

Rassegna monotematica di giurisprudenza su: “La rilevanza delle *disposizioni* della parte II, titolo I, del d. lgs. n. 163/2006 per i contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice, le concessioni di servizi, i contratti “sotto soglia comunitaria”, i contratti nei settori speciali nonché per gli affidamenti in economia di cui all’art. 125 del d. lgs. n. 163/2006”.

Sommario: Normativa. Parte I. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili ai contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione del codice, con particolare riferimento agli appalti di servizi di cui all’allegato II B. 1.1. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell’art. 38 del d. lgs. n. 163/2006. 1.2. Disciplina dell’anomalia delle offerte ai sensi degli artt. 86 e ss. del d. lgs. n. 163/2006. 1.3. Disciplina relativa alla predeterminazione dei criteri, ai sensi dell’art. 83, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006. 1.4. Disciplina relativa ai costi sulla sicurezza, ai sensi degli artt. 86, commi 3-bis e 3-ter, e dell’art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006. 1.5. Disciplina relativa all’avalimento di cui all’art. 49 del d. lgs. n. 163/2006. 1.6. Disciplina della cauzione provvisoria ex art. 75 del d. lgs. n. 163/2006. 1.7. Disciplina dei termini di presentazione delle offerte. 1.8. Disciplina dell’art. 84, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006 sui tempi di nomina della commissione giudicatrice. 1.9. Disciplina del subappalto ai sensi dell’art. 27, comma 3 del d. lgs. n. 163/2006. 1.1.1. Autovincolo. Parte II. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili alle concessioni di servizi di cui all’art. 30. 2.1. Disciplina dell’art. 84, commi 4 e 10, del d. lgs. n. 163/2006 sulla formazione della commissione giudicatrice. 2.2. Disciplina dell’art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 sul numero dei membri della commissione giudicatrice. 2.3. Disciplina delle ATI e principio di necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, ai sensi dell’art. 37, comma 13, del d. lgs. n. 163/2006. 2.4. Disciplina delle clausole sociali ex art. 69 del d. lgs. n. 163/2006. 2.5. Disciplina dell’avalimento ai sensi dell’art. 49 del d. lgs. n. 163/2006. 2.6. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell’art. 38 del d. lgs. n. 163/2006. 2.7. Disciplina della cauzione provvisoria e di quella definitiva ex artt. 75 e 113 del d. lgs. n. 163/2006. 2.8. Disciplina dell’anomalia delle offerte di cui agli artt. 86 e ss. del d. lgs. n. 163/2006. 2.9. Disciplina relativa ai costi sulla sicurezza ai sensi degli artt. 86, commi 3-bis e 3-ter, e dell’art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006. 2.1.1. Disciplina dei requisiti di carattere speciale ex artt. 41 e 42 del d. lgs. n. 163/2006. 2.1.2. Disciplina dei termini di presentazione delle offerte. 2.1.3. Incompatibilità tra titolarità di incarichi di progettazione e partecipazione alla gara per gli affidamenti dei lavori. 2.1.4. Disciplina relativa allo *stand still* di cui all’art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006. 2.1.5. Disciplina del Dialogo competitivo. 2.1.6. Autovincolo. Parte III. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili ai contratti c.d. “sotto soglia comunitaria”. Parte IV. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili agli affidamenti in economia di cui all’art. 125 del d. lgs. n. 163/2006. 4.1. Disciplina dell’art. 84, commi 8 e 10, del d. lgs. n. 163/2006 sulla formazione della

commissione giudicatrice. 4.2. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006. 4.3. Disciplina sulla predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. 4.4. Disciplina della verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006. 4.5. Disciplina relativa allo *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006. 4.6. Principi in materia di pubblicità delle sedute di gara. 4.7. Disciplina della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006. 4.8. Autovincolo. Parte V. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili ai contratti nei settori speciali. 5.1. Disciplina della cauzione provvisoria ex art. 75 del d. lgs. n. 163/2006. 5.2 Disciplina dell'art. 84, commi 2 e 10, del d. lgs. n. 163/2006 sui tempi di nomina della commissione giudicatrice e sul possesso dei requisiti di esperienza e professionalità in capo ai commissari. 5.3 Disciplina dell'art. 133, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006 sull'adeguamento periodico dei prezzi. 5.4 Disciplina dell'art. 88, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163/2006 sul procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. 5.5 Disciplina dell'art. 42 del d. lgs. n. 163/2006 sui requisiti speciali di partecipazione alle gare. 5.6. Principio di pubblicità. 5.7. Disciplina dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006 recante la disciplina dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari. 5.8 Imprese pubbliche ed enti aggiudicatori.

Normativa di riferimento.

Comunicazione interpretativa della commissione europea relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02).

“...1.1. Disposizioni e principi del trattato CE

Al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco.

1.2. Norme fondamentali che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti

La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione». Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle

predette direttive. La Corte ha esplicitamente dichiarato che «sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato»...».

* * * * *

L'art. 27 del d. lgs. n. 163/2006 rubricato “Principi relativi ai contratti esclusi”, recita:

“1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti.

2. Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118.

* * * * *

L'art. 30 del d. lgs. n. 163/2006 rubricato “Concessione di servizi”, recita:

“1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.

2. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

5. Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.

6. Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7.

* * * * *

L'art. 121 del d. lgs. n. 163/2006 rubricato "Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria", recita:

"1. Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo.

2. Ai fini dell'applicazione del comma 3 dell'articolo 29 (metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici), per le procedure previo bando si ha riguardo alla data di pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana".

* * * * *

L'art. 125 del d. lgs. n. 163/2006 rubricato "Lavori, servizi e forniture in economia", recita:

"..8. Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

...

11. Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

12. L'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente. Agli elenchi di operatori economici tenuti dalle stazioni appaltanti possono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta, che siano in possesso dei requisiti di cui al periodo precedente. Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale.

...

14. I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento".

* * * * *

Nella parte III del d. lgs. n. 163/2006, dedicata ai "Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria", l'art. 206, rubricato "Norme applicabili", recita:

“1. Ai contratti pubblici di cui al presente capo si applicano, oltre alle norme della presente parte, le norme di cui alle parti I, IV, e V. Della parte II, titolo I, riguardante i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, si applicano esclusivamente i seguenti articoli: 29, intendendosi sostituite alle soglie di cui all'articolo 28 le soglie di cui all'articolo 215; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 46, comma 1-bis; 51; 52; 53, commi 1, 2, 3, 4, fatte salve le norme della presente parte in tema di qualificazione; 55, comma 1, limitatamente agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici; 55, commi 3, 4, 5, 6, con la precisazione che la menzione della determina a contrarre è facoltativa; 58, con il rispetto dei termini previsti per la procedura negoziata nella presente parte III; 60; 66, con esclusione delle norme che riguardano la procedura urgente; in relazione all'articolo 66, comma 4, in casi eccezionali e in risposta a una domanda dell'ente aggiudicatore, i bandi di gara di cui all'articolo, 224, comma 1, lettera c), sono pubblicati entro cinque giorni, purché il bando sia stato inviato mediante fax; 68; 69; 71; 73; 74; 76: gli enti aggiudicatori possono precisare se autorizzano o meno le varianti anche nel capitolato d'oneri, indicando, in caso affermativo, nel capitolato i requisiti minimi che le varianti devono rispettare nonché le modalità per la loro presentazione; 77; 79; 81, commi 1 e 3; 82; 83, con la precisazione che i criteri di cui all'articolo 83, comma 1, la ponderazione relativa di cui all'articolo 83, comma 2, o l'ordine di importanza di cui all'articolo 83, comma 3, o i sub-criteri, i sub-pesi, i sub-punteggi di cui all'articolo 83, comma 4, sono precisati all'occorrenza nell'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a confermare l'interesse di cui all'articolo 226, comma 5, nell'invito a presentare offerte o a negoziare, o nel capitolato d'oneri; 84; 85, con la precisazione che gli enti aggiudicatori possono indicare di volere ricorrere all'asta elettronica, oltre che nel bando, con un altro degli avvisi con cui si indice la gara ai sensi dell'articolo 224; 86, con la precisazione che gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare offerte; 87; 88; 95; 96; 112-bis; 118; 131. Nessun'altra norma della parte II, titolo I, si applica alla progettazione e alla realizzazione delle opere appartenenti ai settori speciali.

...

3. Nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta”.

* * * * *

Parte I. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili ai contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione del codice, con particolare riferimento agli appalti di servizi di cui all'allegato II B¹.

¹ L'allegato II B ricomprende: Servizi alberghieri e di ristorazione; Servizi di trasporto per ferrovia; Servizi di trasporto per via d'acqua; Servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti; Servizi legali; Servizi di collocamento e reperimento di personale (esclusi contratti di lavoro); Servizi di investigazione e di sicurezza, eccettuati i servizi con furgoni blindati; Servizi relativi all'istruzione, anche professionale; Servizi sanitari e sociali; Servizi ricreativi, culturali e sportivi.

Sulla generale applicabilità anche ai contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione delle “direttive appalti pubblici” dei principi comunitari desumibili dal Trattato, tra cui quelli di trasparenza e di adeguata pubblicità, si veda la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12/04/2000 nonché quella relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici” 2006/C 179/02. Per un'ampia ricostruzione della problematica si ved altresì Cons. Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011, n. 16.

In tal senso si è costantemente espressa anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici. Nella Deliberazione n. 25 del 08/03/2012 - rif. Fascicolo n. 366/2011 d. lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1 afferma che “La riconducibilità del

1.1. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

La regola secondo la quale tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali può essere considerata un principio di tutela della *par condicio*, dell'imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione del codice. Nei contratti c.d. esclusi può non esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 e gli stessi vincoli procedurali, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio che i soggetti devono avere i requisiti morali e che il possesso di tali requisiti va verificato² (Consiglio di Stato, V, 17 maggio 2012, n. 2825, cfr. altresì Consiglio di Stato, VI, 15 giugno 2010, n. 3759; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725 e Parere AVCP sulla normativa del 03 luglio 2013 AG 8/13 in materia di divieto di partecipazione mediante società fiduciaria ex art. 38, comma 1, lett. d), del Codice nonché Parere sulla Normativa del 11/07/2012 - rif. AG 10/12 d. lgs 163/06 Articoli 20, 38 - Codici 20.1, 38.1). L'inapplicabilità del rigore formale, di regola richiesto nel rendere le dichiarazioni prescritte dall'art. 38, è stato ribadito da Cons. Stato, III, 14 dicembre 2012, n. 6444³; peraltro è stato di

servizio appaltato all'All. II B del Codice non esonera le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale, con particolare riferimento al principio di pubblicità, espressione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943; 22 aprile 2008, n. 1856; 8 ottobre 2007, n. 5217; 22 marzo 2007, n. 1369; TAR Lazio, Sez. III ter, 5 febbraio 2008, n. 951). Nella deliberazione n. 102 del 5 novembre 2009 l'Autorità ha, inoltre, sottolineato che sebbene i servizi rientranti nell'allegato II B siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del D. Lgs. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara (in virtù del c.d. principio di autovincolo), quando il valore dell'appalto è decisamente superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 D. Lgs. 163/2006 a tenore del quale l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto". La codificazione di tali principi conferma dunque la contrarietà per l'affidamento fiduciario. Pertanto, in ossequio ai principi del Trattato, la stazione appaltante dovrà opportunamente nell'ambito della propria discrezionalità scegliere il modulo procedimentale più consono, favorendo la procedura ristretta quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (cfr. altresì Deliberazione n. 76 del 01/12/2010 - rif. d. lgs 163/06 Articoli 20, 63 - Codici 20.1, 63.1)".

