati sul profilo del committente e nella banca dati nazionale dei contratti pubblici. La banca dati nazionale dei contratti pubblici, affidata in gestione all'ANAC, raccoglie gli atti delle stazioni appaltanti relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione dei lavori, dei servizi e delle forniture, ivi inclusi i concorsi di progettazione, di idee e di concessioni.

Secondo gli orientamenti tradizionali della giurisprudenza, l'atto di programmazione andrebbe inteso come atto presupposto di tipo pianificatorio, per cui privo di autonoma rilevanza⁷. Più di recente, invece, la programmazione tende ad assumere una autonoma lesività e diviene impugnabile in modo autonomo da parte dell'impresa che si ritenga lesa dalla scelta programmatica della pubblica amministrazione⁸.

Le ultime pronunce hanno aperto alla possibilità di impugnare l'atto di programmazione in virtù della stessa logica che ha ispirato le statuizioni sul tema dei bandi immediatamente lesivi ovvero escludenti dalla procedura di gara. Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha paragonato i due atti, ammettendo la possibilità di impugnare l'atto programmatico nel caso in cui lo stesso abbia una immanente natura escludente tanto da ledere immediatamente, per sua stessa natura, le posizioni soggettive delle imprese interessate alla commessa⁹.

⁷ Secondo Tar Campania, sez. V, 2 novembre 2020, n. 4965, «la delibera di programmazione triennale dei lavori pubblici – ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. n. 163 del 2006 e ora dell'art. 21, d.lgs. n. 50/2016 – in considerazione della natura di atto di pianificazione e di indirizzo, non può in alcun modo essere considerata come una sorta di equipollente della dichiarazione di pubblica utilità né può valere in alcun modo ad anticiparne gli effetti tipici nei confronti dei privati incisi dalla potestà ablatoria. Per la stessa ragione, si ritiene che tale atto di programmazione non possa considerarsi *ex se* immediatamente lesivo e, quindi, non è immediatamente impugnabile».

⁸ L'inserimento di un'opera pubblica nel programma triennale incide sull'interesse dei privati per il fatto che l'opera contestata fino al momento della sua inclusione nell'atto di programmazione in parola non era realizzabile mentre, successivamente a tale determinazione, ne è doverosa la realizzazione nel triennio secondo l'ordine di priorità del programma approvato e con le disponibilità finanziarie specificamente apprestate; Tar Emilia Romagna (Parma), sez. I, 26 gennaio 2011, n. 10; Tar Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 17; Tar Napoli, sez. II, 1 dicembre 2006, n. 10343 (con riguardo soprattutto al rapporto tra programmazione e avvio delle procedure espropriative).

⁹ Soprattutto in materia tecnologica.

Nonostante si siano registrate queste aperture, si deve opportunamente rilevare che il sindacato sull'atto programmatico è molto complicato data la piena discrezionalità che connota le scelte programmatiche della pubblica amministrazione. L'atto di programmazione è considerato a tutti gli effetti un atto di alta amministrazione, ossia un atto che forma la necessaria "cinghia di trasmissione" tra la dimensione politica e la dimensione amministrativa, rappresentando una serie complessa di scelte da effettuare sulla base di studi di fattibilità che implicano una implicita natura tecnica, difficilmente sindacabile¹⁰.

Un'ipotesi in cui si potrebbe sindacare l'attività di programmazione della pubblica amministrazione è collegata all'eventuale partecipazione delle imprese, e quindi alla possibilità data agli operatori economici di presentare le proposte per gli interventi da eseguire nelle fasi successive. Laddove gli strumenti partecipativi dovessero rientrare nella scelta programmatica dell'amministrazione e nelle valutazioni attinenti le dinamiche di acquisto, l'atto di programmazione si aprirebbe ad eventuali censure, ciononostante la sua *naturaliter* e intrinseca discrezionalità. In questa nuova veste, per il tramite della programmazione, si individuano nuovi obiettivi concreti da perseguire in modo da indirizzare il governo, permettendo, al contempo, la verifica dell'operato delle stazioni appaltanti da parte dei cittadini¹¹.

¹⁰ La Corte costituzionale ha ampliato il novero giurisdizionale di atti impugnabili anche se rientranti nel *genus* degli atti "quasi" politici (sent., 10 marzo 2016, n. 52), su cui A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (una prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in: "Federalismi", n. 7, 2016, 30 marzo 2016, pp. 1-10. Nel ribadire il rispetto al principio di legalità, la Corte ha previsto che in presenza di regole da rispettare nell'emanazione dell'atto, chiare e dettate dalla legge, l'atto sarà conseguentemente sindacabile in presenza dei vizi rinvenibili nel dettato normativo, anche se apparentemente rientrante nel novero degli atti politici.

¹¹ In tal senso, Corte costituzionale, sent. n. 235/2018; Cons. Stato, parere n. 855 del 2016. La Corte costituzionale e il Consiglio di Stato hanno evidenziato che il dibattito pubblico costituisce «uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e rea-

Il PNRR ha sicuramente dato nuovo slancio e centralità alla programmazione, soprattutto nell'ambito delle procedure relative alle infrastrutture strategiche, in modo da realizzare un'intesa che colleghi i diversi livelli territoriali di governo. In tal senso, la programmazione diviene il centro nevralgico di scelte rispondenti alle risorse economiche a disposizione dell'amministrazione, in cui si effettuano scelte cruciali volte alla migliore soluzione contrattuale. Nel più ampio tema della commessa pubblica, si tratta probabilmente di una nuova modalità di programmazione dell'attività dell'amministrazione, in cui non si bada più a scelte meramente interne di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa. Ma essa assume una funzione differente avente rilevanza esterna, rientrando in quel novero di atti che possono essere sindacati dal giudice amministrativo in via immediata e autonomamente.

