

Rivista mensile - Anno IX, Numero 1

marzo
2019

MEDIA APPALTI

La predisposizione dell'avviso pubblico finalizzato a reperire manifestazioni di volontà per la partecipazione alla procedura negoziata semplificata

Dalla Commissione Europea la spinta per una riforma organica del Codice appalti

Il lasciapassare della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul rito "super-speciale"



"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**

marzo
2019

ProteggItalia

“È il più grande piano nazionale che sia mai stato concepito contro il dissesto idrogeologico per la sicurezza del territorio”. Con queste parole il Premier Giuseppe Conte ha presentato, il 27 febbraio scorso, “ProteggItalia”, un piano per la realizzazione di opere di prevenzione e manutenzione e per affrontare le situazioni di emergenza. 11 miliardi di euro per il triennio che 2019-2021 il finanziamento a disposizione.

3,1 miliardi di euro sono destinati alle 16 regioni colpite dal maltempo nei mesi di ottobre e novembre del 2018. Una pagina di cronaca sulla quale ci siamo già soffermati all’epoca auspicando opere mirate, progettate sulla scorta di una approfondita conoscenza delle condizioni territoriali che permettono lo scatenarsi di certi eventi catastrofici.

Nel Piano presentato con il Ministro dell’Ambiente Sergio Costa, delle Politiche Agricole Gian Marco Centinaio e per il Sud Barbara Lezzi, si prevede la piena collaborazione tra Governo e Regioni per

pianificare gli interventi necessari per la messa in sicurezza del territorio e quindi per il suo sviluppo e rilancio economico. “Investire in tutela – ha detto il Ministro Costa – genera ricchezza diretta e indiretta”. Quella diretta è relativa al ripristino delle situazioni antecedenti un evento di natura catastrofica, quella indiretta riguarda le opportunità di sviluppo di un territorio che viene dotato delle infrastrutture adatte a contenere la violenza di un evento naturale estremo. Su un territorio più sicuro è più sicuro fare affari.

Il piano contro il dissesto idrogeologico è, quindi, un piano a tutela dell’ambiente e in maniera trasversale per la crescita economica dei territori. Un sistema di gestione delle opere pubbliche che favorisce la crescita economica dei territori, contribuendo a mettere in pratica l’auspicio del Premier di un’Italia che deve correre, come affermato in un’intervista a *IlSole24Ore*. Sbloccare i cantieri delle opere pubbliche è cruciale per far ripartire l’Italia è il pensiero di Conte.

Ma perché la Ferrari di Conte possa essere competitiva è necessario che sia pienamente funzionante. Sbloccare i cantieri fermi e progettarne di nuovi, creare nuove infrastrutture e ammodernare quelle esistenti. È la formula per creare lavoro e ricchezza. E tra i nuovi cantieri, quelli che chiedono a gran voce i territori che hanno mostrato le maggiori fragilità idrogeologiche. Lavorare sui punti deboli per rendere solido l'intero paese. Per renderlo capace di correre come una Ferrari, come dice il Premier. Se non si andasse in questa direzione rischieremmo di essere alla guida di un bolide con le ruote sgonfie: non si riuscirebbe ad andare alla massima velocità e si consumerebbe carburante in eccesso.

Nella divisione degli 11miliardi di ProteggItalia si parte proprio da qui: dall'emergenza. A favore delle regioni colpite dal maltempo e per le quali è stato decretato lo stato di emergenza, ProteggItalia stanziava più di 3 miliardi. Una cifra che servirà a riparare i danni provocati dalla straordinaria ondata di temporali e venti. Bisognerà poi attingere dai 3,958 miliardi di fondi categorizzati sotto la voce "prevenzione" per fare quel salto di qualità nella gestione del territorio che gli permetterà di farsi gli anticorpi contro fenomeni meteorologici che ormai stanno perdendo il carattere di eccezionalità per diventare sempre più comuni.

Esempio riportato dal Ministro delle Politiche Agricole sono opere come le infrastrutture irrigue, gli invasi, i laghi artificiali. Queste opere possono assolvere a due compiti fondamentali: contenere l'acqua quando ci sono precipitazioni in eccesso; sfruttare l'abbondanza di acqua di un certo periodo nei mesi più aridi. Ne beneficia la geografia di un territorio che non sarà più sottoposta a stravolgimenti, ne beneficiano le popolazioni, ne beneficiano gli agricoltori che troveranno nuove risorse per dare impulso ad un'attività che sta offrendo nuove opportunità di lavoro ai giovani.

Per le opere realizzate servirà poi un piano di manutenzione. In questo ambito l'investimento è di 2,371miliardi.

ProteggItalia prevede anche un sistema per semplificare le procedure di apertura dei cantieri. Lo ha spiegato il Ministro dell'Ambiente: alle regioni viene data l'opportunità di accedere direttamente ai fondi potendoli ricevere nella formula di un acconto garantito pari almeno al 30% del costo finale. In presenza di un progetto già pronto e cantierabile sarà a disposizione sin da subito il 100%. Un modo per accelerare la realizzazione delle opere. Con il vecchio metodo il sistema era rallentato dal fatto che si disponeva che gli enti locali dovessero anticipare i costi per poi essere rimborsati.

La fase della progettazione è sempre più cruciale, il saperlo fare nei tempi giusti, con professionalità e competenze tecniche. Chi si riesce a distinguere in questa fase avrà più velocemente accesso ai fondi. Avere le idee chiare sulle peculiarità della propria regione è premiante. Il territorio ci parla. Basta saperlo ascoltare. È la dote basilare che dovrebbe avere ogni buon politico o amministratore: ascoltare. Abbiamo smesso di ascoltare quando abbiamo costruito lungo gli argini dei torrenti, o ne abbiamo deviato il corso, quando abbiamo disboscato le colline. È il momento di mettersi in ascolto. Facendolo con il vero desiderio di comprendere e non come semplice esercizio fisico. "La chiave per un buon ascolto non è la tecnica, è il desiderio. Fino a quando non vogliamo davvero capire l'altra persona, non potremo mai ascoltare bene" afferma lo scrittore britannico Steve Goodier.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

ProteggItalia

4

In evidenza

Il lasciapassare della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul rito "super-speciale"

7

Sotto la lente

La predisposizione dell'avviso pubblico finalizzato a reperire manifestazioni di volontà per la partecipazione alla procedura negoziata semplificata

14

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

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

Dott.ssa Beatrice Corradi
Dirigente del Servizio Provveditorato, Affari generali e Gruppi Consiliari del Consiglio regionale della Liguria

Progetto Grafico
Federica Damato

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

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

Avv. Emilia Giulia Di Fava
Docente ed esperta in disciplina di Diritto Amministrativo - Servizi Pubblici Locali

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Il complesso rapporto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione ed il principio di etero integrazione dei bandi di gara

20

Analisi e differenze degli istituti inerenti: le indagini di mercato, le consultazioni preliminari ed il dialogo competitivo.

26

Dalla Commissione Europea la spinta per una riforma organica del Codice appalti

33

Gli appalti delle società in house nella recente giurisprudenza penale

42

Il nuovo assetto delle Società a partecipazione pubblica a seguito delle modifiche al T.U. ex d.lgs. 175/2016, introdotte dalla Legge di Stabilità per il 2019 - L. 30 Dicembre 2018, n. 145

51

Pareri & Sentenze

56

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Il lasciapassare della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul rito "super-speciale"

di Adriana Presti

IN
EVIDENZA

Premesse

È di recente pubblicazione l'Ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. 4^o, del 14 febbraio 2019, in Causa C-54/18 in ordine alla questione pregiudiziale formulata dal TAR Piemonte con l'Ordinanza n. 88/2018 in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione del comma 2 *bis* dell'art. 120 codice del processo amministrativo (d'ora in poi "c.p.a.").

Come è noto, l'art. 204 del D.lgs. n. 50/2016 (d'ora in poi solo "Codice"), ha modificato l'art. 120, comma 2-bis, del c.p.a., introducendo il cosiddetto rito super-accelerato per l'impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara di appalto, da effettuarsi entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione sul profilo del committente della Stazione Appaltante.

La *ratio* di tale previsione si ricollega alla necessità di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e, quindi, all'aggiudicazione. Il tutto nell'ottica di non paralizzare l'agire amministrativo.

1. La controversia e l'Ordinanza di rimessione alla CGUE

Il caso che ha occasionato la pronuncia della CGUE è quello della "Cooperativa Valdocco", la quale, classificatasi seconda in una gara indetta per l'affidamento di servizi di assistenza domiciliare, contestava gli atti di gara, lamentando, tra l'altro, la mancata esclusione dell'aggiudicataria, nonostante il mancato possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale.

Nonostante la Stazione Appaltante avesse provveduto a comunicare a tutti i partecipanti le ammissioni alla gara ai sensi dell'art. 29 del Codice, l'ammissione della predetta partecipante veniva contestata solo a conclusione del procedimento di gara, una volta intervenuta l'aggiudicazione.

La I Sezione del TAR Piemonte, con sentenza non definitiva 13 novembre 2017 n. 1129, precisava che, sebbene le censure denunciassero l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria della gara, la preclusione processuale stabilita dall'art. 120, comma 2-bis del c.p.a. imponeva la declaratoria di irricevibilità del ricorso, impedendone quindi l'esame.

Il TAR Piemonte, con Ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88, rimetteva in via pregiudiziale due quesiti alla CGUE, così formulati:

(i) prima questione: se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2-bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di

30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

(ii) seconda questione: se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2-bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

Con la predetta Ordinanza, il TAR Piemonte, aveva dunque sollevato dubbi sulla compatibilità della disciplina del rito super-speciale con la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela di cui segnatamente agli articoli 6 e 13 della CEDU, all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e all'art. 1 e 2 delle direttive ricorsi.

Il Collegio in particolare ha posto in evidenza il palese effetto dissuasivo del rito in questione, il quale «si prospetta potenzialmente idoneo a dissuadere i concorrenti da iniziative

processuali anticipate rispetto al verificarsi della lesione concreta».

Di tal ché in tale ottica «sembrano trovare fondamento le critiche sollevate da parte della dottrina che ha attribuito alla novella legislativa l'intendimento di ridurre le facoltà di difesa e, al contempo, le occasioni di sindacato del giudice amministrativo sull'esito delle gare pubbliche».

