



Delibera n. 168/2024

Adunanza del 10 aprile 2024

Parere motivato ai sensi dell'articolo 220 comma 3 d.lgs. 36/2023

Fascicolo 1199/2024

(da citare nel riscontro)

Oggetto

Gara europea a procedura telematica aperta per l'appalto dei Lavori di "Adeguamento Sismico dell'Istituto Scolastico Comprensivo di Z." – Importo: € 2.265.286,20 - CIG: A.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36;

Visto il "Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", adottato con Delibera ANAC 268/2023;

Visti la documentazione di gara reperita su piattaforma telematica e gli esiti istruttori del procedimento in oggetto, condotto dall'Ufficio vigilanza collaborativa, vigilanze speciali e centrali di committenza.

1. La lex specialis di gara e le risultanze istruttorie

L'affidamento in esame ha ad oggetto una gara europea a procedura telematica aperta per l'appalto dei lavori di adeguamento sismico di un istituto scolastico di un ente comunale per un importo di € 2.265.286,20.

Dall'esame della BDNCP e come confermato dalla stazione appaltante nel riscontro istruttorio del 26.3.2024, il bando di gara sarebbe stato pubblicato il 29.12.2023, data nella quale è stato rilasciato il CIG al RUP dell'affidamento. Invero, nessun atto di gara risulta pubblicato né a livello europeo, né a livello nazionale, ma solamente su una piattaforma telematica¹ e nella sezione "amministrazione trasparente" dell'ente comunale.

Il disciplinare di gara prevedeva quale requisito di partecipazione il possesso di un'attestazione SOA OG1, classifica III-bis, per un importo di lavorazioni di € 1.811.243,81. Con atto di rettifica del 31.1.2024, pubblicato solo sulla piattaforma telematica, il requisito di partecipazione è stato modificato ed è stato richiesto il possesso di un'attestazione SOA OG1, classifica IV, effettivamente più coerente con l'importo delle lavorazioni.

¹ <https://piattaforma.asmecomm.it/gare/dettaglio.php?codice=19188>

Da quanto emerso in sede istruttoria, la procedura si trova in fase di aggiudicazione, essendo stata pubblicata la graduatoria definitiva, in data 13.3.2023.

Con nota istruttoria del 13.3.2024, l'Autorità ha chiesto al comune chiarimenti in ordine ad alcune criticità dell'affidamento in oggetto, con particolare riferimento:

- agli obblighi di pubblicità e trasparenza, non essendo stato pubblicato nessun atto di gara a livello comunitario o nazionale;
- allo svolgimento della procedura di gara da parte di soggetto non qualificato ex art. 62-63 d.lgs. 36/2023, in quanto la stazione appaltante non risulta qualificata e, in fase di rilascio del CIG, si è fatto riferimento alla deroga di cui all'art. 6 co. 3 dell'Allegato II.4 d.lgs. 36/2023², non pertinente all'oggetto dell'affidamento, indetto da un ente locale e relativo a lavori di adeguamento sismico di un edificio scolastico;
- ad alcune clausole del disciplinare di gara relative al subappalto e alla validazione del progetto esecutivo a base dei lavori in affidamento.

L'ente comunale ha dapprima chiesto una proroga dei termini istruttori, concessa dall'Autorità, e poi, con nota del 26.3.2024, ha:

- richiamato gli artt. 19, comma 2, e 28, comma 2, del Codice, precisando di aver assolto gli obblighi di trasparenza mediante la sezione amministrazione trasparente del sito comunale e di non essere tenuto a nessun ulteriore adempimento, avendo la stessa provveduto al caricamento delle informazioni su una delle piattaforme certificate e interoperabili con l'ecosistema digitale degli appalti;
- precisato di aver assolto gli obblighi di pubblicità mediante piattaforma digitale interoperabile con la BDNCP, ritenuto che l'importo dell'affidamento (€ 2.265.286,20) richiedesse soltanto una pubblicazione a livello nazionale e che, in virtù del richiamato art. 19, comma 2, ANAC avrebbe avuto l'obbligo di trasmettere i dati sulla piattaforma europea;
- statuito che la modifica del disciplinare di gara non necessitasse di nuova pubblicazione, trattandosi di mera rettifica della classificazione SOA e dunque di modifica non sostanziale, rimanendo inalterato l'importo delle lavorazioni posto a base del requisito;
- confermato di non essere soggetto qualificato (ex art. 62-63 d.lgs. 36/2023) e di non aver delegato a nessun altro soggetto lo svolgimento della procedura e pur tuttavia di aver ottenuto il rilascio del CIG e, per tale motivo, di aver svolto in proprio la procedura di affidamento, rimarcando, sul punto, la propria buona fede e il concorso di responsabilità da parte dell'Autorità nel rilascio del CIG;
- riconosciuto che effettivamente l'oggetto della procedura di gara non rientra tra le ipotesi di cui all'art. 3 co. 6 dell'All. II.4, d.lgs. 36/2023, posto che trattasi di affidamento di lavori disposto da un ente comunale e non da uffici giudiziari;
- precisato di non aver richiesto la percentuale di opere subappaltabili, stante l'art. 8 del disciplinare, ritenuto essere coerente con l'art. 119 d.lgs. 36/2023;
- trasmesso un atto di validazione della progettazione, che invero appare essere il verbale conclusivo della verifica della progettazione dei lavori posti a base di gara.