Ancora, nell'ampio spazio dedicato alla disciplina programmatica dei pubblici poteri all'interno della contrattualistica pubblica, si deve evidenziare la rilevanza del nesso temporale. La programmazione diventa un atto triennale¹², legandosi all'atto di programmazione economico finanziaria, in particolar modo con il bilancio di previsione. Sebbene si tratti di un atto triennale, non vi è dubbio alcuno che la pubblica amministrazione precedente possa modificarlo, essendo, tra l'altro, oggetto di successiva approvazione da parte delle stazioni appaltanti che ne ratificano annualmente l'elenco dei contratti¹³.

lizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto».

¹² L'art. 37, d.lgs. n. 36/2023, al primo comma, prevede che: «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) adottano il programma triennale dei lavori pubblici e il programma triennale degli acquisti di beni e servizi. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme di programmazione economico-finanziaria e i principi contabili; b) approvano l'elenco annuale che indica i lavori da avviare nella prima annualità e specifica per ogni opera la fonte di finanziamento, stanziata nello stato di previsione o nel bilancio o comunque disponibile».

¹³ Sono stabilite le soglie minime che sono 150.000 euro per i lavori e 40.000 euro per i servizi. Si tratta di soglie limite significativamente basse; quindi, inevi-

Altro capitolo è quello relativo alle regole con cui svolgere l'attività di programmazione. L'allegato I.5, che segue una scelta ben precisa fatta dal legislatore lungo tutto l'impianto del Codice¹⁴, prevede specifici dettami rivolti ai soggetti aggregatori e alle centrali di committenza ponendo una significativa differenza (forse la più rilevante tra tutte) con il precedente codice (d.lgs. n. 50/2016), in cui non era dettata un'esatta portata della programmazione. Attualmente, invece, è impensabile dare il via ad una procedura che si ponga al di fuori della scelta di programma fatta dall'amministrazione, in quanto gli atti sono presenti e caricati nella banca dati nazionale dei contratti pubblici¹⁵, per cui sono conoscibili all'esterno.

Come già anticipato, le consultazioni preliminari di mercato si legano indissolubilmente agli atti di programmazione, motivo per

tabilmente nella programmazione confluiscono anche i contratti sottosoglia, dato che sia i 150.000 euro per i lavori, così come i 40.000 euro per gli appalti di servizi sono soglie più basse di quelle definite in ambito europeo.

¹⁴ Gli allegati previsti dal nuovo Codice sono degli allegati tecnici, con natura giuridica molto discussa, in quanto attualmente essendo allegati ad un testo di legge assurgono a fonti di rango primario. Sebbene siano fonti di rango primario sono modificabili con la procedura dell'art. 17 della legge n. 400/1988, ossia con la disciplina in tema di regolamenti. Applicando tale regime, la modifica dovrebbe comportare la trasformazione dell'allegato in un regolamento, di chiara fonte secondaria. La circostanza da evidenziare e più interessante è la loro elaborazione, laddove gli allegati hanno di fatto ripreso gli spazi in cui si situavano le linee guida o in altri casi anche i regolamenti o i decreti ministeriali, codificandoli, adattandoli, ma con una costante che è quello della ripetizione della normativa già esistente.

¹⁵ Sul punto, G. FIDONE e M. FAIA, "La programmazione e la progettazione", in: *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Macchia, Torino, 2024, p. 132. L'art. 5 dell'Allegato I.5 al Codice, rubricato "Modalità di redazione, approvazione, aggiornamento e modifica del programma triennale dei lavori pubblici e del relativo elenco annuale. Obblighi informativi e di pubblicità", prevede espressamente come, successivamente alla loro adozione, il programma triennale e l'elenco annuale, debbano essere pubblicati presso il sito istituzionale del committente, nonché comunicati alla banca dati nazionale dei contratti pubblici. Entro trenta giorni dalla pubblicazione dei già menzionati atti, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono consentire la presentazione di osservazioni, ad opera di privati eventualmente interessati.

cui è opportuno soffermarvisi. Le consultazioni preliminari di mercato, da non confondere con le indagini di mercato¹⁶, sono utilizzate per definire i requisiti tecnici validi a limitare il numero dei soggetti partecipanti alla gara. Non vi è dubbio che la costruzione iniziale di un bando, atto a realizzare il miglior confronto concorrenziale tra le imprese, necessita di una conoscenza approfondita del mercato possibile per il sol tramite dell'acquisizione di una serie di informazioni essenziali per l'amministrazione di riferimento.

L'art. 77 del nuovo Codice, che in gran parte ripercorre quanto previsto dalla normativa previgente, delinea i passi da effettuare al fine di redigere la consultazione preliminare¹⁷. Quest'ultima serve per acquisire informazioni, relazioni e tutta la documentazione idonea, anche di tipo tecnico, da parte dell'esperto o anche dell'operato di mercato, così come anche da parte di altri soggetti facenti parte di autorità indipendenti¹⁸. La consultazione, al contempo, non deve comportare una violazione dei principi di sperimentazione e di trasparenza¹⁹. A tal fine, si contempla una soluzione di tipo

¹⁶ Le indagini di mercato sono molte e diverse, queste sono identificabili soprattutto nella redazione degli elenchi dei fornitori, degli esperti, dei professionisti e riguardano, in particolare, le procedure sottosoglia.

¹⁷ Secondo l'art. 77, d.lgs. n. 36/2023, «le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni di mercato per predisporre gli atti di gara, ivi compresa la scelta delle procedure di gara, e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti richiesti. Per le finalità di cui al comma 1 le stazioni appaltanti possono acquisire informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica, da parte di esperti, operatori di mercato, autorità indipendenti o altri soggetti idonei. Tale documentazione può essere utilizzata anche nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza».