Secondo il TAR Piemonte gravissimo «è il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali».



Il TAR Piemonte inoltre ha sottolineato come il "rito super accelerato" imponga l'onere (i) di impugnare il provvedimento di ammissione di tutte le ditte partecipanti; (ii) di proporre un ricorso di tal fatta in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è resa oggettivamente problematica dalla disciplina dettata dall'art. 53 del Codice; (iii) nonché di formulare censure avverso ogni atto di ammissione, per evitare di incorrere nell'inammissibilità di un ricorso cumulativo (dal momento che ogni ammissione potrebbe risultare affetta da vizi propri e distinti rispetto all'altra, con diversità oggettiva e soggettiva per ogni ricorso) con la necessaria proposizione di tanti ricorsi quante sono le ditte ammesse e quindi con la conseguenza di dover versare il contributo unificato per ogni ricorso (potendo dirsi acclarata la funzione dissuasiva all'azione giurisdizionale indotta dal cumulo di tributi giudiziari dovuti in caso di impugnazione separata degli atti di ammissione e di aggiudicazione nell'ambito della stessa procedura di gara).

Il che, sempre secondo il TAR, risulta in netto «contrasto con il principio di effettività sostanziale della tutela assicurata dalla direttiva recepita (89/665), laddove prevede una decadenza di motivi ricorsuali deducibili nel momento in cui l'esigenza di tutela soggettiva diviene concreta ed attuale, cioè con l'aggiudicazione».

Di tal ché, la corretta attuazione dei principi sopra richiamati, secondo il giudice remittente, ragionevolmente, «suggerirebbe l'approdo (o per meglio dire il ritorno) ad una soluzione che consenta di attendere la definizione della procedura e la piena discovery, prima di proporre ricorso per motivi relativi alla ammissione dell'aggiudicatario».

Sotto ulteriore profilo, la normativa interna in esame, ad avviso del TAR, comporta, altresì, la

violazione del principio di proporzionalità, che, com'è noto, costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario ed esige che la normativa nazionale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato.

Alla stregua di tale principio, infatti, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e penalizzante, in modo che gli inconvenienti causati dalle stesse misure non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere.

Del resto la ridondanza di un siffatto rimedio è palese, nella misura in cui:

- da un lato, genera il rischio di una proliferazione dei ricorsi nella fase di "qualificazione", cioè di ammissione delle imprese, e di una conseguente paralisi dei procedimenti di gara, soprattutto di quelli relativi ad appalti di rilevante importo, rispetto ai quali il gravoso onere economico dell'iniziativa giudiziaria non rappresenta una remora, con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso che si immaginano garantite dalla riforma;
- e, d'altro lato e al contrario, può facilmente comportare, in specie per appalti di non elevatissimo importo, rinunce da parte dell'interessato alla scelta di proporre il ricorso giurisdizionale.

In una fase anticipata in cui gli operatori non possono confidare nelle utilità derivanti dall'aggiudicazione, l'entità degli esborsi necessari *in primis* per l'accesso alla giustizia oltre che per la difesa processuale costituisce motivo di forte dissuasione al ricorso agli strumenti processuali che potrebbero essere fatti valere in giudizio, compromettendo anche il diritto di difesa.

Secondo il TAR Piemonte gravissimo «è il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali».



Ed infatti, la medesima normativa, imponendo a tutti i concorrenti di far valere le cause di esclusione mediante l'immediata contestazione degli atti di ammissione alla gara, sanzionando la decadenza dalla possibilità di contestare l'ammissione dei concorrenti stessi al momento della formazione della graduatoria e dell'aggiudicazione dell'appalto, **priva l'aggiudicatario del rimedio del ricorso incidentale da opporre a chi contesti l'aggiudicazione senza possedere i requisiti di ammissione alla gara.**

Al contempo ancora più grave e reale è il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Il che si pone in contrasto con l'esigenza di assicurare che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo, esigenza alla quale il confronto concorrenziale è funzionale e che inevitabilmente rimarrebbe frustrata ove si consentisse, in forza di quello che è un meccanismo di natura meramente processuale, di tenere ferma l'aggiudicazione pronunciata a favore di un aggiudicatario che risulti non possedere i requisiti di partecipazione alla gara.

2. Commento alla soluzione proposta dalla CGUE

La CGUE, con la pronuncia in commento, ha, anzitutto, ritenuto di poter decidere con ordinanza motivata, in quanto la risposta alla questione pregiudiziale proposta "può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza" ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura (il quale dispone che «Quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata»). Pertanto la CGUE ha considerato le suddette questioni risolvibili tramite

il richiamo ad alcuni propri precedenti, senza necessità né della discussione in udienza, né delle conclusioni dell'Avvocato generale.

Ecco le conclusioni della CGUE:

1) la direttiva e i suoi articoli 1 e 2, letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale come quella posta dal co. 2 bis dell'art. 120 c.p.a. - che prevede che i ricorsi contro le ammissioni o le esclusioni dalle gare di appalto debbano essere proposti entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione agli interessati - **a condizione che i provvedimenti siano "accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti che garantisca agli interessati la conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata"**;

2) la direttiva non osta ad una normativa nazionale come il co. 2 bis che preclude agli interessati che non abbiano impugnato i provvedimenti di ammissione o di esclusione nel termine di 30 giorni di eccepire l'illegittimità dei provvedimenti stessi nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, **a condizione che gli interessati siano stati posti nella condizione di conoscere la legittimità dei provvedimenti stessi.**

Sulla prima questione pregiudiziale, la Corte in sintesi ha statuito che il termine di 30 giorni per impugnare gli atti di ammissione e esclusione dalla gara scatta solo se, con la relativa comunicazione, sono "conosciute o conoscibili" anche le motivazioni su cui si fondano tali decisioni. Sicché è compatibile con il diritto europeo la normativa italiana che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati.

E ciò sulla base delle seguenti considerazioni:

- ai sensi dell'art. 2-quater della direttiva 89/665/CE gli Stati membri devono garantire un termine per ricorrere di almeno 10/15 giorni (a seconda della modalità con cui è stato comunicato il provvedimento) decorrente dalla comunicazione del provvedimento accompagnata dalla «relazione sintetica dei motivi pertinenti»;
- «l'obiettivo di celerità» nella definizione delle procedure di ricorso perseguito dalle «direttive ricorsi» deve essere «realizzato nel diritto nazionale nel rispetto delle esigenze di certezza del diritto», sicché gli Stati membri hanno «l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi» (§ 29);
- il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 2-bis del c.p.a. è pertanto compatibile con le "direttive ricorsi" **solo a condizione che i provvedimenti comunicati siano accompagnati da «una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata»** (§ 32);
- la costante giurisprudenza della Corte è nel senso che l'efficacia del controllo giurisdizionale garantito dall'articolo 47 della Carta di Nizza, presuppone che «l'interessato possa conoscere la motivazione su cui si fonda la decisione adottata nei suoi confronti, vuoi in base alla lettura della decisione stessa vuoi a seguito di comunicazione della motivazione effettuata su sua richiesta, al fine di consentirgli di difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente, nonché per porre pienamente in grado quest'ultimo di esercitare il controllo sulla legittimità della decisione nazionale in questione» (§ 33).

La Corte, nella ricostruzione del contesto normativo e del procedimento principale nel quale è sorta la questione pregiudiziale, sembra

aver correttamente inquadrato i dubbi sollevati dal giudice remittente, nonché le peculiarità e le criticità di un siffatto rimedio processuale.

E infatti la pronuncia non ha mancato di considerare, da un lato, che il nuovo rito super accelerato «risponde alla necessità di consentire la definizione della controversia prima della decisione di aggiudicazione, determinando in maniera esaustiva i soggetti ammessi a partecipare alle gare» (§ 11), e, dall'altro che l'obbligo di impugnare i provvedimenti di ammissione o di non esclusione di tutti gli offerenti costringe a promuovere l'azione giurisdizionale "al buio" e, cioè, senza alcuna garanzia che tale iniziativa procurerà al ricorrente una concreta utilità (§ 13), atteso che in tale fase non è dato sapere chi sarà l'aggiudicatario e neppure se egli potrà trarre qualche vantaggio dal contestare l'aggiudicazione non essendo in posizione utile nella graduatoria finale. «Detto offerente sarebbe quindi costretto a promuovere l'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che tale iniziativa gli procurerà una concreta utilità, obbligandolo al contempo ad assumere gli oneri connessi all'esperimento immediato dell'azione».

Senonché, la Corte, pur nella consapevolezza che la nuova disciplina costringe ad agire anche chi non abbia alcun "interesse concreto ed attuale", sopportando inutilmente notevoli esborsi economici e altri danni (§ 14 e 15), ha tuttavia valorizzato la brevità del termine di decadenza in funzione delle esigenze di effettività (§§ 27-28). Si legge infatti che «la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza consente di realizzare l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665, obbligando gli operatori a contestare entro termini brevi i provvedimenti preparatori o le decisioni intermedie adottati nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un appalto» e che «la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto».

La Corte, pur dandone atto nelle premesse, ha così bypassato una delle principali criticità messe in luce dal giudice nazionale, il quale, lo si rammenta,

nel sollevare la questione, aveva evidenziato la gravosità del mini-rito alla luce dell'assenza di una lesione concreta e attuale. Così facendo la Corte ha spostato l'accento sul tema della ragionevolezza di un breve termine di decadenza in funzione delle ragioni di celerità, di effettività e di certezza del diritto.

Ebbene, la Corte non ha, dunque, condiviso i dubbi sollevati dal giudice *a quo* circa la mancanza di interesse a ricorrere contro gli atti (di ammissione) adottati in una fase della gara in cui non è ancora noto l'esito della procedura, vale a dire in un momento in cui il ricorrente «non è in grado di stabilire se abbia realmente interesse ad agire, non sapendo se alla fine il suddetto concorrente sarà l'aggiudicatario oppure se sarà egli stesso nella posizione di ottenere l'aggiudicazione».

La Corte, a tal riguardo, ha infatti richiamato l'art. 1, § 3 della Direttiva n. 89/665 laddove stabilisce chi sono gli operatori legittimati a ricorrere contro gli atti di gara (e cioè "per lo meno" chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione), precisando che siffatta previsione comprende «qualunque offerente che ritenga che un provvedimento di ammissione di un concorrente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico sia illegittimo e rischi di cagionargli un danno, in quanto simile rischio è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato». (§ 36).