² "Fino al 30 giugno 2024, gli Uffici giudiziari non in possesso dei requisiti di qualificazione di cui al presente articolo possono progettare e affidare i lavori di manutenzione straordinaria o finalizzati a garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro avvalendosi di un RUP dotato di competenze tecniche in materia di ingegneria o architettura. In mancanza di tale figura professionale, i compiti del RUP, limitatamente agli interventi obbligatori di cui al primo periodo, possono essere attribuiti al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare."

2. Violazione degli art. 62 e 63 d.lgs. 36/2023. Svolgimento della procedura di gara da parte di stazione appaltante non qualificata.

2.1) La procedura di affidamento di lavori in oggetto, relativa ad un importo di € 2.265.286,20, è stata svolta da stazione appaltante non qualificata, in violazione degli art. 62 e 63 d.lgs. 36/2023, i quali impongono che gli affidamenti di lavori superiori ad € 500.000,00 siano svolti da una stazione appaltante qualificata.

L'ente comunale, nella nota istruttoria del 26.3.2024, pur riconoscendo di non essere qualificato, ha eccepito di aver agito in buona fede, in quanto il sistema informatico gli avrebbe rilasciato il CIG, nonostante l'art. 62 co. 2 d.lgs. 36/2023 disponga che lo stesso non venga rilasciato a stazioni appaltanti non qualificate.

Stante le osservazioni dall'ente comunale, appare necessaria una breve ricostruzione normativa e fattuale.

2.2) Sotto il **profilo normativo**, si osserva che gli art. 62 e 63 d.lgs. 36/2023 prevedono che gli affidamenti superiori a determinate soglie, differenziate per lavori o servizi e forniture, siano svolte da stazioni appaltanti qualificate; ove la stazione appaltante non sia qualificata, può rivolgersi ad una centrale di committenza oppure ad altra stazione appaltante qualificata che svolga l'affidamento per conto della prima.

L'art. 63 e l'Allegato II.4 d.lgs. 36/2023 disciplinano poi i requisiti e il procedimento di qualificazione delle stazioni appaltanti, affidando all'ANAC la tenuta dei relativi elenchi.

La normativa è completata da alcune fattispecie di deroga, che consentono lo svolgimento di procedure di gara da parte di soggetti non qualificati, anche per importi superiori alle soglie previste dall'art. 62 citato; tra le ipotesi derogatorie, da intendersi come eccezionali e di stretta interpretazione, per quanto di specifico interesse, vi è quella prevista dal già citato art. 3 co. 6 dell'Allegato II.4 d.lgs. 36/2023.

Vale la pena aggiungere che il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti costituisce una delle novità fondamentali del nuovo codice dei contratti pubblici, che ha il chiaro obiettivo di elevare il livello qualitativo delle stazioni appaltanti, riservando solo a quelle qualificate lo svolgimento degli affidamenti più complessi.

La corretta attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, e con essa la verifica in ordine all'effettivo svolgimento delle procedure di gara da parte di soggetti adeguatamente qualificati, garantisce la realizzazione degli obiettivi prefissi dalla riforma del 2023. Ne discende una peculiare attenzione da parte dell'Autorità in sede di vigilanza.

Da un punto di vista operativo, deve osservarsi che l'acquisizione del CIG è competenza del RUP (art. 6 co. 2 lett. m, Allegato I.2 d.lgs. 36/2023) che vi provvede al momento dell'avvio della procedura. In tale occasione le stazioni appaltanti inseriscono autonomamente i dati relativi agli affidamenti e, in relazione alle ipotesi per le quali occorre la qualificazione, individuano le ipotesi in virtù delle quali si ritengono legittimate a svolgere le relative procedure di gara, ad esempio selezionando una delle ipotesi derogatorie tipizzate (cfr. art. 8.3 Delibera ANAC 261/2023). Il corretto inserimento dei dati relativi all'affidamento per il quale si procede, e più in generale, il corretto svolgimento delle procedure di gara in accordo con il principio di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti (art. 19 d.lgs. 36/2023), dunque, è responsabilità della singola stazione appaltante (*rectius* del RUP). Quest'ultima è altresì tenuta a conoscere la normativa di riferimento, senza potersi ritenere che il sistema di digitalizzazione dei contratti pubblici e, più in generale l'ecosistema nazionale di approvvigionamento, possa deresponsabilizzare le stazioni appaltanti dai relativi obblighi, includendo immaginifici poteri correttivi delle azioni umane (art. 30 co. 4 d.lgs. 36/2023).