¹⁸ Esempio classico è quello in materia di farmaci, in cui si deve ricorrere al parere dell'AIFA, in ordine ad una maggiore conoscenza del trattamento terapeutico da sottoporre.

¹⁹ Come precisato dalla relazione al Codice, in tema di consultazioni preliminari di mercato, nella vigenza del precedente codice, si adottarono le Linee

procedimentale che comporta la comunicazione agli altri candidati o offerenti delle informazioni che sono state scambiate nel corso della consultazione preliminare, in modo da fissare i termini che siano adeguati alla ricezione delle offerte. Il sistema di informazioni pensato è di tipo circolare in cui non solo l'amministrazione cede le informazioni a sua disposizione ma, allo stesso tempo, tali informazioni sono altresì messe a disposizione di tutti i soggetti appartenenti al settore. Si tratta di una regola diretta a garantire in modo adeguato la concorrenza e volta a confermare l'efficacia della consultazione preliminare di mercato quale strumento atto ad assicurare la parità di condizioni tra i vari offerenti.

Sebbene le positività siano ben presenti, la teoria si scontra inevitabilmente con la pratica nel momento in cui devono essere diffuse le notizie di natura tecnica appartenenti ad un determinato soggetto, le quali, nella maggior parte dei casi, sono di natura riservata. In tal senso, la giurisprudenza si è espressa nel merito, indagando a fondo la validità e la funzionalità della consultazione preliminare di mercato. La fase in esame è considerata "propedeutica" nell'ottica di ausilio alla formazione con maggior competenza degli atti di gara, non costituendo, a differenza della procedura di affidamento e delle indagini di mercato, un procedimento per selezionare gli operatori economici da invitare alla successiva selezione di mercato. Essa è di rilevante importanza in modo che venga assicurata coerentemente la concorrenza del mercato, evitando qualsiasi forma di discriminazione. Benché la giurisprudenza avalli lo strumento, ne rammenta pur sempre la sua facoltatività, non vincolando mai alla sua adozione l'attività dell'amministrazione (da ciò non derivandone una finalità decisoria).

Guida ANAC n. 14/2019. La giurisprudenza richiamata venne condizionata dalla specificità dei casi analizzati, in cui si esplicitarono circostanze talvolta ovvie (una consultazione preliminare di mercato non può, data la diversa e specifica finalità dell'istituto, essere utilizzata in luogo di un bando di gara; non trattandosi di una "gara" i partecipanti non sono soggetti alla verifica di requisiti di partecipazione; i partecipanti non devono approfittare della procedura per tenere condotte di concorrenza sleale).

2.. *Uno sguardo alle procedure di acquisto*

Il nuovo Codice opta per una scelta ben precisa che caratterizza, semplificandone l'attuazione, il c.d. 'sottosoglia', basandolo sul principio di rotazione. La direzione impostata prospetta due strade: l'affidamento diretto e la procedura negoziata in assenza di pubblicazione del bando.

Per quel che concerne gli appalti al di sopra della soglia di rilevanza europea, invece, la situazione è notevolmente differente. Sul punto, è opportuno in fase di premessa precisare che l'attività iniziale richiesta alla stazione appaltante è quella che verte verso la corretta individuazione della procedura di scelta del contraente. Sono diverse le condizioni che vanno considerate, potendo variare i due elementi: oggettivo e soggettivo.

Da un lato puramente oggettivo, se il codice precedente esprimeva un chiaro *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il nuovo Codice la scelta del criterio di aggiudicazione è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, seppur latamente ci sia un maggior riconoscimento verso le procedure con l'offerta economicamente più vantaggiosa. Per altro versante, quello soggettivo, si potranno selezionare le offerte anche in virtù delle caratteristiche soggettive del personale che operano sempre nel campo della convenienza dell'offerta²⁰.

Dunque, la valutazione del criterio di selezione dell'offerta diventa un elemento centrale avvertito in modo più marcato rispetto a quanto avvenuto nel passato, in quanto si dà valore pratico allo strumento

²⁰ Nel PNRR è stato inserito l'elemento dei criteri sociali, dei criteri ambientali e anche dei criteri di redistribuzione delle *chance*, redistribuzione delle occasioni di contatto, di contrattare con l'amministrazione e quindi in realtà l'amministrazione può stabilire che per alcuni contratti la scelta debba essere fatta sulla base di un criterio di tipo ambientale o sulla base di un criterio che va ad avvantaggiare una particolare categoria di soggetti che l'amministrazione intende favorire, tutelare oppure ancora che l'amministrazione intende salvaguardare

contrattuale quale vera e propria leva di politica economica²¹. In altri termini, l'amministrazione deve essere in grado di saper utilizzare lo strumento contrattuale, proprio per raggiungere il risultato di interesse pubblico con maggiore libertà, individuare gli strumenti adatti nonché perseguire i propri obiettivi.

Il catalogo tra le varie procedure, tra procedura aperta, ristretta o negoziata, con o senza bando, persistono anche a seguito della novella, per altro lato, notevole interesse assumono le c.d. procedure flessibili come, ad esempio, la competitiva con negoziazione o il partenariato per l'innovazione. Ad ogni modo, tutte le procedure sono caratterizzate da ampia pubblicità, favorita oltremodo dal nuovo comparto digitale per la pubblica amministrazione, con il risultato che comporta una sostanziale equivalenza tra le diverse procedure, circostanza in cui spicca l'assenza di motivazione nel caso in cui si ricorra alla scelta tramite procedure flessibili²².