Sicché la Corte, pur prendendo atto dell'obiezione principale mossa dal giudice del rinvio (§ 34), ha ritenuto ragionevole un siffatto rimedio giurisdizionale alla luce del "rischio" potenziale di essere leso a causa di una presunta violazione, in quanto simile rischio è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare il provvedimento di ammissione, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato.

Tale affermazione è stata però suffragata da un

precedente della Corte non perfettamente aderente, nel quale «la Corte ha comunque riconosciuto che la decisione di ammettere un offerente a una procedura d'appalto configura un atto che, in forza dell'articolo 1, paragrafo 1, e dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665, può costituire oggetto di ricorso giurisdizionale autonomo (v., in tale senso, sentenza del 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e a., C-391/15, EU :C:2017:268, punti da 26 a 29 e 34)» (§ 37).

Tale giurisprudenza sembra infatti configurare una "facoltà" di impugnazione dell'ammissione altrui - in quanto possibile oggetto di un ricorso autonomo - piuttosto che un "onere" a pena di decadenza, come imposto dalla normativa nazionale.

In conclusione, con riferimento alla prima questione la CGUE ha pertanto affermato il seguente principio di diritto: «(...) la direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell' articolo 47 della Carta, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata».

Sulla seconda questione pregiudiziale, la Corte ha stabilito che la preclusione posta dall'art. 120 comma 2-bis del c.p.a. all'impugnazione dell'aggiudicazione è compatibile con il diritto euro-unitario solo se il ricorrente è posto nelle condizioni di proporre un ricorso consapevole contro l'ammissione.

A tal fine richiamando la propria giurisprudenza in cui ha ripetutamente affermato che la

«realizzazione completa degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni».

La CGUE, tuttavia, non ha mancato di considerare che il richiamato principio, sancito in astratto, non esclude - una volta applicato in concreto - che un termine di decadenza per contestare gli atti di gara «possa pregiudicare i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione, segnatamente il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta».

Al giudice *a quo* la CGUE ha, così, demandato il compito di verificare:

- se nelle circostanze di cui al procedimento principale, il ricorrente fosse effettivamente venuto o sarebbe potuto venire a conoscenza, grazie alla comunicazione da parte della stazione appaltante del provvedimento di ammissione ai sensi dell'articolo 29 del Codice e dei relativi motivi di illegittimità e dunque sia stato posto «effettivamente in condizione di proporre un

ricorso entro il termine di decadenza di 30 giorni di cui all'articolo 120, comma 2-bis, c.p.a.»

- e se l'applicazione degli artt. 29 e 53, commi 2 e 3, del Codice non impediscano alla ricorrente di «venire effettivamente a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento di ammissione del raggruppamento di imprese aggiudicatario dalla stessa lamentata e di proporre un ricorso, a decorrere dal momento in cui la medesima ne ha avuto conoscenza, entro il termine di decadenza di cui all'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo» (§ 46 e 47).

La Corte ha infine precisato che il giudice nazionale deve fornire alla normativa interna - che è chiamato ad applicare - un'interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 89/665 e che qualora tale interpretazione non fosse possibile «deve disapplicare le disposizioni nazionali contrarie a tale direttiva [...], dal momento che l'articolo 1, paragrafo 1, della stessa è incondizionato e sufficientemente preciso per essere fatto valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice» (§ 48).

Spetterà, dunque, al giudice nazionale valutare nel caso concreto la sussistenza delle suddette condizioni.

La predisposizione dell'avviso pubblico finalizzato a reperire manifestazioni di volontà per la partecipazione alla procedura negoziata semplificata

di Stefano Usai

SOTTO
LA
LENTE

Premesse

Le linee guida ANAC n. 4, in tema di affidamenti nell'ambito ultra e sotto soglia comunitario, sono abbastanza chiare nel puntualizzare che in caso di attivazione delle procedure negoziate semplificate (art. 36 del codice dei contratti) gli "inviti" agli appaltatori devono essere precedute o da una fase di indagine di mercato (finalizzata a reperire manifestazioni di interesse e, prima ancora, a comprendere la stessa struttura del mercato) o innestando una dinamica di scelta (a rotazione) direttamente dall'elenco di appaltatori eventualmente predefinito dalla stazione appaltante.

Entrambe le dinamiche sintetizzate appartengono alla competenza istruttoria del RUP che in certi casi (si pensi, in particolare, alla ipotesi in cui il RUP sia

dirigente e/o anche responsabile del servizio) può adottare anche i provvedimenti che impegnano l'ente verso l'esterno.

È interessante, sotto il profilo pratico/operativo prendere in considerazione la fase della predisposizione dell'avviso pubblico di indagine di mercato quale atto, propedeutico, finalizzato al reperimento di manifestazioni di interesse su cui poi "innestare" gli inviti a presentare le offerte (RDO).

In questo senso nelle linee guida si legge che "l'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento.

Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura".

1. L'avvio della procedura

Dato per scontato che si opera, soprattutto, in tema di affidamenti per importi pari o superiori ai 40 mila euro (e quindi in ambito di lett. b) e c) dell'articolo 36 comma 2 del codice e nell'ambito della nuova previsione introdotto per i soli lavori – fino al 31/12/2019 – dal comma 912 della legge di bilancio n. 145/2012), secondo le linee guida ANAC il procedimento in argomento prende avvio con la determinazione a contrattare (o atto equivalente).

Il punto 5.2 delle linee guida, come noto, esplicita proprio tale richiamo. Da ciò si dovrebbe – ed opportuno che sia così – desumere che anche l'avviso pubblico deve essere preceduto da un provvedimento che "lo approva" formalmente ai fini poi, della successiva pubblicazione.

L'atto in parola può assumere le vesti di una autentica determinazione a contrattare con la prenotazione di impegno di spesa o anche di atto equivalente che si pone, come detto, come provvedimento - adottato dal responsabile del servizio - di approvazione dell'avviso da pubblicare.

Nel primo caso, evidentemente, l'atto dovrà recare anche il visto attestante la copertura finanziaria a cura del servizio contabile; mentre nel secondo si caratterizza, l'atto, per essere una sorta di decisione "dirigenziale".

In tema, le stesse linee guida ANAC n. 4 fissano, però, il contenuto minimo della determina a contrarre che deve riportare anche l'importo massimo stimato dell'affidamento.

Nel punto 4.1.2 del documento, dopo la precisazione che il procedimento prende avvio con la determina a contrarre, in "applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza" si

chiarisce che l'atto contiene, almeno:

- a) l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare;
- b) le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare,
- c) l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile;
- d) la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni;
- e) i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte;
- f) le principali condizioni contrattuali.

Non può sfuggire al RUP che il riferimento all'importo ed alla relativa copertura implicano necessariamente il passaggio contabile (in particolare negli enti locali) di cui si è appena detto.

Se questo passaggio non avviene (con relativa apposizione del visto di copertura finanziaria) il RUP corre il rischio che, in realtà, le risorse non siano disponibili. Per effetto di quanto, è bene che tali passaggi vengano eventualmente declinati in un regolamento interno.

Non a caso (punto 5.1.1 delle linee guida) l'ANAC precisa che le stesse modalità di conduzione delle indagini di mercato possono costituire oggetto di

regolamentazione interna. L'opportunità di dotarsi di un regolamento deve cogliersi, a sommosso parere, ed appare puntualizzazione di rilievo anche al fine di evitare "anarchia" di comportamenti istruttori tra gli stessi RUP ed i responsabili di servizio.

Si pensi al caso in cui i diversi settori/servizi di una stessa stazione appaltante adottino dinamiche differenti nella predisposizione degli avvisi e/o nella conduzione delle stesse indagini di mercato.

Non può sfuggire al RUP che il riferimento all'importo ed alla relativa copertura implicano necessariamente un passaggio contabile (in particolare negli enti locali). Se questo passaggio non avviene (con il visto di copertura) il RUP corre il rischio che, in realtà, le risorse non siano disponibili.



2. Il regolamento interno

Secondo l'autorità anticorruzione, quindi, sarebbe opportuno che l'ente adottasse uno specifico regolamento interno con cui disciplinare, in primo luogo le "modalità di conduzione delle indagini di mercato". In sostanza, per intendersi, è la stazione appaltante – come momento di sintesi – che indica al RUP in che modo deve condurre le indagini e raccogliere le informazioni e/o manifestazioni di interesse. Tali modalità possono variare, con un rigore che cresce proporzionalmente all'importo a "base di gara", per fasce di importo ed in relazione all'applicazione (doverosa) del principio di rotazione. Il riferimento ultimo alla rotazione, evidentemente, introduce la questione dell'applicazione concreta del criterio dell'alternanza.

Secondo l'approccio, anche particolarmente rigoroso della giurisprudenza, ed a ben vedere delle stesse linee guida ANAC, la questione dell'alternanza tra affidatari e dei soggetti (già) invitati deve essere risolta propedeuticamente (a monte del procedimento) attraverso una decisione del RUP (o meglio ancora, magari, declinata nel regolamento interno). In certi casi, l'alternanza non è realmente applicabile: si pensi al caso di un "mercato" che non esprime realtà economiche numericamente sufficienti a realizzare la competizione secondo il numero minimo degli operatori da invitare previsto nel comma 2 dell'articolo 36 (lett. b) e c)). In questo caso, evidentemente, la necessità di assicurare la concorrenza non può essere vanificata dalla necessità di assicurare la rotazione. È chiaro, però, che in caso di partecipazione anche del pregresso affidatario e/o di soggetti già invitati al pregresso affidamento (dello stesso tipo merceologico, settore, lavoro) deve determinare una competizione vera/reale nel senso che il RUP deve assolutamente evitare di creare delle condizioni di accesso/partecipazione

In certi casi, la rotazione non è realmente applicabile: si pensi al caso di un mercato che non esprime realtà economiche numericamente sufficienti a realizzare la competizione secondo il numero minimo degli operatori da invitare previsto nel comma 2 dell'articolo 36 (lett. b) e c)).



che poi possono, effettivamente, avvantaggiare il pregresso affidatario o soggetti già invitati. Si pensi alla esigenza di variare i criteri di valutazione delle offerte. Il RUP, in relazione allo stesso appalto, dovrà aver cura particolare nella fissazione dei criteri di aggiudicazione (non potrà usare sempre gli stessi).