Per una applicazione in materia riferita all'inderogabile necessità di rispetto del principio di pubblicità si veda T.A.R. Lazio, Roma, 21 marzo 2011, n. 2417.

2 Nel "Parere di Precontenzioso n. 128 del 17/07/2013 - rif. PREC 119/13/F d. lgs 163/06 Articoli 20, 49 - Codici 20.1, 49.1, 49.1.1" l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha affermato che: "In assenza di un espresso richiamo nel bando di gara, non potrebbe farsi automatica e diretta applicazione dell'obbligo formale sancito dall'art. 49, secondo comma, del D. Lgs. n. 163/2006, qualora si tratti di procedura avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi rientrante nell'Allegato II-B al D. Lgs. n. 163/2006. Resta comunque fermo il dovere della stazione appaltante di procedere, prima della stipula del contratto, alla verifica d'ufficio circa l'assenza di precedenti penali e di altre circostanze impeditive a carico di tutti gli altri amministratori e direttori tecnici della società ausiliaria".

³ Si legge in motivazione: "6.1. In premessa vale osservare che l'appalto in questione ha ad oggetto l'affidamento di servizi che rientrano nell'ambito dell'allegato II B della Direttiva 2004/18/CE e del corrispondente allegato II B del Codice dei contratti. Con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 20, in sede di aggiudicazione non trovano applicazione le puntuali disposizioni del Codice, fatta eccezione per gli artt. 65, 68 e 225, ma i principi derivanti dai Trattati e dalle direttive europee. La disciplina dei requisiti e delle modalità di partecipazione è quindi, nei suoi elementi di dettaglio, rimessa essenzialmente alla *lex specialis* e può legittimamente ispirarsi a criteri di maggiore semplificazione e speditezza procedimentale.

recente affermato che se il bando di gara richiama espressamente il disposto dell'art. 38 ed i connessi obblighi dichiarativi - che, pertanto, ai fini della disciplina di gara rilevano in via diretta e non per il tramite mediato dell'art. 27 - sussiste l'obbligo di rispettarne non solo il contenuto precettivo di ordine sostanziale ma anche i connessi obblighi formali (così T.A.R. Molise 11 aprile 2014, n. 242).

1.2. Disciplina dell'anomalia delle offerte, ai sensi degli artt. 86 e ss. del d. lgs. n. 163/2006.

Salvo i casi in cui sia la stessa amministrazione ad autovincolarsi nella *lex specialis* di gara, la procedura di affidamento dei servizi "esclusi" non è soggetta all'obbligo di verifica di congruità delle offerte di cui all'art. 86 del d. lgs. n. 163/2006 (cfr. Avcp AG 32 del 23 settembre 2010 e Parere di Precontenzioso n. 79 del 09/05/2013 - rif. PREC 259/12/S d.lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1).

1.3. Disciplina relativa alla predeterminazione dei criteri ai sensi dell'art. 83, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006.

Nelle procedure di valutazione comparativa concorrenziale volte all'affidamento di un servizio "escluso" (elencato nell'allegato II B del codice dei contratti pubblici), pur non trovando diretta applicazione l'art. 83, comma 4, del d. lgs. n. 163/06, che disciplina l'aggiudicazione dei contratti pubblici secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la regola secondo cui spetta al bando suddividere i criteri in sottopunteggi, allo scopo di limitare la discrezionalità della

6.2. Tanto premesso in linea generale, nel caso di specie l'avviso pubblico, pur richiamando l'art. 38 a proposito dei requisiti minimi di partecipazione (art. 10, al principio), non ne riproduceva distintamente le singole disposizioni, badando piuttosto al dato sostanziale, ovvero al fatto che i concorrenti dichiarassero di "non trovarsi in alcuna delle situazioni preclusive della partecipazione alle procedure di affidamento e alla stipula dei relativi contratti contemplate dall'art. 38 del Codice dei contratti" e che, quindi, fossero in regola con i requisiti ivi indicati e, ovviamente, che tale dichiarazione trovasse conforto e riscontro in sede di controllo.

6.3. Se questa è la lettura più ragionevole e funzionale dell'avviso pubblico in questione, è determinante osservare come nella vicenda in esame nessuno contesti all'odierna appellante il possesso dei requisiti di capacità generale, ovvero di "moralità" di cui all'art. 38 quanto, piuttosto, la genericità ovvero l'incompletezza delle dichiarazioni rese sul punto.

Ebbene, poiché non è in discussione il possesso del requisito ma, semmai, le modalità della sua dimostrazione, reputa il Collegio che il tenore letterale dell'avviso pubblico potesse ragionevolmente autorizzare o comunque indurre i partecipanti a rendere dichiarazioni ispirate ad una maggiore sintesi rispetto agli standard consueti, fatto salvo naturalmente il potere-dovere della stazione appaltante di chiedere chiarimenti e procedere ai necessari controlli.

Si vuole quindi sottolineare come sarebbe contraddittorio, se non anche inutilmente vessatorio, sanzionare con l'esclusione automatica modalità di presentazione della dichiarazione sulla cui sufficienza e regolarità il concorrente poteva ragionevolmente fare affidamento, quantunque ad un operatore più esperto e ad un'Amministrazione più esigente, assumendo un parametro differente, quelle stesse modalità potessero apparire incomplete o non sufficientemente dettagliate - a maggior ragione in quanto, come già detto, non è controverso che il requisito da dichiarare fosse in effetti posseduto.

6.4. Con la precisazione che le stesse considerazioni si impongono anche per la censura di Gepsa riferita più specificatamente alla violazione dell'art. 17 della l. 68/1999 sul rispetto delle norme che disciplinano il lavoro dei disabili. Poiché infatti tale prescrizione è richiamata dall'art. 38 co. 1 lett. l) del d.lgs. 163/2006, si può affermare che, nel dichiarare la non sussistenza delle condizioni di esclusione specificate dall'art. 38, l'appellante abbia inteso ricomprendere anche il rispetto delle norme sui disabili. Né, giova ribadire, tale rispetto è stato mai contestato nella sostanza".

Commissione giudicatrice, trova fondamento nell'art. 12 della legge n. 241/90, a mente del quale la sovvenzione di concessioni di qualunque genere è subordinata alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle Amministrazioni procedenti dei criteri e delle modalità cui le Amministrazioni devono attenersi. La predeterminazione dei criteri e delle procedure è posta a garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa, e si innalza a principio generale in forza del quale l'attività di erogazione deve, in ogni caso, conformarsi a referenti oggettivi, nonché pubblici. Allo stesso modo, pur non essendo applicabile ai servizi esclusi la disciplina di cui all'art. 38, comma *m-quater*, del d. lgs. n. 163/06 in tema di collegamento sostanziale, in presenza di circostanze quali l'identità della sede tra le imprese partecipanti ed il ruolo apicale ricoperto da un unico soggetto, l'Amministrazione deve condurre un'adeguata istruttoria, onde verificare l'esistenza di accordi idonei ad eludere il limite dell'aggiudicazione di diversi lotti, prescritto dalla *lex specialis* (T.A.R. Umbria, 14 marzo 2012, n. 96; sulla rilevanza del richiamo espresso all'art. 84 contenuto nel bando cfr. T.A.R. Piemonte, II, n. 1719/2007).

1.4. Disciplina relativa ai costi sulla sicurezza ai sensi degli artt. 86, commi 3-bis e 3-ter, e dell'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006.

Poiché negli appalti di cui all'allegato IIB del Codice dei contratti pubblici (nella specie, voce 22: Servizi di collocamento e reperimento di personale) si applica la disciplina contenuta nell'art. 20 del suddetto Codice, che non richiama espressamente l'applicazione degli artt. 86 e 87 del Codice dei contratti pubblici, se la *lex specialis* non prevede che i costi per la sicurezza debbano essere indicati nell'offerta, né contiene una clausola di esclusione in caso di mancata specificazione dei costi in questione, è illegittimo il provvedimento di esclusione dell'offerta emesso per il fatto che essa non indichi i costi relativi alla sicurezza (Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 marzo 2014, n. 991; T.A.R. Basilicata, I, 23 dicembre 2013, n. 810⁴; Cons. Stato, III, 19 dicembre 2011, n. 6640; Cons. Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510 relativa anche alla mancata indicazione del costo del personale ex art. 81, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006; T.A.R. Calabria, II, 6 marzo 2014, n. 408; T.A.R. Toscana, I, 20 febbraio 2014, n. 338 con ampia motivazione; T.A.R. Sicilia, Catania, 24 ottobre 2012, n. 2501; *Contra* Cons. Stato, III, 28 agosto 2012, n. 4622). Secondo T.A.R. Piemonte, Sez. I, 22 novembre 2013 n. 1254 le norme del codice dei Contratti Pubblici che prevedono l'obbligo per le stazioni appaltanti di specificare i c.d. "oneri da interferenza" nei bandi di gara e l'obbligo per i concorrenti

⁴ Si legge in motivazione: "Pertanto, come condivisibilmente affermato dalla Sentenza TAR Piemonte Sez. I n. 1376 del 21.12.2012 (la quale, peraltro, richiama anche C.d.S. Sez. V n. 4029 del 5.7.2011), citata dalla ricorrente, nelle gare, relative a servizi ex art. 20 D.Lg.vo n. 163/2006, anche volendo aderire all'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, non può essere sanzionata con l'esclusione l'omessa specificazione dei costi di sicurezza, se il bando non prevede espressamente tale obbligo, a pena di esclusione, come nella specie, dove la *lex specialis* richiama gli artt. 86, 87 e 88 D. Lg.vo n. 163/2006 solo ai fini della verifica di anomalia dell'offerta".

di specificare i c.d. “oneri da rischio specifico” nelle proprie offerte economiche sono sanciti dall’art. 86, commi 3-bis e 3-ter, e dall’art. 87, comma 4, del Codice dei Contratti. Tali norme, per la loro stretta specificità di dettaglio, sono inidonee ad integrare principi generali, salvo che non si voglia ravvisarne uno in ogni frammento del reticolato normativo del Codice, secondo un ordine di idee che sarebbe, però, incompatibile con la ben diversa logica selettiva sottesa agli articoli 20 e 27. Non integrando principi generali, le predette norme non sono applicabili - neppure in via di eterointegrazione degli atti di gara – alle procedure che abbiano ad oggetto, come nel caso di specie, servizi di cui all’allegato II B, se non nell’ipotesi in cui la stazione appaltante si sia autovincolata ad osservarle richiamandole espressamente nella legge di gara⁵.

1.5. Disciplina relativa all’avvalimento di cui all’art. 49 del d. lgs. n. 163/2006.

Il C.G.A.R.S. con sentenza n. 791 del 18 settembre 2012, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 17 marzo 2011, causa C – 95/10, ha precisato, con riferimento agli appalti di servizi elencati nell’allegato II B, che poiché il diritto dell’Unione Europea non impone agli stati nazionali di applicare l’art. 47 n. 2 della direttiva n. 18/2004 in materia di avvalimento a siffatte tipologie di appalti, il legislatore nazionale non è tenuto ad estenderne il campo di applicazione e, a tanto, non sono obbligate neppure le stazioni appaltanti in sede di predisposizione dei bandi di gara, fermo restando il potere discrezionale di ammettere nei documenti di gara la possibilità di fare ricorso a tale istituto. Prosegue la pronuncia rammentando che, con la medesima sentenza, la Corte di Giustizia ha altresì escluso che l’obbligo di rendere possibile il ricorso generalizzato all’istituto dell’avvalimento possa evincersi dal principio generale della concorrenza o da quelli di trasparenza e di parità di trattamento nonché da quello collegato di divieto di introdurre discriminazioni in base alla nazionalità o al luogo di stabilimento⁶.