Dunque, è certamente vero che ai sensi dell'art. 62 co. 2 ultima parte, d.lgs. 36/2023 per le procedure di importo superiore alle soglie previste dall'art. 62 co. 1 del codice "l'ANAC non rilascia il codice identificativo di gara (CIG)

alle stazioni appaltanti non qualificate"; nel contempo, è altrettanto vero che l'ANAC rilascia (anzi è tenuta a rilasciare) il CIG anche per le ipotesi derogatorie previste alla normativa.

Pertanto, nel momento in cui il RUP della stazione appaltante acquisisce il CIG ed indica di affidare un contratto rientrante tra le ipotesi derogatorie (per le quali non occorre la qualificazione prevista dall'art. 62-63 d.lgs. 36/2023) il CIG è rilasciato.

Resta inteso che la corretta indicazione delle ipotesi derogatorie e la veridicità di tale indicazione è responsabilità del RUP che acquisisce il CIG, posto che, in ogni caso, sussiste un'impossibilità oggettiva nel controllare preventivamente le modalità di acquisizione di ciascun CIG ad opera di ogni singola stazione appaltante, motivo per il quale, specialmente in presenza delle deroghe autocertificate dalla stazione appaltante in fase di richiesta, il CIG viene rilasciato in automatico dal sistema informatico e pare vieppiù giustificata un'attività di vigilanza postuma da parte dell'Autorità

2.3) **In via di fatto**, nel caso di specie, come indicato dalla stessa stazione appaltante nel riscontro istruttorio del 26.3.2024, il CIG dell'affidamento in oggetto è stato acquisito dal RUP in data 29.12.2023.

In tale occasione, il RUP ha opzionato la scelta derogatoria prevista dall'art. 3 co. 6 dell'Allegato II.4 d.lgs. 36/2023 (cfr. scheda SIMOG) che, come detto, consente solo agli uffici giudiziari di svolgere "*lavori di manutenzione straordinaria o finalizzati a garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro*", peraltro solo fino al 30.6.2024.

La gara in esame, invece, ha ad oggetto lavori affidati da un ente comunale per l'adeguamento sismico di un istituto scolastico, per importo superiore ad € 500.000,00.

È dunque evidente che, nel caso di specie, l'oggetto della gara non rientra tra le ipotesi per le quali, in via derogatoria e temporanea, è consentito a stazioni appaltanti non qualificate la conduzione della procedura di affidamento.

2.4) In sede istruttoria l'ente comunale ha affermato di aver condotto in proprio la procedura di gara, in buona fede, in quanto il sistema informatico dell'Autorità gli avrebbe rilasciato il CIG pur non trattandosi di soggetto qualificato.

L'approccio dell'ente comunale appare statico e scarsamente proattivo rispetto al nuovo sistema di digitalizzazione degli affidamenti e qualificazione delle stazioni appaltanti, che invece richiede una certa professionalità. Soprattutto, le difese dell'ente comunale trascurano di considerare un fondamentale elemento di fatto: la selezione dell'opzione derogatoria è stata effettuata dal RUP dell'affidamento e non è stata certamente attribuita in automatico dall'Autorità. Resta inteso, e riconosciuto dallo stesso ente comunale, che l'oggetto dell'affidamento non è sussumibile nell'ipotesi derogatoria, prevista dall'art. 3 co. 6 dell'Allegato II.4 d.lgs. 36/2023 e opzionata dal RUP in sede di rilascio del CIG.

In sintesi, non v'è dubbio alcuno che la gara in oggetto dovesse essere svolta da stazione appaltante qualificata e che non rientri nelle ipotesi derogatorie previste dall'art. 3 co. 6 dell'Allegato II.4 d.lgs. 36/2023. Del pari, non v'è dubbio che la procedura di gara sia stata svolta da stazione appaltante non qualificata, in quanto, alla data di avvio della procedura, l'ente comunale in oggetto non risulta iscritto nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, né risulta aver completato l'iter per la relativa iscrizione.

Del resto, anche le motivazioni addotte dall'ente a sostegno della legittimità del proprio operato appaiono contraddittorie: da un lato, infatti, l'ente richiama la propria buona fede e quasi addebita all'Autorità un "concorso di responsabilità" nel rilascio del CIG, mentre dall'altro si dichiara consapevole di aver espletato la gara in assenza di qualificazione e dell'inapplicabilità della deroga di cui all'art. 3, comma 6, dell'Allegato II.4 al Codice.