Nei casi in cui il mercato sia in grado di esprimere differenti realtà economiche, il RUP potrebbe suggerire al responsabile del servizio anche l'invito del pregresso affidatario (o soggetti già invitati) ma occorre una adeguata motivazione. L'esigenza della motivazione sfuma nel caso in cui l'avviso può consentire una partecipazione potenziale di ogni soggetto interessato (è il caso delle nuove dinamiche strutturate per il mercato elettronico che consentono la partecipazione anche ai soggetti non presenti nelle vetrine a condizione, evidentemente, che facciano richiesta di essere inseriti (e la ottengano nei termini di scadenza per la presentazione della RDO)). Il regolamento interno – sempre considerando le dinamiche dell'indagine di mercato – deve anche predefinire i "criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A. o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento".

Il periodo appena riportato avrebbe dovuto essere articolato diversamente in quanto un conto è la fissazione dei criteri di scelta (es. estrazione e/o in ordine di arrivo al protocollo della stazione appaltante) altra questione è la scelta "diretta" dall'elenco redatto dalla stazione appaltante altra ancora è la questione della scelta degli appaltatori da invitare dal mercato elettronico (sia MEPA, sia dei soggetti aggregatori e/o del mercato di una data centrale di committenza).

Nel primo caso, i criteri di scelta devono essere indicati nell'avviso pubblico, negli altri casi (si pensi all'elenco) i criteri di scelta saranno già stati stabiliti a monte del procedimento di predisposizione degli elenchi.

Nel caso del mercato elettronico, è noto, poi, che la scelta può essere strutturata anche sulla base delle partite IVA ed anche su base regionale.

A queste indicazioni, però, la stessa authority aggiunge che (si potrebbe dire) in ogni caso "le indagini di mercato" devono essere "svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità".

Queste indagini di mercato – e ciò fa venire meno, in certi casi, anche l'esigenza dell'avviso pubblico tradizionale – possono avvenire anche:

- tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri;
- tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico di altre stazioni appaltanti;
- tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico di altri fornitori esistenti;

3. La pubblicità (ed il contenuto) dell'avviso pubblico

La decisione di esplorare il mercato ai fini di una potenziale acquisizione deve essere oltre che formalizzata anche opportunamente pubblicizzata, secondo l'ANAC, "scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici". Vengono quindi fornite alcune indicazioni minime (non vincolanti) che costituiscono un indubbio modello a cui affidarsi.

In primo luogo l'avviso con cui si rende noto l'avvio della previa escussione del mercato – per il fine del reperimento di potenziali contraenti -, deve indicare:

- a) il bene/servizio/lavoro che intende acquisire;
- b) il valore dell'affidamento (al netto dell'IVA);
- c) gli elementi essenziali del contratto;
- d) i requisiti di idoneità professionale (con riferimento quindi all'articolo 80 del codice dei contratti);
- e) i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione;
- f) il criterio di aggiudicazione (da rammentare le limitazioni in tema di utilizzo del criterio del minor prezzo nei casi di appalti di importo pari o superiore ai 40mila euro – art. 95 comma 4 del codice dei contratti);
- g) la questione della clausola sociale (art. 50 del codice) che in ambito sotto soglia comunitario è facoltativa. È bene, a sommosso parere che questo aspetto venga già chiarito nell'avviso pubblico;
- h) il numero minimo e massimo di appaltatori che saranno invitati alla procedura (con specifica sul sorteggio pubblico).
 - i) i criteri di selezione degli operatori economici;
 - l) le modalità per comunicare con la stazione appaltante;
- m) occorre anticipare la volontà di avvalersi della facoltà prevista dall'art. 97, comma 8, del Codice dei contratti pubblici e la facoltà di non aggiudicare l'appalto in caso di offerta non conveniente o non appropriata rispetto all'oggetto dell'appalto;
- i) il nominativo del RUP.

4. La pubblicazione dell'avviso

Particolarmente rigorosa è l'esigenza di assicurare visibilità/conoscibilità all'avviso pubblico. In questo senso il RUP è tenuto, quanto meno, a pubblicare l'avviso all'albo pretorio *on line*, nella sezione trasparenza sotto la sezione "bandi e contratti".

E può stabilire, ovviamente, forme di pubblicità che assicurino lo scopo della maggior conoscenza possibile (es. la pubblicazione sui quotidiani). La durata della pubblicazione deve essere definita in ragione della rilevanza del contratto, secondo l'ANAC un periodo minimo può essere identificato in quindici giorni. È consentito al RUP di stabilire

anche termini inferiori ma occorre adeguatamente motivare tale scelta (non meno di 5 giorni). La questione dei termini per poter "manifestare" il proprio interesse è, chiaramente, aspetto di estrema rilevanza. Un termine esiguo può legittimare l'impugnazione degli atti. È bene quindi che il RUP valuti attentamente la riduzione del tempo di pubblicazione dell'avviso.

5. I risultati delle indagini di mercato

Sempre dalle linee guida emerge che i dati "raccolti" post indagine di mercato devono essere formalizzati sia ai fini della programmazione (non è chiaro se dell'acquisizione o come programmazione generale) sia nell'adozione della determina a contrattare "avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento". Rendere (tradurlo operativamente), il passo appena riportato non è cosa facile. Se si esclude la dinamica della consultazione dei mercati, il periodo richiama una nuova determina a contrattare (successiva, evidentemente, a quella con cui è stato approvato l'avviso pubblico). Si tratta, evidentemente, dell'atto che avvia "realmente" il procedimento di acquisizione e che conterrà la prenotazione di impegno di spesa, il contenuto della lettera di invito, il riferimento al procedimento, ai requisiti di accesso l'approvazione del capitolato, i criteri di aggiudicazione e via discorrendo. Questa determinazione, evidentemente (di competenza del responsabile del servizio su proposta del RUP) è il tradizionale atto che avvia il procedimento di acquisto anche ai sensi dell'articolo 32 del codice dei contratti. Necessariamente questa determinazione dovrà dar conto delle indagini di mercato svolte, dei risultati ottenuti avendo cura di inserire solo dati realmente necessari e non anche dati che possono pregiudicare gli operatori economici. In questo senso, le linee guida hanno cura di chiarire che "la stazione appaltante (nda il RUP) deve comunque tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali".

BOX: dalle linee guida emerge che i dati "raccolti" post indagine di mercato devono essere formalizzati sia ai fini della programmazione (non è chiaro se

dell'acquisizione o come programmazione generale) sia nell'adozione della determina a contrattare "avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento".

6. La scelta degli appaltatori

Nel caso in cui risulti idoneo a partecipare alla procedura negoziata un numero di operatori economici superiore a quello predeterminato in sede di avviso pubblico e non siano stati previsti, prima dell'avvio dell'indagine di mercato o dell'istituzione dell'elenco degli operatori economici, criteri ulteriori di selezione in conformità il RUP (assistito da testimoni o direttamente il responsabile del servizio) procede al sorteggio, "a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine di mercato".

Occorre, in questo caso, che il RUP renda tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità la data e il luogo di espletamento del sorteggio, adottando gli opportuni accorgimenti affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, né siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

7. La lettera di invito

La lettera di invito (da utilizzare per la RDO) approvata con la determinazione a contrattare deve contenere (almeno):

- 1) l'indicazione della prestazione, ovvero l'oggetto con le specifiche caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato (al netto dell'IVA);
- 2) i requisiti generali (art. 80 del codice), di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara;
- 3) il termine entro cui presentare l'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- 4) l'indicazione del termine per eseguire la prestazione;

- 5) il criterio di aggiudicazione prescelto, come detto, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 95 del Codice dei contratti pubblici e motivando (nella determina a contrattare) nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo di cui al comma 4 del predetto art. 95 e, nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la ponderazione;
- 6) la misura di eventuali penali;
- 7) l'indicazione del termine (es. a 60 gg. presentazione fattura) e delle modalità di pagamento (con richiesta del conto dedicato etc);
- 8) l'eventuale richiesta di garanzie;
- 9) il nominativo del RUP;
- 10) nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo, la volontà di procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 8, d.lgs. 50/2016, purché pervengano almeno dieci offerte valide, con l'avvertenza, che in ogni caso la stazione appaltante valuta la congruità dell'offerta del potenziale aggiudicatario, che in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa;

Altri elementi della lettera di invito:

- 11) occorre rammentare che nel caso di in cui sia possibile l'utilizzo del criterio del minor prezzo occorre altresì specificare, la necessità del sorteggiato su uno dei metodi di cui all'art. 97, comma 2 del codice dei contratti, tenendo a mente:
 - che il taglio delle ali, consistente nel non considerare le offerte estreme nella misura percentuale indicata dalla legge, viene applicato per individuare le offerte tra cui calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti. La fase successiva, relativa

al calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media deve essere effettuato dal RUP prendendo in considerazione solo i ribassi delle offerte che sono residue rispetto al suddetto taglio delle ali;

- che qualora venisse sorteggiato il metodo di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b), del codice, operato il taglio delle ali, il RUP procederà a sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, una volta calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto solo della prima cifra decimale sul numero della sommatoria dei ribassi;

- che le offerte che hanno lo stesso ribasso percentuale dovranno subire ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e devono essere considerate come un'unica offerta a prescindere dal metodo sorteggiato, il numero di decimali per il ribasso offerto da considerare per il calcolo dell'anomalia;

- 12) la determina a contrattare approva anche lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, da allegare alla lettera di invito;

- 13) la data, l'orario e il luogo di svolgimento della prima seduta pubblica, nella quale il RUP procederà (anche avvalendosi di uno specifico seggio di gara) all'apertura dei plichi e della documentazione amministrativa.

Le offerte che hanno lo stesso ribasso percentuale dovranno subire ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e devono essere considerate come un'unica offerta a prescindere dal metodo sorteggiato, il numero di decimali per il ribasso offerto da considerare per il calcolo dell'anomalia.

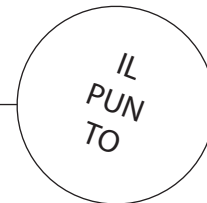


Il RUP deve invitare tutti gli operatori economici selezionati a presentare offerta contemporaneamente a mezzo PEC salvo impossibilità. In questo caso si potrà procedere – come si legge nelle linee guida – “tramite lettera in conformità a quanto disposto dall'articolo 75, comma 3, del codice dei contratti pubblici

oppure mediante le specifiche modalità previste dal singolo mercato elettronico”.