⁵ 1. L’appalto di cui si discuteva rientrava tra quelli di cui all’allegato II B del Codice dei Contratti, ed in particolare nella categoria n. 23: “Servizi di investigazione e di sicurezza, eccettuati i servizi con furgoni blindati”.

Il Collegio ha cura di precisare che la conclusione riassunta nella massima non comporta che nelle gare aventi ad oggetto servizi esclusi dall’applicazione del Codice dei Contratti i concorrenti, in mancanza di una previsione specifica della legge di gara, siano esentati dal dovere di indicare gli oneri della sicurezza e dall’osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro: comporta soltanto che, ove la stazione appaltante non si sia autovincolata nella legge di gara ad osservare la disciplina di dettaglio dettata dagli art. 86 commi 3-bis e 3-ter e 87 comma 4 del Codice dei Contratti, il concorrente che non abbia indicato gli oneri della sicurezza nella propria offerta, dovrà essere chiamato a specificarli successivamente nell’ambito della fase, eventuale, di verifica della congruità dell’offerta.

Osserva ancora il Tribunale che, sempre nelle procedure aventi ad oggetto gli appalti di cui all’allegato II B, l’obbligo di specificare gli oneri della sicurezza nella offerta economica a pena di esclusione dalla gara non può farsi discendere automaticamente neppure dall’art. 26, comma 6, del D. L.vo n. 81/08, il quale si limita a prescrivere che gli enti aggiudicatori, “nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell’anomalia delle offerte” valutino l’adeguatezza del valore economico al costo del lavoro e della sicurezza: é ben vero che quest’ultimo deve essere “indicato e risultare congruo rispetto all’entità ed alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture”, ma la norma non prescrive affatto che questa indicazione debba essere effettuata, dai partecipanti alla gara, a pena di esclusione nella offerta economica (TAR Piemonte, sez. I, 21 dicembre 2012 n. 1376).

⁶ Afferma la sentenza in motivazione: “La tesi giuridica contenuta nella sentenza appellata trova conferma in una recente decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea (sez. III, sent. n. 95 del 17 marzo 2011).

1.6. Disciplina della cauzione provvisoria ex art. 75 del d. lgs. n. 163/2006.

La disposizione di cui all'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006 non è applicabile agli appalti di servizi di cui all'allegato II B (T.A.R. Calabria, II, 6 marzo 2014, n. 408).

1.7. Disciplina dei termini di presentazione delle offerte.

Pronunciandosi su una domanda presentata nell'ambito di una controversia, in merito all'attribuzione di un appalto di servizi di sorveglianza e di sicurezza relativo agli impianti del Municipio di Sintra (Comune di Sintra, Portogallo), detto giudice comunitario ha osservato che dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18 non discende l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare l'art. 47, n. 2, di detta direttiva, relativa all'avvalimento, anche agli appalti aventi ad oggetto i servizi menzionati all'allegato II B della direttiva medesima.

La Corte di giustizia ha rammentato che la distinzione tra i regimi applicabili agli appalti pubblici di servizi in funzione della classificazione dei servizi in due categorie separate, operata dalle pertinenti norme del diritto dell'Unione trova conferma nella giurisprudenza comunitaria

In tal senso si pone la statuizione che la classificazione dei servizi negli allegati I A e I B della direttiva 92/50 (che corrispondono, rispettivamente, agli allegati II A e II B della direttiva 2007/18) è conforme al sistema di cui a detta direttiva, che prevede un'applicazione a due livelli della direttiva medesima (cfr. sentenza 14 novembre 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda, punto 55).

Inoltre, nel contesto della direttiva 92/50, quando gli appalti hanno ad oggetto servizi rientranti nell'ambito dell'allegato IB, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare solamente gli obblighi di definire le specifiche tecniche, facendo riferimento a norme nazionali che recepiscono norme europee che devono essere contenute nei documenti generali o contrattuali relativi a ogni appalto e di inviare all'OPOCE un avviso che riferisca i risultati della procedura d'aggiudicazione di tali appalti (cfr. sentenza 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda, punto 24).

La Corte di giustizia ha indicato, infatti, che il legislatore dell'Unione ha preso le mosse dalla presunzione che gli appalti relativi ai servizi ricompresi nell'allegato I B della direttiva 92/50 non presentano, a priori, data la loro natura specifica, un interesse transfrontaliero tale da giustificare che la loro aggiudicazione avvenga in esito a una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto (cfr., sentenza Commissione/Irlanda, cit. punto 25), fermo restando che ove si presenti un interesse transfrontaliero certo, gli appalti stessi sono assoggettati ai principi generali di trasparenza e di parità di trattamento che derivano dagli artt. 49 e 56 TFUE (cfr. stessa sentenza, punti 26, 29 e 31).

Quanto all'argomento secondo il quale il principio generale della "concorrenza effettiva" proprio della direttiva 2004/18 potrebbe istituire un tale obbligo, la Corte di giustizia ha rilevato che, se è pur vero che la concorrenza effettiva costituisce l'obiettivo essenziale di detta direttiva, tale obiettivo, per quanto importante, non può sfociare in un'interpretazione in contrasto con il chiaro disposto della direttiva stessa, che non menziona il suo art. 47, n. 2, tra le disposizioni che le autorità aggiudicatrici sono tenute ad applicare in sede di aggiudicazione di appalti relativi a servizi ricompresi nell'allegato II B di tale direttiva.

La Corte di giustizia ha, altresì, chiarito che un obbligo, come quello codificato dall'art. 47, n. 2, della direttiva 2004/18 non può farsi discendere dall'applicazione dei principi generali di trasparenza e di parità di trattamento.

Quanto al principio di trasparenza, la Corte ha osservato che l'impossibilità per un operatore economico di far valere le capacità economiche e finanziarie di altri enti non è in rapporto con la trasparenza della procedura di aggiudicazione di un appalto.

Quanto al principio di parità di trattamento, lo stesso non può portare all'imposizione di un obbligo come quello codificato dall'art. 47, n. 2, con la conseguenza che l'assenza di un siffatto obbligo non è tale da comportare alcuna discriminazione, diretta o indiretta, in base alla nazionalità o al luogo di stabilimento.

La Corte di giustizia ha, comunque, osservato, in conclusione, che, pur non essendovi l'obbligo per gli Stati membri di applicare l'art. 47, n. 2, di detta direttiva anche agli appalti aventi ad oggetto i servizi menzionati all'allegato II B della direttiva medesima, la stessa non impedisce che gli Stati membri e, eventualmente, le amministrazioni aggiudicatrici prevedano tale applicazione, nella loro normativa e nei documenti relativi all'appalto.

Il che si è appunto verificato nell'appalto in esame, avendo la stazione appaltante dato applicazione, anche se parzialmente, come le era consentito, delle regole derivanti dal principio dell'avvalimento".

Si tratta di argomentazioni estensibili analogicamente alla distinta, seppur connessa, problematica della generale applicabilità dell'istituto dell'avvalimento alle concessioni di servizi, in assenza di espresso richiamo del bando di gara (su cui si veda *infra*).

La disciplina generale sui termini minimi per la presentazione delle offerte previsti dalle disposizioni in materia di appalti di servizi e di lavori non è applicabile ai servizi indicati nell'allegato II B (T.A.R. Lombardia, Milano, I, 7 novembre 2013, n. 2461).

1.8. Disciplina dell'art. 84, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006 sui tempi di nomina della commissione giudicatrice.

Secondo quanto affermato dal T.A.R. Marche con sentenza 25 maggio 2012, n. 364 merita condivisione l'orientamento per cui la norma di cui all'art. 84, comma 10, seppure non direttamente applicabile ai servizi di cui all'allegato II B, visto il disposto dell'art. 20 del d. lgs n. 163/2006, debba essere ricondotta ai principi di cui all'art. 27 del d. lgs n. 163/2006, immanenti all'intero *corpus* del d. lgs n. 163/2006 e relativi alla garanzia del principio di imparzialità. E' tuttavia necessario accertare, di volta in volta, se tale principio sia stato effettivamente messo in pericolo dalla nomina anticipata della Commissione. Infatti, condivisibilmente, la giurisprudenza ha ritenuto che nei settori "esclusi" tale pericolo non sia rinvenibile, per esempio, in caso di nomina di poco anteriore al termine di scadenza per la presentazione delle offerte o, comunque, lo stesso giorno (Cons. Stato, III, 17 ottobre 2011 n. 5547).

1.9. Disciplina del subappalto ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006.

Ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 all'amministrazione è lasciata la facoltà di stabilire o meno il divieto del subappalto, in deroga al principio generale secondo cui il subappalto per i contratti pubblici sottoposti alla disciplina del Codice non può essere vietato, nel rispetto della libertà delle scelte imprenditoriali dei concorrenti. Quindi, per i contratti del titolo II della Parte I del Codice dei contratti pubblici (tra cui rientrano i servizi dell'allegato IIB), l'amministrazione è libera di introdurre il divieto di subappalto, attraverso la via fissata dal predetto art. 27 (Deliberazione AVCP n. 72 del 06/03/2007 - rif. d. lgs 163/06 Articoli 118, 20 - Codici 118.1, 20.1).

1.1.1. Autovincolo.

La stazione appaltante può prevedere, negli atti di gara, l'applicazione di disposizioni del Codice ulteriori rispetto a quelle previste nell'art. 20 (cfr., *ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, 10 maggio 2012, n. 934 anche per le implicazioni derivanti dal principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* su cui cfr. altresì T.A.R. Lombardia, Milano, I, 15 maggio 2012, n. 1356 sebbene riferita ai contratti nei settori speciali). In tal caso è comunque tenuta ad applicare, nell'aggiudicazione dei servizi ricompresi nell'Allegato II B, anche quelle norme del d. lgs. 12

aprile 2006, n. 163 che, seppure non richiamate nell'art. 20, siano state espressamente inserite nel bando o comunque negli atti di gara, poiché in questo caso l'Amministrazione si "autovincola" al rispetto delle stesse (cfr. A.v.c.p. deliberazioni n. 4/2010, n. 36/2009, n. 10/2009, n. 7/2009 nonché Parere sulla Normativa del 23/09/2010 - rif. AG32/2010 d. lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1).

Parte II. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili alle concessioni di servizi di cui all'art. 30⁷.

⁷ Sulla generale applicabilità anche alle concessioni di servizi dei principi comunitari desumibili dal Trattato, tra cui quelli di trasparenza e di adeguata pubblicità, si veda la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12/04/2000 nonché quella relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici" 2006/C 179/02.

Per una applicazione in materia riferita alla inderogabile necessità di rispetto del principio di pubblicità si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 dicembre 2011 n. 1730 secondo cui l'attività di controllo degli impianti termici ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 192/2005 deve essere qualificata come servizio pubblico locale, in quanto viene svolta non solo nell'interesse dell'amministrazione ma anche degli utenti, sui quali ricade in definitiva il costo del servizio sotto forma di tariffe predeterminate (v. CDS sez. V 11 gennaio 2011 n. 77). Non trattandosi di un appalto di servizi non sono applicabili le norme di dettaglio contenute nel d.lgs. n. 163/2006, ma soltanto le disposizioni dell'art. 30 relative alle concessioni di servizi (rispetto dei principi comunitari di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, gara informale, predeterminazione dei criteri selettivi). I principi di trasparenza e di adeguata pubblicità impongono che della formazione di un elenco per l'affidamento di uno o più incarichi sia data notizia con modalità proporzionate all'importanza economica del servizio. Pertanto, se la stima delle tariffe complessivamente erogabili negli ambiti territoriali a cui possono iscriversi i concorrenti (nello specifico tre delle dieci zone individuate dalla Provincia) supera la soglia dell'affidamento in economia di cui all'art. 125 del D. lgs. n. 163/2006 (norma richiamabile in via analogica) è necessario dare pubblicità secondo le ordinarie forme degli appalti di servizi (nella specie la Provincia di Mantova aveva invitato gli artigiani interessati a presentare domanda per l'inserimento in un elenco di ispettori di impianti termici. Ai soggetti inseriti nell'elenco avrebbero dovuto essere affidati in un secondo momento specifici incarichi relativi al controllo degli impianti termici nel territorio provinciale. L'avviso era stato pubblicizzato soltanto tramite il sito Internet della Provincia, modalità non ritenuta dal T.A.R. rispettosa del principio di pubblicità alla luce del valore economico della concessione).