Dunque, posto che nel caso di specie, in fase di acquisizione del CIG è stata inserita una deroga che, per espressa dichiarazione dell'ente non è operante nella procedura oggetto del presente provvedimento, due sono le circostanze possibili: o non sussiste la buona fede e l'ente ha provato a condurre la gara pur non essendo qualificato, in elusione del sistema di qualificazione, o la deroga è stata inserita in maniera comunque illegittima.

2.5) Posto che in via conclusiva la procedura di gara di importo superiore alla soglia di cui all'art. 62 co. 1 d.lgs. 30/2023 è stata svolta da stazione appaltante non qualificata in assenza di una delle deroghe normativamente previste, si concretizza la violazione degli artt. 62 e 63 d.lgs. 36/2023.

La criticità descritta è dunque sussumibile entro l'alveo applicativo **dell'art. 6 co. 1 lett. e)** del "*Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, adottato con Delibera ANAC 268/2023, a mente del quale costituisce grave violazione legittimante l'adozione di un parere motivato "*la procedura di affidamento del contratto svolta da soggetto non adeguatamente qualificato ai sensi degli artt. 62 e 63 del codice oppure svolta in elusione degli obblighi di qualificazione previsti dagli artt. 62 e 63 codice*".

3. **Violazione degli obblighi di pubblicità legale**

3.1) In relazione alla procedura in oggetto non risultano poi assolti gli obblighi di pubblicazione. In proposito, nella nota di riscontro alla richiesta di informazioni all'Autorità, la stazione appaltante ha innanzitutto asserito di non aver adempiuto agli obblighi di pubblicazione a livello europeo stante l'importo posto a base di gara, inferiore alla soglia di riferimento; ha poi rappresentato che in ogni caso all'Autorità sarebbe spettata la trasmissione dei dati alla piattaforma europea, stante la vigenza dei nuovi obblighi in materia di digitalizzazione degli appalti e di utilizzo delle piattaforme digitali.

3.2) Preliminarmente, giova riportare **la disciplina di riferimento in materia di pubblicità legale** delle procedure di gara.

In proposito, l'avvio della digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici ha introdotto significative novità in tema di pubblicità legale di bandi e avvisi relativi alle gare ad evidenza pubblica, sia in ambito europeo che in ambito nazionale.

Per la pubblicità in ambito europeo, dal 1° gennaio 2024 l'ANAC è diventata *e-sender* nazionale, ossia l'unico soggetto deputato a trasmettere bandi e avvisi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE, mentre in ambito nazionale, la Piattaforma per la Pubblicità a Valore Legale (PVL) presso la BDNCP ha sostituito la Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale, relativa ai contratti pubblici.

Di conseguenza, bandi e avvisi relativi a procedure avviate dopo il 1° gennaio 2024 sono pubblicati sulla Piattaforma per la pubblicità legale presso la BDNCP e i relativi effetti giuridici decorrono dalla data di pubblicazione su quest'ultima.

È del tutto evidente che le novità sopra descritte siano applicabili esclusivamente per le procedure di gara avviate a partire dal 1° gennaio 2024; in proposito, lo stesso art. 225 del d. lgs. n. 36/2023, norma primaria di riferimento, prevede, al comma 1, che fino alla data del 31 dicembre 2023 "*gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici*", mentre al comma 2 specifica che le disposizioni in materia di digitalizzazione (anche quelle di cui agli artt. 19 e 28, invocati dall'ente comunale quali norme a sostegno del proprio operato nel riscontro fornito all'Autorità) "*acquistano efficacia a partire dal 1° gennaio 2024*".

Come chiarito con apposito Comunicato allegato alla Delibera dell'Autorità n. 582 del 13 dicembre 2023, adottata di intesa con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonostante la modifica delle condizioni di utilizzo del sistema Simog in considerazione del passaggio alla PCP, *"resta consentita, fino a nuova comunicazione, l'acquisizione del CIG attraverso il sistema Simog per le procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati o le cui lettere di invito sono state inviate entro il 31 dicembre 2023: il sistema Simog consentirà il perfezionamento dei suddetti CIG esclusivamente se la data di pubblicazione del bando o della spedizione della lettera di invito è antecedente il 01/01/2024; i CIG acquisiti successivamente a tale data saranno automaticamente eliminati entro 48 ore se non riferiti a procedure pubblicate entro il 31 dicembre 2023"*.

L'inapplicabilità della nuova normativa alle procedure di gara indette antecedentemente al 1° gennaio 2024 è inoltre confermata dalla Delibera n. 263 del 20 giugno 2023 - disciplinante le modalità di attuazione della pubblicità degli atti garantita dalla BDNCP, mediante la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la loro pubblicazione ai sensi degli articoli 84 e 85 – per cui *"in attuazione dell'articolo 225 comma 1 del codice, fino al 31 dicembre 2023, si applicano le disposizioni di cui agli articoli 70, 72, 73, 127, comma 2, e 129, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016"*.