Il complesso rapporto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione ed il principio di etero integrazione dei bandi di gara

di Riccardo Gai



1. L'introduzione nel nostro ordinamento del principio di tassatività delle cause di esclusione

L'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione nel nostro ordinamento è avvenuto relativamente di recente (art. 4, secondo comma, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che ha modificato l'art. 46 del d.lgs. 163/2006, ossia il "vecchio" Codice degli appalti). Prima di allora, alle Stazioni appaltanti era riconosciuta l'ampia discrezionalità di individuare il contenuto della legge di gara.

L'individuazione di cause tassative di esclusione è stato introdotto per consentire la migliore tutela degli interessi pubblici, in ossequio ai principi di legalità, trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, valori tutti compendiate nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost.

In linea con tali principi, il sindacato del giudice amministrativo sul contenuto della *lex specialis* della gara si è ridotto ad un controllo formale ed estrinseco.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione mira a tutelare il *favor participationis* e il divieto di aggravio del procedimento. Esso mira a correggere la prassi amministrativa e la stessa giurisprudenza che frequentemente sfociavano in esclusioni dalle gare d'appalto per violazioni puramente formali.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione mira tutelare il favor participationis e il divieto di aggravio del procedimento. Esso mira a correggere la prassi amministrativa e la stessa giurisprudenza che frequentemente sfociavano in esclusioni dalle gare d'appalto per violazioni puramente formali.

Sotto il profilo funzionale, la norma individuava le cause di esclusione sulla scorta di due diversi criteri: a) da un lato, si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal Codice dei contratti

pubblici, dal Regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 207 del 2010) o da altre leggi statali; b) dall'altro lato, il comma 1-*bis* dell'art. 46 enuncia direttamente una serie di cause di esclusione collegate a vizi insanabili dell'offerta, quali

l'incertezza assoluta sul suo contenuto o sulla sua provenienza, la non integrità dei plichi, la presenza di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da comportare la violazione del principio di segretezza.

Sempre nella logica del *numerus clausus*, la disciplina è stata intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il Codice, la norma di legge statale o il Regolamento la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano ai concorrenti adempimenti doverosi ovvero introducano norme di divieto pur senza prevedere l'esclusione quale conseguenza predeterminata, allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2013 n. 23; Id., ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21).

La riforma del 2011 ha rafforzato il principio di tassatività attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, cioè delle clausole della *lex specialis* di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici. La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole del bando di gara esorbitanti dai casi tipici, cosicché si dovrà fare applicazione dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, secondo comma, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità dell'intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l'esercizio degli ordinari poteri di autotutela (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 maggio 2013 n. 14).

Si tratta di un'evidente ed ancor più accentuata riconsiderazione dei poteri unilaterali di esclusione dei partecipanti alla procedura di gara, che è stata immediatamente oggetto di considerazione da parte della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2014 n. 16), per mettere in risalto la *"chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni"*.

È ormai indiscussa la tendenza dell'ordinamento a rafforzare il *favor participationis* nelle gare pubbliche, allo scopo di semplificare ed accelerare lo svolgimento dei procedimenti competitivi, riducendo al contempo il contenzioso tra le imprese concorrenti e le stazioni appaltanti.

2. Il principio di tassatività delle cause di esclusione nel "nuovo" Codice degli appalti

Il principio di tassatività delle cause di esclusione è attualmente disciplinato dall'art. 83, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che ha riproposto detto principio, pur se in modo semplificato rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 46, comma 1-*bis* del vecchio Codice.

A differenza dell'art. 46 del Codice del 2006, non vi è più il riferimento esplicito al principio di tipicità o di tassatività delle cause, che rimane ricavabile in via interpretativa.

Rispetto alla formulazione precedente, l'art. 83 del nuovo Codice (rubricato "Criteri di selezione e soccorso istruttorio") non ripropone l'elencazione delle cause di esclusione, ma si limita a confermare il divieto in capo alla stazione appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice stesso o da altre disposizioni di legge



Rispetto alla formulazione precedente, l'art. 83 del nuovo Codice (rubricato "Criteri di selezione e soccorso istruttorio") non ripropone l'elencazione

delle cause di esclusione, ma si limita a confermare il divieto in capo alla stazione appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice stesso o da altre disposizioni di legge. Viene, altresì, confermata la sanzione della nullità per le clausole della legge di gara ulteriori e/o diverse rispetto a quelle codificate dal legislatore.

Altra differenza è ravvisabile nella circostanza che l'art. 83 del nuovo Codice richiama detto principio solo al comma 8, laddove si fa riferimento alle condizioni di partecipazione alla procedura di gara, vale a dire ai requisiti di partecipazione relativi alla capacità professionale, alla capacità economico-finanziaria e a quella tecnica-professionale. Rimane dunque dubbio, alla luce della formulazione letterale della norma, se la nullità, come era previsto nella previgente disciplina, colpisca anche eventuali clausole del bando di gara che prescrivono l'esclusione dalla procedura senza che, in concreto, si sia verificato un caso di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per il difetto di sottoscrizione dell'offerta o di altri elementi essenziali, di mancanza di integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione alla gara, ovvero altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Da ultimo, vi è da chiedersi se, nel nuovo Codice, siano da intendersi quali clausole di esclusione tassative non solo quelle previste *dal codice o da altre disposizioni di legge* ma anche quelle eventualmente fissate dalle Linee guida dell'ANAC.

Sebbene queste ultime non siano espressamente richiamate dall'art. 83, comma 8 del nuovo Codice, esse potrebbero assurgere come fonte integrativa delle cause di esclusione riconducibili

a principi previsti dalla legge, trattandosi di linee guida vincolanti destinate, secondo la dottrina, all'attuazione e all'integrazione della disciplina primaria.

3. Sul rapporto tra eterointegrazione e tassatività delle cause di esclusione

Avendo dunque rappresentato il contesto normativo in cui è stato calato il principio di tassatività delle cause di esclusione, occorre dunque ora indagare il rapporto tra tale principio ed il principio di eterointegrazione della legge di gara ed il principio di tassatività delle cause di esclusione e di previa conoscenza delle cause di esclusione di cui agli atti preliminari di gara.

Il principio di eterointegrazione della legge di gara è stato introdotto dalla giurisprudenza quale precetto imperativo che introduce un requisito di ammissione, anche se non esplicitato dalla *lex specialis*, che la eterointegra ai sensi dell'art. 1339 c.c., di talché la sua inosservanza è valida a determinare l'esclusione (cfr. Cons. Stato, A.P., 30.01.2014 n. 7).

Ne consegue che tale principio è e resta valido ogni qual volta si abbia incompleta o erronea formulazione del disciplinare di gara, laddove la violazione di obblighi direttamente derivanti da norma imperativa non può non determinare l'esclusione del ricorrente, anche nel caso in cui il bando

di gara avesse ommesso la necessità dei suddetti requisiti, dichiarazioni o allegazioni.

In tal senso, dunque, è stata ravvisata la necessità che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative debbano essere osservati dal concorrente al di là di una espressa previsione contenuta nel bando di gara. Ciò in ragione

Il principio di eterointegrazione della legge di gara è stato introdotto dalla giurisprudenza quale precetto imperativo che introduce un requisito di ammissione, anche se non esplicitato dalla *lex specialis*, che la eterointegra ai sensi dell'art. 1339 c.c., di talché la sua inosservanza è valida a determinare l'esclusione (cfr. Cons. Stato, A.P., 30.01.2014 n. 7).



del fatto che tali elementi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che i soggetti aggiudicatari posseggano determinati requisiti ritenuti necessari dal legislatore per l'esecuzione della relativa opera.

Tale principio, dunque, non mira a tutelare la più ampia concorrenza tra i partecipanti (e, dunque, i principi di trasparenza e parità di trattamento), bensì la diversa e complementare necessità soddisfatta dal codice di assicurare il pubblico interesse alla realizzazione dell'opera da parte di soggetti adeguatamente qualificati.

Pertanto, in nessun caso i principi formulati a tutela della concorrenza tra gli operatori partecipanti possono prevalere sulla necessità che la legge di gara venga adeguata ed eterointegrata con le disposizioni espressamente previste dalla vigente normativa in tema di requisiti di affidabilità o di competenza degli operatori economici.

Ora, risulta necessario contemperare la necessità, da un lato, di non disporre l'esclusione del concorrente in seguito al mancato rispetto di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi alla gara o da una interpretazione degli stessi operata dalla P.A. (cfr. CGUE, VI, 2 giugno 2016, C-27/15); dall'altro, tuttavia, preservare il meccanismo della eterointegrazione che opera *ex lege*, poiché semplicemente traspone nella disciplina di gara il precetto così come formulato dalla norma di legge.

La tendenza, dunque, è quella di attribuire prevalenza al meccanismo della eterointegrazione rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione, con l'ovvia e precipua limitazione secondo la quale tale prevalenza ha natura eccezionale e, dunque, i principi di esclusione derivano da disposizione imperativa o sono facilmente individuabili in base alla medesima.

Ma giammai tale prevalenza può spingersi fino a ritenersi legittima l'esclusione di un concorrente fondata sull'interpretazione del disciplinare di gara o della documentazione (alla luce delle disposizioni normative), poiché ciò contrasterebbe inevitabilmente con i principi di trasparenza e parità di trattamento nelle procedure e, in sostanza, con

il principio di tassatività delle clausole di esclusione (v. Cons. di Stato, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 3541).

In tal senso, dunque, l'eterointegrazione potrà ben estendersi a requisiti che, sebbene non previsti dal bando, siano previsti dalla legge e/o facilmente conoscibili dagli interessati in base alla stessa.

D'altra parte i principi a presidio della concorrenza e del *favor participationis* (quali parità di trattamento e trasparenza) non potrebbero comunque portare alla paradossale conseguenza di una aggiudicazione a soggetti sprovvisti dei requisiti individuabili in base alla legge.