Sulla generale applicabilità dei principi del Trattato alle concessioni di servizi si è costantemente espressa anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici:

Deliberazione n. 72 del 01/08/2012 - rif. Fascicolo n. 1397/2011 d. lgs 163/06 Articoli 2, 30 - Codici 2.1, 30.1

"L'affidamento di una concessione di servizi non può essere sottratto ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza ed a quelli desumibili dal Codice dei contratti (art. 30 D. Lgs n. 163/06). Ne deriva che, tenuto conto dell'importo del servizio da affidare, superiore alla soglia comunitaria, l'inadeguata pubblicità della gara sia a livello nazionale che comunitario, oltre che violare l'obbligo del rispetto di termini minimi adeguati per la presentazione delle domande di partecipazione, non è conforme al principio di massima partecipazione e di trasparenza".

Parere sulla Normativa del 09/07/2012 - rif. AG 9/12 d. lgs. 163/06 Articoli 3, 30 - Codici 3.1, 30.1

Richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Affidamento del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti speciali.

"I contratti attivi, come noto, non sono disciplinati dal d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e risultano tuttora soggetti all'applicazione della legge e del regolamento di contabilità di Stato, che dispongono che i contratti per i quali derivi un'entrata per le amministrazioni debbano essere preceduti da pubblici incanti (art. 3 R.d. 18 novembre 1923, n. 2440). Un costante orientamento giurisprudenziale predica l'applicazione dei principi comunitari in materia di contratti pubblici anche a contratti attivi quali le concessioni di beni demaniali, evidenziando che: "La giurisprudenza di questo Consiglio ritiene, anche sulla scia di importanti decisioni della stessa Corte di giustizia CE, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, rinvenibili direttamente nel Trattato CE, ma non per questo sorniti di immediata efficacia precettiva (il riferimento è, essenzialmente, al rispetto della libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché ai principi di par condicio, imparzialità e trasparenza), non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente" (Cons. Stato sez. VI, sent. 25 settembre 2009, n. 5765; si

2.1. Disciplina dell'art. 84, commi 4 e 10, del d. lgs. n. 163/2006 sulla formazione della commissione giudicatrice.

Qualora sia indetta una gara per l'affidamento di concessioni di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche in assenza di un espresso richiamo nel bando, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e comma 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del codice dei contratti pubblici, espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, del medesimo codice. La regola della posteriorità della nomina della commissione rispetto al termine di presentazione delle offerte – sancita dall'art. 84, comma 10, del codice dei contratti pubblici – costituisce un corollario dei principi di trasparenza e di imparzialità, poiché si evita che il contenuto delle offerte sia influenzato dalle preferenze che potrebbero essere attribuite ai commissari già nominati, ovvero da loro suggerimenti o da loro contatti comunque presi con “imprese amiche” (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13 ma già T.A.R. Molise 23 settembre 2009, n. 651 confermata da Cons. Stato, V, 23 maggio 2011, n. 3086 nonché T.A.R. Puglia, Bari, I, 26 marzo 2009, n. 676; T.A.R. Piemonte, II, 16 febbraio 2008, n. 226; T.A.R. Lazio, Roma, II, 13 febbraio 2008, n. 1268; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 27 novembre 2007, n. 1854; T.A.R. Lombardia, Milano, I, 19 aprile 2007, n. 1897; per una applicazione peculiare del principio cfr. Cons. Stato, 24 marzo 2011, n. 1784 che afferma il carattere invalidante della violazione “solo se la nomina anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte sia in concreto suscettibile di incidere sulla indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni”; la necessità della verifica in concreto della offensività della violazione è stata ribadita, con riferimento ai contratti pubblici nei settori speciali, da Cons. Stato, V, 6 luglio 2010 n. 4311 con ampi riferimenti di giurisprudenza).

vedano anche Cons. Stato, sez. VI, sent. 24 aprile 2009, n. 2555; id. 25 gennaio 2005, n. 168). Diversamente, nel caso in cui la quantità e qualità dei rifiuti rendano antieconomica l'offerta di acquisto da parte di un privato (come potrebbe essere dedotto qualora la procedura di vendita dovesse andare deserta), l'amministrazione sarebbe costretta a stipulare un contratto passivo, un appalto di servizi nello specifico, in tutto e per tutto soggetto alla disciplina del d. lgs. n. 163/2006”.

Deliberazione n. 61 del 20/06/2012 - rif. Fascicolo 1002/2012 d. lgs. 163/06 Articoli 2, 30, 66 - Codici 2.1, 30.1, 66.1 “Per gli affidamenti di concessioni di servizi l'art. 30, comma 2, del D.lgs. 163/2006 prevede espressamente che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi comunitari desumibili dal Trattato, tra cui quelli di trasparenza e di adeguata pubblicità. Per le concessioni di importo superiore alle soglie comunitarie, la Commissione Europea nella propria Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 12/04/2000, sulla scorta di orientamenti costanti della Corte di Giustizia, ha indicato l'opportunità di pubblicare gli avvisi relativi alle concessioni sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (si veda sul punto la Deliberazione n. 73 Adunanza del 20 luglio 2011, nonché la Deliberazione n. 13 del 12 marzo 2010)”.

2.2. Disciplina dell'art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 sul numero dei membri della commissione giudicatrice.

La regola sulla composizione della commissione di gara con un numero dispari di componenti non superiore a cinque, sancita dall'art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006, non è espressione di un principio generale, immanente nell'ordinamento, tale da determinare l'illegittimità della costituzione di un collegio avente un numero pari di componenti, essendo numerose le ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria (cfr. Cons. Stato, III, 11 luglio 2013, n. 3730 e Cons. Stato, III, 3 ottobre 2013, n. 4884).

2.3. Disciplina delle ATI e principio di necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, ai sensi dell'art. 37, comma 13, del d. lgs. n. 163/2006.

L'art. 37, comma 13, del Codice dei contratti pubblici, che impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni (per i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture fino al 14 agosto 2012 e per i soli contratti di appalto di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012) - pur prevedendo un requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione, necessario pur se non richiesto dal bando - non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto, sicché ai sensi dell'art. 30, comma 3, del medesimo Codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio locale di rilievo economico e a domanda individuale (come va considerata una iniziativa di partenariato pubblico-privato per la realizzazione di un programma di *housing* sociale) (così Cons. Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7).

2.4. Disciplina delle clausole sociali ex art. 69 del d. lgs. n. 163/2006.

La previsione, in via integrativa, della clausola sociale nella lettera di invito (recante la disciplina della presentazione delle offerte) anziché nel bando/sollecitazione (finalizzato alla prequalificazione delle imprese), come invece prescritto dall'art. 69 del d. lgs. n. 163/2006, non rappresenta motivo di illegittimità della selezione laddove venga in rilievo l'affidamento di una concessione di servizi, tenuto conto che in forza dell'art. 30, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006, le disposizioni del codice dei contratti non si applicano alle concessione di servizi né l'art. 69, nella parte in cui prescrive che la condizione particolare di esecuzione attinente ad esigenze sociali, debba essere prevista già nel bando anziché nella successiva lettera di invito, può ritenersi espressione dei principi desumibili dal Trattato e dai principi generali relativi ai contratti pubblici, la cui osservanza è prescritta dall'art.

30, comma 3, anche nella scelta del concessionario, poichè l'unica esigenza inderogabile da rispettare in via generale, anche nell'affidamento delle concessioni di servizi, è che il concorrente sia messo in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri assume con la partecipazione alla gara, principio, questo, da ritenersi rispettato anche tramite la previsione in via integrativa della clausola sociale direttamente nella lettera di invito (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19).

2.5. Disciplina dell'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006.

E' illegittima, per violazione dei principi di non discriminazione e di proporzionalità, la clausola del bando di gara per l'affidamento in concessione di un servizio (nella specie si trattava della gestione di un impianto natatorio comunale) secondo la quale, da una parte, non sono ammesse a partecipare alla gara associazioni di più soggetti, e, dall'altra, è escluso l'istituto dell'avvalimento (TAR Molise 23 dicembre 2011, n. 990). In senso opposto si è tuttavia pronunciato Cons. Stato, V, 2 maggio 2013, n. 2385⁸. Secondo l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici l'avvalimento deve ritenersi

⁸ Si legge in motivazione "4. Può dunque passarsi ai motivi del ricorso principale del Tennis Club Mogliano avverso l'aggiudicazione in favore della Tennis Club Veritas e diretta a contestare l'ammissione di questa alla gara e, conseguentemente, l'aggiudicazione.

Sono fondati i primi due motivi, con rilievo assorbente rispetto agli altri, con i quali si sostiene che l'avvalimento cui l'associazione aggiudicataria ha fatto ricorso non poteva in realtà essere ammesso. E ciò tanto perché il bando di gara non contiene alcun richiamo all'art. 49 del codice dei contratti pubblici, né è riconducibile ad alcuno dei principi applicabili alle concessioni di servizi giustamente disposto dall'art. 30, comma 3, del medesimo codice, quanto perché detto istituto è stato nel caso di specie impiegato al fine di comprovare un requisito di carattere soggettivo.

4.1 In relazione al primo profilo, va ricordato che per incontrastato orientamento della giurisprudenza amministrativa, dalla quale non vi è motivo di discostarsi, l'applicabilità alle concessioni delle disposizioni del codice dei contratti deve essere espressamente resa manifesta dall'amministrazione aggiudicatrice attraverso il richiamo nella legge di gara (da ultimo: C.d.S., sez. V, 3 maggio 2013, n. 2552). La quale *lex specialis* è circoscritta evidentemente al bando ed al disciplinare di gara, non potendo estendersi agli atti della commissione di gara, come invece sembra pretendere il Tennis Club Veritas.

4.2 Né si ritiene che l'avvalimento sia sussumibile in alcuno dei principi stabiliti dall'art. 30, comma 3, citato.

Pur condividendo con detti principi la finalità di consentire la massima partecipazione alle gare d'appalto, lo stesso, nondimeno, non può porsi in rapporto di necessaria strumentalità con gli stessi.

Esclusi evidentemente la trasparenza ed adeguata pubblicità, i principi di non discriminazione e proporzionalità attengono ai requisiti di partecipazione, imponendo che essi siano coerenti con l'oggetto del contratto posto a gara e non determinino una restrizione eccedente scopi che con la previsione di tali requisiti si vuole perseguire. Il mutuo riconoscimento ha rilievo diretto con la creazione di un mercato unico europeo, nel quale le imprese site in ciascuno stato membro possano concorrere a procedure di affidamento indette in altri paesi europei in condizioni di parità con quelle dove si svolge la gara, sulla base del previo riconoscimento, da parte di ciascuno Stato membro, delle altrui normative e procedure cui è subordinato sul piano interno il riconoscimento e l'attribuzione di qualificazioni ed attestazioni di capacità e qualità degli operatori economici.