Alle diverse procedure flessibili si accompagnano differenti ragioni. La scelta circa la procedura competitiva con negoziazione è data altresì dall'impossibilità di soddisfare le esigenze della stazione appaltante, come la presentazione nell'ambito di una precedente gara di offerte che sono state ritenute inammissibili per ragioni che possono ricondursi alla complessità del progetto o alla alta innovatività dello stesso²³.

²¹ Sul punto, F.G. ALBISINNI, "I requisiti dei partecipanti e la selezione delle offerte", in: *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 269. Si tratta di un ambito in cui la pubblica amministrazione fa esercizio in maniera marcata della sua discrezionalità. Nella documentazione di gara devono essere pertanto indicati i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche prevedendo una forcella tra le valutazioni, in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. I criteri devono avere valenza oggettiva, consentendo la valutazione dei profili qualitativi ed un adeguato confronto concorrenziale. Sono così oggetto di valutazione gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

²² Eccezion fatta per la negoziata in assenza di pubblicazione del bando che è accompagnata da specifiche cautele laddove si tratta di una procedura in cui si registra un'esclusione evidente della concorrenza.

²³ Il partenariato per l'innovazione serve in realtà ad individuare soluzioni che il mercato non offre. È quindi una modalità attraverso la quale l'amministra-

Altra procedura è quella negoziata senza pubblicazione del bando, disciplinata dall'art. 76 del nuovo Codice²⁴. I casi in cui si avvia sono quelli indicati dal secondo comma, principalmente quando non è stata presentata alcuna offerta appropriata, o in assenza di alcuna domanda di partecipazione. Si tratta di ipotesi in cui si riveli necessario

zione finanzia la ricerca, con la possibilità anche che quella ricerca si risolva in un nulla di fatto, ossia che in realtà non arrivi a realizzare il bene cercato e quest'ultima è un'eventualità possibile del partenariato per l'innovazione.

²⁴ Secondo l'art. 76, d.lgs. n. 36/2023, «le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei. Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei seguenti casi: a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su richiesta di quest'ultima; un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata a rispondere alle esigenze della stazione appaltante e ai requisiti specificati nei documenti di gara, salvo modifiche sostanziali. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato è escluso ai sensi degli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 o non soddisfa i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 100; b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale; c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti».

acquistare un bene “unico” rispetto al quale la concorrenza sia assente per motivi tecnici, essendovi un segreto industriale o un diritto di proprietà da tutelare.

Risalto va dato altresì alla regolazione dei casi di “estrema urgenza” presenti all’interno del terzo comma dell’art. 76 del nuovo Codice, derivanti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante, nel caso in cui i tempi non consentissero lo svolgimento della procedura in termini ordinari, potendosi allora procedere con una procedura negoziata senza pubblicazione del bando²⁵. Si tratta di una norma che è stata inserita riprendendo quanto previsto con il decreto *semplificazioni bis* n. 77/2021, con l’obiettivo di assicurare il principio del risultato nelle procedure finanziate con fondi PNRR. Trattasi di una norma che trova la sua *ratio* nell’esistenza dei contratti finanziariamente condizionati all’utilizzo delle risorse entro un tempo stabilito, che trova invece nel nuovo Codice vita propria e viene elevata al rango di regola ordinaria, quindi non riferita a termini particolari o a contratti vincolati con risorse europee ma estesa a qualunque procedura. In aggiunta, proprio l’allegato I.3, in cui sono riferite segnatamente le tempistiche per le procedure segna una delle più importanti novità del Codice del 2023, in cui oltre a dare un’esatta e definita portata della durata delle singole procedure, si precisa che le stesse possono essere ulteriormente allungate in presenza di circostanze eccezionali²⁶.

²⁵ Con riferimento a tale presupposto, C. FIGLIOLIA, “Le procedure di scelta del contraente”, in: *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 237, segnala che l’eccezionalità attiene alle ragioni di estrema urgenza e non agli eventi che hanno determinato tale ragione, che devono rimanere sempre imprevedibili e non imputabili all’amministrazione.

²⁶ In base all’All. I.3, art. 1, c. 5, «in presenza di circostanze eccezionali il RUP, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per un massimo di tre mesi. In presenza di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell’organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura, certificate dal RUP, quest’ultimo, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi».

Da ultimo due sono le norme da evidenziare in ambito di tempistiche procedurali. *In primis*, l'art. 17, in cui si ammonisce l'amministrazione di riferimento nel rispettare la tempistica delle procedure, pena il funzionamento del meccanismo del silenzio inadempimento²⁷. La seconda, invece, attiene al piano della motivazione. Indubbiamente il sindacato amministrativo ricadrà sulla motivazione data dall'amministrazione in cui si dovrà dare conto dei motivi che hanno portato la stazione appaltante ad optare per l'indizione di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, dato che l'art. 76 ne rafforza l'onere motivazionale.

L'amministrazione difatti deve dare motivatamente conto, nel primo atto della procedura di gara, della procedura di cui intenda avvalersi, in virtù della situazione di fatto, delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. Il meccanismo appena evidenziato serve ad evitare il c.d. *lock-in*, ovvero l'utilizzo disinvolto da parte di alcune amministrazioni dei requisiti di infungibilità ed esclusività. Nello specifico, la scelta non deve mai restringere la concorrenza e quindi portare ad un effetto di *lock in*, cioè di chiusura rispetto al mercato concorrenziale. Ecco perché, soltanto in ipotesi di assoluta e inderogabile necessità, ci si può rivolgere ad un determinato operatore economico, attivando una procedura negoziata senza bando.