3.3) Tanto sinteticamente rappresentato sul piano normativo, **in via di fatto**, come emerge da controlli espletati sui sistemi informatici dell'Autorità e sulla base di quanto dichiarato dalla stessa stazione appaltante nel riscontro istruttorio del 26 marzo 2024, il CIG dell'affidamento in oggetto è stato creato in data 23 novembre 2023 e perfezionato dal RUP in data 29 dicembre 2023; la medesima data è poi riportata sia come "data di perfezionamento bando" che come "data di pubblicazione" nella schermata della scheda SIMOG estrapolata dai sistemi informatici dell'Autorità così come compilata dalla stazione appaltante. Tale circostanza è stata poi confermata dall'istruttoria espletata congiuntamente con l'Ufficio informatico specializzato in materia di contratti pubblici, dalla quale emerge che la procedura di cui al CIG A031F63D8E è stata indicata dal RUP della stazione appaltante come pubblicata in data precedente al 31.12.2023, con la conseguenza per cui la stessa non è stata riportata né sulla Piattaforma Valore Legale, né sulla Piattaforma dei Contratti Pubblici.

Trattandosi dunque a tutti gli effetti di procedura di gara nella quale il bando è stato perfezionato in data antecedente al 1 gennaio 2024, non può trovare applicazione il sistema delle piattaforme gestito dall'Autorità in relazione agli obblighi di pubblicazione a livello nazionale o europeo, né in relazione a quelli previsti per l'assolvimento degli obblighi di trasparenza, né ancora il principio di unicità dell'invio richiamato dal comune nella nota di riscontro alla richiesta istruttoria trasmessa dall'Autorità.

Del resto, se effettivamente la nuova procedura di gara fosse stata indetta in epoca successiva al 31 dicembre 2023 e dunque nel vigore delle nuove regole sulla digitalizzazione, il CIG acquisito nel novembre 2023 sarebbe stato cancellato e il sistema avrebbe rilasciato in automatico un CIG differente al momento dell'avvenuta pubblicazione sulla PCP. Invece, a riprova di quanto evidenziato nel citato comunicato allegato alla Delibera n. 582/2023, trattandosi di procedura antecedente al 1° gennaio 2024, il sistema Simog ha consentito il perfezionamento del CIG di riferimento, avvenuto in data 29 dicembre 2023.

In altre parole, la mancata successiva cancellazione del CIG non poteva che dipendere proprio dall'avvenuta pubblicazione della procedura relativa allo stesso antecedentemente al 1° gennaio 2024, sulla base di quanto dichiarato all'Autorità dal medesimo RUP dell'amministrazione procedente.

Alla luce di tutto quanto innanzi, deve dunque affermarsi la sussistenza di un obbligo, esclusivamente in capo alla stazione appaltante, di adempiere agli oneri di pubblicità legale secondo le modalità ordinariamente applicabili in epoca precedente all'intervenuta digitalizzazione.

3.4) Circa quest'ultimo profilo, benché sia evidente la differenza tra gli obblighi di pubblicazione imposti a livello nazionale e quelli a livello europeo, deve osservarsi che la procedura in oggetto, nei documenti di gara, viene autodefinita in più punti come "europea", come desumibile dall'intestazione contenuta nel disciplinare di gara e nel provvedimento di rettifica dello stesso, nei quali si fa espresso riferimento alla "*gara europea a procedura telematica aperta per l'appalto dei lavori di adeguamento sismico dell'istituto scolastico comprensivo di Z.*"

Tale indicazione, dunque, sembrava *prima facie* sottendere ad una chiara volontà, da parte della stazione appaltante, di estendere la platea dei possibili concorrenti, favorendo la pubblicità della procedura oltre i confini nazionali, al fine di garantire la massima estensione dei principi di concorrenza e *favor participationis*.

Tuttavia, sulla base di quanto rappresentato in riscontro alla richiesta istruttoria dell'Autorità, appare evidente che tale dicitura costituisca un'improprietà che, oltre a non delimitare con chiarezza la portata dell'obbligo di pubblicità legale, non vale comunque ad esonerare la stazione appaltante dalla pubblicazione almeno a livello nazionale, peraltro mai avvenuta, come confermato dalla stessa stazione appaltante.

3.5) Alla luce di tutto quanto innanzi, il mancato assolvimento agli obblighi di pubblicazione è sussumibile nell'alveo applicativo **dell'art. 6 co. 1 lett. a) e lett. i)** del "*Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*", adottato con Delibera ANAC 268/2023, a mente del quale costituisce grave violazione legittimante l'adozione di un parere motivato.