Per contro, l'avvalimento ha rilievo una volta appurato che queste precondizioni, irrinunciabili in un mercato comune, sono state rispettate nella conformazione della legge di gara, consentendosi quindi la più ampia partecipazione alle imprese europee.

Ciò, del resto, si evince dallo stesso art. 30, comma 3, in esame, il quale dopo avere richiamato i ridetti principi, impone lo svolgimento di una gara informale con la partecipazione di almeno cinque soggetti "se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione".

In altri termini, è esclusivamente nell'ambito dell'individuazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura di gara che va apprezzato il rispetto dei principi in questione, mentre l'avvalimento dà luogo ad una scelta discrezionale ulteriore dell'amministrazione concedente, non imposta dalla disposizione in esame, di consentire la partecipazione a soggetti non singolarmente in possesso di detti requisiti.

istituto applicabile anche nelle procedure selettive per l'individuazione del concessionario, pur quando la *lex specialis* di gara nulla disponga in proposito⁹.

2.6. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

Il principio espresso dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, in base al quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede il possesso, in capo ai partecipanti, di alcuni inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale, che trova, quindi, applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di concessioni di servizi. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico, che soddisfa l'imprescindibile esigenza che il soggetto che contrae con l'Amministrazione sia "affidabile" e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza" (Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725).

2.7. Disciplina della cauzione provvisoria e di quella definitiva ex artt. 75 e 113 del d. lgs. n. 163/2006.

La materia delle concessioni di servizi è regolata dall'art. 30 del Codice Appalti, il quale, salvo quanto disposto espressamente nel medesimo articolo, non prevede l'applicazione delle disposizioni

Il che, oltretutto, si pone in stretta correlazione con la caratteristica fondamentale dell'istituto concessorio, ravvisabile nella sostituzione del privato concessionario all'amministrazione.

Infatti, se la spinta comunitaria all'apertura al confronto competitivo di attività di pertinenza di quest'ultima suscettibili di sfruttamento economico ha condotto all'assimilazione dell'istituto concessorio, una volta tipicamente espressivo di discrezionalità amministrativa, alle regole dell'evidenza pubblica proprie degli appalti, la limitazione di tale travaso, quale fissata dall'art. 30, comma 3, in commento, si spiega con la necessità di mantenere in capo all'amministrazione un margine di manovra, pur nell'ambito dei suddetti principi, in sede di definizione delle caratteristiche del potenziale concessionario".

9 Parere di Precontenzioso n. 186 del 07/11/2012 - rif. PREC 182/12/S.d. lgs 163/06 Articoli 121, 30, 49 - Codici 121.1, 30.1, 49.1 Concessione di servizi – avvalimento – inutilizzabilità ai fini del conseguimento del punteggio nell'offerta economicamente più vantaggiosa.

“Questa Autorità ha chiarito, da un lato, che l'istituto dell'avvalimento può essere utilizzato anche nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, per effetto del rinvio generico operato dall'art. 121 d.lgs. 163/2006 all'art. 49; dall'altro, che l'art. 30, terzo comma, del Codice sottopone le procedure per la scelta del concessionario di servizi al rispetto non soltanto dei principi desumibili dal Trattato, ma altresì di quelli relativi ai contratti pubblici. Di conseguenza, l'avvalimento deve ritenersi istituto applicabile anche nelle procedure selettive per l'individuazione del concessionario, pur quando la *lex specialis* di gara nulla disponga in proposito (cfr. A.V.C.P., determinazione 1 agosto 2012 n. 2). Ai sensi dell'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010, applicabile anche alle gare aventi ad oggetto l'affidamento di servizi, è però necessario che il contratto di avvalimento riporti in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse ed i mezzi prestati (cfr. sul punto A.V.C.P., determinazione 1 agosto 2012 n. 2.; in giurisprudenza, tra molte, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2012 n. 1589; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011 n. 6079)".

Parere di Precontenzioso n. 175 del 24/10/2012 - rif. PREC 161/12/S d.lgs 163/06 Articoli 30, 49 - Codici 30.1, 49.1 Concessione di servizi con finanza di progetto. Art. 278 d.P.R. 207/10. Corretta qualificazione come concessione di servizi e non di lavori. Applicabilità disciplina avvalimento.

“L'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006, si applica anche alle procedure di affidamento della concessione di servizi, implicitamente deducendosi la sua estensione a tale figura contrattuale dall'art. 30, comma 4 del D.lgs. n. 163/2006 secondo cui “Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza”.

del Codice e, dunque, neanche degli articoli 75 e 113 (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510).¹⁰

2.8. Disciplina dell'anomalia delle offerte di cui agli artt. 86 e ss. del d. lgs. n. 163/2006.

Ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 163/2006 la disciplina sull'anomalia delle offerte non si estende alle concessioni di servizi. L'applicazione di norme non direttamente richiamate dal citato art. 30 rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, la quale può decidere di autovincolarsi ed assoggettarsi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; pertanto ove la *lex specialis* non abbia fatto nessun richiamo alla procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta, gli artt. 86-88 del d. lgs. n. 163/2006 non possono trovare diretta applicazione e la stazione appaltante non ha alcun obbligo di procedere al relativo accertamento nonostante il superamento da parte dell'offerta dell'aggiudicataria della soglia di anomalia fissata dall'art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784; id., 25 gennaio 2011, n. 515; T.A.R. Toscana, Sez. I, 19 marzo 2013, n. 425; T.A.R. Umbria 21 gennaio 2010, n. 26; T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 11 gennaio 2010, n. 232).

2.9. Disciplina relativa ai costi sulla sicurezza ai sensi degli artt. 86, commi 3-bis e 3-ter, e dell'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006.

¹⁰ L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici si è pronunciata sulla problematica con Deliberazione n. 44 del 18/04/2012 - rif. Fascicolo n. 2993/2011_d. lgs 163/06 Articoli 30, 75 - Codici 30.1, 75.1 rilevando che: "E' noto come la materia delle concessioni di servizi sia regolata dall'art. 30 del Codice Appalti, il quale, salvo quanto disposto espressamente nel medesimo articolo, non prevede l'applicazione delle disposizioni del Codice e, dunque, neanche degli articoli 75 e 113. La giurisprudenza amministrativa ha precisato, al riguardo, che "Sebbene la direttiva comunitaria abbia tendenzialmente escluso dal proprio ambito le concessioni di servizi, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale l'affidamento delle concessioni di servizi non può essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di tutela della concorrenza, regola che viene codificata nell'articolo 30 del citato Codice dei contratti. In particolare secondo Corte di giustizia 7 dicembre 2000, C 324/1998 e Corte di giustizia 13 ottobre 2005, C 458/2003, occorre un adeguato livello di pubblicità e gli Stati membri non possono mantenere in vigore norme che consentano l'attribuzione di concessioni di servizi senza gara. Ciò premesso, va osservato che il citato art 30, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce, senza possibilità di equivoci, che "Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi". Sarebbe erronea, pertanto, l'applicazione analogica della disciplina dettata all'art. 75 del Codice dei contratti pubblici, "trattandosi di disposizione preordinata alla costituzione di idonea garanzia per la valutazione dell'idoneità complessiva dell'offerta e rispetto alla quale non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del citato articolo 30 del codice dei contratti pubblici" (Consiglio di Stato, sez. V, n. 4510 del 13/7/2010). Ciò, in ogni caso, non preclude la possibilità per le stazioni appaltanti, nell'ambito della discrezionalità loro riconosciuta, di fissare condizioni più stringenti per la partecipazione alle gare e dunque di "autovincolarsi", purchè lo facciano espressamente, al rispetto di ulteriori norme del Codice Appalti, in quanto l'art. 30 non obbliga, ma neanche vieta di applicare in tutto o in parte, purchè compatibile, la disciplina codicistica dettata per gli appalti. Naturalmente, gli unici limiti riconosciuti sono quelli derivanti dal rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Ed è proprio sotto quest'ultimo aspetto che le decisioni dell'odierna stazione appaltante appaiono, in effetti, censurabili. Come detto, infatti, l'Amministrazione non è vincolata, per le concessioni di servizi, ad applicare la disciplina delle cauzioni, trattandosi di disposizioni preordinate alla costituzione di idonea garanzia per la valutazione dell'idoneità complessiva dell'offerta e rispetto alla quale non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del citato art. 30 del Codice. Diversamente opinando, l'intero corpus del Codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30 (in tal senso Consiglio di Stato, n. 4510/2010, cit.)".

Nelle gare per l'affidamento in concessione del servizio di trasporto scolastico trovano applicazione gli artt. 86, comma 3 bis, ed 87, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006, in quanto applicazione del principio sancito dall'art. 26, comma 6, del d. lgs. n. 81/2008, con conseguente obbligo di indicazione specifica, a pena di esclusione, degli oneri per la sicurezza aziendale nel corpo dell'offerta economica anche nelle ipotesi in cui il bando nulla disponga al riguardo e senza possibilità per la stazione appaltante di ammettere ex post, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163/2006, l'integrazione dell'offerta economica che non evidenzi tale voce di costo, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti con alterazione delle offerte a buste aperte (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 26 febbraio 2014, n. 2234).

2.1.1. Disciplina dei requisiti di carattere speciale ex artt. 41 e 42 del d. lgs. n. 163/2006.

L'art. 30 del codice dei contratti pubblici sulle concessioni di servizi deve essere interpretato "in senso comunitario", e dunque considerando che le espressioni normative ivi espone, pur derogatorie rispetto a quelle dettate in tema di affidamento di ordinari contratti di appalto, non possono spingersi, nella loro latitudine applicativa, fino a travolgere la doverosità di comportamenti resi obbligatori dai principi del Trattato, onde garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza ed eguaglianza partecipativa nell'ambito della procedura di aggiudicazione. Le clausole del bando gravato, concernente la concessione del complesso monumentale del "Vittoriano", devono pertanto essere lette in tale prospettiva, ed in particolare valutando la proporzionalità delle medesime rispetto all'oggetto del contratto e con riferimento alla sostenibilità della compressione del numero degli aspiranti concorrenti, determinata dalla peculiarità delle richieste di qualificazione recate dal bando.

E' illegittima l'apposizione della clausola nei bandi di gara per l'affidamento di concessioni di servizi museali che rechi riferimento a requisiti tecnici condizionati dallo svolgimento di attività sotto un medesimo marchio o *brand*, comportando un'irragionevole restrizione della concorrenza.

Non è ragionevole la clausola della *lex specialis* di gara che richiede di dimostrare un elevatissimo fatturato idoneo a comprovare una spiccata capacità alla raccolta di fondi (cd. *fund raising*) per iniziative culturali, mostre, od eventi conseguito solo per attività dedicate ad enti pubblici nazionali, perdendo di vista che il medesimo requisito ben possa essere dimostrato anche in seguito ad attività svolte in favore di enti regionali, locali, ovvero anche di istituzioni private (T.A.R. Lazio, II *ter*, 18 giugno 2013, n. 6094).

Più in generale, per Cons. Stato, V, 13 luglio 2010, n. 4510 non costituisce espressione di un principio generale regolatore della materia, né in relazione alla disciplina comunitaria né in relazione a quella nazionale, la disposizione di cui all'art. 41 del d. lgs. n. 163/2006 in tema di

requisiti di ordine speciale per la partecipazione alle gare; conseguentemente, nel caso di una concessione di servizi di cui all'art. 30 del codice dei contratti, la mancata previsione di tali obblighi dichiarativi in sede di *lex specialis* e la mancata autonoma conformazione alle relative prescrizioni da parte del seggio di gara in sede di eterointegrazione o di applicazione analogica, non determina alcuna forma di illegittimità degli atti di gara.