²⁷ Secondo l'art. 76, d.lgs. n. 36/2023, c. 3, «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3. Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.3 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, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice».

3. *L'ammissibilità delle offerte*

A differenza del precedente Codice, in cui si distingueva tra offerte inammissibili e offerte pienamente irregolari con notevoli difficoltà in ambito ricostruttivo nel caso in cui l'offerta fosse da considerare inammissibile o meno, il Codice attuale si spinge nel prevedere una categoria unitaria di inammissibilità, ricomprendendo tutte le ipotesi, anche quelle di mera irregolarità²⁸.

Altro profilo rilevante quando si parla di offerte inammissibili è quello afferente la discrezionalità, aspetto necessario in un'ottica di realizzazione del miglior interesse pubblicistico che coinvolge non solo l'attività della commessa pubblica, ma in generale tutta l'attività amministrativa. Il nuovo Codice è intervenuto sulla selezione a monte degli operatori economici, stabilendo i criteri di selezione da indicare nel bando o nella lettera di invito, volti a ridurre il numero degli operatori partecipanti. Selezione che deve essere fatta con obiettività ed evitando qualsivoglia scelta discriminatoria, non potendosi scendere al di sotto dei cinque candidati nelle procedure ristrette e a tre candidati nelle altre procedure. Si avverte che, per la prima volta, è stato inserito un criterio numerico minimo attraverso cui limitare il numero dei potenziali candidati alla procedura di gara, con il vincolo già fissato a monte dal legislatore.

Rispetto alle procedure ordinarie poco vi è da aggiungere. La procedura aperta resta senza dubbio quella più rispettosa della concorrenza; mentre quella ristretta, sempre connotata dalla struttura bifasica, si caratterizza per una prima fase a monte, chiamata di prequalifica. L'unico

²⁸ Sono inammissibili le offerte anomale e quelle presentate da soggetti che non possiedono le qualifiche necessarie oppure le offerte il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara. Proprio la circostanza dell'importo posto a base di gara, tra l'altro, è stata una delle più discusse laddove si riteneva che l'offerta risultasse inammissibile in relazione alle singole voci. La giurisprudenza ha successivamente chiarito che non fosse un'interpretazione corretta, anche in virtù dei vari problemi che successivamente (la revisione dei prezzi, gli aggiornamenti tariffari etc.) si sono verificati in pandemia, in quanto una simile interpretazione avrebbe portato all'esclusione di moltissime offerte.

elemento di novità risiede nella riduzione del termine dato alle imprese per la presentazione dell'offerta che si riduce da 35 a 30 giorni²⁹.

Rispetto alle procedure ordinarie, per quelle flessibili è data la possibilità alla stazione appaltante di plasmare le procedure in base alle proprie necessità, compendiandosi in procedure che consentono la rinegoziazione dell'offerta iniziale. L'unica differenza residua sul presupposto per cui tale concertazione avviene. Nella procedura competitiva interviene in modo individuale, misurandosi sul singolo operatore economico che si confronterà con l'amministrazione all'interno della procedura competitiva; a differenza del partenariato e del dialogo competitivo in cui tale contraddittorio avverrà in modo corale. Per ciò che riguarda il dialogo competitivo, la novità risiede nella possibilità per l'amministrazione di consultare gli operatori economici prequalificati, con possibilità di recedere entro trenta giorni. Tale possibilità non è di poco conto, in quanto consente alle imprese di svincolarsi dalla procedura se non ritenuta di particolare interesse economico ma che, al contempo, permette di garantire alla stazione appaltante di condurre un dialogo esclusivamente con operatori economici che siano effettivamente intenzionati a prendere parte alle negoziazioni³⁰.

L'elemento di principale novità nella procedura negoziata senza pubblicazione del bando è la possibilità di prevedere la c.d. gara informale³¹. Ove possibile, la stazione appaltante, individuati gli opera-

²⁹ A partire dal 2024 tutte le procedure devono svolgersi attraverso le piattaforme digitali utilizzate dalle amministrazioni: sia nel sopra soglia sia nel sottosoglia, dunque, tutte sono interessate dalla digitalizzazione. Interessate dalla digitalizzazione sono le offerte che possono essere presentate solo mediante la registrazione. In generale ci si ispira ad un principio di riduzione del termine che corrisponde ad un'esigenza di maggiore riuscita.

³⁰ Sul punto, vi sono delle criticità relativamente alla possibilità o meno per l'amministrazione di revocare il bando di gara. A mente di un primo orientamento, tecnicamente la stazione appaltante non avrebbe la possibilità di revocare il bando di gara.

³¹ C. FIGLIOLIA, "Le procedure di scelta del contraente", cit., p. 240, secondo cui, sulla base dell'interpretazione autentica sul punto fornita dal Consiglio di

tori economici da consultare nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, può selezionare almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Successivamente, a valle della gara informale, la stazione appaltante sceglierà l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose una volta verificati i requisiti di partecipazione per la procedura. Se ovviamente ci sono le condizioni, l'amministrazione, nella procedura negoziata senza bando, può ridurre a tre gli operatori economici, nel rispetto della clausola di salvaguardia.

Per altro aspetto, non si fa più riferimento al principio di rotazione. Nella precedente disciplina si prevedeva l'applicazione della rotazione in ragione di una maggiore tutela della concorrenza anche nelle procedure negoziate senza pubblicazione del bando sopra soglia. Requisito oggi assente in quanto si ritiene che la procedura negoziata senza pubblicazione del bando sia in ogni caso già di per sé competitiva, che quindi consenta una tutela corretta della concorrenza.