E ciò anche avuto conto della tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico, laddove lo stesso sarebbe comunque tenuto, al di là delle previsioni del bando, a conoscere le disposizioni normative che regolano le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

4. Il rapporto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione ed il principio di eterointegrazione dei bandi di gara: la visione restrittiva della recente giurisprudenza

L'istituto della "eterointegrazione del bando di gara" trova la sua origine nell'art. 1419 comma 2 c.c. – dettato in tema di nullità parziale del contratto – a norma del quale "la nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative".

Se si volesse applicare tale norma ai bandi di gara, si dovrebbe ritenere che, anche laddove il bando non abbia espressamente contemplato come causa di esclusione l'inadempimento di un obbligo previsto da una disposizione di legge, tale causa di esclusione debba considerarsi comunque sussistente per il semplice fatto che l'offerente non ha adempiuto ad un obbligo normativo di natura imperativa, e ciò appunto in virtù dell'eterointegrazione automatica di derivazione civilistica.

La visione data dalla giurisprudenza più recente al rapporto appena indagato tra principio di tassatività e principio di eterointegrazione risulta essere sì orientata a far prevalere quest'ultimo, ma in un'ottica piuttosto restrittiva e rigida.

Si è infatti detto che l'eterointegrazione degli atti d'indizione di una gara di appalto è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme o inesistente o lacunosa, sicché non ricadano sui concorrenti gli eventuali errori commessi dalla stazione appaltante.

Ciò significa che, in generale, all'eterointegrazione debba farsi ricorso in modo accorto, poiché la legge di gara deve essere intesa secondo le regole dettate dagli articoli 1362 e seguenti del codice civile, alla cui stregua si deve comunque attribuire valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza, ex art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241; diversamente opinando, si violerebbe anche il principio della tassatività delle cause di esclusione, che è chiaramente ispirato al principio del *favor participationis* (v. TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 13 febbraio 2019 n. 235).

Se ne ricava il principio secondo cui, ove il bando non abbia espressamente qualificato come "causa di esclusione" la violazione di un obbligo previsto da una disposizione di legge, l'eventuale esclusione, comminata a seguito dell'accertata inosservanza

di tale disposizione, deve considerarsi illegittima. Anche il Consiglio di Stato (sez. V, 2 febbraio 2018, n. 671) ha assunto un orientamento decisamente rigido rispetto al principio della c.d. "eterointegrazione del bando di gara", più volte affermato dalla stessa giurisprudenza soprattutto in relazione all'inserimento automatico nel bando stesso (quindi anche ove non contemplato da quest'ultimo) dell'obbligo per l'offerente di indicare i costi del lavoro e della sicurezza, evidenziando come la mancata

espressa qualificazione come causa di esclusione, da parte del bando, dell'inosservanza di un obbligo normativo, non consente alla stazione appaltante di adottare legittimamente, nei confronti della Società che a tale obbligo non abbia adempiuto, un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione in precedenza disposta.

5. Conclusioni

La giurisprudenza in commento, dunque, si attesta nel confermare la prevalenza del meccanismo della eterointegrazione rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione, ma con la peculiare limitazione secondo la quale tale prevalenza ha natura eccezionale e, dunque, i principi di esclusione debbono necessariamente trarsi dalle norme imperative.

Ma, come detto, tale prevalenza non può dare adito ad interpretazioni oltremodo "estensive" della legge di gara, pena l'irrimediabile contrasto con il principio di tassatività

L'eterointegrazione degli atti d'indizione di una gara di appalto è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme o inesistente o lacunosa, sicché non ricadano sui concorrenti gli eventuali errori commessi dalla stazione appaltante



La prevalenza del meccanismo della eterointegrazione rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione incontra la limitazione secondo la quale tale prevalenza ha natura eccezionale e, dunque, i principi di esclusione debbono derivare da disposizione imperativa o essere individuabili in base alla medesima



delle cause di esclusione ed i principi che esso sottende (concorrenza, massima partecipazione, certezza, affidamento, ecc...).

È infatti fondamentale che i concorrenti partecipanti alle pubbliche selezioni non siano sottoposti ad uno sforzo "ermeneutico" che ad essi di certo non compete, ma che gli stessi concorrenti siano semplicemente tenuti all'osservanza sia della disciplina di gara, sia delle norme imperative che presiedono comunque all'andamento degli appalti pubblici.

Ciò soprattutto per assecondare la tendenza non formalistica dell'attuale codice dei contratti, che

non contempla che le esclusioni dalle gare pubbliche avvengano per motivi puramente formali, ma per sostanziali carenze di requisiti fondamentali per l'affidamento della commessa pubblica.

È chiaro che, in tal senso, un intervento chiarificatore del legislatore e/o dell'ANAC potrebbe essere utile ad ulteriormente definire la prescrittività di norme imperative rispetto a bandi silenti, così evitando l'insorgere di contenziosi e di pronunce giurisprudenziali spesso contraddittorie, ed evitando quindi che sia sempre e soltanto l'interpretazione dei Giudici – a volte ondivaga - a fornire le indicazioni a riguardo.

Analisi e differenze degli istituti inerenti: le indagini di mercato, le consultazioni preliminari ed il dialogo competitivo. In particolare l'analisi del parere del Consiglio di Stato in merito allo schema di Linee Guida recanti "indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Le indagini di mercato quali presupposto della procedura negoziata semplificata

Le disposizioni di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. 50/2016 delineano una disciplina speciale che, pur nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, affidano esclusivamente all'Amministrazione, non essendo prevista la previa pubblicazione del bando di gara, l'individuazione degli operatori economici astrattamente idonei a svolgere la prestazione e pertanto invitati a presentare l'offerta, ispirandosi a principi di snellimento e celerità della procedura.

Trattandosi pertanto di una procedura speciale e derogatoria dei principi di pubblicità, come tale limitativa dell'altro principio

della massima partecipazione possibile posto a tutela della concorrenza, le relative disposizioni devono essere oggetto di stretta interpretazione.

Alle Stazioni appaltanti al fine di procedere, quindi, secondo una logica di semplificazione, verificando

preliminarmente la disponibilità e valorizzando la conoscenza ed esperienza del mercato di riferimento, è riconosciuto dall'ordinamento, mediante diversi istituti applicabili, la possibilità, in funzione delle relative esigenze, di consultare e verificare comunque l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti e gli operatori interessati.

Alle Stazioni appaltanti al fine di procedere, quindi, secondo una logica di semplificazione, verificando preliminarmente la disponibilità e valorizzando la conoscenza ed esperienza del mercato di riferimento, è riconosciuto dall'ordinamento, mediante diversi istituti applicabili, la possibilità, in funzione delle relative esigenze, di consultare e verificare comunque l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti e gli operatori interessati.

L'indagine di mercato si pone, rispetto alla successiva fase di procedura negoziata, come strumento di

necessario supporto, costituendo, infatti, un mezzo di pubblicità realizzando una preliminare fase di

prequalificazione dei candidati, rendendo pubblica, mediante l'avviso, la procedura negoziata che altrimenti non sarebbe resa nota violando così i principi di trasparenza e di parità di trattamento tra i potenziali interessati alla partecipazione.

È importante rilevare che le procedure da adottare per l'individuazione di un contraente, secondo il codice degli appalti, sono le seguenti: procedura aperta; procedura ristretta; procedura competitiva con negoziazione; procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara; dialogo competitivo; partenariato per innovazione.

L'art. 36 del codice degli appalti - Contratti sotto soglia - prevede, in maniera articolata in funzione dei valori economici indicati, che salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo la modalità, per valori inferiori ad Euro 40.000,00, dell'affidamento diretto e la modalità della procedura negoziata, previa consultazione di operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

La procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste comunque carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni di porre in essere procedure aperte. L'indagine di mercato, quale procedimento autonomo rispetto all'individuazione del contraente, è preordinata a conoscere la disponibilità e l'interesse degli operatori economici non ingenerando negli

operatori stessi alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.

L'importanza dell'indagine di mercato è evidenziata, tra l'altro, dal fatto che la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni di porre in essere procedure aperte.



L'indagine di mercato, quale presupposto procedimentale della procedura negoziata, è richiamata dall' art. 36 del D.Lgs. 50/2016 e dalle Linee Guida n. 4 dell'ANAC, di cui alla delibera nr. 1097 del 26 ottobre 2016 rappresenta il necessario strumento per individuare gli operatori da invitare, che operano sul relativo

mercato, tramite la pubblicazione di un avviso. Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti.

L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.

L'indagine di mercato, quale procedimento autonomo rispetto all'individuazione del contraente, è preordinata a conoscere la disponibilità e l'interesse degli operatori economici non ingenerando negli operatori stessi alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.



Nell'ambito della procedura negoziata successiva non sussiste in capo alla stazione appaltante, né l'obbligo di invitare tutte le imprese

che ne facciano richiesta, né quello di illustrare le ragioni di ogni mancato invito (Tar Veneto N. 00628/2017 REG.PROV.COLL).

Riguardo allo svolgimento di detta consultazione degli operatori economici, le Linee Guida ANAC n. 4/2018, precisano che "la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni" (punto 5.1.4)".

L'eventuale rilevata carenza della prescritta pubblicità dell'avviso rende del tutto inattendibile la procedura di selezione del contraente posta in essere dall'Amministrazione e, nel contempo, si dimostra direttamente lesiva della posizione dei potenziali ulteriori candidati ai quali è stata illegittimamente preclusa la partecipazione. Non è dunque possibile, pena l'illegittimità della procedura di selezione del contraente, derogare al prescritto obbligo di pubblicazione dell'avviso di indagine di mercato. L'indagine di mercato è quindi propedeutica e necessaria allo svolgimento della procedura negoziata come disciplinata dall'art. 36 del codice degli appalti anche se non determina vincoli in ordine alla prosecuzione dell'affidamento.

Così si espresso sul tema il Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 21 gennaio 2019 n. 518: "Quel che è certo è che la novità della normativa da applicare e la corredata esiguità degli operatori specializzati

presenti sul mercato, non costituiscono esimenti, rispetto all'onere di previa pubblicità dell'avviso finalizzato all'individuazione di concorrenti. Le finalità di trasparenza e di garanzia della partecipazione più adeguata in relazione alle caratteristiche del singolo affidamento, ad esse sottese, non possono prescindere da una pubblicità attuale e specificamente riferita all'incarico da svolgere". La procedura semplificata di cui all'art. 36, prevede comunque la pubblicazione di un avviso, a differenza della procedura di cui all'art. 63 - Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

2. Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Un esempio di procedura negoziata che non prevede un'indagine di mercato

Nei casi e nelle circostanze indicati nell'art. 63 del Codice degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.