2.1.2. Disciplina dei termini di presentazione delle offerte.

La disciplina generale sui termini minimi per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione contenuta nell'art. 70 del d. lgs. n. 163/2006 non è applicabile alle concessioni di servizi (Cons. Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2864).

2.1.3. Incompatibilità tra titolarità di incarichi di progettazione e partecipazione alla gara per l'affidamento di lavori.

Con "Deliberazione n. 24 del 06/02/2007 - rif. PREC30/06 d.lgs 163/06 Articoli 30, 90 - Codici 30.1, 90.1" l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha ritenuto che: "Il divieto di partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici posto dal legislatore a carico di chi sia stato affidatario di incarichi di progettazione e di supporto alla progettazione relativi alla medesima gara rappresenta un principio di carattere generale applicabile anche alle concessioni di servizi pubblici ed è volto ad evitare che si realizzi una qualsiasi commistione tra progettista dei lavori pubblici ed esecutore egli stessi che possa rivelarsi astrattamente pregiudizievole della par condicio dei concorrenti e potenzialmente dannosa per la stazione appaltante interessata a che la scelta del contraente si realizzi sulla base della libera concorrenza tra i concorrenti. Pertanto, la circostanza che, al momento della pubblicazione del bando, il soggetto che ha preso parte ad attività di supporto alla progettazione non rivestisse più alcun incarico direttivo all'interno del futuro aggiudicatario dell'appalto non assume rilevanza dal momento che la commistione delle cariche, che si è verificata nel corso dell'espletamento dell'incarico di supporto alla progettazione comporta la sussistenza del ragionevole dubbio sul fatto che l'impresa aggiudicataria dell'esecuzione possa essere a conoscenza di problematiche progettuali dell'appalto".

2.1.4. Disciplina relativa allo *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006.

Il termine dilatorio previsto per la stipula del contratto, c.d. "stand still", si applica anche alle concessioni di servizi (nella specie concessione del servizio di distribuzione del gas naturale) in quanto l'art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006 trova ingresso per tutte le procedure di affidamento dei contratti pubblici (cfr. rubrica della disposizione e art. 1 del Codice), tenuto conto

di quanto dispone l'art. 3, comma 36, ai sensi del quale "Le «procedure di affidamento» e l'«affidamento» comprendono sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee".

Inoltre l'uniforme operatività di prescrizioni che garantiscono adeguata tutela ai concorrenti di una selezione ad evidenza pubblica è coerente con i principi enucleati all'art. 2, comma 1, del codice dei contratti, per cui "L'affidamento ... di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve ... svolgersi nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione ...". Infine la scelta del concessionario di un servizio deve in ogni caso avvenire "nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, .." (cfr. art. 30 del D. Lgs. 163/2006) e l'art. 11 del Codice è collocato nel titolo I recante principi e disposizioni comuni a tutti i contratti pubblici (T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 10 aprile 2012, n. 618).

2.1.5. Disciplina del dialogo competitivo.

Con "Parere sulla Normativa del 17/04/2008 - rif. AG3-08 d. lgs 163/06 Articoli 144, 30, 58" l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha affermato che: "Il dialogo competitivo non è applicabile alle concessioni di servizi ritenuto che l'art. 30 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che esclude l'applicazione delle disposizioni del Codice alle concessioni di servizi fatto salvo quanto disposto dallo stesso articolo, omette qualsiasi richiamo espresso al dialogo competitivo mentre sembrerebbe essere applicabile alle concessioni di lavori pubblici, cui ex art. 142 del d.lgs. n. 163/2006 si applicano le norme del Codice salva espressa deroga, atteso che l'art. 144 non ne esclude espressamente l'applicabilità".

2.1.6. Autovincolo.

L'applicabilità alle concessioni delle disposizioni del codice dei contratti deve essere espressamente resa manifesta dall'amministrazione aggiudicatrice attraverso il richiamo nella legge di gara (*ex multis* Cons. Stato, V, 24 marzo 2011, n. 1784; cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2013, n. 2552).

Parte III. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili ai contratti c.d. “sotto soglia”¹¹.

Ai sensi dell’art. 121, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le *disposizioni* della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo.

La scelta del legislatore nazionale è stata dunque quella di estendere, in via generale, ai contratti sottosoglia l’intera disciplina di dettaglio prevista nella parte II, titolo I, del codice per gli appalti di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

A siffatta regola generale fanno eccezione le sole disposizioni della parte II, titolo I, derogate per incompatibilità dalle disposizioni puntuali di cui agli artt. 122, 123 e 124 del codice previste, per fini di semplificazione, per gli appalti “sotto soglia”.

Peraltro, in siffatte ipotesi derogatorie non è sufficiente applicare pedissequamente le disposizioni di cui agli artt. 122, 123 e 124 poiché, stante la cogenza anche per gli appalti c.d. “sotto soglia” dei principi desumibili dal Trattato UE, occorrerà accertare, di volta in volta, alla luce delle caratteristiche concrete dell’appalto e, in particolare, della idoneità a suscitare un interesse transfrontaliero certo - tenuto conto del luogo di esecuzione, dell’importo e del livello di tecnicità delle prestazioni richieste-, se tali disposizioni interne possano, di volta in volta, ritenersi conformi agli *standards* imposti dai predetti principi e ciò con particolare riferimento al principio di trasparenza ed ai connessi obblighi di pubblicità, nonché al principio di non discriminazione in base alla nazionalità dell’operatore, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (Corte di Giustizia UE, sez. IV, 15 maggio 2008 in cause riunite C – 147/06 e C – 148/06 nonché Corte di Giustizia UE 13 novembre 2007 in causa C – 507/2003 Commissione/Irlanda) e ricordato dalla comunicazione interpretativa della Commissione europea relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici” 2006/C 179/02¹².

¹¹ Si veda Circolare 6 giugno 2002, n. 8756 e 29 aprile 2004 della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie.

¹² A tal riguardo la commissione europea al punto “1.3. Rilevanza per il mercato interno” rammenta che: “Le norme derivate dal trattato CE si applicano soltanto alle aggiudicazioni di appalti che hanno sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato interno. Sotto questo profilo, la CGCE ha considerato che in singoli casi «a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato», un’impresa con sede in un altro Stato membro non avrebbe interesse all’aggiudicazione dell’appalto. In questo caso, «gli effetti sulle libertà fondamentali ... dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti» per giustificare l’applicazione di norme derivate dal diritto primario della Comunità. Spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l’aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l’oggetto dell’appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi

Occorre infine ricordare che, secondo la giurisprudenza costituzionale (cfr. da ultimo sentenza n. 184 del 2011), la disciplina del Codice degli appalti, nella parte concernente le procedure di selezione ed i criteri di aggiudicazione è strumentale a garantire la tutela della concorrenza (tra le molte, sentenze n. 186 del 2010, n. 320 del 2008; n. 401 del 2007) e, conseguentemente, anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome che siano titolari di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale non possono stabilire al riguardo una disciplina suscettibile di alterare le regole di funzionamento del mercato (sentenze n. 221 del 2010; n. 45 del 2010). Siffatto carattere connota, altresì, le norme aventi ad oggetto la disciplina delle offerte anomale (sentenza n. 411 del 2008, concernente, peraltro, la legge regionale in esame; sentenza n. 320 del 2008), anche se relative agli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria. La distinzione tra contratti sotto soglia e sopra soglia non costituisce, infatti, utile criterio ai fini dell'identificazione delle norme statali strumentali a garantire la tutela della concorrenza, in quanto tale finalità può sussistere in riferimento anche ai contratti riconducibili alla prima di dette categorie e la disciplina stabilita al riguardo dal legislatore statale mira ad assicurare, tra l'altro, «il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione (in questo senso, da ultimo, nella materia in esame, Corte di giustizia 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06)» (sentenza n. 160 del 2009).

Sulle problematiche applicative dell'art. 122, comma 7 *bis*, del d. lgs. n. 163/2006 si vedano la determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 2 del 6 aprile 2011 recante "Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 122, comma 7-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163", (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 106, del 9 maggio 2011) e la successiva determinazione n. 8 del 14 dicembre 2011 recante "Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria dopo le modifiche introdotte dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106" (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 - 12 - 2011).

Per gli affidamenti degli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza e di direzione lavori, di importo inferiore a 100.000 euro, l'art. 91, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 non richiama le *disposizioni* di cui alla parte II, analogamente a quanto previsto, in via generale, per gli appalti di lavori, servizi e forniture "sotto soglia" dall'art. 121, bensì dispone che l'affidamento avvenga nel

commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto. Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario".

rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6, con invito rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei. L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha precisato che, a determinate condizioni, l'affidamento può avvenire anche con la procedura del cottimo fiduciario di cui all'art. 125¹³. In materia si segnala la Determinazione n. 5 del 27 Luglio 2010 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici recante "Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria" (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 192 del 18 agosto 2010 – Supplemento ordinario).

Parte IV. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili agli affidamenti in economia di cui all'art. 125 del d. lgs. n. 163/2006.

4.1. Disciplina dell'art. 84, commi 8 e 10, del d. lgs. n. 163/2006 sulla formazione della commissione giudicatrice.

Il cottimo fiduciario costituisce procedura annoverabile tra gli appalti e, specificatamente, riconducibile, ai sensi dell'art. 3, comma 40, del codice, nell'ambito delle procedure negoziate. In quanto tale ad esso si devono applicare i principi generali contrattuali (legalità, trasparenza e parità di trattamento), e, quando l'Amministrazione utilizza il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83), la stessa deve uniformarsi alle relative regole del codice degli appalti pubblici in tema di nomina e composizione della commissione di gara a pena di illegittimità degli atti compiuti (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 29 novembre 2012, n. 512 nonché Cons. Stato, VI, ord. 20 febbraio 2013, n. 613 che ha respinto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza del TAR abruzzese "tenuto conto dei condivisibili rilievi del giudice di primo grado in ordine alla

¹³ Deliberazione n. 112 del 13/12/2006 d.lgs 163/06 Articoli 125, 91 - Codici 125.1, 91.1 "In merito alla rilevante questione dell'applicabilità agli incarichi di progettazione dell'art 125 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante la disciplina di lavori, servizi e forniture "in economia", e in particolare della parte finale del comma 11, che per servizi (e forniture) di importo inferiore a 20.000 euro consente l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, in linea generale si osserva che difficilmente il servizio tecnico della progettazione in materia di lavori pubblici può essere ricompreso tout court tra i servizi in economia. Ciò sia perché l'affidamento della progettazione è sottoposto a specifica ed autonoma disciplina, dove le regole si diversificano a seconda che l'importo stimato del compenso superi o meno la soglia di 100.000 euro, sia perché l'acquisizione in economia deve essere preceduta dall'assunzione di specifico provvedimento interno da parte di ciascuna stazione appaltante con cui essa individui i singoli servizi da acquisire con lo speciale metodo dell'economia, con riguardo alle proprie specifiche esigenze e in relazione all'oggetto ovvero in riferimento coerente alle categorie indicate dal comma 10 del suddetto art. 125. Alla luce di tali limiti, non si può escludere che una stazione appaltante, in relazione alle proprie specifiche esigenze ed attività, possa ricomprendere nel regolamento interno per la disciplina della propria attività contrattuale, anche l'affidamento in economia del servizio della progettazione, a condizione che tale riconduzione avvenga ragionevolmente nel pieno rispetto degli ambiti applicativi delineati dal citato comma 10 dell'art. 125.(Cfr. art. 125 del D. Lgs. n. 163/2006)".

applicabilità dei principi generali del Codice dei contratti pubblici anche agli affidamenti in economia (art. 125 d.lgs. n. 163 del 2006) ed in particolare al cottimo fiduciario”; *contra* T.A.R. Toscana, I, 4 maggio 2012, n. 868; id, 22 dicembre 2009, n. 3988; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 28 ottobre 2010, n. 716; T.A.R. Veneto, I, 27 gennaio 2010, n. 168)¹⁴.