Risulta infatti evidente che l'omessa pubblicazione del bando di gara, oltre a porsi in chiara violazione di legge, ha di fatto precluso a diversi operatori economici un'adeguata conoscenza della procedura stessa, che avviene secondo i canoni ordinari prescritti dalla normativa di riferimento *ratione temporis* applicabile.

4. Modifica sostanziale dei documenti di gara durante lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica, non assistite dalle medesime garanzie di pubblicità

4.1) L'art. 3 del disciplinare di gara prevedeva quale requisito di partecipazione il possesso di un'attestazione SOA OG1, classifica III-bis, per un importo di lavorazioni di € 1.811.243,81. Con atto di rettifica del 31.1.2024, pubblicato solo sulla piattaforma telematica, è stato modificato il disciplinare di gara ed è stato richiesto il possesso di un'attestazione SOA OG1, classifica IV.

In sede istruttoria, l'ente locale ha riconosciuto l'erroneità della prima versione del disciplinare e che la classifica IV fosse effettivamente più coerente con l'importo delle lavorazioni, ai sensi dell'art. 2 co. 4 dell'All. II.12, d.lgs. 36/2023. Tuttavia, l'ente comunale ha ascritto tale circostanza a mero errore materiale, risolvibile mediante una mera rettifica del disciplinare, ed ha ritenuto perciò legittimo il proprio operato.

4.2) Al riguardo, si osserva che, negli affidamenti di lavori, ai sensi dell'art. 100 co. 4 e dell'art. 30 dell'All. II.12, d.lgs. 36/2023, l'aggiudicatario deve essere in possesso dell'attestazione SOA pertinente alla categoria (tipologia di lavori) e alla classifica (importo dei lavori) delle lavorazioni a base di gara.

La variazione della classifica di riferimento incide sui requisiti di partecipazione, in quanto modifica la platea degli operatori economici potenzialmente interessati alla partecipazione, essendo necessaria un'attestazione SOA in classifica più elevata rispetto a quella indicata *ab origine*.

Al riguardo, è consolidato l'orientamento secondo il quale *"In caso di modifiche significative ai documenti di gara, tali da incidere sulla platea degli operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura, la Stazione appaltante è tenuta alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura di tutti i termini previsti dalla lex specialis per la partecipazione, ivi compreso il termine per l'effettuazione del sopralluogo"* (Delibera ANAC 5/2023; cfr. anche Tar Veneto n. 940/2018 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Ed ancora, *"l'errore materiale non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, "l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento"* (Cons. St. 64/2022; TAR Lazio, III Quater, 6.12.2018 n. 11828; Cons. Stato, V, 8.11.2017, n. 5162; Cons. Stato 7.1.2021 n. 173).

4.3) Nel caso di specie, pertanto, seppur era *ictu oculi* evidente che lavorazioni di importo pari ad € 1.811.243,81 necessitassero di una classificazione IV, nessun dubbio può esservi in ordine alla necessità di dare adeguata diffusione alla modifica operata, secondo le forme di pubblicità normativamente previste.

Pertanto, la modifica del requisito di partecipazione è avvenuta in violazione delle suddette regole di pubblicità e non può ritenersi che il più grave vizio della mancata pubblicazione del bando indittivo della procedura di gara (cfr. supra) assorba la presente criticità.

Anzi, deve ritenersi che la mancata pubblicazione del bando di gara e della successiva modifica sostanziale dei requisiti di partecipazione, complessivamente, aggravino il quadro delle violazioni poste in essere dalla stazione appaltante non qualificata nell'ambito della procedura di gara in esame.

4.4) La criticità descritta è sussumibile entro l'alveo applicativo **dell'art. 6 co. 1 lett. c)** del *"Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36"*, adottato con Delibera ANAC 268/2023, a mente del quale costituisce grave violazione legittimante l'adozione di un parere motivato l'introduzione di *"modifiche sostanziali dei documenti di gara durante lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica, non assistite dalle medesime garanzie di pubblicità dell'originale documentazione di gara ovvero dalla previsione della proroga dei termini per la ricezione delle offerte"*.

5. Raccomandazioni dell'Autorità

Alla luce delle criticità evidenziate nei paragrafi precedenti, stante la presenza dei vizi gravanti la *lex specialis*, rilevanti quali gravi violazione del codice e legittimanti l'adozione di un parere motivato, ex art. 220 co. 3, d.lgs. 36/2023, **la stazione appaltante è invitata ad annullare in autotutela gli atti di gara** (bando, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* adottati, compresi i provvedimenti di aggiudicazione).

In sede di riedizione della gara, si **raccomanda** di far svolgere la procedura di gara a soggetto adeguatamente qualificato, ove l'ente comunale non abbia nel frattempo acquisito la necessaria qualificazione e un puntuale rispetto delle norme in materia di pubblicità degli atti di gara.