Di conseguenza, non si necessita di un requisito che potrebbe essere eccessivamente penalizzante per gli operatori economici e che, per le dinamiche di mercato, potrebbe essere anche non adeguato a tutelare le esigenze della stazione appaltante, oltre che contrastare con le tempistiche previste per le procedure. La procedura deve comunque garantire il risultato atteso dall'amministrazione, circostanza che per cui la rotazione potrebbe contrastare con l'urgenza, in tal senso, differenziandosi dalla precedente disciplina, il Codice impone la non necessaria ricerca sul mercato di operatori che non abbiano già contrattato con la stazione appaltante dovendosi solo valutare la possibilità di invitare immediatamente a negoziare o avviare preventivamente delle consultazioni informali.

Stato, «dovrebbe pure ammettersi la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, all'esito della conferenza, di decidere di revocare il bando di gara, provvedendovi in una fase anticipata della gara, in modo da minimizzare i rischi di responsabilità precontrattuale». Possibilità, questa già desumibile dal generale principio di inesauribilità del potere e dalla portata applicativa generale dell'art. 21-*quinquies* di cui alla legge n. 241/1990.

4. *La selezione delle offerte*

L'offerta deve necessariamente essere conforme alla qualificazione richiesta dall'operatore economico, oltre che essere conforme ai requisiti ambientali e sociali di lavoro che sono previsti nella documentazione di gara.

Esempio dirimente è quello della clausola sociale. Nel nuovo Codice assume una configurazione caratterizzata da profili di novità, dato che l'articolo 11 impone l'obbligo per l'amministrazione di individuazione del contratto collettivo che deve essere applicato ai lavoratori partecipanti alla commessa pubblica³². Clausola sociale che non ha però carattere assoluto ma solo relativo, intendendosi in tal modo dato che in via successiva l'operatore economico potrà dimostrare che il contratto presenta prestazioni equivalenti rispetto a quanto previsto dalla documentazione di gara³³.

Proseguendo, altro strumento non nuovo agli esperti del settore ma di rilevante impatto è data dalla c.d. inversione procedimentale. Si tratta di un meccanismo che consente di esaminare e valutare le offerte in un momento antecedente rispetto alla verifica di idoneità dei requisiti generali e speciali degli offerenti. Nonostante fosse già stata introdotta dal decreto semplificazione il meccanismo introdotto dal Codice presenta una differenza fondamentale, ovvero che attualmente è stata resa una regola ordinaria, potendo essere esercitata sempre

³² In base all'art. 11, d.lgs. n. 36/2023, c. 4, «nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110».

³³ Sul punto, si prevede in capo al RUP un duplice obbligo, da un lato l'obbligo di individuare il contratto collettivo sulla base del registro dei contratti, presente presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e dall'altro ha l'obbligo di individuare le condizioni di equivalenza che rendono un contratto collettivo, anche se diverso ma equivalente a quello indicato in sede di gara, molto complesso nella pratica.

dalle amministrazioni purché nel rispetto della tempistica indicata dal Codice, quindi dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. In caso di utilizzo dalla c.d. inversione procedimentale, la stazione appaltante dovrà comunque garantire che la verifica dell'assenza dei motivi esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente. Ciò è dovuto alla natura stessa del meccanismo di velocizzazione, in quanto i controlli sono effettuati a valle, una volta selezionati gli operatori economici, laddove l'amministrazione di riferimento deve garantire qualsiasi assenza di conflittualità, evitando discriminazioni.

Il tutto andrà necessariamente coniugato con il nuovo comparto della commessa pubblica rivoluzionato a seguito dell'entrata in campo della digitalizzazione.

Così, anzitutto, nel sistema di digitalizzazione non esiste più la differenza fra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva e la decisione relativa all'aggiudicazione definitiva viene comunicata in automatico e contestualmente a tutti i partecipanti alla gara, a condizione che non siano stati esclusi. Ancora, anche tutte le offerte sono comunicate e rese disponibili agli altri concorrenti in automatico, a meno che non siano interessate da segreti industriali, commerciali e quindi ci sia a monte una richiesta dell'impresa di anonimizzare alcuni dati volti a tutelare i segreti commerciali. Offerte che sono dichiarate mediante piattaforma e di cui è possibile prendere visione immediatamente, alimentando quel concetto di "campana di vetro" che deve – *rectius*, dovrebbe – essere la pubblica amministrazione.

È opportuno precisare che il controllo successivo di idoneità, durante la fase di inversione procedimentale, deve essere svolto obbligatoriamente su tutti gli operatori economici che abbiano presentato l'offerta. La soglia di anomalia, dunque, da considerare su tutti coloro che non sono stati esclusi dalla gara, diventa immutabile a seguito del provvedimento di aggiudicazione.

Ritornando sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, si registra la discrezionalità concessa dal Legislatore alle stazioni appaltanti nel non ricorrere obbligatoriamente all'offerta eco-

conomicamente più vantaggiosa. Difatti, escludendo il ricorso obbligatorio a tale strumento nei casi indicati dall'articolo 108 – principalmente per servizi ad alta intensità di manodopera – si potrà ricorrere anche al criterio del prezzo più basso. Per servizi ad alta intensità di manodopera s'intendono i servizi di ingegneria, i servizi di natura tecnica³⁴.

Si potrà, d'altra parte, ricorrere al criterio del minor prezzo nel caso in cui la fornitura abbia caratteristiche standardizzate, come attività ripetitive che non richiedono soluzioni personalizzate, oppure le cui condizioni sono definite dal mercato ad eccezione dei servizi ad alta intensità di manodopera.

Riassumendo si hanno tre differenti regole. In primo luogo, l'amministrazione può discrezionalmente scegliere i criteri di aggiudicazione nella selezione dell'operatore economico, optando per la soluzione che riesca meglio a tutelare l'interesse pubblico, tra l'offerta economicamente più vantaggiosa o il criterio del prezzo più basso.