La norma pone in essere un elenco, che è quindi tassativo, dei casi in cui è possibile ricorrere alla procedura di cui trattasi. Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti

le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

Nei casi e nelle circostanze indicati nell'art. 63 del Codice degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.



L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione. La procedura di cui trattasi rappresenta, quindi, una procedura negoziata che non impone né una preliminare pubblicazione di un bando, né un'indagine di mercato volta a conoscere il mercato di riferimento, questo in considerazione dei presupposti che la legittimano.

La relazione tecnica, accompagnatoria al nuovo codice degli appalti in merito alle disposizioni di cui all'art. 63, ha affermato, commentando la norma, che: *"pur dove contempla le medesime fattispecie disciplinate dal previgente articolo*

57 del codice del 2006, esclude, la possibilità di far ricorso alla procedura nel caso in cui le circostanze invocate a giustificazione siano imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici". In particolare la norma individua i casi in cui la procedura negoziata senza previa pubblicazione possa essere utilizzata nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

La procedura è utilizzata in situazioni in cui non viene a realizzarsi una reale situazione di concorrenza, perché non è stata presentata alcuna offerta, oppure quando vi sia un solo operatore economico in condizione di poter offrire le prestazioni oggetto dell'appalto o comunque nella misura strettamente necessaria per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice.

3. Le consultazioni preliminari di mercato quali strumento di un'eventuale procedura

L'istituto delle consultazioni di mercato è preliminare, facoltativo e non decisivo, interviene nella fase preparatoria, prossima o remota, di una gara d'appalto. In considerazione della natura preliminare propria dell'istituto, è stato inoltre esplicitato che le consultazioni non possono essere svolte rispetto a procedure già avviate, anche ove le stesse fossero sospese.

La consultazione consiste in una attività propedeutica di medio periodo della stazione appaltante. Essa si svolge, di norma, prima dell'avvio di una procedura di appalto, tra la programmazione e la definizione della determinazione a contrarre, prima della decisione di bandire una gara di appalto e prima

ancora della scelta delle procedure.

Le stazioni appaltanti procedenti esercitano discrezionalmente la facoltà di svolgere procedure di consultazione e non sono tenute allo svolgimento delle stesse.

"Anorché non vi sia alcun obbligo di svolgimento, il ricorso alla consultazione preliminare di mercato si rende opportuno e consigliabile, ove la stazione appaltante non abbia chiara contezza dei propri fabbisogni ed esiga calibrare i propri obiettivi, anche relativamente all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati. Il ricorso all'istituto appare particolarmente consigliabile nel caso di appalti o accordi quadro complessi o sperimentali, con spiccata componente tecnologica o innovativa, avulsa dalle conoscenze proprie dell'ente procedente" (cfr. nota illustrativa

La consultazione consiste in una attività propedeutica di medio periodo della stazione appaltante. Essa si svolge, di norma, prima dell'avvio di una procedura di appalto, tra la programmazione e la definizione della determinazione a contrarre, prima della decisione di bandire una gara di appalto e prima ancora della scelta delle procedure. Le stazioni appaltanti procedenti esercitano discrezionalmente la facoltà di svolgere procedure di consultazione e non sono tenute allo svolgimento delle stesse.

Linee Guida Anac).

La consultazione è finalizzata a predisporre con maggiore competenza gli atti di gara, nonché a informare gli operatori economici circa le proprie intenzioni di acquisto e i relativi requisiti, affinché gli affidamenti avvengano secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali.

La consultazione che coinvolge operatori economici o soggetti, direttamente o indirettamente, idonei a partecipare alla successiva fase competitiva è sempre resa nota mediante avviso pubblico.

L'amministrazione procedente può servirsi di una mera lettera di invito, laddove intenda limitare la consultazione esclusivamente a determinati soggetti. Gli atti di invito specificano le esigenze informative e conoscitive dell'amministrazione procedente, le tipologie di contributi richiesti, la forma di contributo ammissibile, i tempi previsti per la pubblicazione della gara e per lo svolgimento dell'appalto, nonché gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione e le modalità di svolgimento della procedura.

La categoria dei "partecipanti al mercato" non necessariamente coincide con la categoria degli operatori economici. Vi possono essere compresi altri soggetti, quali, ad esempio, soggetti di ricerca o titolari di interessi collettivi e/o diffusi, quali associazioni di categoria, di rappresentanza di altri interessi, così come le associazioni di utenti. In questo senso, possono essere individuate organizzazioni di diversa natura, purché dotate di soggettività giuridica.

La categoria dei "partecipanti al mercato" non necessariamente coincide con la categoria degli operatori economici. Vi possono essere compresi altri soggetti, quali, ad esempio, soggetti di ricerca o titolari di interessi collettivi e/o diffusi, quali associazioni di categoria, di rappresentanza di altri interessi, così come le associazioni di utenti. In questo senso, possono essere individuate organizzazioni di diversa natura, purché dotate di soggettività giuridica.



4. Il dialogo competitivo, quale procedura di aggiudicazione

Il dialogo competitivo costituisce invece una procedura di aggiudicazione. Le stazioni appaltanti avviano con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità.

Nella fase del dialogo possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell'appalto.

Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti.

A tal fine, non forniscono informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri. Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante al dialogo, senza

l'accordo di quest'ultimo. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate.

Nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo le stazioni appaltanti indicano se i dialoghi competitivi si svolgeranno in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando di gara, nell'avviso

di indizione di gara o nel documento descrittivo.

La stazione appaltante può proseguire il dialogo finché non è in grado di individuare la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità.

5. Il Parere del Consiglio di Stato sulle Linee Guida

L'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) ha posto in consultazione dal 23 luglio al 20 settembre 2018 le Linee guida recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato" ed alle stesse aveva allegato una Nota illustrativa.

Il Consiglio di Stato, con parere 14 febbraio 2019, n. 445 si è espresso positivamente in merito alle linee guida in oggetto. Nelle premesse del parere stesso è puntualizzato che nella relazione di accompagnamento alla richiesta di parere è precisato che *"il documento è stato elaborato all'esito di una consultazione pubblica svoltasi in modalità aperta e costituisce il risultato della valutazione e ponderazione delle osservazioni formulate dagli stakeholders intervenuti; l'oggetto delle linee guida è stato definito, ai sensi dell'art 213, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici, allo scopo di orientare i comportamenti degli interessati all'applicazione dell'istituto, data la rilevanza trasversale che le consultazioni preliminari di mercato hanno nell'ambito della contrattualistica pubblica"*.

In via generale il Consiglio ritiene, mediante il proprio parere, che sia opportuno che le Linee guida riportino, per una maggiore chiarezza sulle consultazioni preliminari di mercato, la distinzione che intercorre con altri istituti simili, quali le indagini di mercato negli appalti sotto-soglia, il dialogo competitivo ed i concorsi di progettazione.

Inoltre il medesimo afferma l'opportunità che le consultazioni preliminari siano rese esclusivamente alle ipotesi in cui è presente un certo tasso di

novità escludendo gli appalti di routine e quelli relativi a prestazioni standard perché questi ultimi casi si pongono in palese contrasto con la finalità dell'istituto.

Per il Consiglio la naturale collocazione dell'istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, proprio sull'atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante. Per tale ragione è opportuno che l'ANAC valuti la possibilità di sopprimere l'inciso "di regola".

Inoltre per il Consiglio deve essere precisato che la consultazione riguarda aspetti tecnici in considerazione del fatto che le scelte di merito amministrativo devono essere assunte autonomamente dalla stazione appaltante.

Le Linee guida prevedono l'esclusione del concorrente dalla competizione solo come *extrema ratio*, ove cioè non sia possibile garantire altrimenti il rispetto del principio della parità di trattamento. La distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della

procedura d'appalto, è inquadrata espressamente tra le cause di esclusione dalle gare pubbliche, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera e), del Codice.

È parere del Consiglio di Stato che l'esclusione dell'operatore economico che ha partecipato all'indagine preliminare possa essere disposta solo nel caso in cui vi sia stato da parte di questi un comportamento volutamente scorretto, qualora costui abbia dolosamente influenzato l'esito dell'indagine di mercato, non potendosi

È parere del Consiglio di Stato che l'esclusione dell'operatore economico che ha partecipato all'indagine preliminare possa essere disposta solo nel caso in cui vi sia stato da parte di questi un comportamento volutamente scorretto, qualora costui abbia dolosamente influenzato l'esito dell'indagine di mercato, non potendosi imputare all'operatore economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza a titolo di responsabilità oggettiva



imputare all'operatore economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza a titolo di responsabilità oggettiva.

Spetta inoltre alla stazione appaltante indicare le ragioni per cui si è realizzato, nei termini prima indicati, l'effetto distorsivo non potendosi addossare all'operatore economico la prova di un fatto negativo.

Come affermato dalla Sezioni Unite, in virtù del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, l'onere della prova deve essere ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione (Cassazione civile, sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

Nel parere evidenzia il Consiglio di Stato che la giurisprudenza ha chiarito che l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto.

Il soggetto che partecipa alle consultazioni ex art. 66 c.c.p. non è titolare di una posizione differenziata in relazione alla successiva eventuale fase di gara, proprio in ragione dell'autonomia delle due fasi, e la partecipazione ad essa non costituisce condizione di accesso alla successiva gara.

«Dalla Commissione Europea la spinta per una riforma organica del Codice appalti»

di Francesca Scura

IL
PUN
TO

Premesse

La Commissione Europea ha di recente avviato una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, ritenendo alcune disposizioni del D.Lgs. 50/2016 («Codice») non conformi alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici (direttive 2014/23/UE sulle concessioni, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sugli appalti degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali¹).

A finire nel mirino della Commissione non solo è l'art. 80 del Codice, ma anche, e in particolar modo, la disciplina del subappalto, già esaminata negli stessi termini dalla Commissione nel 2017, e quella dell'avvalimento.