4.2. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell’art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

L’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con Parere sulla Normativa del 19/12/2013 - rif. AG/56/13 d. lgs n. 163/06 Articoli 125, 38 - Codici 125.1, 38.1 (Richiesta di parere Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria – Provveditorato regionale della Campania, Napoli – Requisiti generali – Verifiche ex art. 38 Codice appalti – Necessità per le spese in economia sotto la soglia di 40.000 euro) ha affermato che “Alla luce del combinato disposto degli artt. 38 comma 1, e 125 comma 12, del D. Lgs. n. 163/2006, non appare sussistere una deroga ai requisiti generali richiesti per la stipula del contratto derivante dalla soglia dell’appalto, poiché identico è il rischio che anche appalti di modestissimo valore economico (es. 20.000 € 30.000 €) possano essere affidati direttamente a soggetti privi dei requisiti morali. L’art. 327 del d. P.R. n. 207/2010 applica la regola secondo cui in tutti gli affidamenti sotto soglia le imprese contraenti devono possedere i requisiti generali e di idoneità professionale previsti dagli artt. 38 e 39 (cfr. anche prima dell’approvazione del d.P.R., AVCP determinazione 12 gennaio 2010 n. 1), e inoltre, l’art. 334 detta disposizioni procedurali più puntuali per i soli affidamenti di importo pari o superiore a 20.000 euro (soglia oggi innalzata a 40.000 euro dopo la modifica dell’art. 125, comma 11, introdotta dall’ art. 4 del d. l. n. 70 del 2011). (cfr. AVCP Parere di precontenzioso n. 124 del 19 luglio 2012, e Determinazione 14 dicembre 2011 n. 8).

Tuttavia, secondo Cons. Stato, V, 27 ottobre 2011, n. 5742, prima dell’emanazione del d.P.R. n. 207/2010, e nella vigenza della disciplina transitoria *ex art.* art. 253, comma 22, lett. b), d.lgs. n. 163/2006, facente perno sul d.P.R. n. 384 del 2001, nelle procedure di acquisizione di servizi in economia, gli oneri dichiarativi a pena di esclusione a carico dei concorrenti in tema di requisiti morali, dovevano ritenersi rimessi alle prescrizioni, caso per caso, della *lexspecialis*, potendo imporsi, tra i contenuti dell’art. 38 del Codice del 2006, a guisa di principi inderogabili, soltanto le previsioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure per i casi elencati nel primo comma dell’articolo.

4.3. Disciplina sulla predeterminazione dei criteri di valutazione dell’offerta di cui all’art. 83 del d.lgs. n. 163/2006.

¹⁴ Per l’applicabilità del principio di adeguata pubblicità anche all’affidamento mediante cottimo fiduciario cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III *ter*, 19 novembre 2012, n. 9506; TAR Sardegna n. 212/2011;

La procedura negoziata di cui all'articolo 125 del d.lgs. n.163 del 2006, pur caratterizzata da maggior snellezza e semplicità, non può abdicare ai principi fondamentali in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, come si desume dal medesimo articolo, il quale, al comma 2, prevede che "l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento". Inoltre il principio di predeterminazione dei criteri, nel caso di scelta secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, enunciato all'articolo 83 del d.lgs. n.163 del 2006, è riconducibile a quello di trasparenza e parità di trattamento. Ne consegue che l'amministrazione deve predeterminare i criteri in modo adeguato, da un lato, a mettere tutti i concorrenti nella medesima posizione conoscitiva in ordine alle esigenze della stazione appaltante, dall'altro, a vincolare la successiva valutazione alle caratteristiche richieste e predeterminate; ciò, pur senza assegnare in modo rigido un punteggio ad ogni criterio, secondo quanto previsto dall'articolo 83 del d.lgs. n.163 del 2006, essendo la procedura negoziata, di cui all'articolo 125 del medesimo d.lgs., caratterizzata da maggiore semplicità (così T.A.R. Molise 10 maggio 2012, n. 205 nonché T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 7 aprile 2011 n. 182; cfr. altresì T.A.R. Piemonte, II, 2 luglio 2008, n. 1445 circa il divieto per la commissione di introdurre sub criteri di valutazione innovativi, in quanto non previsti dal bando; *contra* T.A.R. Friuli Venezia Giulia 28 ottobre 2010, n. 716).

4.4. Disciplina della verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006.

La disciplina sull'individuazione, verifica ed esclusione delle offerte anomale, di cui agli articoli 86 ss. del codice dei contratti pubblici, è applicabile anche agli affidamenti in economia ex art. 125. Poiché, infatti, l'articolo 125, comma 14, dispone che tutti "I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento", detta ultima previsione rende applicabili, se non tutte le disposizioni procedurali previste in materia di offerte anomale dal codice, quanto meno i "Criteri di individuazione" delle offerte anormalmente basse, previsti dall'articolo 86 del d. lgs. n. 163/2006 (T.A.R. Umbria, 22 ottobre 2010, n. 493; *contra* Cons. Stato, V, 24 marzo 2011, n. 1784, resa con riferimento alla materia delle concessioni di servizi ma con motivazione di portata generale, estensibile alla disciplina degli affidamenti in economia ed in linea con Cons. Stato, V, 13 luglio 2010, n. 4510).

4.5. Disciplina relativa allo *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006.

Le disposizioni in tema di dilazione obbligatoria nella stipulazione dei contratti pubblici, di cui all'articolo 11, comma 10, del D.lgs. n. 163 del 2006, che a sua volta richiama l'art. 79 del codice

dei contratti pubblici, riguardante gli obblighi informativi che gravano sulle stazioni appaltanti in ordine all'esito dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti, sono applicabili anche alle procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario in quanto l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione definitiva e la clausola *standstill* sono riconducibili al principio di trasparenza che, in base all'articolo 125, comma 11, del medesimo decreto deve trovare applicazione anche in dette procedure (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, II *ter*, 11 aprile 2011, n. 3169 che richiama T.A.R. Toscana, sez. I, 10 novembre 2010, n. 6570; cfr. altresì T.A.R. Molise, 10 maggio 2012, n. 205).

4.6. Principi in materia di pubblicità delle sedute di gara.

In applicazione dei principi di pubblicità e di trasparenza, qualora l'aggiudicazione sia disposta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ogni caso l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vanno effettuate in una seduta pubblica, anche se si tratti di una procedura negoziata, con o senza previa predisposizione di bando di gara, o di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, per i settori ordinari e quelli speciali di rilevanza comunitaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2012, n. 31 nonché con riferimento specifico al cottimo fiduciario, già Cons. Stato, V, 5 ottobre 2011, n. 5454; cfr. altresì T.A.R. Toscana, I, 31 ottobre 2012, n. 1753; *contra* T.A.R. Friuli Venezia Giulia 28 ottobre 2010, n. 716).

4.7. Disciplina della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75 d. lgs. n. 163/2006.

Secondo Cons. Stato, V, 27 ottobre 2011, n. 5742 "l'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 sottopone le acquisizioni in economia ad una disciplina specifica e marcatamente autonoma, in una logica di agilità e semplificazione procedurale, rinviando per la sua definizione in dettaglio, con il comma 14, al regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici, e precisando che del Codice sarebbero valse, nella specifica materia, i soli "principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto". Una simile procedura, nelle more dell'emanazione del regolamento, è rimasta soggetta, in forza della norma transitoria recata dall'art. 253, comma 22, lett. b), d.lgs. cit., alla disciplina dettata dal decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384. Questo, sempre secondo la norma transitoria, "nei limiti di compatibilità con le disposizioni" dello stesso Codice, limiti da verificare, tuttavia, pur sempre in coerenza con la *ratio* semplificatrice sottesa all'art. 125 del Codice, il quale ha appunto escluso che le procedure in esame possano soggiacere alla disciplina di dettaglio da esso concepita e dettata per le procedure ordinarie. 5 Venendo al d.P.R. n. 384/2001 richiamato per il periodo transitorio, questo regola(va) la materia delle garanzie stabilendo che «per l'esecuzione a cottimo fiduciario le amministrazioni richiedono almeno cinque preventivi redatti secondo le indicazioni contenute nella lettera d'invito. Quest'ultima di norma

contiene: l'oggetto della prestazione, le eventuali garanzie, le caratteristiche tecniche, la qualità e le modalità di esecuzione, i prezzi, le modalità di pagamento nonché la dichiarazione di assoggettarsi alle condizioni e penalità previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni» (art. 5, comma 1, d.P.R. cit.). La necessità di prestare garanzie da parte dei concorrenti alla specifica procedura è, dunque, solo eventuale, e rimessa alla decisione della Stazione appaltante («la lettera di invito contiene le eventuali garanzie ...»). Né ciò contrasta con il limite di compatibilità con le disposizioni del Codice fatto salvo dalla già citata norma transitoria, attesa la necessità di attenersi alla già indicata *ratio* semplificatrice sottesa all'art. 125 del Codice, e stante la natura meramente suppletiva che assumono le disposizioni contenute nella parte II del d.lgs. 163/06 (tra cui l'art. 75, sulle garanzie a corredo dell'offerta) nel caso di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 121, comma 1, d.lgs. cit.)”.

4.8. Autovincolo.

Allorquando la stazione appaltante, pur potendo, data l'entità del servizio, seguire le regole dell'affidamento dei servizi in economia di cui all'art. 125 del codice dei contratti pubblici, mediante procedura negoziata, si determini alla indizione di una procedura aperta con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa richiamando nel bando la disciplina di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, il procedimento di selezione deve poi uniformarsi a tali puntuali disposizioni. Né può ritenersi che l'applicabilità del regime dell'affidamento in economia precluda all'amministrazione, in ragione delle peculiarità delle prestazioni da richiedere, la facoltà di ricorrere alle procedure aperte regolate dal codice dei contratti pubblici, vincolandosi al rispetto di quelle regole che, comunque, gli articoli 121 e, per gli appalti di servizi, 124 del codice, impongono anche agli appalti sotto soglia comunitaria (Cons. Stato, V, 21 febbraio 2011, n. 1082).

Parte V. Disposizioni della parte II del codice dei contratti pubblici applicabili ai contratti nei settori speciali.

5.1. Disciplina della cauzione provvisoria ex art. 75 d. lgs. n. 163/2006.

Allorquando oggetto dell'affidamento sia un contratto pubblico di lavori, servizi forniture nei settori speciali, è illegittima la clausola del bando che richiama, a pena di esclusione, la prestazione della cauzione provvisoria mediante fidejussione bancaria (e non anche assicurativa) e ne escluda la possibilità di dimezzamento, come invece ammesso dall'art. 75 per i contratti nei settori ordinari, qualora si tratti di previsioni limitative che non rispondono ad alcuna esigenza riconducibile alla

specialità del settore, con conseguente violazione del principio di proporzionalità richiamato dall'art. 27 della prima parte del codice dei contratti, applicabile anche ai contratti nei settori speciali (T.A.R. Lazio, Roma, II, 5 marzo 2014, n. 2550)¹⁵.