Seconda regola è che viene imposto il ricorso obbligatorio all'offerta economicamente più vantaggiosa, nei casi indicati dalla legge. Da ultimo, la terza regola autorizza il ricorso al criterio del minor prezzo, solo nel caso in cui si sia in presenza di opere standardizzate e con carattere ripetitivo; dunque, non caratterizzate da servizi ad alta intensità di manodopera.

In definitiva, nel presente Codice si registra una maggiore attenzione circa la natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto, al fine soprattutto di garantire il confronto concorrenziale tra gli operatori economici.

³⁴ Questo il caso delle selezioni per l'acquisto delle piattaforme digitali utilizzate dall'amministrazione laddove non si voglia ricorrere alla piattaforma Consip o alla piattaforma messa a disposizione da una centrale unica di committenza o da un soggetto aggregatore. L'opzione ricadrà su quanto è presente sul mercato, con scelta della piattaforma che rispetti i requisiti AgiD e quindi sia utilizzabile all'interno del nuovo sistema digitalizzato.

5. *Le cause di esclusione*

In tema di clausole di esclusione è necessario avviare l'analisi dall'articolo 10 del nuovo Codice, che annovera il principio di tassatività delle clausole escludenti tra i principi generali, conferendo dunque centralità e rilevanza all'istituto. Trattasi del divieto – ora codificato, che non poche turbolenze ha portato in sede giurisdizionale – per la stazione appaltante di affidare un contratto ad un operatore economico su cui sia stata accertata una causa di esclusione, purché si tratti di una di quelle preventivamente definite in via legislativa.

Attualmente, poiché le clausole sono tassative e definite dal Codice, si verifica il fenomeno della c.d. eterointegrazione normativa, per cui anche se non presenti nel bando di gara, tali clausole saranno da riportare in ogni caso automaticamente in quanto obbligatoriamente previste. Si è dinanzi ad una norma imperativa, non derogabile, pena la nullità delle contrastanti clausole del bando, che se eventualmente apposte saranno da considerare come mai esistite ma che, ad ogni modo, costringono l'operatore economico ad impugnare il bando di gara, pena l'inoppugnabilità dello stesso.

Ancora, il principio di tassatività delle cause di esclusione impone una rinnovata attenzione ai c.d. requisiti speciali che gli operatori devono possedere ai fini di partecipazione alla gara. È l'amministrazione a definire, di volta in volta a seconda del tipo di procedura e, soprattutto, dell'oggetto dell'appalto, quali requisiti di carattere speciale possano essere richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alla gara. Pur a fronte della discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nella definizione di tali requisiti, essi sono da considerare ammissibili solo a condizione che siano attinenti all'oggetto della gara e rispondenti ad un interesse pubblicistico. L'eventuale sindacato del giudice dovrà essere svolto perciò in termini di proporzionalità, in virtù del contesto concreto in cui è posto il requisito speciale, quindi in base a ciò che è l'oggetto dell'appalto.

Esistono cause di esclusione obbligatorie e cause di esclusione facoltative.

In presenza delle prime l'amministrazione dovrà per forza escludere l'operatore economico, al sol ricorrere della causa escludente, senza che siano necessari ulteriori e opportuni accertamenti. Viceversa, in presenza di cause di esclusione facoltative, l'esclusione non sarà obbligatoria, laddove, anche se esistente la causa, si dovrà procedere per una successiva valutazione sull'incidenza rispetto alla professionalità dell'operatore economico. In altri termini, se da un lato, non ci sono margini di apprezzamento valutativi, dall'altro invece, rileva un contraddittorio procedimentale al fine di dimostrare l'assenza di pericoli, occasione in cui potranno essere presentati anche documenti o osservazioni da parte dell'operatore economico³⁵.

In particolare, i requisiti di ordine speciale riguardano l'idoneità professionale e la capacità economica finanziaria, elementi che, come ben noto, rivestono fondamentale importanza nell'ambito della contrattualistica pubblica. Per chiarire, prendiamo ad esempio la richiesta di fornire dati di capacità, come la stipula di contratti con un valore superiore a 500.000 € con l'amministrazione pubblica nel corso delle tre annualità antecedenti all'indizione della gara.

È essenziale sottolineare che i requisiti di partecipazione devono essere soddisfatti non solo al momento della presentazione dell'offerta, ma per tutta la durata dell'intera procedura. In caso contrario, è prevista la facoltà di interrompere il contratto e sospendere l'esecuzione dello stesso se l'aggiudicatario perda alcuni dei requisiti durante la procedura stessa. Ad esempio, potrebbe essere attuato uno scorrimento di graduatoria nelle situazioni in cui all'aggiudicatario manchino determinati requisiti, tra tutti le eventuali condanne penali accertate che sono automaticamente escludenti. Riguardo a questo aspetto, è emerso un problema legato alla classificazione dei reati

³⁵ A questo proposito, le misure di *self-cleaning* costituiscono la dimostrazione del fatto che all'operatore economico è data la possibilità di dimostrare di aver rimediato ad un problema attinente alla sussistenza o meno di un requisito generale, oggetto di contestazione da parte della stazione appaltante.

considerati. È fondamentale sottolineare che un reato è considerato rilevante solamente quando è stata emessa una sentenza definitiva o un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo di rilevanza delle cause di esclusione, il nuovo Codice – consolidando a livello legislativo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa – amplia l'applicazione del requisito anche all'amministratore di fatto. Da ultimo, si esclude dalla partecipazione alla gara qualsiasi operatore economico che sia oggetto di misure di prevenzione, con una anticipazione della soglia probatoria.