6. Ulteriori criticità

Per ragioni di completezza, pur non rientrando nelle fattispecie legittimanti l'adozione di un parere motivato, ex art. 220, co. 3, d.lgs. 36/2023, anche *pro futuro*, si segnalano ulteriori criticità emerse dall'esame della documentazione di gara.

6.1) In primo luogo, va rilevata la omessa validazione del progetto esecutivo a base di gara da parte dell'ente comunale.

Il par. 2.1. del disciplinare di gara fa riferimento ad un documento datato 18.9.2023 adottato da una commissione, indicandolo come atto di validazione del progetto a base di gara.

In sede istruttoria, su specifica richiesta dell'Autorità, l'ente comunale ha trasmesso il citato documento ritenendo che tale atto costituisca la validazione prevista dall'art. 42 co. 4 d.lgs. 36/2023 e ha lamentato addirittura una presunta violazione del principio della fiducia da parte nell'Autorità solo per aver richiesto copia del documento citato.

Invero, il documento pervenuto all'Autorità è solo il verbale recante gli esiti della verifica della progettazione esecutiva, eseguita da un gruppo di professionisti esterni all'ente comunale.

Per quanto emerso in sede istruttoria, appare necessario richiamare la normativa di riferimento, peraltro sostanzialmente identica a quella contenuta nel d.lgs. 50/2016.

Ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 36/2023:

"3. La verifica accerta la conformità del progetto alle prescrizioni eventualmente impartite dalle amministrazioni competenti prima dell'avvio della fase di affidamento e, se ha esito positivo, assolve a tutti gli obblighi di deposito e di autorizzazione per le costruzioni in zone sismiche, nonché di denuncia dei lavori all'ufficio del genio civile. I progetti, corredati della attestazione dell'avvenuta positiva verifica, sono depositati con modalità telematica interoperabile presso l'Archivio informatico nazionale delle opere pubbliche del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

4. La validazione del progetto posto a base di gara è l'atto formale che riporta gli esiti della verifica. La validazione è sottoscritta dal responsabile del relativo procedimento e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica e alle eventuali controdeduzioni del progettista. Il bando e la lettera di invito per l'affidamento dei lavori devono contenere gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto posto a base di gara".

Nello stesso senso l'art. 44 dell'Allegato I.7 del codice dei contratti pubblici prevede che:

*" 1 Il responsabile unico del progetto, acquisiti i previsti pareri, conclude le attività di verifica relative al livello di progettazione da porre a base di gara con l'atto formale di validazione di cui all'articolo 42, comma 4, del codice.
2. Avvenuta la validazione del progetto posto a base di gara, ciascuna stazione appaltante, secondo le modalità e le procedure stabilite dal proprio ordinamento, avvia la fase dell'affidamento dei lavori".*

Infine, l'art. 6 co. 2, lett. e) dell'Allegato I.2 d.lgs. 36/2023, ribadisce che l'atto di validazione è sottoscritto dal RUP, che ne assume anche la responsabilità.

Pertanto, appare evidente che la validazione è un atto distinto ed ulteriore rispetto alla verifica del progetto, che deve necessariamente essere adottato dal RUP ed assolve la funzione di rendere il progetto, già verificato da terzi, accettabile per la stazione appaltante, tanto da poter essere a base del successivo affidamento.

Nel caso di specie, come emerso in sede istruttoria, l'ente comunale:

- nel disciplinare di gara, ha fatto erroneo riferimento al verbale di verifica della progettazione e non all'atto di validazione previsto dalla normativa di riferimento;
- a richiesta dell'Autorità, non ha prodotto l'atto di validazione, continuando a confonderlo con il verbale di verifica della progettazione.

Se ne desume che la gara in oggetto sia stata bandita in assenza dell'atto di validazione formale della progettazione esecutiva, quindi in evidente violazione dell'art. 42 co. 4 d.lgs. 36/2023.

Si **raccomanda**, dunque, anche per tale motivo, l'annullamento degli atti di gara.

6.2) Appare superflua ogni ulteriore considerazione relativa alla eccepita violazione del principio di fiducia da parte dell'Autorità, essendo sufficiente ricordare, in ogni caso, le funzioni istituzionali di vigilanza previste dall'art. 222 d.lgs. 36/2023 e che, lungi *dall'intentio legis* sottesa all'introduzione normativa dell'istituto, se il principio di fiducia costituisse un ostacolo nella richiesta di documenti e nell'espletamento dei controlli affidati per legge a soggetti istituzionali designati, verrebbe completamente vanificata l'attività di questi ultimi. In secondo luogo, deve essere osservarsi che l'ente comunale non ha pienamente assolto agli obblighi di trasparenza avendo **omesso la pubblicazione dei c.v. dei componenti della commissione giudicatrice.**

Al riguardo, va osservato che detto obbligo è previsto dall'art. 29 d.lgs. 50/2016, applicabile ai procedimenti avviati prima del 31.12.2023, ex art. 225 co. 2 d.lgs. 36/2023, e dall'art. 28 d.lgs. 36/2023, per gli affidamenti indetti successivi al 1° gennaio 2024.