Sebbene l'art. 206 non richiami espressamente gli artt. 75 e 113 del d. lgs. n. 163/2006, qualora la stazione appaltante si sia vincolata al rispetto dell'art. 113, richiamandolo nel bando, come espressamente consentito ai sensi dell'art. 206, comma 3, deve ritenersi che in tale procedimento di gara devono ritenersi applicabili, quali norme non obbligatorie bensì richiamate dalla stazione appaltante, sia l'art. 113 del codice degli appalti, espressamente e direttamente menzionato nella *lex specialis* di gara, sia l'art. 75, quest'ultimo sia perché indirettamente richiamato (in quanto in più punti menzionato nel testo dell'art. 113), sia per coerenza interpretativa (T.A.R. Lazio, Roma, III *ter*, 12 luglio 2011, n. 6279).

Poiché l'art. 75 del D. Lgs. n. 163/06 non trova applicazione nei settori esclusi, in quanto non richiamato dall'art. 206 (Cons. Stato, VI, 24 giugno 2010, n. 4019), e la stazione appaltante resta libera di determinarsi in merito (potendo addirittura escludere del tutto legittimamente che venga prestata una cauzione), la stessa stazione appaltante, nella *lex specialis*, ben può discostarsi dalle prescrizioni della norma in questione (nella specie, per la parte che impone di calcolare la cauzione sulla base d'asta complessiva, riferita all'intera durata dell'appalto). Pertanto, la clausola che prevede la prestazione della cauzione in misura pari al 2% del solo importo annuale (anziché triennale) rientra nella piena discrezionalità dell'ente aggiudicatore, non trovando applicazione, per i settori speciali, le prescrizioni di cui all'art. 75 del D. Lgs. 163/06 (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 19 aprile 2011, n. 327; cfr. altresì T.A.R. Piemonte, I, 4 marzo 2011, n. 235; Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4903; Per una peculiare applicazione dell'art. 75, comma 7, ai contratti sotto soglia nei settori speciali ex art. 238 cfr. T.A.R. Piemonte, I, 4 marzo 2011, n. 235)

5.2 Disciplina dell'art. 84, commi 2 e 10, del d. lgs. n. 163/2006 sui tempi di nomina della commissione giudicatrice e sul possesso dei requisiti di esperienza e professionalità in capo ai commissari.

La genericità dell'art. 206 nel fare rinvio all'art. 84 del d. lgs. n. 163/2006 implica che la violazione dell'ordine temporale fra la presentazione delle domande e la nomina della commissione di gara non determini sempre e comunque l'annullamento dell'intera procedura qualora la commissione di gara sia nominata in un momento diverso da quello che la norma prevede. Finalità dell'art. 84,

¹⁵ Deliberazione n. 72 del 01/08/2012 - rif. Fascicolo n. 1397/2011 d.lgs 163/06 Articoli 30 - Codici 30.1

“Qualora negli atti di gara per l'affidamento di una concessione di servizi, la S.A. abbia manifestato, in maniera evidente, la volontà di assoggettare l'affidamento alle regole dettate dal Codice dei contratti (cfr. Deliberazione dell'Autorità n. 10 del 12 febbraio 2009 e Deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010), la procedura dovrà rispettare i principi e la disciplina del Codice medesimo, nonché i principi del Trattato”.

comma 10, del codice è infatti quella di assicurare che le stazioni appaltanti osservino, nella nomina delle commissioni di gara e nella scelta dei componenti, quei rigorosi principi di correttezza e trasparenza necessari ad assicurare il corretto svolgimento della procedura ed evitare ogni forma di possibile coinvolgimento dei singoli commissari con le imprese partecipanti sicchè occorre accertare, di volta in volta, se, in concreto, tali principi risultino vulnerati dal mancato rispetto della scansione temporale prevista dalla disposizione in esame (cfr. Cons. Stato, V, 6 luglio 2010, n. 4311; per analogia problematica insorta nella vigenza del d.lgs. n. 158/1995 cfr. Cons. Stato, VI, 4 agosto 2009, n. 4903) ¹⁶.

5.3 Disciplina dell'art. 133, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006 sull'adeguamento periodico dei prezzi.

Sebbene l'art. 206 non richiami l'art. 133, comma 8, peraltro espressamente previsto per i soli appalti di lavori, nondimeno anche per gli appalti di servizi (nella specie servizio di conduzione delle reti fognarie e di manutenzione ordinaria delle reti idriche e fognanti) è valido il principio, alla base dell'articolo citato e proprio in generale delle procedure contrattuali pubbliche, per cui i prezzi e le modalità delle prestazioni posti a base della gara, pur tali da far ottenere all'Amministrazione il migliore risultato al minimo costo, non devono essere irragionevolmente inferiori ai parametri di mercato, risultandone altrimenti pregiudicati i principi generali di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (Cons. Stato, VI, 12 giugno 2012, n. 3432).

5.4 Disciplina dell'art. 88, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163/2006 sul procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

La norma di cui all'art. 88, comma 1 bis del d. lgs. n. 163/2006, applicabile anche nei settori speciali in virtù del richiamo contenuto nell'art. 206, primo comma, del Codice, va interpretata nel senso che, in mancanza di una commissione nominata a tale scopo, è il responsabile unico del

¹⁶ Nella specie il Consiglio di Stato ha escluso la portata invalidante della violazione tenuto conto che “la nomina della Commissione di gara, avvenuta con determina del direttore generale n. 329 del 3 agosto 2007, anche se è anteriore al termine del 26 settembre 2007 previsto per la consegna della documentazione contenenti le offerte delle partecipanti, è successiva all'arrivo nel Comune delle domande di partecipazione, come si evince dallo stesso provvedimento, nel quale si dà atto che all'esito della pubblicazione del bando di gara erano pervenute undici domande di partecipazione.

4.1. Al momento della nomina era perciò da escludere che potessero pervenire al comune ulteriori domande di partecipanti nei cui confronti i commissari potessero esercitare qualsivoglia influenza in modo tale da indurre che gli oneri di trasparenza e di correttezza non potessero rimanere osservati.

4.2. D'altra parte, la società Ascopiave non ha dato alcuna dimostrazione di avere subito pregiudizi dalla nomina della commissione anteriormente al termine di presentazione delle offerte né dedotto, anche come principio di prova, che la presenza della commissione nel momento della ricezione delle offerte abbia cagionato una qualche influenza di taluna delle partecipanti sui componenti la commissione stessa”.

Con riferimento alla dedotta concorrente violazione dell'art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 il collegio ha poi esaminato nel merito la censura, implicitamente ritenendo l'applicabilità della disposizione in esame ai contratti nei settori speciali.

procedimento a dover condurre la valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, restando altresì salva la facoltà della stazione appaltante di demandare tale compito alla commissione giudicatrice eventualmente istituita, ai sensi dell'art. 84 del Codice, per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (T.A.R. Puglia, Bari, I, 6 dicembre 2012, n. 2075).

5.5 Disciplina dell'art. 42 del d. lgs. n. 163/2006 sui requisiti speciali di partecipazione alle gare.

Il ricorso all'art. 42 del codice dei contratti deve ritenersi precluso allorché la stazione appaltante non abbia espressamente previsto nel bando l'applicazione di tale norma, come invece richiesto dall'art. 206, comma 3 per derogare al divieto di estensione delle norme della parte II, titolo I del Codice sancito dall'art. 206 comma 1.

Tale lettura è suggerita dall'espresso richiamo al principio di proporzionalità, che impone un uso quantitativamente limitato delle disposizioni relative ai settori ordinari oltre che dalla necessità della certezza dell'azione amministrativa, che fa carico all'amministrazione di indicare espressamente le norme suppletive che intende applicare alla gara.

Essa è confermata dal parere (6 febbraio 2006, n. 355) espresso dal Consiglio di Stato al Codice degli appalti nel quale, dopo aver richiamato il principio di tassatività dell'esclusione delle disposizioni della parte II ai settori speciali, che si fonda sulla specialità di essi, espressamente riconosciuta dal Libro verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996 ed espressamente indicata nel primo considerando della direttiva n. 17, si afferma che "ove si ritenga, tuttavia, di mantenere la predetta deroga al principio, dichiarato nello stesso Codice, di non applicazione generalizzata delle disposizioni della parte II a seguito delle determinazioni discrezionali dell'amministrazione interessata, sarebbe doveroso, quanto meno, richiamare il rispetto del contrapposto principio di proporzionalità, in relazione alla natura, complessità e importanza dell'appalto, con conseguente onere di congrua motivazione della scelta compiuta nei singoli casi concreti.

Ne consegue, secondo il Consiglio di Stato, che il richiamo ad altre norme dei settori ordinari, oltre quelle obbligatorie indicate al comma 1 dell'art. 206, non solo dev'essere espressa, ma anche motivata, con la conseguenza che in mancanza di tale adempimento deve escludersi l'applicazione di tali disposizioni, che avverrebbe solo in via interpretativa analogica (T.A.R. Lombardia, Milano, I, 15 maggio 2012, n. 1356).

5.6. Principio di pubblicità.

I principi enunciati dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 13 del 28 luglio 2011 in merito all'ambito di estensione del principio di pubblicità si applicano anche alle procedure selettive relative ai c.d. settori speciali, e inoltre delle procedure negoziate con e senza previa predisposizione di bando, nei settori sia ordinari che speciali, nonché degli affidamenti in economia in entrambe le categorie di settori (Cons. Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2012, n. 319; per l'opposto precedente orientamento cfr. Cons. Stato, V, 17 settembre 2010, n. 6939 con ampi riferimenti di giurisprudenza mentre per la tesi affermativa cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 20 luglio 2009, n. 7121 con ampi richiami del dibattito giurisprudenziale in tema).

5.7. Disciplina dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006 recante la disciplina dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari.

In forza del combinato disposto di cui agli artt. 238, comma 1, e 206, comma 1, la disciplina sui raggruppamenti temporanei di impresa di cui all'art. 37 trova applicazione anche ai contratti sotto soglia nei settori speciali; pertanto dev'essere escluso il RTI costituendo allorquando, in violazione dell'art. 37, commi 8 e 13, l'offerta non sia stata sottoscritta da tutti gli operatori economici e non contenga l'impegno a conferire mandato speciale con rappresentanza ad una di esse nonché l'ulteriore impegno ad eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (cfr. T.A.R. Basilicata, 6 ottobre 2011, n. 495).

5.8 Imprese pubbliche ed enti aggiudicatori.

Le imprese pubbliche, a differenza delle amministrazioni aggiudicatrici, sono soggetti aggiudicatori solo laddove e nella misura in cui svolgono le attività d'istituto affidate alle loro cure, pertanto Eni s.p.a. ed Eni Servizi s.p.a., nel caso controverso, non sono enti aggiudicatori ai sensi della disciplina codicistica poichè il servizio di vigilanza oggetto della selezione contestata non è strumentale agli scopi perseguiti dalla stazione appaltante, di tal che a tale servizio non è applicabile, ai sensi dell'art. 217 del d. lgs. n. 163/2006, la disciplina codicistica dedicata ai contratti nei settori speciali (Parte III), né quella prevista per i settori ordinari (parte I titolo II) e neppure quella residuale di cui all'art. 27 (principi desumibili dal Trattato UE) prevista per i contratti "esclusi". Per conseguenza, non si applicano al servizio oggetto di gara la disciplina della prima parte del d. lgs. n. 163/2006 ed i principi dalla stessa desumibili - in primis, il principio di pubblicità delle sedute di gara nonché l'art. 79, disposizioni espressamente richiamate, per i settori speciali, dall'art. 206 – anche se l'impresa si è autovincolata con la lettera d'invito al rispetto dell'art. 20 del d. lgs. n. 163/2006 ed anzi va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo trattandosi di contratto

“estraneo” alle procedure di evidenza pubblica in quanto retto dal diritto privato (Cons. Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011, n. 16).

Vasto – Roma, 24 aprile 2014

Luca Monteferrante