Rilevante è anche il tema degli illeciti professionali, i quali mettono in rilievo la capacità tecnica dell'operatore economico. A questo proposito, è opportuno osservare che i requisiti di ordine generale sono dichiarati attraverso il documento di gara unico europeo, il c.d. Durc, in cui rilevano le sole violazioni che siano gravi e definitivamente accertate³⁶.

In questo ambito, si prospetta rivoluzionario il fascicolo virtuale dell'operatore economico, in quanto tale strumento consente di effettuare la verifica dei requisiti dell'operatore dal punto di vista delle clausole di esclusione automatica, che refluiscano obbligatoriamente e istantaneamente nel fascicolo afferente all'operatore economico³⁷.

³⁶ In aggiunta, l'eventuale violazione, per esempio, delle norme antitrust, può mettere in discussione la moralità professionale dell'operatore. È chiaro che il nell'ipotesi in cui sia verificato un grave illecito professionale è rimessa comunque la possibilità all'operatore economico di dimostrare attraverso degli strumenti adeguati che sia ancora piena la sua integrità e la sua affidabilità. Trattasi di una valutazione discrezionale da effettuare della stazione appaltante che, caso per caso e in concreto deve verificare i singoli fatti indicati dall'operatore per verificare che non siano tali da mettere in discussione l'affidabilità del dell'operatore economico.

³⁷ Occorre notare che eventuali problemi di asimmetria possono sorgere nel caso in cui sia accertata la violazione della norma tributaria che richiede un verbale di accertamento dell'Agenzia delle entrate, il quale potrebbe non essere inserito nel fascicolo virtuale dell'operatore economico. Tale circostanza però non può essere considerata una causa di esclusione non automatica risultandone per ciò solo un elemento di complicazione perché si richiederà, inevitabilmen-

Da ultimo, l'art. 96 disciplina l'esclusione attraverso un meccanismo di procedimentalizzazione³⁸. Viene data la possibilità all'operatore economico di dimostrare di essersi impegnato a risarcire o di aver risarcito i danni causati derivanti dall'illecito o di aver posto in essere delle misure di carattere tecnico, organizzativo o relativo al personale, volte a prevenire ulteriori reati, tramite l'adozione di misure di c.d. *self cleaning*.

È opportuno soffermarsi, infine, sullo strumento del soccorso istruttorio³⁹. È un mezzo che attua la leale collaborazione con cui la

te, alla stazione appaltante di interrogare l'Agenzia delle entrate sulla presenza di violazioni non ancora definite, non potendosi utilizzare il fascicolo virtuale dell'operatore economico.

³⁸ Secondo l'art. 11, d.lgs. n. 36/2023, c. 6, «un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico».

³⁹ Secondo l'art. 101, d.lgs. n. 36/2023, c. 1, «salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; b)

stazione appaltante chiede al concorrente, in presenza di carenze formali e ferma l'immodificabilità della propria offerta, di sanare, integrare o chiarire la documentazione presentata in gara. Esso costituisce espressione di sovraordinati principi di matrice europea, quali tutela della concorrenza, massima partecipazione e proporzionalità. Mira, in particolare, ad evitare che eventuali irregolarità o inadempimenti, meramente estrinseci, possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, e ciò anche nell'interesse della stessa stazione appaltante, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore per vizi procedurali facilmente emendabili⁴⁰.

Difatti, lo scopo della gara è attuare la massima concorrenza nel mercato, selezionando la migliore offerta in rapporto alle concrete esigenze della stazione appaltante. Perciò le procedure ad evidenza pubblica hanno lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici. Conseguentemente, gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le garanzie sostanziali (ad esempio, il possesso dei requisiti prescritti dalla legge di gara), in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano nessun concorrente a discapito degli altri e pertanto non possono avere portata espulsiva⁴¹.

Con il nuovo Codice tale strumento viene potenziato e ampliato nella sua portata. Prescindendo dall'offerta economica, che non è modificabile, tutti gli elementi eventualmente mancanti possono essere integrati avvalendosi del soccorso istruttorio. Si supera così il concetto formalistico dell'offerta, dando ampio spazio alla possibilità

sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente».

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2017, n. 975.

⁴¹ Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308; Id., 3 gennaio 2023, n. 68; Id., 9 gennaio 2024, n. 295.

di integrare l'offerta e quindi consentendo la più ampia partecipazione (principio del *favor participationis*) e concorrenza nella gara⁴².

Ciò è possibile tramite la procedimentalizzazione, in cui sarà la stazione appaltante ad attivare il rimedio del soccorso istruttorio all'operatore economico, prediligendo l'integrazione documentale alla esclusione in presenza di mancanze nell'offerta⁴³.

Come nella digitalizzazione, anche nel soccorso istruttorio la norma specifica che debba avvenire senza alcun onere economico in capo ai partecipanti alla gara, sebbene sia richiesto un lavoro supplementare all'amministrazione. Tale lavoro supplementare non può essere scaricato, nemmeno indirettamente, sull'operatore economico con l'obiettivo sostanziale di facilitare ancora una volta il *favor participationis*.

⁴² Anche il Durc, elemento fondamentale dell'offerta dell'operatore economico, si ritiene integrabile in presenza di sue eventuali omissioni, dimostrando la grossa portata del nuovo strumento in esame.

⁴³ Si ritiene che il concorrente anche se responsabile degli errori commessi nella formulazione dell'offerta potrà giovare del soccorso istruttorio in un'ottica di più ampia partecipazione alla gara. Se prima l'integrazione era esclusa, oggi le irregolarità relative all'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile o che afferiscono all'offerta tecnica o economica saranno sanabili.