Invero, nella piattaforma telematica utilizzata dall'ente comunale è pubblicata solo la determinazione di nomina della commissione giudicatrice (determina n. 116 del 6.3.2024), ma non sono pubblicati i curricula dei commissari, che non risultano presenti neanche nella sezione amministrazione trasparente del sito comunale.

6.3) Sempre a fini collaborativi, si osserva che il bando di gara adottato dalla stazione appaltante, ferme le esposte criticità, **non sia conforme al contenuto prescritto dall'art. 83 e dall'Allegato II.6, lettera C, d.lgs. 36/2023.** In particolare, i bandi di gara devono contenere le informazioni richieste dal citato allegato che, si ricorda, ha rango di fonte di primo grado.

Nel caso di specie, con particolare riferimento ai requisiti di partecipazione (Allegato II.6, lettera C, punto 11 d.lgs. 36/2023), il bando di gara contiene un mero rimando al disciplinare di gara, non rendendo quindi comprensibile l'effettivo requisito di partecipazione richiesto.

La criticità assume particolare rilievo soprattutto in caso di gare comunitarie, nelle quali in GUUE è pubblicato solo il bando e non anche il disciplinare; sicché gli operatori economici stranieri sono ostacolati, se non impossibilitati, ad una esatta comprensione dei requisiti di partecipazione richiesti.

Si raccomanda *pro futuro*, uno scrupoloso rispetto dall'Allegato II.6, d.lgs. 36/2023.

6.4) Infine, in relazione alla richiesta di indicazione nella tabella riportata nell'art. 3 del disciplinare della percentuale subappaltabile delle lavorazioni che compongono l'intervento, si osserva che la stessa, oltre a rispondere ad esigenze di coerenza, chiarezza e immediata comprensibilità, si appalesa necessaria proprio alla luce delle specificazioni contenute nel citato art. 8 del disciplinare.

Infatti, sulla base di quanto specificato nella nota di riscontro alla richiesta istruttoria dell'Autorità, appare evidente che la stazione appaltante abbia inteso limitare la prevalente esecuzione in subappalto delle lavorazioni relative ad entrambe le categorie (*"non può essere affidata in subappalto l'integrale esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto nonché la prevalente esecuzione delle medesime"*), in parziale difformità dalla normativa di riferimento, che invece limita la prevalente esecuzione in subappalto della sola categoria prevalente (art. 119, comma 1), posto che per quella scorporabile non sussistono limiti alla percentuale subappaltabile, salvo diversa motivazione esplicitata nella decisione di contrarre (art. 119, comma 2). Tali limitazioni, ove non motivate, potrebbero infatti comportare possibili limitazioni della concorrenza, oltre che eventuali contestazioni, anche dal carattere meramente strumentale, da parte di terzi.

Si raccomanda pertanto, *pro futuro*, maggiore chiarezza nella descrizione della disciplina applicabile, anche al fine di garantire l'immediata comprensibilità della stessa e di imporre limiti al subappalto maggiormente coerenti con la normativa di riferimento.

In conclusione, si osserva che le descritte criticità, per la rilevanza e per le maldestre giustificazioni addotte, siano la plastica dimostrazione della incapacità nella gestione di procedure di gara più complesse, per le quali, non a caso e come già esposto, il codice dei contratti pubblici prescrive la necessità di rivolgersi a soggetti adeguatamente qualificati.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

- di trasmettere il presente parere motivato, ai sensi dell'art. 220, co. 3 d.lgs. 36/2023 alla stazione appaltante, invitandola all'annullamento di tutti gli atti di gara (bando, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* adottati, compresi i provvedimenti di aggiudicazione), stante la presenza dei vizi gravanti la *lex specialis* esposti in parte motiva, riconducibili alle fattispecie legittimanti di cui all'art. 6 co. 2 lett. a), lett. c), lett. e) e lett. i) del Regolamento ANAC adottato con Delibera 268/2023;
- di raccomandare, in occasione della futura e successiva riedizione della procedura di gara, una rivalutazione della complessiva documentazione di gara anche alla luce degli ulteriori vizi evidenziati nella presente delibera;
- ai sensi del richiamato art. 220, co. 3 d.lgs. 36/2023 si assegna un termine di **20 giorni** dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare la documentazione di gara esaminata;
- ai sensi dell'art. 222 co. 13 D. Lgs. 36/2023 e dell'art. 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, la stazione appaltante è invitata a trasmettere, in ogni caso, gli ulteriori atti e provvedimenti eventualmente adottati nell'ambito della procedura di gara in oggetto.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 220 d.lgs. 36/2023 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 aprile 2024

il Segretario

Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente