

Rivista mensile - Anno VII, Numero 10

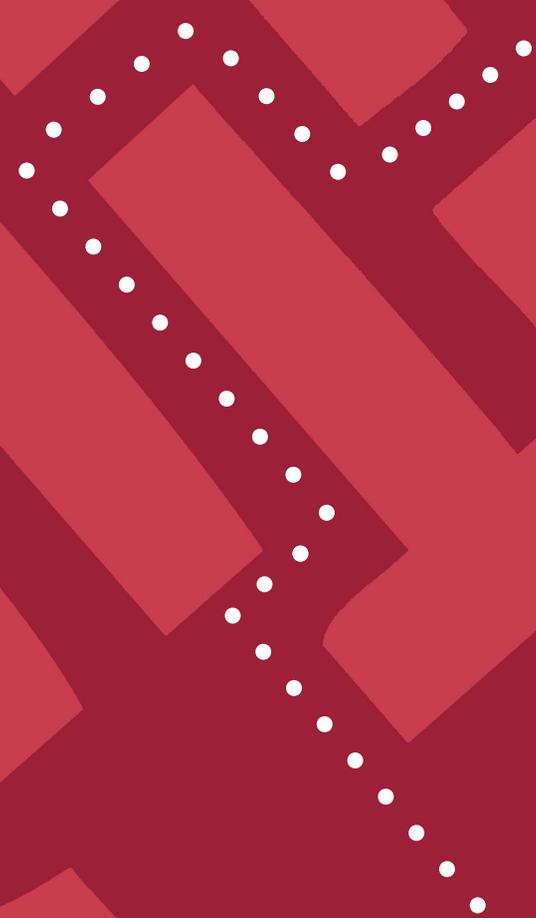
febbraio
2018

MEDIA APPALTI

**Decreto Trasparenza:
dall'ANAC nuove
proposte di modifica**

**Servizi sociali: le
modifiche apportate dal
correttivo al codice dei
contratti pubblici**

**Le implicazioni del
soccorso istruttorio
integrativo riguardo alle
irregolarità dell'offerta
tecnico/economica**



**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono
espressione delle libere opinioni degli
autori, unici responsabili dei loro scritti,
configurandosi quali semplici analisi di studio
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di
contrattualistica pubblica da inserire nei
prossimi numeri della rivista Mediappalti.
Il materiale potrà essere inviato al seguente
indirizzo e-mail: redazione@mediappalti.it,
corredato da recapito e qualifica professionale

**Media
Graphic**





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**



**Uno strumento utile
per muoversi
nel complesso
e delicato
mondo degli
appalti pubblici**

**febbraio
2018**

Prevenire è meglio che reprimere

«La corruzione è un male che colpisce il sistema e pregiudica le opportunità di tutti. È un male da contrastare con la repressione penale, ma anche con un sistema di prevenzione da migliorare, da irrobustire, da completare, da rafforzare».

Con questo appello Raffaele Cantone si è rivolto nei mesi scorsi ai giovani universitari durante l'inaugurazione dell'anno accademico del Dipartimento di Scienze Politiche, all'Università di Perugia. Il magistrato ha presentato l'idea di prevenzione che ha ispirato il difficile lavoro dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, da lui presieduta, nei suoi primi anni di vita. Va premesso che, come ricordato dallo stesso Cantone nella sua ultima relazione annuale, l'Anac ha terminato una fase "costituente" che ha caratterizzato il primo triennio con una continua implementazione normativa di poteri e funzioni, e ha ormai dismesso gli abiti della novità rendendosi riconoscibile non solo alle amministrazioni pubbliche e agli operatori economici, ma anche a gran parte dei cittadini.

D'altro canto la creazione, per la prima volta nella storia del Paese, di un organismo amministrativo anticorruzione, con poteri reali ed effettivi, ha ingenerato aspettative forse eccessive e qualche equivoco che rischia di tradursi in delusione o in critiche aspre che rappresentano un segnale da non sottovalutare.

Risulta infatti evidente che le sfide dell'Autorità fino ad oggi abbiano messo a dura prova l'operato della Pubblica Amministrazione con nuovi adempimenti, procedure, pianificazioni, formalità burocratiche, testi da prendere in esame, linee guida da apprendere e adottare nella pratica quotidiana,

strumenti da applicare.

Spesso in un clima di confusione, tra incertezze, proroghe e ritardi. Inevitabilmente sono arrivati i conseguenti malumori da parte di chi lavora negli enti pubblici: ma tant'è. Del resto i sacrifici, le difficoltà e la pazienza stanno alla base delle sfide più ambiziose. Sono direttamente proporzionali alla grandezza dei traguardi da raggiungere, che possiamo discutere e criticare nel metodo, ma non nel merito.

Qualcosa, insomma, bisogna pur fare, e da qualche parte bisogna cominciare, in un'Italia devastata dalla corruzione, come dimostra in primis la centralità che continua ad avere nel dibattito pubblico la tematica della corruzione alla luce di un'onda lunga degli scandali e delle indagini giudiziarie che non sembra arrestarsi.

In quanto a presenza di fenomeni corruttivi ancora oggi siamo ai primissimi posti in Europa, davanti soltanto a Grecia e Bulgaria, e in tutto il mondo ben 60 Paesi su 176 possono vantare performance migliori delle nostre. Secondo l'ultimo rapporto di Transparency International, organizzazione internazionale tra le più accreditate nella lotta alla corruzione, sono stati 566 i casi riportati dai media nel periodo compreso tra gennaio e ottobre del 2017, con 439 nuove indagini, 76 condanne, 27 assoluzioni, 10 prescrizioni e 8 patteggiamenti.

Va tuttavia sottolineato che, in base agli indici forniti dalle statistiche su corruzione reale e percepita, la tendenza attribuita all'Italia negli ultimi anni è di un lento e progressivo miglioramento. Viene riconosciuto addirittura un quadro normativo anticorruzione nel complesso sufficiente per il

settore pubblico, e rafforzato di recente anche dalla legge sul Whistleblowing a tutela di chi segnala illeciti, mentre l'applicazione pratica delle leggi stesse e la capacità sanzionatoria destano ancora preoccupazioni. Sempre per non trascurare le note positive, Transparency International considera decisamente soddisfacente anche la normativa antiriciclaggio, anche se il voto più alto viene assegnato alla trasparenza contabile e societaria, soprattutto in virtù della recente reintegrazione del reato di falso in bilancio. Ma sulla corruzione nel settore pubblico il lavoro da fare è ancora enorme. E in questo contesto Raffaele Cantone ha evidenziato come l'Anac rappresenti un'esperienza nuova proprio per prevenire la corruzione, e cosa si stia facendo per far attecchire questo meccanismo, puntando a intervenire prima piuttosto che dopo: «Il quadro dei provvedimenti normativi è completo – ha ribadito agli studenti - in un contesto, quello della legislazione italiana, dove uno dei vizi tipici è l'iperlegislazione. Semmai c'è necessità di stabilizzare gli interventi normativi attraverso l'applicazione». Prevenire resta così il punto fermo, che sta alla base di ogni possibile azione da intraprendere per trasformare un'idea astratta in azioni concrete.

In un sistema di corruzione troppo vasto e difficilmente controllabile nella sua intera portata, la repressione tappa alcune buche e "salva il salvabile" con interventi a macchia di leopardo. La sfida della prevenzione può fare invece molto di più: portare un cambiamento alla radice, che parte da buone (anche se spesso ingombranti) pratiche di trasparenza, fino ad arrivare a un rinnovamento

culturale da lasciare ai nostri figli, chiamati a gestire e amministrare la cosa pubblica meglio di chi li ha preceduti. E anche per questo Cantone ha posto l'attenzione verso le nuove generazioni: «Ai giovani, e soprattutto agli studenti universitari, rivolgo l'appello di provare a capire cos'è la corruzione: sembra un fenomeno "da grandi", che interessa chi è già inserito nel mondo del lavoro, nella vita di tutti i giorni, ma non è così e gli effetti finiscono per avere un impatto enorme in modo particolare proprio sui giovani: corruzione è perdita di occasioni di posti di lavoro, stimolo alla fuga dei cervelli, minore meritocrazia».

Serve quindi credere nella prevenzione della corruzione, che in qualche modo significa credere in noi stessi, come individui con legittimi interessi personali ma soprattutto come cittadini capaci di dare un contributo sostanziale alla piena affermazione dell'interesse pubblico. Per tutto questo la Pubblica Amministrazione chiede ai suoi dipendenti di non arrendersi. Di resistere allo sconforto e rimboccarsi le maniche. Di dare una mano a chi amministra la lotta alla corruzione per mettere in pratica nuove soluzioni, siano esse da rivedere, aggiustare, semplificare o implementare, anche attraverso il dibattito e la critica. Ma mai rischiando di delegittimare o abbandonare l'idea di un impegno costante e unitario per favorire un sistema di gestione della cosa pubblica più sano e giusto per tutti.

sommario

Editoriale

Prevenire è meglio che reprimere

4

In evidenza

Procedure negoziate senza bando per forniture e servizi infungibili: l'ANAC detta le regole

7

Sotto la lente

«Decreto Trasparenza»: dall'ANAC nuove proposte di modifica

17

Il Punto

Condanna non definitiva e moralità professionale: la Corte di Giustizia UE fa chiarezza

28

Servizi sociali: le modifiche apportate dal correttivo al codice dei contratti pubblici

36

Le implicazioni del soccorso istruttorio integrativo riguardo alle irregolarità dell'offerta tecnico/economica

43

La digitalizzazione delle comunicazioni e delle procedure di gara nel D.Lgs. n. 50/2016

50

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Hanno collaborato a questo numero:

Dott. Giovanni Guarise
Giornalista professionista

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamorea
avv. Mariarosaria di Canio
avv. Arcangela Lacerenza
avv. Domenico Manno
avv. Giuseppe Morolla

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:
Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Tel. 0883.527171
Fax 0883.570189
www.mediagraphic.it
info@mediagraphic.it

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Ilenia Filippetti
Avvocato, Responsabile della Sezione Monitoraggio appalti di servizi e forniture della Regione Umbria, Presidente dell'Associazione Forum Appalti

Dott. Stefano Usai
Vice segretario del Comune di Terralba (Or)

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Domenico Manno
Esperto in contrattualistica pubblica

Procedure negoziate senza bando per forniture e servizi infungibili: l'ANAC detta le regole

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

Premessa

Con Deliberazione del Consiglio n. 950 del 13 settembre 2017, l'Autorità nazionale anticorruzione ha approvato le Linee guida n. 8, recanti indicazioni in tema di <<ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili>>.

Le Linee guida che ci apprestiamo ad esaminare trovano la loro genesi in una bozza di provvedimento predisposta in vigenza del vecchio Codice dei contratti, sottoposta a consultazione pubblica svoltasi nel 2015. Tale bozza era stata oggetto nel 2016 di un parere

preventivo del Consiglio di Stato¹, il quale aveva formulato una serie di osservazioni, non ultimo il fatto che occorresse adeguare le Linee guida al nuovo Codice nel frattempo entrato in vigore e che dovesse essere ripetuta la consultazione degli *stakeholders*, nonché acquisito il parere

dell'AGID e dell'AGCM, ritenuti di particolare rilievo considerata la tematica trattata.

Espletati tali passaggi, l'ANAC ha riformulato, aggiornandole ed arricchendole, le Linee guida in questione sino a giungere alla versione attuale, che ha superato positivamente il vaglio del Consiglio di Stato ed è stata definitivamente approvata.

Le Linee guida approvate dall'ANAC mirano a fornire indicazioni sulle modalità di accertamento dell'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio così da limitare illegittime restrizioni della concorrenza da parte delle stazioni appaltanti, che spesso ricorrono a procedure negoziate senza bando perché interessate a trattare in via esclusiva con un solo fornitore, il più delle volte il fornitore uscente, pur in assenza dei presupposti stabiliti dal Codice.

Considerato che le Linee guida n. 8 affrontano una tematica - quella delle procedure negoziate senza bando in caso di beni e servizi infungibili - trattata dall'art. 63 del D. Lgs. n. 50/2016, che è norma esaustiva che non richiede atti attuativi, le medesime hanno carattere non vincolante, come

peraltro in esse espressamente precisato. Tale atto ha il solo scopo di fornire, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice, un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di dubbia legittimità di ricorso eccessivo alle procedure negoziate senza bando.

1. Parere n. 1708 del 19.07.2017, reso dalla Commissione speciale in data 06.07.2017.

1. Lo scopo delle Linee guida e il loro oggetto

Scopo dichiarato dell'ANAC è chiarire con precisione il perimetro entro cui sussistono i presupposti per avviare procedure negoziate senza bando per infungibilità dei beni e servizi da acquisire, al fine di circoscriverne l'impiego ai soli casi in cui tali presupposti sussistano effettivamente, così da limitarne l'uso eccessivo ed improprio che è emerso dal monitoraggio sulle procedure svolte negli ultimi anni dall'Autorità.

Si legge infatti nella premessa alle Linee guida che <<L'Autorità ha osservato come in diverse occasioni, per l'acquisizione di beni o servizi, le stazioni appaltanti ricorrono ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 (...), adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore, ecc. (...).

Tale prassi determina inevitabilmente una restrizione della concorrenza, pertanto, l'Autorità ritiene necessario **fornire indicazioni puntuali circa le modalità da seguire per accertare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio**>>.

In particolare, l'ANAC si preoccupa di suggerire alcuni accorgimenti affinché le stazioni appaltanti evitino di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto assunte in un dato momento vincolino le decisioni future (fenomeno cosiddetto del *lock-in*) e individua le condizioni che devono verificarsi affinché si possa

legittimamente ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara in caso di

infungibilità dei beni o dei servizi da acquisire.

Seppure, invero, le Linee guida non precisino con esattezza il loro ambito di applicazione, da una attenta lettura dell'art. 63 del Codice può evincersi che si stia trattando delle fattispecie normative di cui al comma 2, lett. b) e quelle di cui al comma 3 lett. b) di detta disposizione.

La prima ipotesi è quella in cui le procedure negoziate senza bando sono ammesse quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Il Codice precisa che, fatto salvo il caso dell'opera d'arte o della rappresentazione artistica, la cui infungibilità è *ex se* in quanto intrinsecamente connessa all'unicità dell'artista, nelle suddette ipotesi non devono esistere altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e **l'assenza di concorrenza non deve essere il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto**.

In caso di beni o servizi effettivamente infungibili, svolgere una procedura ad evidenza pubblica sarebbe superfluo perché la gara avrebbe un esito scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela. In ciò trova senso la deroga legislativa all'evidenza pubblica di cui all'art. 63 del Codice, ammissibile purché l'infungibilità sia concretamente accertata, nonché motivata nella determinazione a contrarre.



esistenti, l'affidamento al fornitore originario senza gara è ammesso purché sia dimostrato

Il secondo caso, limitato agli appalti di forniture, è quello della procedura negoziata senza bando per consegne complementari. In tale ipotesi, laddove tali consegne siano effettuate dal fornitore originario e siano destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti

che il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate. In tal caso, il Codice impone una durata massima dei contratti affidati senza gara, di regola non superiore ai tre anni, così da circoscrivere nel tempo la restrizione della concorrenza che di fatto si ha in tali situazioni.

In tutti i casi sopra descritti ci troviamo dinanzi ad ipotesi tassative che devono essere, per ciò stesso, interpretate restrittivamente. Infatti, la regola è quella della procedura aperta o ristretta, che garantisce l'apertura al mercato e la tutela della concorrenza. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara costituisce l'eccezione e, pertanto, i casi in cui la stessa è ammessa devono essere individuati secondo un canone interpretativo di stretto rigore.

Sotto questo punto di vista, il nuovo Codice ha innovato rispetto al D. Lgs. n. 163/2006, in quanto ha fissato dei requisiti più stringenti per giustificare l'affidamento diretto in caso di infungibilità.

Come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato nel suo parere², <<non basta invocare ragioni di natura tecnica o afferenti la tutela di diritti di proprietà intellettuale, occorre anche che sia comprovato che *"non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto"*>>.

In primo luogo, l'Autorità si preoccupa di precisare che i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene infatti all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre **un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno**.

In altri termini, un bene può essere sostituibile ad

un altro, che sia soggetto a privativa industriale, laddove permetta di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo, così come un bene o servizio possono essere infungibili anche se non vi è alcun brevetto su essi. Vi è di più: l'Autorità rileva che, <<poiché l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio>>.

Appare per tale ragione evidente che, laddove una fornitura o un servizio siano effettivamente infungibili, svolgere una procedura ad evidenza pubblica sarebbe del tutto superfluo posto che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela. In tali casi, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe solo uno spreco di tempo e di risorse. Da ciò discende la deroga all'evidenza pubblica prevista dal legislatore nell'art. 63 citato, deroga da considerarsi legittima nei limiti in cui l'infungibilità sia debitamente **accertata** e **motivata** nella determinazione a contrarre della stazione appaltante.

2. Le possibili cause dell'infungibilità. Il fenomeno del *lock-in*

Secondo l'Autorità, l'infungibilità di un bene o di un servizio può scaturire da oggettive ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, ovvero da scelte compiute dalla stazione appaltante che la vincolano anche per decisioni future o, infine, per condotte strategiche dell'operatore economico, quali, ad esempio, il possesso di informazioni riservate, la disponibilità di una esclusiva, di fatto o di diritto, su pezzi di ricambio o su materiali di consumo o, ancora, l'approfondita conoscenza dei

2. Si veda nota n. 1.

bisogni della stazione appaltante che un fornitore accorto acquisisce con il tempo e che costituisce un indubbio vantaggio sugli altri potenziali concorrenti.

Fatta eccezione per il primo caso, ossia le oggettive ragioni di natura tecnica o di privativa industriale, negli altri casi l'infungibilità è per così dire **indotta**. Infatti, è la stessa stazione appaltante che, per scarsa lungimiranza, inerzia amministrativa o cattiva prassi, si mette nella condizione di trovarsi costretta ad acquisire un bene o un servizio sempre dallo stesso fornitore e ciò in quanto il cambiamento di fornitore avrebbe dei costi troppo elevati in termini di perdita dell'investimento iniziale consistente nelle spese sostenute per la formazione del personale, di necessità di un nuovo aggiornamento del personale medesimo, di altri costi organizzativi o, ancora, di costi connessi alla migrazione di dati.

Con riferimento in particolare al settore dell'ICT, il fenomeno per il quale un'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza di un contratto, perché non sono disponibili i n f o r m a z i o n i essenziali sul sistema informatico

in uso che consentirebbero ad un altro fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente, è definito **lock-in**.

Tale definizione può essere facilmente traslata anche in settori differenti dall'ICT, quale il settore sanitario o i servizi di manutenzione o, ancora, gli acquisti di materiali di consumo per determinati macchinari o attrezzature.

In tutti questi ambiti, spesso, la pubblica amministrazione rimane "incastrata" nel rapporto contrattuale con un unico fornitore in quanto, ad esempio, ha acquistato uno *stock* di macchinari su cui possono essere montati soltanto pezzi di ricambio originali forniti, per ipotesi,

esclusivamente dal fornitore originario. In tali casi, capita spesso che l'operatore economico in questione riesca a "conquistare" il committente con la prima fornitura di macchinari offrendo prezzi particolarmente vantaggiosi, sapendo bene però di potersi rifare in seguito in termini di maggior guadagno con i cosiddetti *aftermarket*, ovvero i costi successivi di manutenzione o fornitura di materiali di consumo, accessori o pezzi di ricambio relativi a quei macchinari.

Considerato che l'assenza di concorrenza che giustificerebbe il ricorso alla procedura negoziata senza bando per infungibilità del bene o servizio **non deve essere il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto**, le stazioni appaltanti hanno il **dovere di prevenire ed evitare in generale il fenomeno del lock-**

in, in primo luogo, pianificando con l u n g i m i r a n z a gli acquisti da effettuare e, per i contratti già in essere, non riducendosi a dover rinnovare il contratto con il fornitore originario perché si è giunti a ridosso della scadenza del primo contratto senza

aver seriamente affrontato il problema. E' evidente infatti che cambiare fornitore comporta l'essere in grado di affrontare i costi di tale cambiamento minimizzandoli mediante un'accurata pianificazione di tale passaggio ed avviando per tempo l'attività di progettazione e predisposizione della documentazione di gara per la nuova procedura.

Le stazioni appaltanti devono prevenire il fenomeno del lock-in, ovvero la situazione per cui un'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza di un contratto a causa dell'esistenza di un rapporto di dipendenza "indotto" con il fornitore originario, che rende sommamente difficile ad un altro fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente.

3. I presupposti per la scelta della procedura negoziata senza bando: l'accertamento dell'infungibilità

Come già accennato, la deroga all'evidenza pubblica è ammissibile in termini eccezionali solo laddove il sacrificio del confronto concorrenziale

sia compensato e giustificato, in termini di proporzionalità e adeguatezza, con un guadagno in efficienza, qualità ed economicità dei beni o dei servizi forniti.

Di tale compensazione deve essere fatto un bilancio preventivo da parte della stazione appaltante e se ne deve dare puntuale motivazione nella determina a contrarre.

Il primo fondamentale passo da compiere è quello **dell'accertamento della reale infungibilità** del bene o servizio che si intende acquisire. Tale accertamento deve essere rigoroso e comprovato dalla stazione appaltante e, come detto, non deve essere determinato da scelte arbitrarie, o comunque poco lungimiranti, della stessa.

Così si legge, infatti, nelle Linee guida ANAC: <<spetta alla stazione appaltante **verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità** del prodotto o servizio che si intende acquistare. In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, e x t r a e u r o p e i . Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a g i u s t i f i c a r e l'infungibilità. Si

tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard. Ne

consegue, pertanto, che qualora questi ultimi siano imposti da specifiche disposizioni comunitarie o nazionali o da accordi internazionali **e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio conforme ai predetti standard, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016, mancandone il presupposto**>>, cioè l'effettiva unicità dell'operatore economico. In tale caso, la stazione appaltante dovrà ricorrere alle procedure ordinarie, inserendo nel capitolato le specifiche tecniche richieste nel rispetto di quanto previsto dall'art. 68 del Codice.

Laddove invece sussistano particolari vincoli imposti dal legislatore nazionale o comunitario o da accordi internazionali che rendano concretamente impossibile rivolgersi a più fornitori, allora le stazioni appaltanti potranno legittimamente avviare una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, fermo restando l'obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta nella determinazione a contrarre.

Degno di nota è l'esempio riportato nelle Linee guida n. 8 secondo cui, se un'amministrazione abbia già acquistato un'apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l'unico ad effettuare l'assistenza tecnica - ma vi siano altri operatori economici che dimostrano di possedere i requisiti tecnici necessari per effettuare la medesima assistenza ovvero nel caso in cui possa utilizzare

materiali di consumo "compatibili", se il produttore di questi ultimi certifica che sono utilizzabili sull'apparecchiatura in questione, ma il produttore dell'apparecchiatura dichiara nel manuale d'uso che la stessa deve essere utilizzata solo con materiali "originali", si pone il problema di capire

Il primo fondamentale passo da compiere per percorrere legittimamente la strada della procedura negoziata senza bando è quello dell'accertamento della reale infungibilità del bene o servizio che si intende acquisire. Tale accertamento deve essere rigoroso e comprovato dalla stazione appaltante, indicando l'iter seguito nella determina a contrarre.



se la stazione appaltante sia o no obbligata a rivolgersi al fornitore originario.

Secondo l'ANAC sarebbe astrattamente possibile per l'amministrazione rivolgersi a più operatori economici, ma - stanti le dichiarazioni del produttore - non è detto che la stessa otterrebbe il medesimo grado di qualità delle prestazioni. Tuttavia, a parere dell'Autorità, la stazione appaltante dovrà attentamente ponderare se l'eventuale minor qualità possa essere compensata, in termini di convenienza e di rispondenza alle concrete esigenze dell'amministrazione, da un costo più basso. Se l'esito di tale ponderazione dovesse propendere per tale secondo elemento, la stazione appaltante non potrebbe evidentemente affidare direttamente al fornitore originario, ex art. 63, comma 2 del Codice, il servizio di assistenza tecnica ma dovrebbe avviare un confronto concorrenziale.

4. (Segue) I presupposti per la scelta della procedura negoziata senza bando: le consultazioni preliminari di mercato

Perché la stazione appaltante possa accertare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio e, di conseguenza, ricorrere legittimamente ad una procedura negoziata senza bando, è necessario che la stessa ponga in essere degli approfondimenti preliminari per acquisire tutte le informazioni disponibili.

L'infungibilità di un bene o di un servizio non può fondarsi su una indimostrata convinzione del RUP ovvero sulle dichiarazioni del fornitore, il quale, come è ovvio, ha tutto l'interesse a sostenere di essere l'unico sul mercato ad offrire quel dato prodotto o servizio.

Occorre che l'amministrazione verifichi l'effettiva

infungibilità di un bene o di un servizio attraverso un'indagine di mercato.

Innanzitutto, può essere utile osservare la condotta di altre amministrazioni aggiudicatrici per l'acquisto di beni o servizi simili e verificare se le stesse abbiano o meno fatto ricorso a procedure ad evidenza pubblica.

Oltre a ciò, la stazione appaltante dovrà accertare quali siano le soluzioni e f f e t t i v a m e n t e disponibili sul mercato

Per verificare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio, la stazione appaltante deve espletare una consultazione preliminare di mercato così da avere un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di ridurre le asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza.



per soddisfare il suo peculiare interesse pubblico mediante una consultazione preliminare, da svolgersi ai sensi dell'art. 66 del D. L.gs. n. 50/2016.

Detta disposizione prevede che, prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possano svolgere consultazioni di mercato propedeutiche alla preparazione della documentazione di gara e allo svolgimento della relativa procedura, nonchè per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti richiesti, così da consentire agli stessi operatori di suggerire e dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che farebbero propendere per l'esistenza di un unico fornitore.

Come è ovvio, la consultazione preliminare deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e *par condicio*, nonchè della massima partecipazione.

Secondo l'Autorità, ciò consentirebbe alla stazione appaltante <<di delineare un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di **ridurre proprio quelle asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza**. La consultazione, ad esempio, potrebbe svelare che i costi di passaggio ad altro produttore o tecnologia interoperabile

rappresentano un'alternativa economicamente più vantaggiosa rispetto al proseguimento del contratto in essere e, quindi, indurre la stazione appaltante a bandire una procedura aperta o ristretta>>.

L'ANAC inoltre precisa che non possono essere utilmente utilizzati gli esiti di consultazioni effettuate in passato. Infatti, capita spesso che le condizioni che hanno portato a considerare infungibile una certa fornitura o servizio varino con il tempo, soprattutto nei settori in cui prevale la componente tecnologica. In altri termini, la dimostrazione dell'infungibilità del servizio o della fornitura si deve basare su valutazioni attuali, non legate ai risultati di precedenti verifiche o a ipotesi circa futuri sviluppi nel mercato, che, pure, vanno presi in considerazione per la determinazione della durata dell'affidamento³.

Gli esiti della consultazione preliminare di mercato dovranno essere puntualmente sintetizzati nella determinazione a contrarre e posti a fondamento della infungibilità del bene o servizio e quindi del presupposto che giustifica il ricorso alla procedura negoziata senza bando.

L'Autorità ha cura infine di raccomandare prudenza nella determinazione del prezzo e della durata dell'affidamento diretto così giustificato: il prezzo dovrà essere calcolato <<secondo le procedure standard seguite dalla stazione appaltante, avendo a riferimento, ad esempio, anche il prezzo attualmente praticato alla stazione appaltante o, per affidamenti analoghi, ad altre stazioni appaltanti>>.

Per quanto concerne la durata dell'affidamento, invece, questa dovrebbe essere calcolata <<tenendo conto, da un lato, delle esigenze di non gravare eccessivamente gli oneri per la stazione appaltante, dall'altro, del fatto che **si tratta di una**

procedura in deroga ai principi di evidenza pubblica, circostanza che impone di limitare la durata dell'affidamento>>.

Tale ultima considerazione vale tanto più laddove si possa ragionevolmente prevedere l'introduzione a breve nel mercato di nuovi beni o servizi fungibili con quelli in esclusiva.

5. (Segue) I presupposti per la scelta della procedura negoziata senza bando: una corretta programmazione e progettazione delle forniture e dei servizi da acquisire

Prima ancora di svolgere eventuali consultazioni preliminari di mercato, per prevenire l'insorgere di forme di *lock-in* o di infungibilità di prodotti o processi, è fondamentale che le amministrazioni compiano innanzitutto un'attenta **programmazione dei propri fabbisogni**.

La programmazione consente l'effettivo rispetto dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, come ha modo di affermare l'ANAC nelle Linee guida in esame - <<da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento>>.

La centralità della programmazione anche per servizi e forniture, oltre che per i lavori, necessaria per garantire una concreta apertura dei mercati ed una efficace prevenzione della corruzione, è stata più volte sottolineata dall'Autorità in vigenza del

3. L'Autorità sostiene che <<in giurisprudenza è stato puntualizzato che la "unicità" dello "operatore economico determinato", id est del prodotto o del servizio, chiesta dalla norma in parola, non esprime un concetto astratto, essendo un rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile in rerum natura, bensì ne è ragionevole l'interpretazione secondo cui va considerato "unico" il prodotto che, anche in relazione al fattore temporale, "in quel momento, sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti", pena altrimenti una lettura della norma stessa trasmodante in una interpretatio abrogans della medesima, non conforme al canone pur restrittivo individuato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria>>.

vecchio Codice dei contratti. Ciò ha senza dubbio contribuito a veder riconosciuto a livello normativo l'obbligo di tale rilevante fase con l'avvento del nuovo Codice. Il D.Lgs. n. 50/2016 infatti stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare un programma biennale per l'acquisto di beni e servizi di importo stimato pari o superiore ai 40 mila euro e procedere poi a successivi aggiornamenti annuali degli stessi.

Mediante un'adeguata programmazione, le stazioni appaltanti definiscono a monte le proprie esigenze, individuano le conseguenti migliori soluzioni idonee a soddisfarle, evidenziando anche quali, tra le soluzioni percorribili, possano comportare rischi di *lock-in*.

In merito a ciò, l'ANAC suggerisce di procedere secondo i seguenti passaggi:

- a) individuare gli effettivi fabbisogni, sulla base dell'analisi dei processi interni e degli obiettivi da perseguire;
- b) identificare la soluzione che appare preferibile, valutandone la fattibilità, dal punto di vista tecnico, dei costi connessi alla realizzazione, dei benefici attesi, dei rischi e dei vincoli tecnologici, temporali e normativi.

Dopo un'attenta e ponderata programmazione dei fabbisogni, le stazioni appaltanti devono conseguentemente procedere ad una corretta **progettazione dei beni e dei servizi da acquisire**.

Anche tale fase, strettamente connessa alla prima, è di fondamentale importanza per prevenire i rischi di *lock-in*. Infatti, il progetto di un appalto di beni o servizi non può limitarsi a considerare solo l'immediata utilizzabilità del prodotto/servizio, ma, deve prendere necessariamente in considerazione anche i costi che l'amministrazione

dovrà sopportare in futuro, soprattutto nei casi di contratti durevoli. Con riferimento ai rischi di infungibilità, i costi futuri da considerare sono ad esempio quelli connessi ai materiali di consumo, ai pezzi di ricambio e alla difficoltà concreta di sostituire il fornitore.

Una progettazione che tenga conto dei costi presenti e futuri di un prodotto o di un servizio è una progettazione che prende in considerazione l'intero **ciclo di vita** del bene e lo pone ad oggetto del confronto competitivo, così come raccomandato dallo stesso legislatore, il quale, all'art. 3 lett.

hhhh) del nuovo Codice, definisce il ciclo di vita come comprensivo di tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione,

della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, smantellamento e fine del servizio.

Come è facile intuire, quanto più saranno estese ed accurate le eventuali consultazioni preliminari di mercato svolte dalla stazione appaltante per accertare l'infungibilità del bene o del servizio da acquisire, tanto più sarà adeguata ed efficace la conseguente progettazione dell'appalto da affidare.

Progettare un appalto basandosi sull'intero ciclo di vita di un prodotto o di un servizio ha il pregio, da un lato, di prevenire strategie aggressive da parte dei fornitori, che potrebbero abbassare notevolmente il prezzo dei prodotti da offrire, contando su elevati guadagni connessi ai servizi successivi all'aggiudicazione, i c.d. *aftermarket*; dall'altro, tale analisi preventiva consente alle

Per prevenire i rischi di lock-in, le stazioni appaltanti devono innanzitutto programmare adeguatamente gli acquisti da compiere, individuando le proprie esigenze e le migliori soluzioni idonee a soddisfarle; in secondo luogo, devono progettare l'appalto di beni o servizi non limitandosi a considerare i costi connessi all'immediata utilizzabilità del prodotto/servizio, ma il loro intero ciclo di vita.



stazioni appaltanti di prevenire fenomeni di *lock-in* programmando per tempo la sostituzione del bene o servizio mediante una nuova procedura concorrenziale⁴.

6. Gli strumenti per prevenire o superare il *lock-in*

Il ricorso ad una procedura negoziata senza bando è ammissibile in presenza di un unico fornitore sul mercato se la situazione di esclusività non sia stata creata dalla stessa stazione appaltante in previsione della futura gara di appalto.

Laddove però tale situazione "patologica" si sia in concreto verificata, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante, che, nella predisposizione degli atti di una prima gara, può non aver valutato con attenzione i rischi che, a seguito del primo affidamento, venga di fatto individuato il nominativo del vincitore dei successivi, occorre trovare una soluzione per uscire gradatamente dalla situazione di *lock-in* venutasi a creare.

Come già accennato, il rischio di *lock-in* è tanto più probabile quanto più non sia stata effettuata una adeguata programmazione dei fabbisogni a monte e si sia arrivati a predisporre i documenti di gara a ridosso della scadenza dei contratti.

Una delle possibili soluzioni suggerite dall'ANAC nelle Linee guida per uscire da una situazione di *lock-in* consiste nel prevedere gare *multi-sourcing*, nelle quali un singolo affidamento può essere assegnato a due o più fornitori.

In tali casi, è possibile prevedere più aggiudicatari per la singola gara (o per il singolo lotto), con

l'assegnazione al primo classificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto e, a scalare, per i concorrenti classificatisi dopo il primo; in alternativa, si può dividere la gara in due o più lotti, imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili.

Tale soluzione offre il vantaggio di far sì che la stazione appaltante possa contare sull'esistenza di più imprese che abbiano acquisito una conoscenza sulle caratteristiche e sulle necessità dell'amministrazione (c.d. riduzione dell'asimmetria informativa), ciò che renderà più semplice il ricorso al confronto concorrenziale per gli affidamenti successivi.

D'altro canto, tale sistema presenta alcuni rischi: vi è una inevitabile duplicazione dei costi oltre a possibili diseconomie di scala. Inoltre, lo stesso non dovrebbe essere utilizzato in settori esposti a rischio di collusione, in quanto le imprese potrebbero fare facilmente "cartello" tra loro, perseguendo soluzioni collaborative di spartizione del mercato.

L'altra interessante soluzione proposta dall'ANAC, sulla falsariga di quanto suggerito dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT⁵, è quella di agire sulle specifiche tecniche, bandendo gare su standard e non su sistemi proprietari.

Ricorrere a gare basate su standard permette, specialmente nel lungo periodo, rilevanti risparmi di spesa, favorisce l'interoperabilità tra le banche dati delle diverse amministrazioni, il riutilizzo delle informazioni, una migliore comunicazione tra cittadini e pubblica amministrazione, nonché, in ultima analisi, una maggiore concorrenza nel mercato.

4. Secondo l'ANAC, per quanto concerne, in particolare, gli appalti nel settore ICT, le stazioni appaltanti devono considerare il ciclo di vita del prodotto o del servizio da acquisire avendo presente che, in tale ambito, l'evoluzione tecnologica è molto rapida e, pertanto, prodotti inizialmente caratterizzati da un certo grado di infungibilità potrebbero a distanza di poco tempo diventare pienamente fungibili. Occorre valutare anche i c.d. switching cost, cioè i costi da sostenere per affrontare la sostituzione del fornitore. L'Autorità sostiene che <<la fase di progettazione del servizio o del bene diviene allora fondamentale per verificare l'eventuale rilevanza dell'aftermarket sull'economia generale del contratto e la conseguente opportunità di stimolare la presentazione di offerte sull'intero ciclo di vita del prodotto o servizio. Laddove, invece, gli aftermarket e gli eventuali switching cost presentano un valore trascurabile nell'economia complessiva del contratto o non esistono vincoli tecnologici, economici o giuridici che impediscano all'amministrazione di rivolgersi ai fornitori universali di ricambi o servizi di manutenzione, potrebbe essere riconosciuta la possibilità di ricorrere ad affidamenti non integrati>>, ovvero progettati senza dover tenere necessariamente conto del costo dei servizi accessori alla fornitura.

5. Comunicazione della Commissione europea del 25 giugno 2013, e relative Linee guida.

D'altro canto, l'espletamento di gare basate su standard comporta, almeno inizialmente, maggiori costi per dismettere i sistemi esistenti e per garantire la sicurezza dei sistemi software dai rischi che potrebbero nascere nel passaggio da un sistema all'altro, nonché maggiori costi per implementare le competenze specifiche del personale coinvolto nell'uso di tali sistemi.

In merito, l'ANAC afferma che «nella predisposizione dei documenti di gara, occorre evitare di fare riferimento a marchi e altri elementi tecnici su cui esiste una privativa, nonché invitare gli offerenti ad indicare i costi necessari per rendere i prodotti serviti aperti ad altri fornitori al termine del periodo di vigenza del contratto».

L'Autorità propone, inoltre, «di richiedere agli aspiranti concorrenti un'espressa dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta, circa elementi che possano comportare *lock-in* o che richiedano utilizzo di licenze».

Tali suggerimenti appaiono pienamente in linea anche con le attuali disposizioni legislative nazionali in tema di amministrazione digitale.

Infatti, il D. Lgs. n. 82/2005 impone alle pubbliche amministrazioni di utilizzare nei rapporti interni, con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi di servizio fra le diverse amministrazioni nel rispetto delle regole tecniche, necessarie per assicurare la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni medesime.

Tali previsioni normative perseguono la finalità di assicurare **l'apertura dei sistemi informativi e la circolazione dei dati fra gli stessi sistemi**, da realizzare tramite l'emanazione di regole tecniche e di standard, quindi una finalità diametralmente opposta rispetto alla chiusura riscontrabile nelle situazioni di *lock-in*.

Le stazioni appaltanti dovranno prevedere nella documentazione di gara apposite clausole che garantiscano loro il controllo e la proprietà sui dati e che assicurino che la creazione o l'implementazione

delle banche dati risulti essere facilmente replicabile con strumenti non proprietari.

Ulteriori misure per prevenire fenomeni di *lock-in* suggerite nelle Linee guida sono:

a) prevedere, nel caso di contratti di *outsourcing* in cui l'infrastruttura

sia messa a disposizione dal fornitore, una specifica clausola di riscatto tramite la quale l'amministrazione, a conclusione del periodo contrattuale, possa acquisire la proprietà dell'infrastruttura stessa;

b) prevedere la pianificazione, nell'ambito della documentazione di gara, di una strategia che, laddove risulti inevitabile incorrere in una situazione di *lock-in*, consenta di prevedere un percorso di uscita in tempi brevi da tale situazione;

c) seguire il principio di modularità del software nell'acquisizione delle soluzioni informatiche, in modo da poter effettuare, se necessario, la modifica o la revisione del software con costi ridotti, perché si opererebbe su singoli moduli e non sull'intero software e li si potrebbe altresì sostituire con componenti software di altro produttore.

Una soluzione per evitare o superare fenomeni di lock-in è, secondo l'ANAC, quella di ricorrere a gare basate su standard e non su sistemi proprietari. Si garantirebbe, in tal modo, l'interoperabilità tra le banche dati delle diverse amministrazioni, il riutilizzo delle informazioni, una migliore comunicazione tra cittadini e pubblica amministrazione e un generale risparmio di spesa nel lungo periodo.

«Decreto Trasparenza»: dall'ANAC nuove proposte di modifica

di Francesca Scura

SOTTO
LA
LENTE

Premesse

La «Legge Anticorruzione» individua nell'ANAC il soggetto chiamato a vigilare sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa, attribuendo alla stessa, tra gli altri, il compito di riferire al Parlamento sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia (art. 1, co. 2, lett. f, L. n. 190/2012, «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»).

Il vigente quadro normativo in materia è definito dal D.Lgs. n. 33/2013 (recante «*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*», «Decreto»), come modificato nel 2016. Il principale obiettivo del legislatore è quello di favorire forme di controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma anche - e soprattutto - quello di garantire la tutela dei diritti dei cittadini e la promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa.

Il decreto ha tuttavia, in più occasioni, richiesto l'intervento dell'Autorità che si è espressa in materia nel corso del 2016 e del 2017, adottando apposite Linee guida, via via integrate, in modo da fornire indicazioni interpretative e applicative agli operatori (delibere nn. 1309 e 1310 del 28 dicembre 2016; n. 241 dell'8 marzo 2017, n. 1134 dell'8 novembre 2017).

Ritenendo non sufficienti tali interventi, l'ANAC è però di recente nuovamente intervenuta, rilevando il permanere di dubbi interpretativi e di criticità che potrebbero condurre ad un'applicazione distorta della relativa disciplina.

Queste le ragioni che hanno portato alla adozione - con delibera n. 1301 dello scorso 20 dicembre 2017 - dell'Atto di segnalazione n. 6 concernente «la disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, contenuta nel D.Lgs. 33/2013¹, come modificato dal D.Lgs. 97/2016», contenente proposte di modifica che interessano varie disposizioni del «Decreto Trasparenza».

1. Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni (titolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016).

1. I precedenti interventi dell'ANAC

L'attività svolta dalla Autorità per la concreta attuazione della riforma delineata nel D.Lgs. 33/2013 prende il via con l'emanazione di apposite linee guida², volte a fornire indirizzi interpretativi ed applicativi agli operatori soggetti alla applicazione della nuova normativa disciplinante il diritto di accesso agli atti e la trasparenza (pubbliche amministrazioni, società, agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, enti pubblici economici).

Al riguardo può essere utile rammentare le varie fattispecie di accesso disciplinate dal legislatore:

- l'«accesso civico», disciplinato dall'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 33/13, è azionabile da chiunque vi abbia interesse e riguarda i documenti soggetti agli obblighi di pubblicazione imposti dal decreto: quest'ultimo impone, infatti, la pubblicazione, in conformità alle specifiche e alle regole tecniche contenute nel relativo allegato A, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni;
- l'«accesso generalizzato», introdotto dal D.Lgs. n. 97/2016 (che ha, sul punto, integrato gli artt. 5 e 5 bis del D.Lgs. n. 33/2013), è azionabile da chiunque vi abbia interesse, anche in assenza di apposita motivazione, e concerne solo dati, documenti e informazioni, detenuti dalle pubbliche amministrazioni, che siano ulteriori rispetto a quelli per i quali la legge impone un obbligo di pubblicazione;
- l'«accesso documentale», previsto dalla L. n.

241/90, è volto a consentire l'accesso ai documenti della pubblica amministrazione solo a determinati soggetti (titolari di specifiche posizioni giuridiche qualificate), previa dimostrazione dell'esistenza in capo al richiedente di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»³.

L'ultimo intervento dell'ANAC si concentra sull'«accesso civico», che presuppone previsti obblighi di pubblicazione la cui violazione è specificamente sanzionata.

2. Le proposte di modifica

2.1 Pubblicazione dei dati sull'uso delle risorse pubbliche

L'attenzione dell'ANAC si sofferma in primo luogo sugli obblighi di pubblicazione relativi ai pagamenti che il decreto pone a carico delle amministrazioni e enti ad esse assimilati di cui all'art. 2bis: l'art. 4-bis «Trasparenza nell'utilizzo delle risorse pubbliche», introdotto nel 2016, prevede infatti che l'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), d'intesa con il MEF, gestisca il sito internet denominato «Soldi pubblici», tramite il quale è possibile accedere ai dati dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni e consultarli in relazione alla tipologia della spesa sostenuta, alle amministrazioni che l'hanno effettuata, nonché all'ambito temporale di riferimento (comma 1). «Soldi pubblici» è un portale web (www.soldipubblici.gov.it), che raccoglie i dati di cassa, di entrata e di uscita, rilevati dal SIOPE e li pubblica

2. Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016 («Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013»); Determinazione n. 1310 del 28 dicembre 2016 «Prime linee guida recanti indicazioni sulla attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016»; n. 241 del 8 marzo 2017, n. 1134 del 8 novembre 2017

3. Il sovrapporsi di diversi regimi in tema di accesso aveva peraltro indotto l'ANAC, da subito, a suggerire ai soggetti tenuti all'applicazione del Decreto l'adozione, anche nella forma di un regolamento interno sull'accesso, di una disciplina che fornisse un quadro organico e coordinato dei profili applicativi relativi alle tre tipologie di accesso, in modo da dare attuazione al nuovo principio di trasparenza introdotto dal legislatore e di evitare comportamenti disomogenei tra uffici della stessa amministrazione. Il suggerimento dell'ANAC implica dunque l'individuazione degli uffici competenti a decidere sulle richieste di accesso generalizzato e di la disciplina della procedura per la valutazione, caso per caso, delle richieste di accesso.

previa rielaborazione nella forma⁴.

E' inoltre previsto l'obbligo per ogni Amministrazione di pubblicare sul proprio sito, nella sezione «Amministrazione trasparente» i dati relativi ai propri pagamenti, permettendone la consultazione in relazione alla tipologia di spesa sostenuta, all'ambito temporale di riferimento e ai beneficiari. Attualmente l'omessa pubblicazione dei dati è sanzionata con l'applicazione di una sanzione pecuniaria come prevista all'art. 47, co. 1 e 1-bis, del D.Lgs. 33/2013 (da 500 a 10.000 euro)⁵.

Con la segnalazione dello scorso dicembre, l'ANAC rileva alcune incertezze interpretative in merito ai seguenti aspetti.

1. Con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di trasparenza, il portale «Soldi pubblici» riporta i dati relativi ai pagamenti delle regioni, comuni, province, città metropolitane e ministeri, mentre il sistema SIOPE, dopo una fase sperimentale, è entrato a regime per le regioni, province, comuni con popolazione superiore a 20.000 abitanti e per le università (il sistema SIOPE è

stato progressivamente esteso ad altre tipologie di amministrazioni ed enti ed è destinato a

coinvolgere tutte le amministrazioni ricomprese nell'elenco dell'ISTAT, ai sensi dell'art. 1, co. 3, della legge 196/2009). L'art. 4-bis è quindi dubbio laddove statuisce che:

- i) le amministrazioni sopra indicate sono tenute a comunicare i dati al sito «Soldi pubblici» (comma 1);
- ii) tutte le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare sul proprio sito, nella sezione «Amministrazione trasparente», i dati specificati nella disposizione (comma 2).

Secondo l'Autorità non risulterebbe chiaro infatti quali siano le amministrazioni tenute agli adempimenti di cui al comma 2, rispetto a quelle obbligate ai sensi del comma 1.

Una interpretazione che richiedesse una doppia pubblicazione (sia sul sito «Soldi pubblici» che nella sezione «Amministrazione trasparente») si porrebbe, peraltro, in contrasto con il principio di semplificazione degli oneri a carico dei destinatari

delle misure di trasparenza, affermato nel d.lgs. 33/2013.

«In relazione agli obblighi di pubblicazione sul portale «Soldi pubblici» e sul sito istituzionale («Amministrazione trasparente») l'ANAC chiede chiarimenti al legislatore circa la sussistenza di un onere di doppia pubblicazione, i soggetti obbligati e i dati da pubblicare.

2. Con riguardo all'ambito oggettivo di applicazione, analogo difetto di coordinamento riguarderebbe i dati da pubblicare,

in quanto non vi è totale coincidenza tra i dati disponibili nel sito «Soldi pubblici» e quelli che

4. Il SIOPE (Sistema informativo delle operazioni degli enti pubblici) è la piattaforma realizzata sulla base di una convenzione tra la Ragioneria Generale dello Stato e la Banca d'Italia, sulla quale ogni Tesoriere dell'Ente, cioè chi cura materialmente le operazioni, riporta ogni giorno i pagamenti effettuati, con l'obiettivo di rendere disponibile un archivio di informazioni riguardante gli incassi e i pagamenti delle Amministrazioni pubbliche.

5. «1. La mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati di cui all'articolo 14, concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico al momento dell'assunzione in carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, nonché tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica, dà luogo a una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della mancata comunicazione e il relativo provvedimento è pubblicato sul sito internet dell'amministrazione o organismo interessato. 1-bis. La sanzione di cui al comma 1 si applica anche nei confronti del dirigente che non effettua la comunicazione ai sensi dell'articolo 14, comma 1-ter, relativa agli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica, nonché nei confronti del responsabile della mancata pubblicazione dei dati di cui al medesimo articolo. La stessa sanzione si applica nei confronti del responsabile della mancata pubblicazione dei dati di cui all'articolo 4-bis, comma 2.».

devono essere pubblicati sui siti istituzionali. Di qui la proposta dell’Autorità al legislatore:

a) ferma restando la formulazione del comma 1, il comma 2 andrebbe modificato per specificare, innanzitutto, che il set di dati da pubblicare sul sito istituzionale è lo stesso che deve essere comunicato a «Soldi pubblici»;

b) i soggetti di cui all’art. 2-bis⁶, che devono pubblicare i dati relativi ai pagamenti sul sito «Soldi pubblici», devono assicurare nel proprio sito istituzionale, nella sezione “Amministrazione trasparente”, il collegamento ipertestuale al predetto sito «Soldi pubblici», in coerenza con quanto previsto all’art. 9-bis del d.lgs. 33/2013;

c) l’obbligo di pubblicare direttamente i predetti dati sul sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», grava solo sulle amministrazioni, e gli altri soggetti di cui all’art. 2 bis del d.lgs. 33/2013, che non sono tenuti ad inviare i predetti dati al sito «Soldi pubblici».

«L’obbligo di pubblicare direttamente i dati nella sezione «Amministrazione trasparente» grava solo sui soggetti che non sono tenuti ad inviare i predetti dati al sito «Soldi pubblici».

2.2 Pubblicazione del contenuto delle banche dati

Il D.Lgs. 97/2016, nel modificare il D.Lgs. 33/13, ha introdotto il nuovo art. 9-bis «Pubblicazione delle banche dati». Questo articolo - a parere dell’ANAC - si è rilevato di difficile attuazione in quanto le banche dati cui si riferisce sono state

istituite e realizzate *prima* dell’entrata in vigore del D.Lgs. 33/2013 per scopi diversi da quelli che si prefigge l’art. 9-bis. La disposizione prevede che:

- le pubbliche amministrazioni titolari delle banche dati di cui all’Allegato B⁷ debbano pubblicare i dati presenti nelle predette banche dati, i cui contenuti

coincidano con i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del D.Lgs. 33/2013, ove compatibili con le modalità di raccolta ed elaborazione dei

dati (comma 1);

- nei limiti dei dati effettivamente contenuti nelle banche dati, tutti i soggetti cui si applica il D.Lgs. 33/2013 possano assolvere agli obblighi di pubblicazione attraverso l’indicazione sul proprio sito, nella sezione “Amministrazione Trasparente”, del collegamento ipertestuale alle stesse banche dati. Resta ferma la possibilità per le amministrazioni di continuare a pubblicare sul proprio sito i predetti dati purché identici a quelli comunicati alla banca dati (comma 2);
- qualora nelle banche dati sia stata omessa la pubblicazione di dati effettivamente comunicati, la richiesta di accesso civico è presentata al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza dell’amministrazione titolare della banca dati (comma 3);
- laddove, invece, l’omessa pubblicazione dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 sia imputabile ai soggetti di cui al comma

6. I destinatari degli obblighi di trasparenza sono ora ricondotti a tre categorie di soggetti: 1) pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2 del D.Lgs. 165/2000, ivi comprese le autorità portuali nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, destinatarie dirette della disciplina contenuta nel decreto (art. 2-bis, comma 1); 2) enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico, associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato, sottoposti alla medesima disciplina prevista per le p.a. «in quanto compatibile» (art. 2-bis, comma 2); 3) società a partecipazione pubblica, associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato soggetti alla medesima disciplina in materia di trasparenza prevista per le p.a. «in quanto compatibile» e «limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all’attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell’Unione europea» (art. 2-bis, comma 3).

7. L’Allegato B, cui si riferisce il comma 1, contiene l’elenco in forma di tabella delle Banche dati e delle Amministrazioni che le detengono, delle norme che le hanno istituite nonché dei singoli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013 che dovrebbero essere coincidenti con quelli contenuti nelle stesse banche dati. Per visionare l’Allegato B v. [http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Decreto_ legislativo_trasparenza.pdf](http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Decreto_legislativo_trasparenza.pdf)

2, la richiesta di accesso civico è presentata al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza dell'amministrazione tenuta alla comunicazione (comma 4).

L'ANAC ricorda che la disposizione assolve al triplice meritevole scopo di:

- introdurre modalità semplificate di pubblicazione per le pubbliche amministrazioni nel senso che le stesse invece di pubblicare nuovamente dati, oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del D.Lgs. 33/2013, già comunicati alle amministrazioni che detengono Banche dati, potranno limitarsi ad inserire nell'apposita sezione o sottosezione di Amministrazione trasparente" il link opportuno;
- evitare duplicazioni e impedire che su siti diversi siano pubblicati dati discordanti;
- avviare un processo di apertura delle banche detenute dalle pubbliche amministrazioni.

Per quanto riguarda l'operatività delle banche dati, il D.Lgs. n. 97/2016 ha prescritto che, entro un anno dalla propria entrata in vigore, le pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis del D.Lgs. n. 33 del 2013, «verificano la completezza e la correttezza dei dati già comunicati alle pubbliche amministrazioni titolari delle banche dati di cui all'Allegato B del D.Lgs. n. 33 del 2013, e, ove necessario, **t r a s m e t t o n o** alle predette amministrazioni i dati mancanti o aggiornati».

Pertanto lo scorso 23 giugno sono decorsi i termini assegnati per l'adeguamento dei dati e l'apertura delle banche dati. Da subito, pertanto, rileva l'ANAC, si è riscontrato un disallineamento ovvero una coincidenza solo parziale tra dati acquisiti nelle banche dati e gli atti o documenti che le amministrazioni sono tenute a pubblicare ai sensi del D.Lgs. 33/2013.

Inoltre, la discrasia attiene anche ai contenuti degli obblighi, in quanto le banche dati contengono spesso solo dati, mentre il D.Lgs. 33/2013 si riferisce anche a «documenti e informazioni».

Il rischio è pertanto quello di una pubblicazione parcellizzata dei dati attinenti ad un medesimo *set*, con la conseguenza di perdere l'unitarietà dell'informazione voluta dal legislatore e costringere gli interessati a consultare due diversi siti, quello della banca dati e quello dell'amministrazione, per ottenere un'informazione completa.

L'ANAC pertanto propone al legislatore di: *i)* investire per la revisione delle banche dati elencate nell'Allegato B) volto a consentire una corretta attuazione della disposizione; *ii)* modificare l'art. 9-bis in modo da prevedere l'apertura delle banche dati dell'Allegato B), stabilendo però che la sostituzione dell'obbligo di pubblicazione per le amministrazioni sui propri siti possa realizzarsi solo quando vi sia una totale coincidenza tra i dati contenuti nelle banche dati e quelli previsti dal D.Lgs. 33/2013.

«L'ANAC propone la modifica dell'art. 9-bis del D.Lgs. 33/13 al fine di rimediare all'attuale disallineamento tra dati acquisiti nelle banche dati e gli atti o documenti che le amministrazioni sono tenute a pubblicare ai sensi del Decreto e di garantire l'unitarietà dell'informazione.»



Ai fini dell'accesso civico di cui all'art. 5 comma 2 del D.Lgs. 33/2013, inoltre, qualora nelle banche dati sia stata omessa la pubblicazione di dati effettivamente coincidenti con quelli previsti dal d.lgs. 33/2013, la richiesta di accesso

civico dovrebbe essere esercitata nei confronti dell'amministrazione titolare della banca dati. Nell'ipotesi, invece, in cui non vi sia la totale coincidenza tra i dati, la richiesta di accesso civico andrebbe esercitata nei confronti delle amministrazioni tenute alla pubblicazione dei dati, restando fermo, in tali casi, come anticipato, l'obbligo per le amministrazioni di pubblicare sul proprio sito tutti i dati previsti dal d.lgs. 33/2013.

2.3 Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi

Il Decreto, all'art. 14⁸, prevede una serie di obblighi di trasparenza a carico di specifiche categorie di soggetti: *i*) titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale, regionale e locale; *ii*) titolari di incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati, salvo che siano attribuiti a titolo gratuito; *iii*) titolari di incarichi dirigenziali (questi ultimi in forza delle modifiche introdotte nel 2016 con il comma 1-bis all'art. 14 del D.Lgs. 33/2013). La formulazione della norma è però

oggetto di critiche da parte della Autorità sotto altro profilo, in quanto a suo dire non consentirebbe di ben distinguere i titolari degli organi a carattere politico - direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica nello Stato, nelle regioni e negli enti locali - e i titolari degli organi di indirizzo non a carattere politico («i titolari di incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati»), individuando per questi ultimi le posizioni cui la norma si applica.

Secondo l'Autorità i titolari degli organi di indirizzo non a carattere politico dovrebbero essere i titolari di organi di governo, di amministrazione o

di direzione comunque denominati, - salvo che il mandato o l'incarico sia attribuito a titolo gratuito -, negli enti pubblici, economici e non, e nelle società e negli altri enti di diritto privato a controllo pubblico, come definiti dall'art. 2-bis del medesimo D.Lgs. 33/2013.

Quanto al contenuto di tali obblighi, l'ANAC non dimentica che essi hanno suscitato e suscitano varie preoccupazioni anche per le esigenze di tutela

«Per le dichiarazioni ex art. 14, co. 1, lett. f (dichiarazioni patrimoniali, reddituali e concernenti le spese sostenute e le obbligazioni assunte per la propaganda elettorale) non sia consentita l'indicizzazione e la rintracciabilità attraverso i motori di ricerca generalisti»

della riservatezza coinvolte (il riferimento è, in particolare, all'obbligo vigente di indicizzare e rendere rintracciabili tramite i motori di ricerca web anche i dati riguardanti

la situazione patrimoniale e reddituale ai sensi dell'art. 7 bis del D.Lgs. 33/2013). È indubbio che la decontestualizzazione che ne deriva, in particolare per tale specifica tipologia di dati, comporti un elevato rischio di alterazione, manipolazione e riproduzione degli stessi per scopi diversi rispetto alle finalità di trasparenza.

In ragione di siffatta preoccupazione, quindi, l'ANAC propone al legislatore: *i*) che per le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 14, co. 1, lett. f) (dichiarazioni patrimoniali, reddituali e concernenti le spese sostenute e le obbligazioni assunte per la propaganda elettorale) non sia consentita l'indicizzazione e la rintracciabilità

8. «Con riferimento ai titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale regionale e locale, lo Stato, le regioni e gli enti locali pubblicano con riferimento a tutti i propri componenti, i seguenti documenti ed informazioni:

a) l'atto di nomina o di proclamazione, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo; b) il curriculum; c) i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici; d) i dati relativi all'assunzione di altre cariche, presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti; e) gli altri eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e l'indicazione dei compensi spettanti; f) le dichiarazioni di cui all'articolo 2, della legge 5 luglio 1982, n. 441, nonché le attestazioni e dichiarazioni di cui agli articoli 3 e 4 della medesima legge, come modificata dal presente decreto, limitatamente al soggetto, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi consentano. Viene in ogni caso data evidenza al mancato consenso. Alle informazioni di cui alla presente lettera concernenti soggetti diversi dal titolare dell'organo di indirizzo politico non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 7».

attraverso i motori di ricerca generalisti; ii) che sia coinvolto il Garante per la protezione dei dati personali, prevedendo - il legislatore - che l'ANAC, con proprie Linee guida, sentito il Garante stesso, possa disciplinare la pubblicazione di tali dati in forma aggregata, fermo restando l'obbligo di comunicare le dichiarazioni nella loro integrità e il diritto del cittadino di accedere, ai sensi dell'articolo 5, a tali dati e documenti, con l'esclusione di dati personali non pertinenti o eccedenti rispetto al fine di trasparenza.

2.4 Trasparenza per i dirigenti

Con riguardo agli obblighi gravanti su titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli attribuiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, l'ANAC propone al legislatore di stabilire una disciplina *ad hoc* in un nuovo articolo - art. 14-bis - da inserire nel corpo del D.Lgs. 33/2013. Le osservazioni dell'ANAC in materia riguardano sia la scelta in sé di includere i dirigenti tra i soggetti tenuti a osservare gli obblighi previsti dall'art. 14 sia il rischio di violazione della privacy e dei dati sensibili.

Con riguardo al primo aspetto, l'inclusione generalizzata dei dirigenti tra i soggetti obbligati non è stata vista con favore. Con l'Atto di segnalazione n. 1/2016, difatti l'Autorità sottolineava che l'obbligo di rendere le dichiarazioni sulla situazione patrimoniale e reddituale da parte del dirigente, del coniuge non separato e dei parenti entro il secondo grado avrebbe reso «più gravosi gli adempimenti in capo alle amministrazioni a fronte

di un risultato, in termini di maggiore trasparenza, certamente trascurabile tenuto conto che viene anche previsto l'obbligo per ciascun dirigente di comunicare gli emolumenti percepiti a carico della finanza pubblica» (art. 14, co. 1-ter). Ad accrescere le perplessità dell'ANAC è il contenzioso giurisdizionale sorto sulla applicazione degli obblighi di pubblicità ai dirigenti: il TAR Lazio infatti, con ordinanza n. 1030/17, ha sospeso i provvedimenti con cui il Garante della protezione dei dati personali ha richiesto i dati di carattere reddituale e patrimoniale ad alcuni dirigenti, previsti dall'art. 14, c. 1, lett. c) ed f), D.Lgs. 33/2013, ai fini della pubblicazione on line⁹. Si tratta dei dati sui compensi connessi all'assunzione della carica e sugli importi dei viaggi di servizio e missioni e le dichiarazioni dei dati patrimoniali e reddituali del titolare dell'incarico. A seguito della predetta ordinanza, l'ANAC ha disposto la sospensione dell'efficacia della propria Delibera 241/2017 limitatamente alle parti in cui prescriveva l'applicazione degli obblighi di pubblicazione a tutti i dirigenti pubblici, compresi quelli del Servizio sanitario nazionale¹⁰. Successivamente, il TAR Lazio ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013 relativamente alla pubblicazione dei dati stipendiali, di missione, reddituali e patrimoniali dei dirigenti pubblici (art. 14 co. 1 lett. c) e f))¹¹.

In attesa della decisione della Corte Costituzionale, l'ANAC segnala, con riguardo ai titolari di incarichi dirigenziali, la necessità di prevedere misure di trasparenza che, a differenza di quelle previste per i titolari di organi politici e di indirizzo, tengano conto di una graduazione degli obblighi di pubblicazione in relazione al ruolo, alle

9. V. anche «Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati» (Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12 giugno 2014) in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3134436>

10. V. delibera n. 382 del 12 aprile 2017.

11. In particolare, il TAR, nell'ordinanza del 19 settembre 2017, n. 9828, oltre a rimettere alla Corte le questioni individuate dai ricorrenti con l'originario ricorso, ha sollevato, doufficio, la questione di legittimità costituzionale della norma (art. 14, comma 1 ter) che prevede la pubblicazione dei complessivi emolumenti dei dirigenti a carico della finanza pubblica. Ciò in quanto «l'oggetto della pubblicazione prevista all'ultimo periodo dal predetto comma 1-ter costituisce un dato aggregato che contiene quello di cui al comma 1, lett. c) dello stesso articolo e può anzi corrispondere del tutto a quest'ultimo, laddove il dirigente non percepisca altro emolumento se non quello corrispondente alla retribuzione per l'incarico assegnato».

responsabilità e alla carica ricoperta dai dirigenti, fermo restando l'obbligo, per tutti, di pubblicare gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica. Di qui la proposta di:

i) un regime di trasparenza più incisivo per i soggetti titolari di incarichi dirigenziali di vertice di cui all'articolo 19, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001 e posizioni equiparate, tra cui i Segretari e i direttori generali di Comuni, Province e Regioni e per i soggetti titolari di incarichi di responsabilità degli uffici di diretta collaborazione, nelle amministrazioni pubbliche e negli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, commi 1 e 2, ritenendo che gli stessi, in ragione del ruolo svolto, possano essere pienamente sottoposti agli obblighi di trasparenza contenuti nell'articolo 14, comma 1;

ii) la pubblicazione integrale dei soli dati di cui all'art. 14, co. 1, lettere da a) ad e) per gli incarichi dirigenziali - di livello generale e non generale - conferiti nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di cui all'articolo 2-bis, comma 1 e 2, del D.Lgs. 33/2013¹², per quelli conferiti all'interno degli uffici di diretta collaborazione, per i titolari di posizioni organizzative a cui sono affidate deleghe ai sensi dell'art. 17, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 165/2001,

nonché nei casi di cui all'art. 4-bis, comma 2, del D.L. n. 78/15 e in ogni altro caso in cui sono svolte funzioni dirigenziali. Per i dati reddituali e patrimoniali di cui alla lettera f)¹³ dovrebbe essere disposta la comunicazione e la pubblicazione solo in forma aggregata, secondo disposizioni dettate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con proprie linee guida;

iii) un differente regime di trasparenza per i dirigenti non titolari di incarico, ai quali siano attribuite solo funzioni di consulenza, studio e ricerca, ad esclusione di quelle ispettive. Per tali soggetti dovrebbero essere pubblicati i dati di cui all'art. 14, comma 1, con l'esclusione dei dati reddituali e patrimoniali di cui alla citata lettera f). Resterebbe fermo, comunque, l'obbligo per ciascun dirigente di comunicare

«Con riguardo ai titolari di incarichi dirigenziali, in attesa della decisione della Corte Costituzionale, l'ANAC segnala, la necessità di prevedere misure di trasparenza che, a differenza di quelle previste per i titolari di organi politici e di indirizzo, tengano conto di una graduazione degli obblighi di pubblicazione in relazione al ruolo, alle responsabilità e alla carica ricoperta dai dirigenti, fermo restando l'obbligo, per tutti, di pubblicare gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica.»



all'amministrazione, presso la quale presta servizio, gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica, in relazione a quanto previsto dall'art. 13, comma 1, del D.L. n. 66/14, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 89/14. Da ciò discenderebbe anche l'obbligo per l'amministrazione pubblica di continuare a pubblicare sul proprio sito istituzionale l'ammontare complessivo dei suddetti emolumenti per ciascun



12. Trattasi dei seguenti soggetti:

- 1) pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del D.Lgs. 165/2000, ivi comprese le autorità portuali nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, destinatarie dirette della disciplina contenuta nel decreto (art. 2-bis, comma 1);
- 2) enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico, associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato, sottoposti alla medesima disciplina prevista per le p.a. «in quanto compatibile» (art. 2-bis, comma 2).

13. Trattasi delle dichiarazioni di cui all'articolo 2, L. 5 luglio 1982, n. 441, nonché delle attestazioni e dichiarazioni di cui agli articoli 3 e 4 della medesima legge, come modificata dal presente decreto, limitatamente al soggetto, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi consentano. Viene in ogni caso data evidenza al mancato consenso.

dirigente. Anche per i dati sui dirigenti, infine, l'ANAC - a maggior ragione - ritiene opportuno prevedere l'esclusione della loro indicizzazione da parte dei motori di ricerca. Ciò al fine di evitare la diffusione di dati non adeguatamente contestualizzati e le eventuali conseguenze pregiudizievoli sul diritto alla riservatezza.

3. Forze di polizia, forze armate, amministrazione penitenziaria

La segnalazione affronta inoltre il tema della applicazione di talune disposizioni del D.Lgs. 33/2013 al comparto della difesa-sicurezza. In particolare, si evidenzia come la pubblicazione dei dati, più volte menzionati, di cui all'art.14, comma 1, con riferimento ai dirigenti che svolgono funzioni più strettamente operative sul territorio, potrebbe rivelare informazioni in grado di incidere sullo svolgimento delle attività del predetto personale, accentuandone l'esposizione al rischio, nonché pregiudicare il perseguimento di finalità istituzionali di sicurezza pubblica. Secondo l'ANAC, pertanto, si dovrebbe inserire un nuovo articolo 37-bis al fine di modulare l'applicazione di alcune disposizioni del D.Lgs. 33/2013 prevedendo che le amministrazioni

competenti del comparto individuino annualmente con propri atti e previo parere dell'ANAC: *i.* sotto il profilo soggettivo, i dirigenti per i quali, in rapporto ai compiti svolti, nonché per i peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti, non sono pubblicati i dati di cui all'art.14, comma 1; *ii.* sotto il profilo oggettivo, i dati attinenti alle strutture, ai mezzi, alle dotazioni e al personale dalla cui pubblicazione possa derivare un pregiudizio alla sicurezza nazionale interna ed esterna e all'ordine e sicurezza

pubblica e, per questo da sottoporre ad un regime di riservatezza per un periodo determinato.

3.1 Trasparenza del Servizio sanitario nazionale

Il D.lgs. 33/2013 chiarisce che la normativa vigente in materia di trasparenza si applica anche alle amministrazioni e gli enti del servizio sanitario nazionale, dei servizi sanitari regionali, ivi comprese le aziende sanitarie territoriali e ospedaliere, le agenzie e gli altri enti e organismi pubblici che svolgono attività di programmazione e fornitura dei servizi sanitari (comma 1). L'art. 41, in particolare, individua, le figure dirigenziali del Servizio sanitario nazionale per le quali devono essere pubblicati dati e informazioni sulle procedure di conferimento degli incarichi, ivi compresi i bandi e gli avvisi di selezione e gli atti di conferimento¹⁴. L'intervento dell'ANAC in questa sede è volto principalmente a rimuovere ingiustificate disparità di trattamento l'ANAC chiarisce poi l'applicazione anche alla dirigenza del SSN dei più penetranti obblighi di trasparenza previsti all'art. 14 del D.Lgs. 33/13.

«Per le tre figure apicali degli enti del Servizio Sanitario Nazionale (di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo) sarebbero applicabili in pieno gli obblighi di trasparenza, mentre per gli altri dirigenti si dovrebbe rinviare agli obblighi di pubblicazione dei dati reddituali solo in forma aggregata.»

In coerenza con il principio di proporzionalità e di graduazione degli obblighi, per le tre

figure apicali degli enti del SSN (titolari di incarichi di direttore generale, di direttore sanitario e di direttore amministrativo) sarebbero applicabili gli obblighi di trasparenza, ivi compresi quelli relativi ai dati reddituali e patrimoniali di cui all'art. 14, co. 1, lett. f). Diversamente, per i dirigenti che rivestono gli incarichi di responsabile di dipartimento e di strutture semplici e complesse, l'art. 41, co. 3, dovrebbe rinviare agli obblighi di pubblicazione che prevedono per i dati reddituali e

14. Per «dirigenza sanitaria» - come specificato dalla norma - si intendono i dirigenti che ricoprono le posizioni di direttore generale, direttore sanitario, direttore amministrativo, responsabile di dipartimento, di strutture complesse e di strutture semplici.

patrimoniali di cui alla lettera f), la comunicazione e la pubblicazione solo in forma aggregata. Anche per i dati della dirigenza sanitaria, definita all'art. 41, comma 2, resterebbe infine ferma l'esclusione della loro indicizzazione da parte dei motori di ricerca proposta per tutti i dirigenti (art. 14 bis).

4. Disciplina sanzionatoria per la violazione degli obblighi di trasparenza

Il D.Lgs. 33/2013 (art. 47) prevede sanzioni tra 500 e 10.000 euro per la mancata comunicazione, da parte dei titolari di incarichi, di dati o informazioni concernenti la propria situazione patrimoniale complessiva al momento dell'assunzione della carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, nonché tutti i compensi cui dà diritto l'assunzione della carica (comma 1).

Le medesime sanzioni si applicano anche in caso di omessa comunicazione, da parte dei dirigenti, degli emolumenti complessivi a carico della finanza pubblica, di cui all'art. 14, comma 1-ter, e nei confronti del responsabile della mancata pubblicazione dei dati.

Anche il responsabile che abbia omesso di pubblicare i dati relativi ai pagamenti ne è soggetto (comma 1-bis). È parimenti sanzionata la violazione degli obblighi di pubblicazione dei dati riguardanti gli enti pubblici e privati, vigilati, finanziati e controllati e le società partecipate anche in misura minoritaria, che ciascuna pubblica amministrazione deve rendere conoscibili sul proprio sito (ai sensi dell'art. 22, commi 1 e 2). La sanzione, nella stessa misura di quella prevista al comma 1, è comminata nei confronti del responsabile della violazione (comma 2). Ulteriore fattispecie considerata rilevante è la mancata comunicazione, da parte degli amministratori societari, del proprio incarico e del relativo compenso nel termine di 30 giorni dal conferimento o dal percepimento dell'indennità di risultato, per la quale si applica la medesima sanzione.

Il soggetto competente all'irrogazione delle sanzioni

nel caso di cui al comma 1 è per l'appunto l'Autorità nazionale anticorruzione (art. 47). Ma negli altri casi sorge il problema di individuare il soggetto che può irrogare le sanzioni, in particolare, per la violazione dell'obbligo di pubblicazione dei dati riguardanti gli enti controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, previsto all'art. 47, comma 2. L'ANAC pertanto evidenzia l'urgenza - ai fini del corretto esercizio del potere sanzionatorio, nel rispetto dei principi dettati dalla L. 689/1981 - di identificare l'autorità cui lo stesso è attribuito, per non incorrere nel vizio di illegittimità dell'atto.

L'Autorità ha, inoltre, riscontrato difficoltà applicative, laddove non sembrano chiaramente specificate le diverse fattispecie di violazione previste dal comma 1 bis, che riguardano da un lato la mancata comunicazione dei dati a carico dei titolari degli organi e degli incarichi dirigenziali, dall'altro, la violazione di obblighi di pubblicazione posti in capo ai funzionari responsabili dell'amministrazione/ente.

La proposta è quindi quella di riformulare l'art. 47, distinguendo i diversi soggetti che possono incorrere nelle sanzioni in relazione alla specifica violazione degli obblighi di comunicazione dei dati o di pubblicazione. Sarebbe anche opportuno ridefinire le fattispecie rilevanti ai fini dell'applicazione del regime sanzionatorio speciale che comporta l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

Al riguardo si dovrebbe chiarire che:

- tutti i titolari di incarichi tenuti a comunicare dati reddituali e patrimoniali possono incorrere nella violazione di tale obbligo e nella conseguente sanzione (e si tratta di dati sia reddituali sia patrimoniali);
- la violazione che si configura nel caso in cui il responsabile della pubblicazione, nell'amministrazione/ente, dei dati reddituali e patrimoniali - correttamente trasmessi dai titolari di incarichi - non provveda alla pubblicazione dovrebbe comportare una specifica sanzione pecuniaria, in misura ridotta rispetto a quella fissata per omessa comunicazione (ad esempio - riporta l'ANAC - da 250 a 5.000 euro), nei confronti del responsabile della mancata pubblicazione;
- la sanzione pecuniaria per quanto riguarda

la violazione dell'art. 22, sempre in misura ridotta, è a carico del responsabile della mancata pubblicazione;

- andrebbe eliminato il riferimento alle violazioni degli obblighi di comunicazione al socio pubblico, da parte degli amministratori societari, del proprio incarico e dei relativi compensi, in quanto è già prevista la sanzione nei confronti dei componenti degli organi di amministrazione ai sensi del comma 1 dell'art. 47.

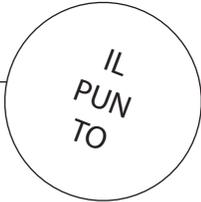
L'ANAC infine rivendica una maggiore incisività del proprio ruolo, chiedendo l'attribuzione alla stessa di un potere sanzionatorio nel caso di mancato rispetto del provvedimento di ordine adottato dall'ANAC stessa nell'ambito delle funzioni di vigilanza

esercitate ai sensi dell'art. 45, co.1, del D.Lgs. 33/2013 in modo da rendere più efficace il controllo sul rispetto della disciplina sulla trasparenza. In tal caso si potrebbero eliminare le sanzioni previste all'art. 47, per omessa pubblicazione dei dati sugli emolumenti complessivi (art. 14, co. 1-ter) e sui pagamenti (art. 4-bis).

A consolidare il ruolo dell'ANAC come garante della applicazione e del rispetto della disciplina in tema di trasparenza è la proposta finale, con invito al legislatore ad attribuire alla Autorità stessa il potere di irrogare tutte le sanzioni disciplinate all'art. 47, e non solo quelle di cui al comma 1, potere da disciplinare con apposito regolamento per la disciplina del procedimento sanzionatorio, nel rispetto della L. n. 689/1981.

Condanna non definitiva e moralità professionale: la Corte di Giustizia UE fa chiarezza

di Riccardo Gai



IL
PUN
TO

1. La moralità professionale delle imprese: evoluzione normativa

Come noto, il requisito della moralità professionale risulta presupposto indefettibile per consentire alle imprese di partecipare alle pubbliche gare d'appalto.

Facendo riferimento alla disciplina contenuta nel "vecchio" codice degli appalti (D.Lgs. 163/2006), tale requisito consisteva, essenzialmente, nell'insussistenza in capo al soggetto concorrente di comportamenti penalmente rilevanti, accertati giudizialmente in via definitiva, riguardanti i reati enunciati dai citati articoli 38 del D.Lgs. 163/2006, ovvero riconducibili a fattispecie gravi in danno dello Stato o della Comunità concernenti situazioni, fatti e circostanze che risultano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante in relazione alla specifica obbligazione dedotta in contratto.

L'impresa poteva essere esclusa dalla procedura di affidamento una volta accertato che i provvedimenti di condanna, sentenza passata in giudicato, decreto penale divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., fossero adottati nei confronti del titolare, dei soci delle società in nome collettivo, dei soci accomandatari, se si tratta di società in accomandita semplice, degli amministratori muniti di potere di rappresentanza, se si tratta di altri tipi di società o di consorzio, e dei direttori tecnici.

A prescindere dai reati specificamente elencati nelle disposizioni menzionate, e cioè, partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode e

riciclaggio, che rappresentavano in ogni caso causa di esclusione dalla gara o per i quali vigeva una preclusione assoluta alla conclusione del contratto, le condanne comminate agli esponenti dell'impresa dovevano: a) possedere il requisito della gravità; b) incidere sulla moralità professionale; c) essere stati commessi in danno dello Stato o della Comunità.

L'art. 80 del nuovo Codice degli appalti, sulla scorta di quanto previsto dalla direttiva UE 24/2014, ha quasi totalmente riprodotto il contenuto dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, attribuendo agli operatori economici la possibilità di ravvedersi mediante l'adozione di misure di cosiddetto *self-cleaning*, prevedendo inoltre nuove cause di esclusione ed ampliando il novero dei destinatari della stessa.

Anche il nuovo codice dei contratti prevede che costituisca motivo di esclusione dalla procedura la condanna irrogata con sentenza definitiva, decreto penale divenuto irrevocabile sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale. Vi è tuttavia una elencazione più ampia e specifica dei reati considerati incidenti sulla moralità professionale delle imprese, che sono i seguenti:

a. delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 74 del D.P.R. n. 309/1990, dall'art.291-quater del D.P.R. n. 43/1973 e dall'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale,

quale definita all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;

b. delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'art. 2635 del codice civile;

c. frode ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;

d. delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

e. delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2007;

f. sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il d.lgs. n. 24/2014;

g. ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

L'art. 80, co. 3, del nuovo codice, dispone poi che l'esclusione dalla gara vada disposta quando la sentenza di condanna (o il decreto ovvero la misura interdittiva) sia stata emessa nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza

in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso, l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

Proprio a proposito del *self-cleaning*, il comma 7 dell'art. 80 D.Lgs. 50/2016 dispone che l'operatore economico, anche in presenza di una delle cause di esclusione previste dall'articolo medesimo, potrà dimostrare il permanere della propria affidabilità provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. La direttiva 24/2014 precisa che spetterà, in ogni caso, all'amministrazione aggiudicatrice il compito di valutare se le misure adottate dal concorrente siano state realmente sufficienti, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito commesso. Nel caso in cui le misure siano ritenute insufficienti, infine, è

previsto l'obbligo per l'amministrazione di motivare esplicitamente la decisione di esclusione che verrà assunta nei confronti dell'operatore economico.

Sia il vecchio che il nuovo codice contengono

una norma di "chiusura" che, prescindendo dall'emissione di sentenze passate in giudicato nei confronti dei rappresentanti dell'impresa, mira a tutelare l'affidabilità di quest'ultima. L'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 (vecchio codice), in particolare,

Nelle pubbliche gare d'appalto, l'operatore economico va escluso dalla gara quando la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che quest'ultimo si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.



prevedeva, al comma 1 lett. f), l'esclusione dell'impresa che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante.

Ora, l'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 (nuovo codice), al comma 5 lett. c), con disposizione ben più articolata, dispone che l'operatore economico va escluso dalla gara quando la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che quest'ultimo si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Secondo le linee guida dell'ANAC, anche la condanna non definitiva può rilevare ai fini del grave illecito professionale e, conseguenzialmente, determinare l'esclusione dall'appalto.

2. Le linee guida dell'ANAC

Proprio in ordine all'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016, le ormai note linee guida dell'Anac n. 6/2017 (approvate con la deliberazione n.1008/2017) hanno stabilito che anche la condanna non definitiva può rilevare ai fini del grave illecito professionale e, conseguenzialmente, determinare l'esclusione dall'appalto.

Nelle dette linee guida, il concetto di grave illecito

professionale, accertato con provvedimento esecutivo a prescindere dalla sua natura civile, penale o amministrativa, ricomprende ogni condotta che rende dubbia la moralità professionale del concorrente o la sua affidabilità.

Novità, rispetto alla bozza posta originariamente in consultazione, è la rilevanza della condanna non definitiva per alcuni reati, che può configurarsi quale illecito professionale grave tale da rendere dubbia l'integrità dell'operatore economico.

In applicazione di questo principio, è stata ritenuta rilevante la condanna non definitiva per i reati di abusivo esercizio di una professione, reati fallimentari, tributari, societari, urbanistici e reati previsti dal D.lgs. 231/2001, salvo che la stessa configuri altra causa ostativa atta a determinare l'automatica esclusione dalla procedure di affidamento.

Altrettanto rilevante è la condanna non definitiva per i reati di cui agli articoli 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del Codice penale da verificarsi con acquisizione del certificato dei carichi pendenti, fermo restando che quella definitiva per tali reati costituisce motivo di esclusione in base a quanto previsto dall'articolo 80, comma 1, lettera b) del codice.

La previsione di accordi con altri operatori economici, diretti a falsare la concorrenza, assume rilevanza soltanto

se tali accordi risultino oggettivamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura, nonché debitamente documentati. La rilevanza ostativa dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'ANAC stata collegata alla loro esecutività, per garantire tempestività e semplificazione all'accertamento. Sotto quest'ultimo profilo, le applicazioni di penali costituiscono presupposto significativo se, singolarmente o cumulativamente, sono superiori all'1% dell'importo del contratto.

Particolarmente significativo, al riguardo, è l'onere

dichiarativo gravante sulle imprese partecipanti alle gare sulle eventuali cause ostative alla partecipazione stessa.

E' stato infatti espressamente specificato dall'ANAC che la dichiarazione sostitutiva resa dall'operatore economico mediante il modello "DGUE" debba comprendere tutti i provvedimenti astrattamente idonei a costituire illecito professionale, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico, non essendo configurabile, in capo all'impresa, alcun filtro valutativo, per permettere alla stazione appaltante di espletare con piena cognizione di causa le valutazioni di competenza. La fattispecie ostativa si configura con l'accertamento del fatto e non con l'annotazione nel casellario informatico, che non ha natura costitutiva ma di pubblicità notizia.

L'ANAC ha inoltre precisato che la durata dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di appalto è stabilita dall'articolo 80, comma 10 del codice e la data dell'accertamento del fatto, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna, è individuata dalle linee guida.

Infine, per ciò che concerne le misure di *self cleaning*, l'apprezzamento della stazione appaltante è effettuato in contraddittorio con l'operatore economico, ma le stesse sono valutate con massimo rigore nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione.

3. Il caso affrontato dalla Corte di Giustizia UE (sentenza 20 dicembre 2017, nella causa C-178/16)

A proposito delle questioni affrontate dall'ANAC nelle linee guida, ed in particolare dell'incidenza

della condanna non definitiva sulla moralità professionale delle imprese, la Corte di Giustizia UE, con pronuncia destinata ad avere notevole riverbero nelle procedure d'appalto degli stati membri, ha affermato che anche le sentenze di condanna non passate in giudicato debbono essere autodichiarate, pur se riferite ad un soggetto cessato dalla carica. A confermare questa regola, è la Corte di Giustizia, nella sentenza depositata il 20 dicembre 2017, nella causa C-178/16, che chiude ancora una volta una vicenda nata da una domanda di pronuncia pregiudiziale italiana.

La vicenda ci riguarda, per così dire, da vicino, considerato che la questione era stata posta dal Consiglio di Stato, Sez. VI (con ordinanza 21 marzo 2016 n. 1160), e riguardava il caso di un'impresa esclusa

da una gara per aver dichiarato che il proprio presidente del consiglio di amministrazione, nonché amministratore delegato e legale rappresentante, cessato dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, non aveva riportato alcuna sentenza di condanna definitiva.

Tuttavia, nel corso della procedura, la stazione appaltante veniva a conoscenza del fatto che, proprio dieci giorni prima della data della presentazione dell'offerta da parte dell'impresa, tale soggetto aveva invece patteggiato una condanna ad un anno e dieci mesi di reclusione per aver promosso un sistema di fatture false. Pertanto, venivano richiesti chiarimenti al concorrente sulla mancata dichiarazione del precedente penale.

A tal riguardo, l'impresa sosteneva che la sentenza era passata in giudicato solamente a distanza di tre mesi dalla partecipazione alla gara, e quindi non fosse definitiva al momento della presentazione della autodichiarazione; e che, comunque, dopo aver appreso la notizia, l'impresa stessa si fosse

La dichiarazione sostitutiva resa in sede di gara dall'operatore economico mediante il modello "DGUE" deve contenere tutti i provvedimenti astrattamente idonei a costituire illecito professionale, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico, per consentire stazione appaltante di espletare con piena cognizione di causa le valutazioni di competenza



dissociata dalla condotta dell'amministratore, rispetto al quale era stata disposta la rimozione da tutte le cariche sociali, il riscatto delle azioni detenute e l'avvio di un'azione di responsabilità, adottando quindi le necessarie cautele di *self cleaning*.

La Stazione appaltante, dunque, ha chiesto un parere all'ANAC in merito alla legittimità di un'eventuale **esclusione** dell'impresa in questione. L'ANAC ha sostanzialmente risposto che, sebbene, in mancanza di una sentenza irrevocabile, le dichiarazioni dell'impresa non potessero essere qualificate come «falsa dichiarazione», tuttavia la mancata tempestiva comunicazione dello sviluppo delle vicende penalmente rilevanti riguardanti uno dei soggetti menzionati all'articolo 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 163/2006 (normativa applicabile *ratione temporis* alla fattispecie) poteva costituire una violazione del dovere di leale collaborazione con la stazione appaltante, impedendo così l'effettiva e completa dissociazione rispetto al soggetto interessato.

Di conseguenza, adottava un provvedimento di esclusione in base alla duplice **motivazione** dell'insufficiente e tardiva dimostrazione della dissociazione dalla condotta penalmente rilevante posta in essere dal soggetto cessato dalla carica, e della mancata dichiarazione della sentenza che era stata in ogni caso pronunciata in un momento antecedente alla gara.

Tale provvedimento veniva impugnato dinanzi al TAR e, dopo il rigetto del ricorso in primo grado, è stato promosso appello dinanzi al Consiglio di

Stato, il quale ha deciso di rimettere la questione alla Corte di Giustizia UE per chiedere se fosse compatibile con la disciplina comunitaria l'articolo 38, comma 1, lettera c), del previgente Codice - identico

Secondo la Corte di Giustizia UE, anche le sentenze di condanna non passate in giudicato debbono essere autodichiarate, pur se riferite ad un soggetto cessato dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara.



nei contenuti all'attuale articolo 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 - e se la direttiva 2004/18, nonché i principi di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che consente all'amministrazione aggiudicatrice di tener conto, secondo le condizioni da essa stabilite, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara

Il Consiglio di Stato quale ha deciso di rivolgersi alla Corte di Giustizia UE per chiedere se sia legittimo e conforme ai principi comunitari escludere un'impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto con la motivazione che, omettendo di dichiarare una condanna non ancora definitiva di un amministratore cessato dalla carica da meno di un anno, l'impresa non si sarebbe effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore.



d'appalto pubblico, e di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l'impresa non si sarebbe effettivamente e completamente dissociata dalla

condotta del suddetto amministratore.

4. I motivi posti alla base della decisione della Corte

Con una pronuncia che, sostanzialmente, si pone in linea con quanto ravvisato dall'ANAC nelle linee guida di cui si è fatto cenno, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che sia del tutto compatibile con la disciplina comunitaria una norma nazionale che consenta ad una stazione appaltante di tener conto di condanne penali per reati incidenti sulla moralità professionale a carico dell'amministratore di un'impresa, anche se tali provvedimenti non siano ancora passati in giudicato e nonostante che i soggetti condannati abbiano cessato di esercitare le loro funzioni nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara. Di conseguenza, la norma è compatibile anche nella parte in cui consente all'amministrazione di escludere l'impresa, qualora non si sia effettivamente

e completamente dissociata dalla condotta dell'amministratore.

La Corte di Giustizia UE muove innanzitutto da una premessa di carattere generale secondo cui, rispetto ai motivi facoltativi di esclusione elencati nell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/Ce, spetta agli Stati membri precisarne le condizioni di applicazione.

Posto che, infatti, le imprese agiscono tramite i propri rappresentanti, un comportamento di tali soggetti che sia contrario alla moralità professionale può costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della stessa moralità professionale dell'impresa; ed è quindi possibile, per gli Stati membri, valutare in tal senso le condotte di un amministratore cessato dalla carica, e ritenere rilevante - ai fini della moralità - un reato, come

quello commesso nel caso di specie, che consisteva nella emissione di fatture false; così come, è possibile consentire all'impresa di presentare alla stazione appaltante tutte le prove necessarie a dimostrare la propria dissociazione dalla condotta del cessato.

Le circostanze esaminate potrebbero dunque integrare, ad avviso della Corte, errore grave ai sensi dell'art. 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/Ce, il quale consente appunto di escludere un offerente «che,

nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice».

Anzi, come specifica la Corte medesima, tale disposizione si presta proprio ad essere applicata in una situazione in cui la sentenza di condanna per un reato incidente

sulla moralità professionale non sia ancora definitiva, differenziandosi dall'ipotesi normativa della esclusione determinata da sentenze di condanne passate in giudicato per il semplice fatto che l'amministrazione aggiudicatrice può invece provare, con qualsiasi mezzo di prova, la sussistenza di un errore grave.

Oltretutto, particolare risalto è stato dato dalla Corte anche all'aspetto temporale della vicenda, ed a come il decorso del tempo possa incidere sulla rilevanza del comportamento illecito dell'amministratore di un'impresa, sì da essere ritenuto idoneo a determinare l'esclusione del concorrente. Secondo la Corte, tuttavia, la disciplina italiana sembra essere rispondente al principio di proporzionalità, prendendo in considerazione l'arco temporale del solo anno antecedente la data

Secondo la Corte di Giustizia UE è pienamente compatibile con la disciplina comunitaria una norma nazionale che consenta ad una stazione appaltante di tener conto di condanne penali per reati incidenti sulla moralità professionale a carico dell'amministratore di un'impresa, anche se tali provvedimenti non siano ancora passati in giudicato e nonostante che i soggetti condannati abbiano cessato di esercitare le loro funzioni nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara.

di pubblicazione del bando.

Addirittura, nel caso di specie, la Corte ha enfatizzato la circostanza per la quale l'operatore economico coinvolto non aveva informato la stazione appaltante della condotta penalmente rilevante dell'ex amministratore, potendo tale comportamento costituire un elemento valutativo che consente di escludere un concorrente dalla partecipazione ad una gara d'appalto, essendo inquadrabile nell'ambito della diversa fattispecie prevista dall'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera g), della direttiva 2004/18/Ce, il quale contempla il caso dell'estromissione di un operatore economico che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni.

5. L'impatto della sentenza in commento sull'attuale disciplina codicistica

Ovviamente, trattandosi di vicenda sorta sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, viene spontaneo domandarsi quale impatto tale pronuncia potrà avere sull'attuale disciplina contenuta nel d.lgs. 50/2016 (nuovo codice dei contratti), e se possa essere ad essa riferibile.

Come abbiamo visto sopra, la transizione dalla vecchia alla nuova disciplina sui requisiti di ordine generale ha mantenuto quasi totalmente la struttura originaria dell'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006. Esattamente come nel vecchio codice, infatti, anche l'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016 ha deciso per il recepimento dei motivi facoltativi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/Ue, nell'ambito dei quali sono state inserite nuovamente le ipotesi del grave illecito professionale (che ha preso il posto dell'errore grave) e delle false dichiarazioni, ed ha confermato - con i commi 1 e 3 - la regola dell'esclusione dalla gara per sussistenza di sentenze di condanna definitive, anche se riguardanti i soggetti cessati

dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara.

In realtà, la differenza rispetto alla vecchia normativa risiede nell'ipotesi delle condanne passate in giudicato.

Nell'ambito di tale fattispecie, infatti, la precedente direttiva del 2004 distingueva tra casi obbligatori e facoltativi di esclusione (entrambi trasposti nell'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006): i primi, che dovevano essere obbligatoriamente recepiti dagli Stati Ue, comportavano l'esclusione del

La transizione dalla vecchia alla nuova disciplina (art. 80 d.lgs. 50/2016) sui requisiti di ordine generale ha mantenuto quasi totalmente la struttura originaria dell'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006.

concorrente condannato per determinate tipologie di reato (partecipazione ad organizzazioni criminali, corruzione, frode e riciclaggio); i secondi, invece, potevano essere recepiti o no dagli Stati membri, e riguardavano i diversi casi di condanne passate in giudicato per reati incidenti sulla moralità professionale.

Non troviamo tuttavia questa distinzione nelle direttive del 2014, le quali hanno invece posto in luce soltanto le sentenze di condanna definitiva per reati di partecipazione ad organizzazioni criminali, corruzione, frode e riciclaggio, cui sono stati affiancati anche quelli di terrorismo e lavoro minorile, così abbandonando la categoria dei reati incidenti sulla moralità professionale; ad ogni modo, in fase di recepimento, il legislatore italiano ha comunque introdotto, in via ulteriore, all'interno del comma 1 dell'articolo 80, il caso dei provvedimenti di condanna passati in giudicato per delitti che comportano l'applicazione della pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione.

Pertanto, alla luce di questa nuova e specifica declinazione dei reati rilevanti, ci si domanda se possano considerarsi attuali le considerazioni cui è giunta la Corte, soprattutto con riferimento alla previsione dell'obbligo dichiarativo delle condanne anche a carico dei soggetti cessati

dalla carica; e ciò, anche in funzione del fatto che l'articolo 57, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 2014/24/UE circoscrive in realtà tale obbligo ai soli membri del cda, ai membri di direzione o di vigilanza dell'impresa o ai soggetti con poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo.

D'altro canto, la sentenza in commento risulta del tutto coerente le linee-guida Anac in merito alla rilevanza delle sentenza di condanna anche se non passate in giudicato.

Come oramai noto, infatti, l'ANAC è stata chiamata all'adozione di tale provvedimento dal comma 13 dell'articolo 80 del Codice, il quale ha previsto che l'Anac potesse precisare, con apposite linee guida, i mezzi di prova adeguati per la dimostrazione della circostanza di esclusione del grave illecito professionale indicato dalla lettera c) del comma 5 dello stesso articolo 80, e le carenze significative nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto.

Nell'ambito di tale provvedimento, è stato infatti precisato che rilevano - in termini di grave illecito professionale - anche le condanne non definitive per determinate fattispecie di reato che l'Autorità elenca a titolo meramente esemplificativo, includendo l'abusivo esercizio di una professione, i reati fallimentari (bancarotta semplice e fraudolenta, omessa dichiarazione di

beni da comprendere nell'inventario fallimentare, nonché ricorso abusivo al credito), i reati tributari, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio, i reati urbanistici e i reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001. Ma, unitamente a queste fattispecie, l'Anac considera rilevanti anche quelle per i reati di cui agli articoli 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale, cioè per turbata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente, astensione dagli incanti, inadempimento di contratti di pubbliche forniture e frode nelle pubbliche forniture.

L'accertamento di tali condanne non definitive deve essere condotto dalla stazione appaltante sugli stessi soggetti a carico dei quali vengono effettuate le verifiche dei provvedimenti passati in giudicato, indicati dal comma 3 dell'articolo 80 d.lgs. 50/2016.



La stessa Autorità ha peraltro specificato che anche in tali ipotesi l'accertamento di tali condanne non definitive deve essere condotto dalla stazione appaltante sugli stessi soggetti a carico dei quali vengono effettuate le verifiche dei provvedimenti passati in giudicato, indicati dal comma 3 dell'articolo 80, che include appunto anche i soggetti cessati dalla carica: ragion per cui, le linee-guida prevedono che debbono essere acquisiti i relativi certificati dei carichi pendenti presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza della persona sottoposta a controllo.

Allo stesso modo, le indicazioni dell'Anac appaiono in linea con le previsioni giurisprudenziali della Corte di giustizia UE anche rispetto all'obbligo dichiarativo delle sentenze di condanna non passate in giudicato al momento di presentazione dell'offerta.

In tal senso, infatti, l'ANAC ha specificato che la sussistenza di gravi illeciti professionali deve essere autodichiarata in sede di partecipazione alla gara, spettando esclusivamente alla stazione appaltante il vaglio in ordine alla rilevanza di tali comportamenti; di conseguenza, l'omissione di tale dichiarazione comporta l'applicazione dell'articolo

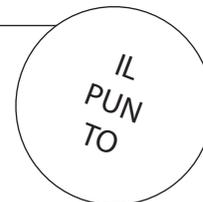
80, comma 1, lettera fbis), del Codice, il quale prevede appunto il caso dell'estromissione dalla gara per aver reso un falso, trattandosi appunto di falsa attestazione della insussistenza di tali situazioni

astrattamente idonee a configurare una causa di esclusione.

In definitiva, dunque, pur con tutte le riserve del caso, legate ad una applicazione ancora incerta del nuovo codice dei contratti, la sentenza in commento della Corte di giustizia UE pare perfettamente compatibile con le linee guida dell'ANAC e con la possibilità di prendere in considerazione - in termini di grave illecito professionale - anche le condanne non passate in giudicato riferite ai cessati dalla carica.

Servizi sociali: le modifiche apportate dal correttivo al codice dei contratti pubblici

di Ilenia Filippetti



1. L'ambito di applicazione delle nuove norme

Come ormai noto, la disciplina dei servizi sociali ha subito una drastica modifica a seguito dell'abrogazione delle disposizioni a tal fine contenute all'interno del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163: nel previgente codice degli appalti pubblici, infatti, i servizi sociali erano tra i servizi elencati all'interno dell'allegato IIB, ovverosia tra quei servizi ai quali era necessario applicare soltanto alcune delle disposizioni dettate per la generalità dei servizi¹.

Al contrario, all'interno del nuovo codice degli appalti e delle concessioni di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i servizi sociali sono ampiamente disciplinati nelle disposizioni di cui agli artt. 142 e seguenti del codice².

Tale nuovo impianto normativo risulta esser stato

mantenuto all'interno del codice anche dopo l'adozione del Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, meglio noto come decreto correttivo al codice dei contratti.

Può non essere inutile sottolineare che, tra i servizi elencati all'interno del previgente Allegato IIB ed all'interno dell'odierno Allegato IX, vi è soltanto una parziale coincidenza per quanto concerne le diverse tipologie di servizio; la coincidenza si ravvisa, ad esempio, per quanto concerne i servizi di

ristorazione, i servizi legali ed i servizi sanitari e sociali, mentre all'interno dell'attuale allegato IX non compaiono più, ad esempio, i servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti.

Ciò in disparte, occorre evidenziare come le nuove norme introdotte dal correttivo all'interno dei commi 5-bis a 5-nonies dell'art. 142 possono trovare applicazione, per esplicita previsione normativa, esclusivamente ai seguenti servizi³

Le nuove disposizioni introdotte dal correttivo non si applicano a tutti i servizi compresi all'interno dell'allegato IX.

1. Segnatamente, si trattava delle norme dettate in materia di specifiche tecniche e di avvisi sui risultati della procedura di affidamento.

2. Si pensi, tuttavia, alle ulteriori disposizioni specificamente dettate per i settori speciali, tra le quali va ad esempio annoverata la norma contenuta all'art. 35 del codice che fissa, per tale tipologia di contratti, una soglia differente rispetto a quella dettata per la generalità dei servizi affidabili nei settori ordinari e nei settori speciali.

3. Così art. 142, comma 5-bis. Si tratta, in sostanza, dei cc.dd. "servizi alla persona".

affidati dalle stazioni appaltanti che operano nell'ambito nei settori ordinari⁴:

- servizi sanitari;
- servizi sociali e servizi connessi;
- servizi di prestazioni sociali;
- altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche nonché da associazioni giovanili, e altri servizi di organizzazioni associative.

I servizi sociali risentono del contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro, anche a causa delle diverse tradizioni culturali



È pertanto importante sottolineare che le nuove disposizioni introdotte dal correttivo non si applicano a tutti i servizi oggi compresi all'interno dell'allegato IX, restandone estranei, ad esempio:

- i servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura;
- i servizi religiosi;
- i servizi legali.

2. Principi europei e criteri di aggiudicazione della gara

All'interno dell'attuale art. 142, comma 5-ter viene previsto che l'affidamento dei servizi di cui al comma 5-bis del medesimo articolo dovrà garantire:

- la qualità;
- la continuità;
- l'accessibilità;
- la disponibilità e la completezza dei servizi,

tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la

responsabilizzazione degli utenti⁵.

Tali precisazioni vanno ricollegate con il considerando 114 della direttiva 2014/24/UE, all'interno del quale era stato già sottolineato che alcuni servizi sociali, sanitari e scolastici sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro, anche a causa delle diverse tradizioni culturali, ed occorre stabilire un regime specifico per gli appalti che hanno ad oggetto tali

servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica in via generale.

Proprio in ragione dell'importanza del contesto culturale e della particolare sensibilità di tali servizi, gli Stati membri possono quindi godere di un'ampia discrezionalità che consente di organizzare la scelta dei fornitori nel modo più adeguato: le norme della direttiva 2014/24/UE tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento ed assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di tale tipologia di servizi⁶.

Con il decreto correttivo, le indicazioni fornite dalla direttiva europea sugli appalti sono state trasfuse all'interno del nuovo codice appalti che, all'art. 142, comma 5-ter, dispone oggi che l'affidamento dei servizi sociali deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti.



4. In particolare, sono "ordinari" i settori dei contratti pubblici, diversi da quelli relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice, in cui operano le amministrazioni aggiudicatrici (art. 3, comma 1, lett. gg).

5. La norma in esame riproduce il contenuto già espresso all'interno dell'art. 76 della direttiva 2014/24/UE.

6. Si vedano, a tale proposito, i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal Comitato per la protezione sociale e richiamato dal considerando n. 114.

3. Le nuove norme sulla programmazione

Il decreto correttivo ha operato un opportuno raccordo tra gli obblighi di programmazione specifici per i servizi sociali e gli obblighi di programmazione introdotti dall'art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 per la generalità dei contratti di servizi⁷.

In attesa dell'adozione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sulla programmazione triennale dei lavori pubblici e sul programma biennale per servizi e forniture di cui al comma 8 dell'art. 21⁸, è utile ricordare che per i servizi sociali esiste già la specifica pianificazione di zona sociale. La legge 8 novembre 2000, n. 328 prevede infatti che la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali compete agli enti locali, alle regioni ed allo Stato secondo i principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali (art. 1, comma 3).

A tale proposito, nondimeno, occorre sottolineare che la stessa legge n. 328/2000 prevede la possibilità di concertazione e cooperazione tra gli

enti locali ed i soggetti privati di cui all'articolo 1, comma 4 della medesima legge – ovverosia gli "organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni e enti di promozione sociale, fondazioni e enti di patronato, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore

Gli obblighi di programmazione previsti per i servizi sociali vanno coordinati con la programmazione di cui all'art. 21 del codice dei contratti



nella programmazione" – i quali partecipano, con risorse proprie, alla realizzazione della rete nonché all'organizzazione ed alla gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (art. 3, comma 2, lett. b) della legge n. 328/2000). Sarà importante, pertanto, riflettere sulle modalità utili a consentire la partecipazione dei soggetti privati alle predette attività in chiave collaborativa, senza che vengano violati, nel contempo, i principi generali vigenti in materia di conflitto di interesse⁹.

In ogni caso, al fine di operare i necessari raccordi tra i diversi obblighi di programmazione, il correttivo ha precisato che le amministrazioni aggiudicatrici dovranno approvare gli strumenti di programmazione di cui all'art. 21 del codice, nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore (art. 142, comma

7. Il correttivo ha modificato la rubrica dell'art. 21 (Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici) ed ha previsto, per gli enti locali, che tali programmi debbono essere approvati secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria dei predetti enti.

8. Il Consiglio di Stato si è pronunciato sullo schema del predetto decreto ministeriale con parere 13 febbraio 2017, n. 351.

9. In materia di conflitto di interessi si sta osservando l'emergere delle prime pronunce della giurisprudenza amministrativa: è stato affermato, in particolare, che, ai sensi dell'articolo 42 comma 2 del codice dei contratti pubblici, si ha conflitto di interesse "quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della Stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62"; il riferimento alle ipotesi previste dall'art. 7 del DPR n. 62/2013 costituisce un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo, come si evince dall'uso della locuzione "in particolare": l'art. 42 si riferisce al personale ma in senso lato, cioè non solo a soggetti titolari di un contratto di lavoro dipendente con gli enti coinvolti, ma anche, a maggior ragione, a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno così un maggior "interesse finanziario, economico o altro interesse personale" (così Tar Abruzzo, sentenza n. 21/2017).

5-quater), con la conseguenza che, all'atto di adozione della programmazione biennale dell'ente, sarà necessario tener conto di quanto già previsto all'interno della pianificazione "di zona" prevista per i servizi sociali.

Il correttivo ha infine previsto che le finalità di cui agli articoli 37 e 38 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe (art. 142, comma 5-quinquies)¹⁰. Le finalità cui la predetta norma fa riferimento sono, in particolare, quelle relative:

- alle esigenze di contenimento della spesa, per quanto concerne l'art. 37;
- alla qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza, per quanto concerne l'art. 38.

In merito alle modalità di aggregazione previste dalla normativa in materia di servizi sociali, occorre ricordare, da ultimo, che la legge 328/2000 dispone che le regioni esercitano le funzioni relative alla determinazione delle forme di concertazione con gli enti locali interessati, nonché degli ambiti territoriali, delle modalità e degli strumenti per la gestione unitaria del sistema locale dei servizi sociali a rete (art. 8, comma 3)¹¹.

4. Le norme ad applicazione necessaria

Nelle disposizioni introdotte dal correttivo viene precisato che ai contratti aventi ad oggetto i servizi sociali si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65 (art. 142,

comma 5-sexies).

Ci si potrebbe chiedere, pertanto, se le altre norme applicabili alla generalità dei contratti pubblici non debbano trovare applicazione in caso di affidamento dei servizi sociali. Sul punto, si può notare che il Consiglio di Stato, nell'ambito del parere reso a margine dello schema di decreto correttivo, ha sottolineato che, in via generale, va mantenuta l'originaria scelta proconcorrenziale - contenuta all'interno della prima formulazione del d.lgs. n. 50/2016 - di assoggettare gli appalti nei servizi sociali alle regole comuni, con poche deroghe, senza pertanto ampliare il regime di sottrazione alla concorrenza¹².

Il correttivo ha comunque precisato che ai contratti relativi ai servizi sociali devono essere sempre applicate, ai fini dell'aggiudicazione, le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95 del codice, fermo restando l'obbligo di adottare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 142, comma 5-septies).

Vale così la pena di ricordare che alcune delle norme richiamate dal nuovo comma 5-septies hanno subito, a loro volta, alcune modifiche da parte del correttivo.

In particolare, all'art. 60, comma 2-bis, è stato previsto che, nel caso di presentazione di offerte per via elettronica, le amministrazioni aggiudicatrici possono ridurre di cinque giorni il termine di trentacinque giorni previsto per la ricezione delle offerte.

10. Il correttivo ha modificato anche le disposizioni di cui all'art. 38, prevedendo che i requisiti di possono essere costituiti, tra gli altri, dal numero di gare svolte "nel quinquennio", nonché dall'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che alimentano gli archivi detenuti o gestiti dall'ANAC. Resta comunque fermo che, fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti gestito dall'ANAC (art. 216, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016).

11. La norma aggiunge che, nella determinazione degli ambiti territoriali, le regioni prevedono incentivi a favore dell'esercizio associato delle funzioni sociali in ambiti territoriali di norma coincidenti con i distretti sanitari già operanti per le prestazioni sanitarie, destinando allo scopo una quota delle complessive risorse regionali destinate agli interventi previsti dalla presente legge.

12. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 30 marzo 2017, n. 782.

A corollario di tale previsione, l'art. 79, comma 5-bis prevede oggi che nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante, qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento.

Nei casi di sospensione e proroga, la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato, venga mantenuta la segretezza delle offerte inviate e sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla.

La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno¹³.

Anche le prescrizioni relative ai motivi di esclusione dalle procedure sono stati modificati dal correttivo; in particolare, all'art. 80, comma 1, lettera b-bis) viene oggi richiamato anche il reato di false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile, mentre al comma 5 viene prevista la comminatoria di esclusione per:

- l'operatore economico che presenti nella procedura di gara e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere (comma 5, lett. f-bis);

- l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti, con precisazione che tale motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico (comma 5, lett. f-ter).

Per quanto concerne i requisiti di partecipazione alla gara, il correttivo ha previsto all'art. 83, comma 5, che il fatturato minimo annuo eventualmente richiesto ai fini dell'ammissione non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso.

Il successivo comma 8 ha poi precisato che per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g) - consorzi ordinari, raggruppamenti, contratti di rete o GEIE - nel bando sono indicate le eventuali misure in

cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti riuniti, con precisazione che la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Oltre che con la riforma del soccorso istruttorio di cui al comma 9, l'art. 83 è stato modificato anche per quanto concerne il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'ANAC rilascia apposita certificazione agli operatori economici, sulla base di accertamenti volti ad esprimere l'affidabilità dell'impresa.

Estremamente rilevanti sono, da ultimo, le modifiche apportate dal correttivo all'art. 95, laddove, al comma 10, viene previsto che nell'offerta economica l'operatore deve indicare:

- i propri costi della manodopera;
- gli oneri aziendali concernenti

Alcune norme devono essere sempre applicate anche in caso di affidamento di servizi sociali



13. La norma conclude prevedendo che la stazione appaltante, qualora si verificano malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGID ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 recante codice dell'amministrazione digitale.

l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

-
- Fanno eccezione ai predetti obblighi:
 - le forniture senza posa in opera;
 - i servizi di natura intellettuale;
 - gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro.

Non è chiaro, peraltro, se al ricorrere delle predette ipotesi la stazione appaltante possa omettere la formulazione del DUVRI¹⁴ e se possa omettere di individuare, nella base d'asta, i costi della manodopera¹⁵.

Il correttivo ha previsto che le stazioni appaltanti procedono, prima dell'aggiudicazione, a verificare quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d) (ovverosia se il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 del codice), e ciò a prescindere, apparentemente, dalla configurabilità di un'anomalia dell'offerta.

Considerato, infine, che l'affidamento dei servizi sociali può avvenire esclusivamente in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è importante sottolineare che il correttivo ha imposto un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento (art. 95, comma 10-bis).

5. Gli affidamenti dei servizi sociali sotto-soglia

L'art. 142 come modificato dal correttivo al codice, prevede oggi espressamente, al comma 5-octies, che gli appalti di servizi sociali di importo inferiore alla soglia di rilievo europeo sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36 del medesimo codice¹⁶.

Il correttivo, peraltro, ha modificato profondamente anche la disciplina dei contratti sotto-soglia, richiamando espressamente, in primo luogo, i principi di cui agli articoli 30, comma 1 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché pubblicità) nonché il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti al fine di assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese.

Trova dunque applicazione, anche per i contratti relativi ai servizi sociali, la previsione di cui all'art. 30, comma 5-bis, in forza della quale sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento e le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

Anche per i servizi sociali sotto-soglia la stazione appaltante ha poi la facoltà (ma non l'obbligo)

Ai servizi sociali sotto-soglia si applica l'art. 36 del codice



14. Alla luce di quanto chiarito da ANAC con la determinazione n. 8/2013, il dubbio permane, in realtà, per i soli affidamenti diretti di servizi non intellettuali o di forniture con posa in opera di importo inferiore a 40.000 euro.

15. Nel bando tipo n. 1/2017 ANAC ha peraltro chiarito che, in analogia a quanto disposto all'art. 95, comma 10 del Codice, non deve essere indicata la stima dei costi della manodopera nel caso di servizi di natura intellettuale e di forniture senza posa in opera. Per espressa indicazione contenuta all'interno della nota illustrativa, peraltro, il predetto bando tipo non è vincolante per le procedure per l'affidamento dei servizi sociali ai sensi dell'art. 142 co. 5 bis del Codice.

16. Dal 1 gennaio 2018 le soglie di rilievo europeo sono state elevate ad opera del Regolamento (UE) 2017/2366 del 18 dicembre 2017, il quale ha tuttavia lasciato immutata la previgente soglia relativa ai servizi sociali ed agli altri servizi specifici elencati all'allegato IX, fissata in 750.000 euro.

di introdurre clausole sociali volte ad ottenere il riassorbimento dei lavoratori posti alle dipendenze del precedente appaltatore¹⁷, mentre ha l'obbligo di tenere in considerazione i criteri ambientali minimi per i quali siano stati adottati appositi decreti ministeriali, nell'ambito del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione¹⁸.

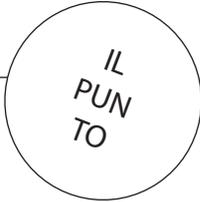
Anche per i servizi sociali, infine, la stazione appaltante dovrà sempre effettuare la verifica dei requisiti sull'aggiudicatario, anche alla luce delle indicazioni che verranno a tal fine fornite da ANAC all'interno delle linee guida sugli affidamenti dei contratti di importo inferiore alla soglia di rilievo europeo, nella versione sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato ai fini dell'adeguamento delle linee guida n. 4/2016 alle nuove norme introdotte dal correttivo al codice dei contratti.

17. Problemi di disparità potrebbero porsi, peraltro, laddove il contratto collettivo applicato da un concorrente preveda di per sé – a prescindere dalla previsione contenuta nel bando di gara – la clausola di riassorbimento, mentre il contratto di altri concorrenti non preveda un obbligo analogo.

18. I decreti ministeriali relativi ai criteri ambientali minimi sono consultabili all'interno del sito internet del Ministero dell'ambiente, nella sezione dedicata ai CAM in vigore.

Le implicazioni del soccorso istruttorio integrativo riguardo alle irregolarità dell'offerta tecnico/economica

di Stefano Usai



Premesse

Il decreto legislativo 56/2017, correttivo del codice dei contratti, modificando la disposizione contenuta nel comma 9 dell'articolo 83 – relativa al c.d. soccorso istruttorio integrativo – ha, in sostanza, adeguato il testo del codice alle primissime indicazioni fornite con la legge delega n. 11/2016 che invitava il Governo a ricalibrare soprattutto la questione del soccorso con oneri a carico dell'appaltatore oltre che fissare l'esigenza di apportare delle semplificazioni.

In questo senso, l'articolo 1, lett. z) chiedeva al legislatore delegato di attuare una

“riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta (...)”.

E la nuova formulazione della fattispecie introdotta nel nostro ordinamento con introdotto dall'art. 39 del D.L. 90/2014, convertito, con modifiche, dalla legge 114/2014, presenta già la sostanziale

novità di non imporre una sanzione pecuniaria a carico dell'operatore economico che, per mero errore materiale, abbia – soprattutto – omesso delle dichiarazioni, con alcune eccezioni, e/o allegato documentazione relativa alla domanda già predisposta.

Con la legge delega si chiedeva al legislatore di attuare una “riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta

La disposizione presenta ancora qualche difficoltà applicativa ed in giurisprudenza sono emersi alcuni contrasti anche con le indicazioni dell'ANAC. In termini generali, come si vedrà più avanti, si può sostenere un tentativo della giurisprudenza a considerare la fattispecie come espressione del principio della massima partecipazione e dell'eliminazione

dell'approccio meramente formalistica.

L'ANAC invece, sembra rivolgere lo sguardo ad aspetti ritenuti essenziali che non consentirebbero comunque la possibilità dell'integrazione pur vero che alcuni importanti mutamenti di impostazione sono intervenuti tra la determinazione n. 1/2015 – che dettava le prime indicazioni sull'applicazione della fattispecie (per alcuni aspetti ancora valida) – ed i recenti bandi tipo (n. 1 e 2 approvati in Gazzetta Ufficiale).

1. La norma: il principio generale

La norma risulta strutturata con un riferimento di tipo generale (il primo periodo) in cui si chiarisce che ogni elemento formale della domanda se carente può essere sanato attraverso il soccorso istruttorio, appunto, integrativo.

Il legislatore pertanto ha individuato una specifica situazione che ammette la possibilità di correzione. Ovvero la carenza di ogni elemento in cui si deve includere non solo le dichiarazioni ma anche di tipo documentale che l'appaltatore avrebbe dovuto produrre/inserire nel plico relativo alla gara ma per errore materiale non lo abbia fatto.

In tema il Tar Lazio, Roma, sez. III quater, sentenza n. 679/2017 ha chiarito che "per giurisprudenza pressoché costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2016, n. 627) il soccorso istruttorio è consentito soltanto laddove si tratti di correggere mere sviste oppure refusi ed errori materiali, non anche di integrare o completare offerte dal contenuto ambiguo o comunque caratterizzate da incertezza assoluta, come del resto nel caso di specie".

Laddove il riferimento alle offerte non deve essere inteso in senso letterale ma in senso generale come domanda di partecipazione alla gara e che include, pertanto, la domanda, le dichiarazioni e la parte più propriamente tecnica ed economica nei confronti della quale il soccorso integrativo presenta ovvi limiti determinati dal principio della par condicio e della trasparenza.

Il primo periodo, pertanto, evidenzia che il soccorso opera attraverso le disposizioni della norma ovvero secondo il procedimento che il legislatore ha appositamente apprestato.

Tale approccio non deve essere inteso in senso limitativo dell'azione del RUP – al quale compete azionare l'istituto – nel senso che il responsabile unico deve applicare comunque i principi generali del diritto e dell'azione amministrativa. In particolar modo quanto previsto all'articolo 6 della legge 241/90.

In pratica, i principi generali conoscono due fattispecie di soccorso. Quello di tipo generale, specificativo/di chiarimento e quello integrativo. Secondo la norma anche il primo deve essere utilizzato applicando le disposizioni in commento e quindi con una escussione formale dell'appaltatore e con l'indicazione di un termine entro cui fornire il chiarimento o la specificazione onde evitare l'estromissione dalla procedura.

2. La fattispecie

Il legislatore individua quindi, al secondo periodo, una fattispecie particolare che ammette il soccorso integrativo. In sostanza, ma a solo titolo esemplificativo, si precisa che nel caso di "mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (...)" il RUP "assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere".

L'ambito "privilegiato" pertanto è proprio il documento in cui l'appaltatore "auto dichiara" la situazione propria, dell'impresa ed il possesso di una serie di requisiti generali/speciali (eventualmente richiesti dalla stazione appaltante). Ogni carenza nelle dichiarazioni deve essere "soccorsa" dal responsabile unico del procedimento attraverso la richiesta di correzione. E la correzione/integrazione deve essere ammessa sempre che i requisiti risultino posseduti all'atto della scadenza della presentazione della domanda. Al di là di qualche iniziale incertezza, la possibilità di regolarizzare le autocertificazioni viene oggi pacificamente ammessa al netto di una rilevante eccezione che attiene alle dichiarazioni penali. In questo senso, già ante codice dei contratti ma seconda una interpretazione consolidata, il Tar Lombardia Milano sez. IV, sentenza n. 1858/2017.

Il giudice ha rilevato come si ricavi già nella disposizione pregressa "che nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto pubblico, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali

eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c), ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità (cfr. fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, 29 maggio 2017, n. 2548, nonché Consiglio di Stato, sez. III, n. 4019/2016; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 834/2016; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4219/2016).

- non sussiste la possibilità che l'omissione sia sanata attraverso il soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti - pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl. n. 9/2014; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4219/2016; Consiglio di Stato, sez. n. 927/2015);

- né può essere condivisa la tesi secondo la quale la condanna non doveva essere dichiarata perché relativa ad una contravvenzione per la quale erano maturate le condizioni necessarie per l'estinzione del reato;

- invero, l'estinzione del reato (che consente di non dichiarare la relativa decisione di condanna) non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale

l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, sez. III, 29 maggio 2017, n. 2548, nonché Consiglio di Stato, sez. III, n. 4118/2016; Consiglio di Stato, sez. V, n. 3105/2015) e, di conseguenza, il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione

dell'intervenuta condanna;

- del resto, la stazione appaltante si trova a dover considerare la rilevanza di una condanna e non può che tener conto della sua esistenza, fino a che non sia intervenuta una valutazione dell'unico giudice competente, quello penale, in ordine al venir meno dei suoi effetti ed all'adozione del conseguente provvedimento dichiarativo".

3. Le irregolarità insanabili

Per comprendere i "confini" della fattispecie in commento e quindi i casi in cui non sia possibile l'intervento in soccorso da parte del RUP, risulta di particolare utilità quanto chiarito dall'ANAC con i recenti bandi tipo, n. 1/2017 dedicato alle acquisizioni di forniture e servizi in ambito sopra soglia - da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e il bando tipo n. 2/2018 relativo alla assegnazione del servizio di pulizia anch'esso in ambito sopra soglia comunitaria.

Secondo l'autorità anticorruzione, l'irregolarità essenziale, in generale, è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata e la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze

preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta.

Nello specifico - si puntualizza nei bandi - valgono le seguenti regole:

a) il mancato possesso dei requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura

La mancata dichiarazione di eventuali precedenti penali non può essere configurata come una mera dimenticanza od omissione, ma come una falsa dichiarazione che determina inevitabilmente l'esclusione.



di gara. Pertanto, ciò che è sanabile è solo l'aver ommesso di dichiararne il possesso;

b) l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni (circostanza questa che, in particolare, riguarda i precedenti penali);

c) la mancata produzione della dichiarazione di avalimento o del contratto di avalimento, può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se i citati elementi erano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta.

Sul contratto di avalimento, rispetto alla prima posizione assunta dall'ANAC con la determinazione n. 1/2015 in cui si chiariva – in modo non chiarissimo - che "Anche il contratto di avalimento è evidentemente funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando. Tuttavia, in ordine allo stesso si ritiene che possa operare l'istituto del nuovo soccorso istruttorio limitatamente all'ipotesi di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta".

Inteso in questo senso la norma – tanto la pregressa quanto l'attuale previsione di cui all'articolo 83, comma 9 del decreto legislativo 50/2016 – l'ambito del soccorso risulta molto ampio non evidenziando, tra l'altro, nessuna informazione sulla forma che deve rivestire il contratto di avalimento.

Non può sfuggire che se il contratto di avalimento riveste la forma di una "scrittura privata" tra le parti l'atto può essere prodotto in qualunque momento con i riferimenti retrodatati.

Tale lacuna, che effettivamente poteva risultare eccessivamente discrezionale, è stata "colmata" dalla giurisprudenza che ha chiarito che deve ritenersi ammessa l'integrazione "postuma" grazie all'applicazione del soccorso istruttorio integrativo (art. 83, comma 9 del codice) ma è necessario che risulti una data certa di stipula ante scadenza del termine per presentare l'offerta. Con la conseguenza ovvia che non è possibile integrare la carenza producendo una scrittura privata "semplice" (non autenticata) se l'appaltatore non riesca a provare con certezza la data di sottoscrizione.

In questo senso si è espresso, in tempi recenti, il Tar Lazio, Roma, sez. II - quater n. 8704/2017.

In specie, il giudice ha escluso la possibilità di ricorrere all'integrazione considerato che il contratto risultava "privo di luogo di sottoscrizione" recando "una data non validata da una evidenza notarile".

Non è soccorribile invece l'eventuale carenza o indeterminatezza del contenuto del contratto di avalimento in quanto aspetto intimamente connesso con l'offerta. E, non a caso, la norma attuale (art. 89, comma 1 ultimo periodo) contiene la precisazione della nullità se non risultino specificati i requisiti "prestati" secondo una modifica apportata dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017.

Risultano insanabili, ancora secondo l'ANAC:

d) la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (es. mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), entrambi aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta;

Quanto all'indicazione della terna la sua omissione comporta non l'esclusione del concorrente, ma l'attivazione del soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 comma 9 del codice dei contratti.



La lettura dell'ANAC appare molto rigorosa ammettendo una preesistenza di tali elementi ante scadenza del termine per presentare l'offerta.

In casi, pur isolati, la giurisprudenza ha ammesso la correzione in senso lato.

Potrebbe ritenersi che in tema la stazione appaltante abbia un margine di discrezionalità qualora però lo specificasse nel bando o nella lettera di invito.

e) la mancata presentazione di dichiarazioni e/o elementi a corredo dell'offerta, che hanno rilevanza in fase esecutiva (es. dichiarazione delle parti del servizio/fornitura ai sensi dell'art. 48, comma 4 del Codice) sono sanabili.

4. L'indicazione della "terna" dei subappaltatori

In tempi recenti si è consolidato anche l'orientamento in tema di mancata indicazione della terna dei subappaltatori (ora previsto dal nuovo codice).

Sul punto, il Tar Piemonte, Torino, sez. II, sentenza del 17 gennaio 2018 n. 94. Nella sentenza si legge che "l'inosservanza di tale obbligo da parte dell'aggiudicataria non comporta però l'esclusione della stessa dalla gara, come preteso dalla controparte. Va innanzitutto premesso che, a parere del Collegio, risulta tuttora attuale il principio enunciato - in relazione al previgente D.Lgs. n. 163/2006 e al Regolamento di cui al D.P.R. n. 207/2010 - dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 2 novembre 2015, in cui si legge: "l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non

è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art.107, comma 2, d.P.R. cit."

A tale conclusione inducono:

- la circostanza che l'art. 105 del Codice del 2016 impone un obbligo di indicazione nominativa solo nel caso di cui al comma 10 relativo alla "terna di subappaltatori";

- la circostanza, precedentemente rilevata, che il medesimo Codice non ha sostanzialmente innovato la disciplina del "subappalto necessario".

Quanto all'indicazione della terna la sua omissione comporta non l'esclusione del concorrente, ma l'attivazione del soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 comma 9 del Codice "in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

Pur trattandosi di una carenza relativa a un elemento essenziale ai fini della partecipazione alla gara, essa infatti non incide sull'offerta economica o sull'offerta tecnica.

In tal senso si è già pronunciato il TAR Brescia, sez. II, nella sentenza n. 1790 del 29 dicembre 2016 (citata anche nella recente sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11438 del 20 novembre 2017).

Non va inoltre trascurato che nella "domanda di partecipazione e dichiarazioni a corredo" (modello A predisposto dalla stazione appaltante) si legge nella nota 3 a pag. 5 che "non vige l'obbligatorietà dell'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta"; e ciò basterebbe

Anche in relazione all'offerte tecnico/economica, in questo scorcio del 2018, si va consolidando l'orientamento per cui le offerte sono "immodificabili" né possono essere integrate successivamente alla scadenza del termine per presentare la domanda di partecipazione all'appalto.



a giustificare il soccorso istruttorio”.

Del resto in questo senso anche la posizione dell'ANAC – ribadita anche nei bandi tipo – in cui si sottolinea che “non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, il divieto di subappalto:

- l'omessa dichiarazione della terna;
- l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre;
- l'indicazione di un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara”.

5. Soccorso e offerta tecnico/economica

Anche in relazione all'offerte tecnico/economica, in questo scorcio del 2018, si va consolidando l'orientamento per cui le offerte sono “immodificabili” né possono essere integrate successivamente alla scadenza del termine per presentare la domanda di partecipazione all'appalto.

Al massimo risulta possibile solamente la richiesta del chiarimento e/o specificazione senza che possa tollerarsi un intervento manipolativo da parte dell'appaltatore.

In questo senso, il Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza n. 160/2018 – a proposito della mancata allegazione dell'elenco dei corsi di formazione del personale proposto per la gestione del servizio – ha annotato che “la circostanza che la ricorrente non abbia presentato l'elenco indicato rende del tutto ragionevole l'assegnazione del punteggio zero, poiché la lacuna nella sua offerta tecnica era tale da precludere la valutazione del particolare parametro qualitativo; - del resto, la lacuna indicata attiene ad un elemento essenziale dell'offerta, sicché in relazione ad essa resta precluso l'utilizzo del soccorso istruttorio, secondo la previsione dell'art. 83, comma 9, del d.l.vo n. 50/2016, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente”.

In termini analoghi il Tar Toscana, Firenze, sez.

I, sentenza n. 130/2018. In sentenza si legge – a proposito della diversa indicazione del ribasso dell'offerta economica che “la differenza tra i due importi offerti (rispettivamente esposti nell'offerta economica e nel relativo dettaglio), se computati entrambi al lordo oppure al netto dei costi di sicurezza, è ancora più ampia di quel che farebbe pensare la società istante laddove deduce che l'errore “risiede nella trascrizione di euro 321.664,29 invece che euro 331.664,29” (pagine 3 e 4 dell'impugnativa). Per tali ragioni trova applicazione l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui esclude dalla possibilità del soccorso istruttorio le irregolarità essenziali riguardanti l'offerta e legittima quindi l'estromissione dalla gara dell'offerta economica di incerto contenuto.

Invero, risultano ostativi all'ammissione della società istante il principio della parità tra i concorrenti ed il generale principio dell'autoresponsabilità, in base al quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di errori commessi nella formulazione dell'offerta (si veda TAR Toscana, I, 16.6.2017, n. 835, riguardante un analogo caso di incertezza di contenuto dell'offerta economica).

Alla stregua delle circostanze fattuali emerse, della citata norma legislativa e di tali principi l'Amministrazione era tenuta ad escludere la ricorrente dalla procedura selettiva, non rilevando nel caso di specie un errore materiale di immediata percezione ed essendovi un insanabile contrasto tra l'offerta economica ed il relativo dettaglio”.

Il Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 43/2018, di tema non di omissione ma di errata indicazione degli oneri per la sicurezza interni (aziendali) giunge ad ammettere il soccorso sempre che l'offerta appaia congrua.

In questo senso ritiene che il principio espresso dall'Adunanza Plenaria n. 19/2016 – volta a consentire l'integrazione – possa essere esteso anche al nuovo codice dei contratti.

In sentenza si legge che “vero è che la previsione di cui all'art. 83 comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 esclude la esperibilità del soccorso istruttorio nei

casi di irregolarità afferente all'offerta economica: ma si tratta di irregolarità "essenziali", ovvero di quei medesimi elementi che introducono un elemento di incertezza sostanziale dell'offerta, ai quali si riferisce la motivazione della sentenza n. 19/2016 dell'Adunanza Plenaria nella parte sopra riportata.

A diversamente ritenere - laddove cioè si concludesse circa la radicale non sanabilità della irregolarità formale dell'offerta pure in assenza di contestazioni circa la sua congruità effettiva - si determinerebbe, per il tramite della sanzione dell'esclusione, una conseguenza manifestamente sproporzionata rispetto alla ratio di tutela della previsione in esame (che si propone di assicurare, tramite la esternazione della percentuale dei costi di sicurezza interni, la vincolatività di essi per l'operatore economico ed al contempo la possibilità di valutarne la congruenza prima dell'aggiudicazione dell'appalto).

Si tratterebbe, in conclusione, di una applicazione del principio funzionale solamente alla introduzione di meri formalismi nel procedimento di gara, del tutto inidonei ad assicurare la verifica della sussistenza di effettive ricadute concrete sullo svolgimento del confronto concorrenziale, sulla par condicio dei concorrenti, nonché sull'effettività e regolarità del giudizio circa la migliore offerta

cui aggiudicare l'incanto (v. T.A.R. Campania -NA- sez. VIII, 3/10/2017 n. 4611; T.A.R. Lazio, -RM- Sez. II Ter, 20 luglio 2017, n. 8819)."

Per l'ANAC, invece, la previsione vale a pena di esclusione ai sensi del comma 10, art. 95 del codice dei contratti e si ritiene che per questa soluzione estrema si debba propendere fermo restando che la legge di gara, sul punto, deve risultare estremamente chiara a pena di attivazione del soccorso come nel caso riportato sopra.

Pur vero che nel caso di specie, l'appaltatore aveva indicato un importo sugli oneri aziendali pari al costo della manodopera (e quindi sproporzionati).

In tempi altrettanto recenti, il Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, sentenza n. 30/2018 - in relazione alla necessità di allegare all'offerta le "certificazioni" sui corsi di formazione del personale offerto (in relazione ad un appalto per l'asilo nido) ha ribadito l'impossibilità - in caso di omissione - di utilizzare il soccorso istruttorio integrativo.

Risultano altresì insanabili - ai sensi dell'ultimo periodo del comma 9 - le irregolarità che impediscono di individuare il contenuto dell'offerta e il soggetto "responsabile" dell'offerta tecnico/economica (ovvero il caso di assoluto anonimato).

La digitalizzazione delle comunicazioni e delle procedure di gara nel D.Lgs. n. 50/2016

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

Uno degli obiettivi verso i quali si dirigono le più recenti normative è quello di introdurre negli scambi di corrispondenza e negli *iter* procedurali della Pubblica Amministrazione un alto livello di innovazione e informatizzazione, con la diretta conseguenza di aumentare la qualità di servizi ad un costo inferiore di gestione.

In particolare, la digitalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi delle Pubbliche Amministrazioni (cd. **electronic public procurement**), nelle due fasi di *pre* e *post* aggiudicazione (ovvero dalla pubblicazione dei bandi fino al pagamento), è uno degli obiettivi della Commissione Europea la quale già nella Comunicazione del 20.4.2012 intitolata "Una Strategia per gli appalti elettronici"¹, ha illustrato l'importanza strategica dell'*e-procurement*, sia per la semplificazione nelle modalità di gestione degli appalti pubblici, che per la riduzione degli sprechi e una maggiore efficienza della spesa pubblica. Nello stesso solco si introduce la successiva Comunicazione della Commissione del 26.6.2013 "Appalti elettronici

end-to-end per modernizzare la pubblica amministrazione"² in cui viene evidenziato che la diffusione degli appalti elettronici cd. "end-to-end" (cioè dalla pubblicazione elettronica dei bandi fino al pagamento elettronico) e la digitalizzazione della pubblica amministrazione sarà un fattore decisivo per la crescita.

Nel progetto volto alla modernizzazione dei processi di approvvigionamento della pubblica amministrazione, la Commissione ha proposto di rendere obbligatorie le fasi di pubblicazione elettronica dei bandi, di accesso elettronico ai documenti di gara e di presentazione elettronica delle offerte nonché la fatturazione elettronica.

La digitalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi delle PA è uno degli obiettivi della Commissione Europea

All'interno del progetto di *e-Procurement* si collocano inoltre le direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014) le quali connettono il settore degli appalti alla "Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", richiamata anche fra i considerando delle citate direttive,

1. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0179&from=it>
 2. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2013\)0453/com\(2013\)0453_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0453/com(2013)0453_it.pdf)

nell'ambito della quale la ricerca e l'innovazione sono uno dei principali motori della crescita futura.

Il D.Lgs. 50/2016 ("Nuovo Codice dei Contratti"), di recepimento delle citate direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni, introduce diverse novità con riferimento all'utilizzo degli strumenti telematici.

In particolare, il Nuovo Codice dei Contratti impartisce alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza diversi obblighi e indicazioni relativamente alle modalità di gestione degli affidamenti di lavori, servizi, forniture e incarichi professionali, dando un importante impulso all'informatizzazione della Pubblica Amministrazione.

Significativo a riguardo è l'art. 38 del Nuovo Codice dei Contratti il quale in materia di qualificazione di stazioni appaltanti e centrali di committenza mediante iscrizione all'elenco istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) prevede, fra i requisiti "incentivanti" ai fini di detta iscrizione, la «3) disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara».

In termini generali è l'art. 44 del Nuovo Codice dei Contratti che ha sancito la digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, da disciplinare con un decreto - da adottarsi entro un anno dalla data di entrata in vigore del Nuovo Codice dei Contratti - con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di

competenza: tale decreto ad oggi tuttavia non risulta essere stato adottato.

Come vedremo nel prosieguo, il legislatore ha più in particolare introdotto l'obbligo di utilizzare mezzi telematici per gli scambi di informazioni e la formulazione delle offerte di gara, limitando l'utilizzo delle modalità tradizionali a pochi casi o comunque a fronte di un'adeguata motivazione.

1. Scambio di comunicazioni in via telematica

Con riferimento allo scambio di comunicazioni, l'art. 40 del Nuovo Codice dei Contratti dispone che le comunicazioni nell'ambito delle procedure svolte da centrali di committenza³ sono eseguiti utilizzando

mezzi elettronici ai sensi del D.Lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale), per poi specificare al comma 2 che «A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti⁴ sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronica».

Dunque, viene fissato un principio generale secondo cui per le procedure ad evidenza pubblica gli scambi delle comunicazioni debbano avvenire per via telematica, principio che è obbligatorio sin da subito per le centrali di committenza mentre diverrà un obbligo a partire dal 18 ottobre 2018 per le stazioni appaltanti.

Principio fondamentale alla base della gestione elettronica degli scambi di comunicazioni lo si

Il D.Lgs. 50/2016 introduce diverse novità con riferimento all'utilizzo degli strumenti telematici

3. Definite all'art. 3, comma 1 lettera i) dello stesso Nuovo Codice dei Contratti «un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie».

4. Definite all'art. 3, comma 1 lettera o) come «le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e), i soggetti aggiudicatori di cui alla lettera f) e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lettera g)».

rinviene al comma 5 dell'art. 52 dove si legge che: «5. In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione». A tal fine il legislatore al comma 7 dell'art. 52 ha previsto la possibilità per amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori di imporre agli operatori economici «condizioni intese a proteggere il carattere di riservatezza delle informazioni» rese disponibili durante tutta la procedura di appalto.

Il principio, di derivazione comunitaria (recepisce infatti le norme di cui all'art. 22 della direttiva 2014/24/UE, all'art. 40 della direttiva 2014/25/UE e agli artt. 29, 33 e 34 della direttiva 2014/23/UE), attua il criterio di delega di cui alla lettera c) della Legge n. 11/2016. In particolare l'art. 52 introduce - quale disposizione innovativa e strumento di semplificazione e accelerazione delle procedure - l'obbligo, **nei settori ordinari e speciali**, di eseguire tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni previsti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici. Prosegue poi specificando che «Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TLC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione».

A tale regola generale è tuttavia lo stesso comma 1 dell'art. 52 che al terzo periodo dispone una deroga prevedendo che in specifiche ipotesi «le stazioni appaltanti non sono obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta», prevedendo tale possibilità qualora:

Il D.Lgs. n. 50/2016 sancisce il principio generale secondo cui per le procedure ad evidenza pubblica gli scambi delle comunicazioni debbano avvenire per via telematica



«a) a causa della natura specialistica dell'appalto, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono gestiti dai programmi comunemente disponibili;

b) i programmi in grado di gestire i formati di file, adatti a descrivere l'offerta, utilizzano formati che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte della stazione appaltante;

c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiede attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti;

d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici;

e) l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici ovvero per la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli operatori economici o che possono essere messi loro a disposizione mediante modalità alternative di accesso ai sensi del comma 6».

In tali ipotesi il comma 3 dell'art. 52 prevede che «Le stazioni appaltanti indicano nella relazione unica i motivi per cui l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è stato ritenuto necessario in applicazione del comma 1, terzo periodo».

Altra deroga è contenuta al comma 4 dell'art. 52 dove è disposto che «4. In deroga ai commi da 1 a 3, la **comunicazione orale** può essere utilizzata in relazione a comunicazioni diverse da quelle relative agli elementi essenziali della procedura di appalto, purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato. A tal fine, gli elementi essenziali della procedura di appalto includono i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte. In particolare, le comunicazioni orali con offerenti che potrebbero incidere significativamente sul contenuto e la valutazione delle offerte sono documentate in misura sufficiente e con mezzi adeguati».

Questa previsione ha suscitato diverse polemiche fra i commentatori del Nuovo Codice dei Contratti considerato che la *ratio* di tale previsione è risultata poco comprensibile, a maggior ragione considerando la delicatezza dell'ambito di applicazione, ossia le procedure di appalto, nel quale spesso, purtroppo, si sono verificati fenomeni di scarsa trasparenza via via oggetto di contenzioso. Legittimare, infatti, a livello normativo le comunicazioni orali ai concorrenti di una procedura di appalto costituisce un potenziale *vulnus* per l'accertamento della correttezza delle procedure poste in essere.

Stesse perplessità ha generato anche l'art. 131 a mente del quale in materia di inviti ai candidati, è specificato che «nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nei partenariati per l'innovazione e nelle procedure competitive con negoziazione, gli inviti se non sono stati resi disponibili in formato digitale verranno inviati in formato cartaceo». In sostanza, la previsione prevede la possibilità per le singole amministrazioni, a dispetto dell'obiettivo di digitalizzazione, di utilizzare il modello organizzativo previgente, bandendo gare in via cartacea. Il rischio, dunque, è che l'intento della riforma si traduca in un'occasione mancata.

Si evidenzia inoltre che il legislatore ha previsto una disciplina particolare per le procedure relative alle **concessioni**, a cui sono dedicati i commi 10 e 11 dell'art. 52, ferma restando l'applicazione dei principi di cui ai commi 5, 2, e 7 (come disposto dal comma 12 dello stesso art. 52).

È infatti previsto che «10. Per le concessioni, fatti salvi i casi in cui l'uso dei mezzi elettronici è obbligatorio ai sensi del presente codice, le stazioni appaltanti possono scegliere uno o più dei seguenti mezzi di comunicazione per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni:

- a) mezzi elettronici;
- b) posta;
- c) comunicazione orale, anche telefonica, per comunicazioni diverse da quelle aventi ad oggetto gli elementi essenziali di una procedura di aggiudicazione di una concessione e purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato su un supporto durevole;
- d) la consegna a mano comprovata da un avviso di ricevimento».

Il comma 11 poi chiarisce a riguardo che «11. Nei casi di cui al comma 10, il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunemente disponibile e non discriminatorio e non deve limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione della concessione. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere interoperabili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione comunemente in uso».

2. Procedure di gara telematiche

Per quanto riguarda gli strumenti elettronici di acquisto, l'art. 3 del Nuovo Codice dei Contratti definisce alla lettera zzz) il «**sistema telematico**» ovvero «un sistema costituito da soluzioni informatiche e di telecomunicazione che consentono lo svolgimento delle procedure di cui al presente codice».

Con riferimento alle **procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione**, l'art. 58 del Nuovo Codice dei Contratti dispone che «nel rispetto dell'articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi

telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice.

*L'utilizzo dei sistemi telematici non deve alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara». Ciò che caratterizza le gare telematiche rispetto ad una tradizionale gara d'appalto è l'utilizzo di una piattaforma on-line di *E-procurement* e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC), che di fatto rendono l'iter più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte.*

Le **fasì di gara** seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte: la firma digitale garantisce infatti la certezza del firmatario dell'offerta e la marcatura temporale ne garantisce la data certa di firma e l'univocità della stessa.

Nelle procedure telematiche le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte



In particolare, è possibile distinguere n. 4 fasi:

1. caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma
2. invio dell'offerta da parte del concorrente
3. seduta della commissione di gara
4. pubblicazione delle graduatorie

Ai sensi dell'art. 58 del Nuovo Codice dei Contratti, relativo alla procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione, è facoltà delle stazioni appaltanti stabilire che l'aggiudicazione di una procedura interamente gestita con sistemi telematici avvenga con la presentazione di un'unica offerta, ovvero attraverso un'asta elettronica, alle condizioni e secondo le relative modalità (art. 58, comma 2).

La disposizione individua, inoltre, concrete modalità operative, prevedendo in particolare che «*Il sistema telematico crea ed attribuisce in via automatica a ciascun operatore economico che*

partecipa alla procedura un codice identificativo personale attraverso l'attribuzione di userID e password e di eventuali altri codici individuali necessari per operare all'interno del sistema» (art. 58, comma 4).

Nella formulazione originaria era inoltre previsto che ai fini del controllo sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, il dispositivo elettronico delle stazioni appaltanti avrebbe provveduto, mediante un meccanismo casuale automatico, ad effettuare un sorteggio di sarebbe stata data immediata evidenza per via telematica a tutti gli offerenti, nel rispetto del principio di riservatezza dell'elenco dei soggetti che partecipano alla procedura di gara: il comma in questione è stato tuttavia abrogato dall'art. 37, D.Lgs. n. 56/2017.

L'articolo (al comma 5) dispone inoltre che, al momento della ricezione delle offerte, la stazione appaltante trasmetta in via elettronica a ciascun concorrente la notifica del corretto recepimento

dell'offerta stessa precisando (al comma 7) che la graduatoria viene generata automaticamente dal sistema telematico non appena conclusa la procedura.

Il richiamato art. 37 del D.Lgs. n. 56/2017 ha abrogato anche la previsione originariamente prevista al comma 6 dell'art. 58 secondo cui, scaduto il termine di ricezione delle offerte, la stazione appaltante avrebbe esaminato dapprima le dichiarazioni e la documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura e quindi, in sequenza, l'eventuale offerta tecnica e successivamente quella economica.

3. La giurisprudenza sulla gestione telematica delle procedure di gara

Considerata la peculiarità delle procedure di gara telematiche, la giurisprudenza amministrativa si

è interrogata sia sulla declinazione dei principi a tutela dell'evidenza pubblica in tali tipi di procedure sia sulle diverse fasi di cui le stesse si compongono.

Ad avviso del Giudice Amministrativo, come di recente confermato anche nella sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388**, il **principio di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara**, posto a presidio dell'intangibilità delle offerte, deve essere rapportato non ai canoni storici che ne hanno guidato l'applicazione, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha messo a disposizione delle procedure telematiche. Queste ultime, per le loro caratteristiche tecniche, offrono il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte, indipendentemente dalla presenza fisica o meno del pubblico alle sedute di gara, poiché è esclusa la possibilità che possano essere apportate modifiche alle offerte. Ciò in quanto, ad avviso del Consiglio di Stato, **la piattaforma elettronica** che supporta le varie fasi di gara **consente di tracciare ogni operazione compiuta, senza possibilità di alterazioni**. Ed ancora, **l'inviolabilità delle buste** elettroniche contenenti le offerte e **l'incorruttibilità dei documenti** presentati sono garantite proprio dalla stessa scansione e successione temporale delle varie fasi in cui si articola la gara.

Le modalità telematiche, infatti, «*per loro natura, consentono di poter tracciare attraverso i "log di sistema", ovvero ogni singolo e specifico momento procedimentale, così da escludere ogni ipotesi di manomissione, sul presupposto che, ove pure si verificasse, risulterebbe tracciato e riscontrabile nel predetto sistema di crittografia a codici elettronici, senza possibilità che esistano operazioni non registrate a sistema. A differenza del passato, non possono più manifestarsi "zone d'ombra" posto che non esiste*

fase che non sia debitamente e compiutamente registrato dal sistema di supporto..».

In particolare in una procedura telematica si contraddistinguono i seguenti elementi a tutela della trasparenza della procedura e dell'intangibilità delle offerte:

- il timing di gara indica ai concorrenti il termine ultimo perentorio di "chiusura della busta" e il relativo termine ultimo per potere eseguire l' "upload" delle offerte al sistema: oltre tale termine non è possibile, dunque, inviare l'offerta;
- la firma digitale e la marca temporale, che corrispondono alla "chiusura della busta", garantiscono invio e ricezione delle offerte;
- fino alla data della seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti.

I suesposti principi sono stati oggetto anche di successive pronunce, come la sentenza del **TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 ottobre 2017, n. 665** relativa a una procedura di gara indetta sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, il ricorrente ha contestato il *modus operandi* della stazione appaltante, in quanto la mancata comunicazione in merito allo svolgimento della seduta di gara nel corso della quale avrebbero dovuto essere letti i punteggi attribuiti alle offerte tecniche e aperte le offerte economiche avrebbe violato il principio di pubblicità delle sedute di gara sancito dal disciplinare di gara e confermato dall'art. 283 del D.P.R. n. 207/2010. Il Tar Sardegna ha così rilevato che «*La gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte*

La gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara assicurando il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche



e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche. Alla luce delle superiori considerazioni,

la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che, in siffatte ipotesi, quandanche la lex specialis recasse la previsione di una distinta fase pubblica destinata all'apertura delle offerte, l'eventuale omissione sarebbe comunque irrilevante (T.a.r. Lombardia, Brescia, 12 gennaio 2016, n. 38)». Ed ancora, prosegue la sentenza «Particolarmente convincente è quanto affermato dalla già citata pronuncia del T.a.r. Lombardia Brescia, 12 gennaio 2016, n. 38 secondo cui "non essendo possibile dubitare, grazie ai vincoli del sistema informatico, della genuinità dei dati che costituiscono le offerte, la sanzione dell'annullamento dell'intera gara sarebbe sproporzionata e priva di utilità, in quanto non ristorerebbe alcun danno, né a vantaggio dell'interesse pubblico né a favore dei singoli concorrenti"».

Il Giudice Amministrativo è stato investito anche di questioni vertenti la legittimità del *modus operandi* del concorrente nella formulazione delle offerte nell'ambito di dette procedure di gara telematica.

A riguardo si evidenzia la recente pronuncia del **Trga Trento, 8 gennaio 2018, n. 4** secondo cui deve essere escluso dalla gara telematica il concorrente che, invece di utilizzare, per l'invio dell'offerta, il "file.pdf" caricato a sistema delle liste di lavorazioni e forniture, come specificato dalla lettera di invito, ha proceduto alla scansione del modulo contenente le predette liste, compilandolo e inviandolo alla stazione appaltante, senza che sia possibile fare ricorso al soccorso istruttorio in quanto l'irregolarità rilevata concerne le modalità di formulazione dell'offerta economica e va ad incidere sul contenuto dell'offerta stessa, sì da dover essere qualificata come non sanabile.

Ad avviso del Trga Trento «Nelle gare tradizionali il modulo fornito dalla stazione appaltante altro non è che il modulo su cui è apposto, a secco o in originale, il timbro da parte del responsabile del procedimento, mentre nel caso delle gare telematiche il timbro previsto ex lege altro non è che la firma in formato digitale apposta dal responsabile

del procedimento. Il legislatore (art. 58 del decreto legislativo n. 50/2016) ha disciplinato le procedure gestite attraverso piattaforme telematiche di negoziazione disponendo che le stesse debbano essere svolte "ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale, nel rispetto dell'art. 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure" e, quindi, stante l'espresso riferimento alla "normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale" (ossia al codice dell'amministrazione digitale, approvato con il decreto legislativo n. 82/2005) nel caso in esame è proprio la **firma digitale** l'unico mezzo che consente di qualificare come originale un documento fornito dall'Amministrazione. Pertanto - posto che proprio l'apposizione della firma digitale del responsabile del procedimento origina il documento in originale, che deve essere impiegato dal concorrente per la formulazione della propria offerta economica - non è condivisibile la tesi di controparte secondo la quale la scansione del modulo "Lista delle lavorazioni e forniture" equivale al "modulo fornito dall'Amministrazione", perché il documento scansionato non riporta i certificati di firma digitale riconducibili al responsabile del procedimento. ...

Inoltre, laddove si ammettesse l'utilizzo, da parte del concorrente, del modulo "Lista delle lavorazioni e forniture" scansionato, anziché in originale, si imporrebbe al seggio di gara di porre in essere incumbenti istruttori non previsti, anche particolarmente complessi - in palese contrasto con i principi di celerità ed economicità del procedimento e di chiarezza e trasparenza delle operazioni di gara, nonché di par condicio tra i concorrenti e di imparzialità dell'attività amministrativa - perché il seggio sarebbe tenuto a controllare ogni singola voce della lista scansionata e compilata dal concorrente per verificarne l'esatta corrispondenza con quella timbrata dal responsabile del procedimento, e tale operazione non solo richiederebbe tempo, ma soprattutto non potrebbe assicurare l'assenza di errori, specie laddove siano previste lavorazioni di particolare complessità».

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 29/1/2018, n. 604

"l'amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto"

"...orientamento giurisprudenziale consolidato che afferma che l'amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (da ultimo: Cons. Stato, V, 25 maggio 2017, n. 2460). L'indirizzo ora richiamato si giustifica sulla base della considerazione che la scelta qui censurata ha carattere prodromico rispetto al giudizio finale sulla congruità dell'offerta, ed inoltre sull'ampiezza (o sostanziale indeterminatezza) del relativo presupposto di legge (art. 86, comma 3, d.lgs. 163 del 2006): «in base ad elementi specifici»; a sua volta correlato ad una situazione di mero sospetto di anomalia dell'offerta (che «appaia anormalmente bassa»), tutto ancora da accertare a quel momento della procedura di affidamento...Infatti, all'esito della selezione delle offerte la stazione appaltante non è in linea generale in grado di conoscere con precisione tutte le voci di costo di cui l'offerta e tanto meno se queste sono a sua volta coerenti con i valori di mercato. Se quindi in questa fase della gara le determinazioni assunte dalla stazione appaltante si fondano su valutazioni di carattere provvisorio e su un quadro probatorio incompleto, si deve poi evidenziare che nessuna illegittimità è ravvisabile nel fatto che le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a procedere alla verifica di anomalia siano esternate nel corso o anche alla fine del relativo sub-procedimento. L'impresa ad essa sottoposta è comunque in grado di formarsi un convincimento preciso sulle ragioni sottese alla scelta dell'amministrazione sin dall'origine, sulla base delle richieste di giustificativi, oltre che nel corso di tutto il sub-procedimento di verifica, attraverso tutti gli altri chiarimenti richiesti nell'ambito del contraddittorio che consegue all'apertura della verifica di congruità..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/1/2018, n. 435

Sull'individuazione della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016

"...l'art. 97, comma 2, del nuovo codice appalti, disposizione assai "poco lineare", che ha dato luogo a "numerosi dubbi interpretativi", destinata a condurre, a seconda dell'esito del sorteggio fra i 5 metodi di calcolo della soglia di anomalia ivi previsti, a risultati della gara "radicalmente diversi", sì che risulta "arduo individuare una logica di sistema della disposizione, nel suo confronto con la realtà della gara, risultando pienamente rispettato il solo criterio dell'imprevedibilità dell'esito", dal momento che "quasi tutte o quasi nessuna delle offerte ammesse potrebbero essere qualificate 'anomale' nella stessa gara a seconda del criterio sorteggiato".

All'infelicità redazionale della disposizione di cui trattasi ha inteso offrire un contributo migliorativo il

richiamato Comunicato stampa del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016, avente ad oggetto "Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso", secondo il quale la norma dovrebbe essere letta come se recitasse: "media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, arrotondato all'unità superiore, con esclusione del dieci per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso", ove tuttavia un Fato maligno pare essersi accanito inserendo un refuso, giacché le parole "arrotondato all'unità superiore" andrebbero chiaramente riferite al "dieci per cento" e collocate dopo questo.

In ogni modo, il Presidente dell'ANAC ha inteso ribadire che per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali.

In definitiva, il modus procedendi per dare applicazione alla disposizione de qua sembra doversi così ricostruire:

1. escludere il 10 % (arrotondato all'unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali);
2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica;
3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra...."

TAR Campania, Sez. VIII, 18/01/2018, n. 394

Non si ritiene sufficiente la sola presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l'ammissione a far decorrere l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione dalla gara

"...Si ritiene che il rito speciale in materia di impugnazione degli atti di esclusione e ammissione costituisca un'eccezione al regime "ordinario" processuale degli appalti (che a sua volta è un'eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, in quanto tale debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto (T.A.R. Puglia Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367), ovverosia quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016. In caso contrario l'impugnativa dell'ammissione dell'aggiudicatario deve essere formulata congiuntamente con quella del provvedimento di aggiudicazione (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843). Questa Sezione si è, in tempi relativamente recenti, espressa al riguardo indicando di condividere in linea di principio la natura speciale della normativa che impone l'onere di immediata impugnativa, ma che nei casi in cui la parte non solo sia a conoscenza dell'esistenza del provvedimento di esclusione o ammissione ma sia esattamente a conoscenza dei profili di illegittimità da sollevare in giudizio, avendo avuto piena conoscenza degli atti della procedura, si presenta preferibile il primo indirizzo che dà rilievo all'avvenuta conoscenza....D'altra parte il riferimento dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. alla pubblicazione sul profilo del committente, nell'ambito della sezione "Amministrazione trasparente" ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, con conseguente applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, è volto a consentire la piena conoscenza degli atti consultabili sul profilo del medesimo committente, in modo che non vi si vede ragione di consentire alla parte di rimandare l'impugnativa una volta che ha aliunde preso piena conoscenza dei profili di illegittimità da sollevare. Venendo al caso in esame nel presente giudizio, il Collegio, tenendo presente quanto indicato, ritiene di dover valorizzare la specialità della normativa e il carattere derogatorio dei principi in materia di impugnativa di cui all'art. 120, comma 2-bis del c.p.a., nel senso cioè di non ritenere sufficiente la presenza di un rappresentante della ditta controinteressata alla seduta del 1 marzo 2017. Tale presenza determina al più la conoscenza

del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all'esito di successive indagini, ma non certamente la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni. Stante l'indicato carattere derogatorio, infatti, il criterio dell'effettiva completa conoscenza dell'atto impugnabile, comprensivo di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità dello stesso, deve essere applicato in modo restrittivo, ai soli casi in cui, per gli elementi emersi nella seduta di gara, si evince che la parte dovesse essere sin da allora pienamente consapevole dei profili di illegittimità sollevabili..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 11/01/2018, n. 113

Limiti e confini circa l'applicabilità del soccorso istruttorio all'offerta economica

"Va, invero, preliminarmente osservato che, come a più riprese chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale. In applicazione di tale principio avente carattere generale, il Collegio condivide e intende dare continuità all'orientamento consolidato di questo Consiglio, secondo cui "nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente." (Consiglio di Stato, IV, 6 maggio 2016 n. 1827)...Non vi è stata alcuna inammissibile attività manipolativa ad opera della Commissione: questa si è al più limitata a correggere un mero errore materiale, a fronte di una volontà correttamente espressa dalla partecipante in relazione all'offerta economica, nei limiti indicati dalla consolidata giurisprudenza in materia: ed invero, l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque (si veda in tal senso Consiglio di Stato, VI, 2 marzo 2017, n. 978). La Stazione appaltante nel caso di specie si è dunque limitata ad una mera correzione dell'errore di calcolo, ponendo in essere un'operazione che non lede in alcun modo in concreto la par condicio dei concorrenti."

TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10/1/2018, n. 73

Il principio di rotazione prevale sull'obbligo per la stazione appaltante di invitare l'operatore uscente

"Deve, pertanto, ritenersi escluso l'obbligo per la stazione appaltante di invitare l'operatore uscente, trattandosi viceversa di una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione ed in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno....In linea con la giurisprudenza richiamata, si pongono le linee guida dell'ANAC n. 4/2016, in tema di affidamenti sotto soglia (cfr. delibera 26 ottobre 2016 n. 1097, in G.U. 23 novembre 2016 n. 274), secondo cui «il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, D.lgs. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più

stringente», potendo, di conseguenza, la stazione appaltante fondare tale scelta solo in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative, ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ed in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.”

TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 19/12/2017, n. 5945

E' illegittima la clausola del bando di gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che richieda alle imprese partecipanti, come requisito di ammissione, la disponibilità di un centro di cottura ubicato nel territorio comunale, in quanto sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese

“... il possesso di un centro cottura regolarmente autorizzato non era posto quale requisito di partecipazione alla gara, bensì come requisito di esecuzione del contratto. Prova ne sia che la lex specialis, quando richiama detto requisito, si riferisce sempre all'aggiudicazione della gara o alla stipula del contratto e non alla “mera” partecipazione alla procedura di gara (l'art. 4 lett. e, del disciplinare di gare prevede che il concorrente deve dichiarare “di disporre in caso di aggiudicazione, di idonea struttura da adibire a centro di cottura”; l'art. 11 del capitolato speciale di appalto, nel chiarire le caratteristiche e gli obblighi inerenti il centro di produzione pasti, fa riferimento alla ditta aggiudicataria; il comma 19 lett. g, dell'art. 11 del capitolato speciale di appalto prevede una dichiarazione di disponibilità “entro la data di stipula del contratto, di un proprio centro di cottura”).

Ciò è, peraltro, pienamente in linea con gli orientamenti giurisprudenziali che, per gare analoghe a quelle in questione, indicano la necessità che il possesso di un centro cottura sia un requisito di esecuzione del contratto in conformità del principio di massima tutela della concorrenza tra imprese anche in considerazione del diritto dell'Unione Europea e che in tal senso siano interpretate anche le previsioni della lex specialis delle procedure di appalto (Cons. Giust. Amm. Sic., 15-06-2017, n. 294). Risulterebbe illegittima, infatti, una clausola del bando di gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che richieda alle imprese partecipanti, come requisito di ammissione, la disponibilità di un centro di cottura ubicato nel territorio comunale, in quanto sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese (T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 03-11-2009, n. 2602)

In caso di appalto del servizio di refezione scolastica, infatti, il richiedere tout court l'effettiva disponibilità di un centro di cottura nel territorio comunale sin dalla data di presentazione della domanda, senza consentire all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione, equivale a riservare la gara stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie (T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 01-03-2016, n. 116; T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 22-07-2011, n. 476)...”

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/12/2017, n. 6002

“... il provvedimento di ritiro di un atto infraprocedimentale, quale l'aggiudicazione provvisoria, non soggiace alla disciplina dettata per gli atti di autotutela”

“...per consolidato orientamento giurisprudenziale, l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale inidoneo a creare affidamenti in capo al concorrente interinalmente individuato come aggiudicatario, rientrando nella fisiologia degli eventi la possibilità che ad essa non segua l'aggiudicazione

definitiva, la quale, concludendo il procedimento di gara, crea le condizioni necessarie per l'avvio della successiva fase contrattuale (Cons. Stato, Sez. V, 3/7/2017, n. 3248).

Sino al momento dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante può sempre riesaminare il procedimento di gara al fine di emendarlo da eventuali errori commessi o da illegittimità verificatesi, senza che ciò costituisca manifestazione, in senso tecnico, del potere di autotutela, il quale, avendo natura di atto di secondo grado, presuppone esaurita la precedente fase procedimentale con l'intervenuta adozione del provvedimento conclusivo della stessa.

Ne consegue che il provvedimento di ritiro di un atto infraprocedimentale, quale l'aggiudicazione provvisoria, non soggiace alla disciplina dettata per gli atti di autotutela (ex plurimis Cons. Stato, Sez. V, 20/4/2012, n. 2338; Sez. III, 4/9/2013 n. 4433)..."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 943 DEL 13 settembre 2017

PREC 266/17/S

"i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenzianti una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori"

"...con riferimento alle tabelle ministeriali, la giurisprudenza ha precisato che, esse stabiliscono il costo medio orario del lavoro, cosa ben diversa dal trattamento minimo salariale stabilito dalla legge o dalla contrattazione collettiva, al quale solo si riferisce la previsione d'inderogabilità di cui all'articolo 97, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016 e all'articolo 87, comma 3, d. lgs. n. 163/2006" (cfr. TAR Puglia Lecce Sez. II, Sentenza del 17 marzo 2017, n. 443). Conseguentemente, sulla base di tali considerazioni, la giurisprudenza è giunta così ad affermare, con orientamento non solo consolidato ma di perdurante valore anche sotto la vigenza del nuovo codice appalti, «che i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenzianti una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori». Esprimendo solo una funzione di parametro di riferimento è allora possibile discostarsi da tali costi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa (cfr. TAR Roma, sez. II, 05 agosto 2016, n. 9182; TAR Roma, 30 dicembre 2016 n. 12873; delibera n. 488/2017 citata) ... Dunque, che se le tabelle ministeriali esprimono un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, e non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma configurano solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima, di per sé, un giudizio di anomalia (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 6 febbraio 2017, n. 501; delibera n. 488/2017), potendo una possibile differenza del costo del lavoro essere concretamente giustificata dalle diverse particolari situazioni aziendali e territoriali e dalla capacità organizzativa dell'impresa che possono rendere possibile, in determinati contesti particolarmente virtuosi, anche una riduzione dei costi del lavoro, tenuto conto degli aspetti che riguardano le singole imprese (diverse per natura, caratteristiche, agevolazioni e sgravi fiscali ottenibili) e delle possibili economie che le singole imprese possono conseguire, anche con riferimento al costo del lavoro;"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 1024 DEL 11 ottobre 2017
PREC 77/17/S**

la previsione della lex specialis che prevede il requisito di iscrizione all'albo gestori ambientali quale requisito di partecipazione, e non di esecuzione, è conforme all'orientamento consolidato formatosi sulla questione

“...relativamente alla questione giuridica inerente il requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, questa Autorità, con comunicato del Presidente pubblicato in data 29 agosto 2017, ha ritenuto, «in considerazione dei recenti approdi giurisprudenziali e, in particolare, della sentenza n. 1825 del 19 aprile 2017 del Consiglio di Stato, sezione V, nella quale è stato precisato che è l'ordinamento delle pubbliche commesse a specificare quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara e che, conseguentemente, il requisito in questione è «un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell'articolo 39 d.lgs. n. 163 del 2006; e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità» di modificare la propria posizione interpretativa e considerare, pertanto, il requisito di iscrizione all'albo dei gestori ambientali richiesto nelle gare di affidamento dei contratti pubblici come un requisito di partecipazione e non di esecuzione»;

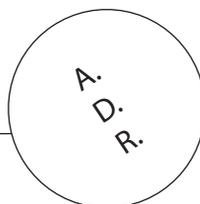
Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 1085 del 25 ottobre 2017
PREC 246/17/S**

E' ammesso l'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che quest'ultima non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata

“La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria»; è stato anche affermato (Tar Lazio Roma sez. II 14 luglio 2017, n. 8520) che «L'ammissibilità dell'avvalimento della certificazione di qualità costituisce un dato pacifico nel nuovo codice dei contratti, laddove uno specifico criterio di delega (art. 1, comma 1, lett. zz) del d.lgs n. 11/2016) prevedeva «[la] revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara [...]»...«si ritiene di interpretare l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 come non ostativo all'avvalimento della certificazione di qualità soltanto ove insieme alla stessa certificazione venga “prestata” l'organizzazione aziendale che ne funge da presupposto oggettivo. Questo indirizzo appare condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2344 del 18.4.2011, Tar Piemonte, Sez. I, n. 224 del 15.1.2010) che ha ammesso l'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che quest'ultima non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata (cfr. parere di precontenzioso n. 115 del 22 giugno 2011)»;

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1

E' legittima la scelta di una Stazione Appaltante di invitare ad una procedura negoziata sul MEPA i soli operatori economici aventi sede in un'area geografica non troppo distante dalla sede di esecuzione dell'appalto?

In linea generale, le stazioni appaltanti nel rispetto del principio di non discriminazione, non devono porre restrizioni al mercato. Il Consiglio di Stato con sentenza n. 5854 del 13/12/2017 richiamando il principio espresso da Cons. Stato, V, 20 agosto 2015, n. 3954, ribadisce però che la questione vada risolta, caso per caso, alla luce delle concrete caratteristiche della prestazione oggetto di gara. Pertanto, sarebbe legittima la scelta della Stazione Appaltante di privilegiare, nell'ambito della piattaforma informatica, del MePa, (che prevede la possibilità di selezionare gli operatori su base regionale o provinciale), le imprese in grado di offrire tempestivamente le prestazioni richieste, incontestabilmente riferite ad un ben preciso territorio e ad un arco temporale circoscritto.

2

La lettera d'invito alla procedura negoziata può discostarsi negli elementi essenziali dalle condizioni esposte nella preventiva indagine di mercato per la selezione degli operatori da invitare?

Risposta affermativa ha dato l'Autorità Nazionale Anticorruzione. Con Delibera n. 1094 del 25/10/2017 l'ANAC ha affermato che in caso di procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria l'ente aggiudicatore è tenuto ad applicare i principi in materia di contrattualistica pubblica di cui all'art. 30, comma 1, del d.lgs. 50/2016. Nel caso in esame, nell'avviso pubblico di manifestazione d'interesse finalizzato a individuare la platea dei potenziali affidatari del servizio, la stazione appaltante si era espressamente riservata la facoltà di sospendere, annullare o modificare, in tutto in parte il procedimento avviato. Nella lettera di invito successivamente inviata, pertanto erano state esplicitate le sopravvenute e mutate esigenze di celerità e contenimento della spesa che avevano condotto la S.A. a modificare la durata e il conseguente valore dell'affidamento, nonché il criterio di aggiudicazione che sarebbe stato applicato nella procedura competitiva. La condotta della Stazione Appaltante, è stata dunque improntata ai principi di economicità, efficacia e tempestività sanciti dall'art. 30 del Codice, assicurando un leale e trasparente confronto competitivo tra gli operatori economici del settore, adeguatamente motivando, sia in ordine alla procedura seguita che alla scelta del contraente.

3

L'operatore economico per beneficiare della riduzione della cauzione provvisoria, deve allegare la certificazione di qualità, alla stessa?

L'art. 97 c. 7 del D.Lgs. 50/2016, dopo aver esplicitato in che misura si può ridurre l'importo della cauzione provvisoria, per gli operatori che sono in possesso delle certificazione di qualità, puntualizza che: "Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti". Pertanto si desume che contestualmente alla presentazione della cauzione, si debba documentare il possesso della certificazione dichiarata allegando copia conforme della certificazione di cui all'art. 93 comma 7 del Codice.

4

E' legittimo l'inserimento di requisiti di esperienza tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica?

L'ANAC nelle Linee guida ANAC in materia di offerta economicamente più vantaggiosa afferma che, con l' articolo 95 comma 6 lett. e) del D.Lgs. n. 50/2016, è «definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica» sicché, i requisiti di natura soggettiva possono essere introdotti nella valutazione delle offerte quando questi permettono di valutare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o per premiare il concorrente che presenta determinati requisiti ritenuti particolarmente meritevoli. Le Stazioni appaltanti possono prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell' offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a

realizzare lo specifico progetto oggetto di gara, nei casi in cui ravvisino l'opportunità che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, siano valutate anche per la selezione dell' offerta. Tale possibilità è ammessa però a determinate condizioni: - si verta in ipotesi di appalti di servizi; - si tratti di aspetti dell'attività dell'impresa determinanti sulla qualità dell'offerta; - lo specifico punteggio assegnato per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non deve incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17/01/2018 n. 279).

5

La Commissione di gara può riesaminare la documentazione prodotta dagli operatori durante lo svolgimento delle varie fasi di gara?

L'avvicinarsi delle diverse fasi della gara non produce alcuna preclusione per la stazione appaltante, che non perde il potere di riesaminare anche in un momento successivo a quello della verifica dei requisiti di partecipazione la documentazione allegata all'offerta per disporre l'esclusione di un'impresa concorrente che ne fosse priva (T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione III, 10 novembre 2011, n. 2715). La giurisprudenza amministrativa ammette addirittura che l'Amministrazione possa intervenire in via di autotutela anche dopo la conclusione della gara annullando l'aggiudicazione; sicché, a maggior ragione, l'esercizio del potere di verifica delle offerte non può essere in alcun modo impedito quando la gara è in corso e non si sono ancora formate posizioni consolidate in relazione al conseguimento della commessa (T.A.R. Lombardia – Milano, n. 2715/2011, cit. Tar Lombardia n. 00028/2018.).

6 Nelle procedure disciplinate dall'art. 36 c.2 lett. b del D.Lgs 50/2016, è opportuno invitare anche l'operatore uscente?

La norma citata in epigrafe, si sofferma sulla necessità di rispettare di un criterio di rotazione degli inviti. La giurisprudenza recentemente si è ancora espressa sulla questione, così sancendo: "la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo ai concorrenti diversi dal precedente gestore, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione" (Cons. Stato, VI, 31.8.2017, n. 4125). Le linee Guida n.4 dell'Anac al punto 4.2.2 ribadiscono come la stazione appaltante sia "tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Pertanto, l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche. (TAR Toscana n.17 del 2.1.2018). Il principio è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (Cons. Stato, V, 13.12.2017, n. 5854) del mercato di riferimento".

7 Quale è lo scopo dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e quali sono gli ambiti di applicazione dello stesso?

L'AAP del 1994 è il risultato di una serie di negoziati tra le nazioni dell'OMC, volto ad eliminare possibili ostacoli che potrebbero trovare gli operatori economici partecipando ad appalti indetti da enti di nazioni differenti rispetto a quella di origine; Nel 1999 sono state riaperte le negoziazioni per attuare ulteriori cambiamenti all'Accordo, che si sono concluse nel 2013. I paesi firmatari dell'AAP, non hanno aperto in ugual misura i propri mercati, pertanto, l'AAP è valido, per le nazioni che lo hanno sottoscritto, per tutti gli appalti di lavori servizi e forniture rientranti nelle categorie dettagliate nell'appendice I dell'Accordo, e per le soglie in esso indicate. Anche l'art. 49 del D.Lgs. 50/2016 evidenzia la funzione dell'AAP (e di altri accordi): "Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente codice."

Il principio di rotazione tra giurisprudenza e linee guida

di Domenico Manno

IN
PIL
LOLE

Il 2018 si riapre esattamente nello stesso modo con cui si era chiuso il precedente anno: tutti a discutere sulle corrette modalità di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia.

Numerose sono, infatti, le massime pubblicate sul principio di rotazione, a dir il vero non sempre allineate tra loro nel contenuto.

A ciò si aggiunga anche l'incertezza e la confusione creata dalla massima diffusa data all'intervista rilasciata dal presidente dell'ANAC al quotidiano "Il Sole 24 Ore"¹ dove si legge "... stiamo già correggendo le cose principali che le imprese ci hanno chiesto, per esempio eliminare l'obbligatorietà del sorteggio e della rotazione nelle gare "sotto soglia" e rivedere le cause di esclusione ...".

Il contenuto dell'intervista stride con il contenuto delle nuove Linee Guida n.4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n.1097, del 26 ottobre 2016, come aggiornate al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con proposta deliberata dal Consiglio il 20 dicembre 2017 ed inviata all'esame del Consiglio di Stato.

Nelle ridette Linee guida, infatti, si reitera che "... Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure, che abbiano ad oggetto commesse identiche o analoghe a quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati. I regolamenti interni possono prevedere fasce, suddivise per valore, sulle quali applicare la rotazione degli operatori economici. Il rispetto del principio di rotazione espressamente fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. L'affidamento diretto o il reinvito all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, e non affidatario, deve essere motivato...".

1. Intervista a Cantone: «Sul codice appalti correzioni in corso, dialogo con le imprese» – di Giorgio Santilli su "Il Sole 24 Ore" del 04 gennaio 2018.

Il breve periodo di riferimento preso in considerazione, dallo scrivente, ha visto modificare l'orientamento giurisprudenziale che è passato da una interpretazione soft (tra le altre TAR Toscana sez. II 22/12/2017, n. 1665) del principio ad una di gran lunga più rigida (TAR Toscana sez. I 2/1/2018, n. 17).

Nella prima sentenza, la II Sezione del Tar Toscana, richiamando altra giurisprudenza, anche della stessa Sezione, affermava che il principio di rotazione "non ha carattere assoluto ma relativo, che altrimenti limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara, che si tratta di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza ("Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo. Nel caso di specie, all'avviso esplorativo hanno fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente, e pertanto l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato" cfr. T.A.R. Toscana, II, 12/06/2017 n.816); nella fattispecie solo quattro imprese (compreso il gestore uscente) avevano mostrato interesse alla partecipazione alla gara, sicché la S.A. ha legittimamente ritenuto di far prevalere l'esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione".

A distanza di pochissimi giorni, altra sezione del Tar Toscana (la prima) sentenza in maniera diametralmente opposta.

Nella sentenza TAR Toscana sez. I 2/1/2018, n. 17, infatti, i giudici amministrativi dopo aver brevemente stigmatizzato il principio di rotazione e averne evidenziato la ratio della sua applicazione, sanciscono, in maniera innovativa rispetto alle altre pronunce in materia, che: "... La sopra delineata ratio del principio di rotazione (rappresentata dall'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione) induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura

negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento, e quindi anche se l'affidamento della concessione scaduta sia scaturito, come nel caso in esame, dall'adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta...".

Continuano i giudici toscani: "...Invero, il suddetto principio è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti sotto soglia, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura e del servizio. Ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata...".

Gli stessi giudici precisano, infine: "...La circostanza che l'avviso per manifestazione d'interesse sia stato pubblicato sul sito internet del Comune e sulla piattaforma Start non costituisce ragione sufficiente per derogare al principio di rotazione (...) sia per la limitata efficacia dello specifico strumento di pubblicità utilizzato, sia in quanto si tratta comunque di procedura negoziata alla quale il succitato art. 36, comma 2, lett. B, ascrive esplicitamente il criterio di rotazione...".

In questo "stato confusionale", spetta alle stazioni appaltanti individuare volta per volta, con saggezza e ponderazione, le motivazioni, da riportare in determina, a giustificazione delle modalità di applicazione del principio di rotazione.

L'augurio è quello di un intervento risolutore o, quanto meno, chiarificatore da parte del legislatore.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

Da compilare e spedire via fax al numero 0883.570189, accompagnata da una ricevuta di pagamento (per i privati) o da un determina/impegno di spesa (per le Pubbliche Amministrazioni).

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

- Scelgo l'abbonamento on-line a € 100,00 + IVA 22%
- Scelgo l'abbonamento cartaceo a € 160,00 (IVA assolta dall'editore)
- Scelgo l'abbonamento on-line+cartaceo a € 200,00 + IVA 22%

Il sottoscritto

Nome e cognome		In nome del soggetto/ente (cui fatturare)	
Sede del soggetto/ente (cui fatturare)		Partita Iva e C.F. (cui fatturare)	
Split Payment	SI NO	Codice Univoco Ufficio	
Recapito fax e telefono		Recapito e-mail	

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

- Bonifico bancario intestato a:** Mediagraphic srl, **IBAN:** IT44 R020 0841 3520 0001 0049 273, **causale:** abbonamento Rivista MediAppalti
- C/c postale n° 53970661 intestato a:** Mediagraphic srl, Via Palmitessa 40 - 76121 Barletta, **causale:** abbonamento Rivista MediAppalti.
- A ricevimento fattura:** Per le P.A. In tal caso la scheda di sottoscrizione deve essere accompagnata da determina o impegno di spesa firmati da un responsabile amministrativo o di settore.

Dichiaro di aver preso visione dell'informativa (consultabile tramite il link <http://www.mediappalti.it/privacy.php>) e di accettare le modalità di utilizzo dei dati per le finalità indicatemi nell'informativa stessa

Data ___/___/___

Firma _____

N.B. Il riepilogo dei seguenti dati sarà inviato tramite e-mail all'indirizzo su indicato.

MEDIAAPPALTI

www.mediappalti.it

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

Mediagraphic

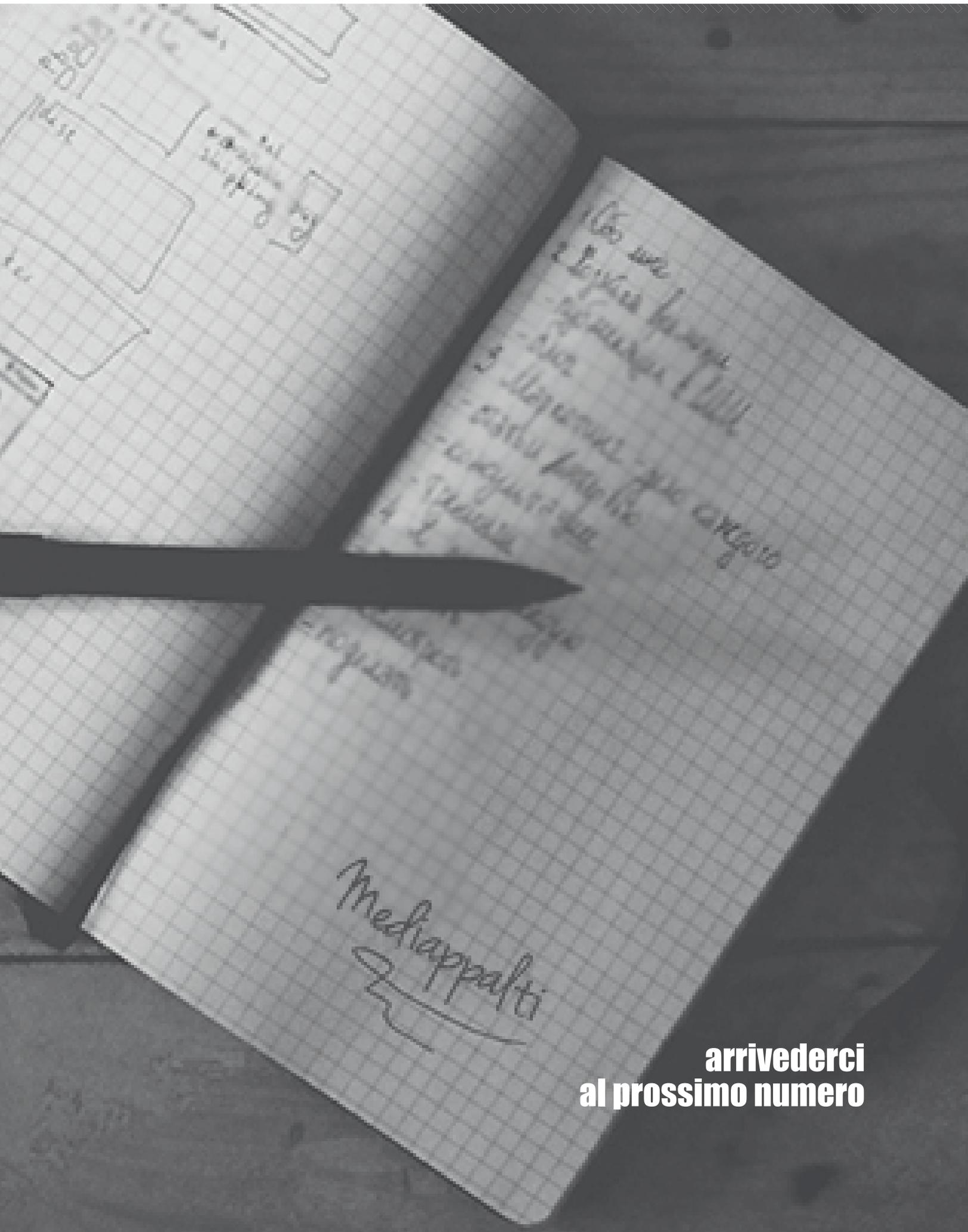
Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it





Handwritten notes on the right page, including a list of items:

- 1. [illegible]
- 2. [illegible]
- 3. [illegible]
- 4. [illegible]
- 5. [illegible]

Mediappalti

**arrivederci
al prossimo numero**

i seminari in programma

SEMI
NARI

APPALTI

La figura del RUP

01 marzo 2018 Trieste, 13 marzo 2018 Milano, 19 aprile 2018 Bari, 03 maggio 2018 Napoli, 10 maggio 2018 Roma, 22 maggio 2018 Torino.

Corso di Project Management ISIPM-Base® per i RUP

(corso di tre giornate)
16, 17 e 24 maggio 2018 Bologna;
22, 23 e 29 maggio 2018 Roma;
29, 30 maggio e 05 giugno 2018 Trieste;
12, 13 e 19 giugno 2018 Milano.

Esercitazione sul NUOVO MePA 2018

27 febbraio 2018 Genova, 06 marzo 2018 Pescara, 08 marzo 2018 Bolzano, 13 marzo 2018 Bari, 15 marzo 2018 Potenza, 20 marzo 2018 Roma, 22 marzo 2018 Palermo, 27 marzo 2018 Cagliari, 29 marzo 2018 Napoli, 05 aprile 2018 Torino, 10 aprile 2018 Bologna, 19 aprile 2018 Milano, 03 maggio 2018 Trieste

Come gestire senza errori gli affidamenti sotto soglia

27 febbraio 2018 Torino, 06 marzo 2018 Roma, 07 marzo 2018 Napoli, 09 marzo 2018 Parma, 27 marzo 2018 Milano, 27 marzo 2018 Trieste, 05 aprile 2018 Pescara, 10 aprile 2018 Bari, 10 aprile 2018 Cagliari, 17 aprile 2018 Genova, 19 aprile 2018 Palermo

Profili legati all'esecuzione dei contratti pubblici e Direzione Lavori

22 marzo 2018 Bolzano, 05 aprile 2018 Milano, 17 aprile 2018 Trieste, 08 maggio 2018 Torino, 22 maggio 2018 Napoli

L'esecuzione del contratto negli appalti di beni e servizi

27 marzo 2018 Bolzano, 10 aprile 2018 Trieste, 08 maggio 2018 Genova

Gli adempimenti obbligatori post-aggiudicazione delle Stazioni Appaltanti

10 aprile 2018 Napoli, 10 maggio 2018 Trieste

Corso pratico sull'utilizzo della Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche - Applicativo TP MOP

07 marzo 2018 Cagliari, 14 marzo 2018 Torino, 27 marzo 2018 Genova, 05 aprile 2018 Olbia, 11 aprile 2018 Roma, 17 aprile 2018 Pescara, 03 maggio 2018 Palermo, 08 maggio 2018 Trento

Gli Appalti Pubblici di lavori dopo il Decreto Correttivo

17 aprile 2018 Roma, 08 maggio 2018 Bologna, 15 maggio 2018 Genova

La procedura di affidamento di beni e servizi step by step

(corso di tre giornate)
24, 25 e 31 maggio 2018 Bari

Il punto della situazione sugli atti attuativi del codice dei contratti

17 aprile 2018 Torino, 15 maggio 2018 Pescara, 29 maggio 2018 Milano

La redazione della documentazione di gara

27 marzo 2018 Bologna, 10 aprile 2018 Potenza, 29 maggio 2018 Pescara

CORSI ONLINE AREA APPALTI

Come acquistare sul NUOVO MePA 2018

(corso di tre giornate)
06, 13 e 20 aprile 2018

Corso operativo di aggiornamento su appalti sotto soglia e affidamenti diretti: laboratorio didattico e modulistica - edizione 2018

(corso di due giornate)
12 e 19 marzo 2018

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

Anticorruzione dopo la Riforma Madia

(corso di tre giornate)
09, 16 e 23 marzo 2018

La nuova attuazione della normativa anticorruzione nelle società controllate e partecipate dalla PA

(corso di due giornate)
05 e 10 aprile 2018

AREA AMMINISTRAZIONE

Privacy e nuovo Regolamento 2016/679

20 febbraio 2018 Milano, 06 marzo 2018 Trieste, 20 marzo 2018 Torino, 05 aprile 2018 Cagliari, 19 aprile 2018 Roma, 08 maggio 2018 Bolzano

CORSI ONLINE AREA AMMINISTRAZIONE

Laboratorio sul diritto di accesso dopo la riforma e il regolamento sulla privacy

(corso di due giornate)
17 e 26 aprile 2018

Oggi ha una motivazione in più per seguire i nostri seminari. Sosteniamo insieme Save the Children: 10 euro della sua iscrizione li destiniamo al sostegno di bambini a distanza. Ci aiuti in questo progetto. Grazie



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!