Come previsto dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e ribadito nella lettera di costituzione in mora inviata alle Autorità italiane, lo Stato italiano ha un termine di due mesi per formulare osservazioni utili affinché la Commissione

chiuda il procedimento; quindi, nel caso in cui i chiarimenti non soddisfino le richieste, la Commissione proseguirà la procedura di infrazione mediante l'adozione di un parere motivato con cui chiede allo Stato membro di conformarsi al diritto dell'Unione e l'eventuale proposizione del ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

1. Violazione delle norme europee sul calcolo del valore stimato degli appalti

Una delle prime censure mosse dalla Commissione riguarda l'art. 35, commi 9 e 10, del Codice relativi al calcolo del valore stimato degli appalti². A parere della Commissione tali norme violerebbero l'art. 5, par. 8, primo comma, e l'art. 5, par. 9, primo comma, della direttiva 2014/24/UE nonché l'art. 16, par. 8, primo comma, e l'art. 16, par. 9, primo comma, della direttiva 2014/25/UE.

Le citate direttive europee stabiliscono che: «Quando un'opera prevista o una prestazione di servizi prevista può dar luogo ad appalti aggiudicati per lotti separati, è computato il valore stimato

1. Commissione Europea, lettera di costituzione in mora – infrazione n. 2018/2273.

2. Cfr. art. 35: «9. Per i contratti relativi a lavori e servizi: a) quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti; b) quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto. 10. Per gli appalti di forniture: a) quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, nell'applicazione delle soglie di cui ai commi 1 e 2 è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti; b) quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.».

complessivo della totalità di tali lotti. Quando il valore aggregato dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 4, la presente direttiva si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto. 9. Quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dar luogo ad appalti aggiudicati per lotti separati, nell'applicazione dell'articolo 4, lettere b) e c), si tiene conto del valore stimato della totalità di tali lotti. Quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 4, la presente direttiva si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto.».

La Commissione in proposito rileva che - laddove le direttive prevedono che sia computato il valore complessivo stimato della totalità dei lotti quando vi è la possibilità di «appalti aggiudicati per lotti separati» - le corrispondenti disposizioni nazionali di cui all'art. 35 del Codice prevedono che sia computato il valore complessivo stimato della totalità dei lotti qualora vi sia la possibilità di «appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti separati». La Commissione osserva in proposito che, aggiungendo la precisazione «contemporaneamente», la normativa italiana sembrerebbe aver ristretto l'applicabilità dell'obbligo di computare il valore complessivo stimato della totalità dei lotti. Per tale ragione la Commissione ritiene che l'art. 35, ai commi 9, lettera a), e 10, lettera a), del Codice violi le direttive europee citate.

2. Violazione delle norme europee sui motivi di esclusione

Un secondo rilievo della Commissione riguarda l'art. 80, comma 4, del Codice. La disposizione, come noto, prevede l'esclusione dell'impresa dalla procedura di gara qualora abbia commesso gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui si è stabilita. La ratio della norma si sostanzia nell'evitare alla stazione appaltante di trattare con operatori economici che non diano sufficienti garanzie in ordine alla propria affidabilità morale e professionale.

Tali inadempienze, per assumere rilevanza escludente ai fini della norma, devono essere state accertate in via definitiva, ossia «contenute in sentenze o atti amministrativi non soggetti a impugnazione». La norma codicistica si riferisce infatti *tout court* a sentenze ed ad atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Tale circostanza ha peraltro creato dubbi, sul piano operativo, circa l'individuazione dei presupposti per l'acquisizione della definitività dell'atto (la questione si è posta soprattutto con riguardo alle pretese tributarie³).

La precisazione per cui le violazioni devono essere «contenute in sentenze o atti amministrativi non soggetti a impugnazione» - a parere della

« La stazione appaltante – secondo la Commissione - deve poter escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali (art. 80 comma 4 del Codice) anche se tale violazione non è stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo ma può essere comunque adeguatamente dimostrata dalla stessa stazione appaltante.»



3. Cfr. TAR Campania Napoli sez. I 28/12/2018 n. 7365, secondo cui «la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale - in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento - bensì dalla comunicazione di quest'ultimo» (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 21/6/2012, n. 3663; Sez. V, 18/1/2011, n. 789).

Commissione - contrasterebbe con quanto stabilito dalle direttive europee nella parte in cui consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere i concorrenti «anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori» e indipendentemente dalla sussistenza di accertamenti con valore definitivo; quindi anche nell'ipotesi in cui le stesse siano in grado di «dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali»⁴.

La normativa europea, in altri termini, attribuisce alla stazione appaltante maggiori autonomia e discrezionalità nelle valutazioni relative al possesso in capo ai concorrenti dei necessari requisiti di moralità e professionalità. Tale autonomia sarebbe, invece, ristretta illegittimamente dal Codice italiano. In conclusione, secondo la Commissione, l'art. 80, comma 4, è conforme alle direttive comunitarie nella misura in cui impone di escludere un operatore economico che non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo. L'articolo in questione

non è invece conforme alle suddette disposizioni laddove non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione non sia stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo ma possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Un'ulteriore censura riguarda il successivo comma 5, lett. c), dell'art. 80 in oggetto, che prevedeva l'esclusione del concorrente in caso di inadempienze contrattuali pregresse tra cui 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; ...». Tale previsione, non essendo contemplata nelle direttive sugli appalti pubblici, ha creato vari problemi interpretativi in quanto sembrava precludere alla stazione appaltante ogni valutazione circa l'affidabilità degli offerenti in caso di risoluzione contrattuale soggetta ancora a giudizio al momento della gara o confermata in sede giurisdizionale⁵.

4. In particolare l'art. 38, par. 5, commi 1 e 2, della direttiva 2014/23/UE stabilisce quanto segue: «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di una concessione qualora siano a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese in cui è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), possono escludere o possono essere obbligati dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di una concessione un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.».

5. Le direttive europee (art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE; art. 38, paragrafo 7, lettere c) e f), della direttiva 2014/23/UE) prevedono in proposito che:
«Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: ...

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;
g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;».

Secondo la Commissione, la disposizione italiana precluderebbe alle stazioni appaltanti, nel caso di offerenti che abbiano contestato in giudizio la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o concessione, ogni valutazione circa l'affidabilità di tali offerenti sino a quando il giudizio non abbia confermato la risoluzione anticipata⁶. Con il D.L. n. 135/18 cd. «Decreto semplificazioni» il Legislatore italiano anticipa la soluzione della questione, eliminando il riferimento all'insussistenza di un contenzioso pendente relativo alla risoluzione e riallineando così la normativa interna alla corrispondente disciplina europea.

3. Violazione delle direttive in materia di limiti al subappalto

I rilievi più significativi della Commissione si rivolgono alla disciplina nazionale in tema di subappalto. Sul punto la lettera di costituzione in mora elenca ben sei violazioni del diritto europeo quali, sinteticamente:

- il divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico;
- l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti;
- divieto per l'offerente in una determinata gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa gara;
- divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso ad un altro subappaltatore (c.d. subappalto «a cascata»).

Con riferimento al limite obbligatorio dell'importo del contratto che l'appaltatore può affidare a terzi, corrispondente al 30 % dell'importo complessivo

del contratto medesimo (art. 105, commi 2 e 5 del Codice)⁷, la volontà del Legislatore italiano sarebbe quella di assicurare l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità; scopi questi che potrebbero giustificare l'istituzione di una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

Secondo la Commissione europea, tuttavia, tale limitazione quantitativa, fissata in maniera del tutto astratta, prescindendo dalle reali capacità dei subappaltatori e dal carattere essenziale o meno delle prestazioni, non risulta compatibile con i principi fondamentali della materia che impongono di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici anche attraverso lo strumento del subappalto. Inoltre, anche in questo caso si assisterebbe ad una restrizione dei poteri delle stazioni appaltanti, notevolmente ampliati dalle direttive del 2014 anche in tale ambito mediante il riconoscimento espresso della facoltà

di imporre agli operatori economici la sostituzione dei subappaltatori privi dei requisiti richiesti, in presenza di cause di esclusione obbligatorie o facoltative.

La questione dei limiti al subappalto è peraltro attualmente soggetta a giudizio pendente dinanzi

alla Corte di Giustizia: il Consiglio di Stato - nel disporre il rinvio pregiudiziale della questione alla Corte - ha infatti evidenziato come il limite del 30% renda più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli

«Il divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico (art. 105 del Codice) non è conforme alle direttive europee in materia di subappalto».



6. La Commissione ha assunto una posizione analoga nella causa C-41/18 pendente innanzi alla Corte di Giustizia.

7. Il comma 2 dispone che «Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture», a differenza dell'art. 118 del D.Lgs. 163/2006 che prevedeva tale tetto per la sola «categoria prevalente». Il successivo comma 5 recita: «Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso».

stessi acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate.

Il limite in questione, non previsto dalle direttive, imporrebbe una restrizione alla facoltà di ricorrere al subappalto per una parte del contratto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici⁸. La Corte di giustizia in realtà si era già pronunciata sul punto, nel senso di escludere la compatibilità con il diritto dell'Unione di limitazioni quantitative imposte dagli Stati membri (v. sentenza sez. III, 14 luglio 2016, causa C- 406/14, secondo cui il diritto europeo in materia di appalti pubblici, «prevedendo la facoltà per gli offerenti di provare che, facendo affidamento sulle capacità di soggetti terzi, essi soddisfano i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, a condizione di dimostrare che, qualora l'appalto venga loro aggiudicato, disporranno effettivamente delle risorse necessarie per la sua esecuzione, risorse che non appartengono loro personalmente – sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato»).

«Secondo la Commissione, gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.»



Sul punto si era già espressa anche la Commissione Europea con la lettera di costituzione in mora n. 1572232 del 23/03/2017. Nella lettera trasmessa alle Autorità italiane, la Commissione osservava che l'art. 105 del Codice, a differenza di quanto previsto a livello europeo, ove si consente espressamente il subappalto senza particolari limiti, sembrerebbe creare un sistema in cui il subappalto è in linea generale vietato poiché consentito solo con autorizzazione della stazione appaltante e nel limite massimo del 30% dell'importo dell'opera.

Appare poi in contrasto con la normativa europea l'art. 105, comma 6, del Codice che prevede l'obbligo di indicazione in sede di offerta della terna dei subappaltatori. E ciò non solo perché l'articolo impone agli offerenti di indicare sempre tre subappaltatori anche qualora all'offerente ne occorrono meno di tre, ma anche perché tale obbligo opera anche nel caso in cui i concorrenti non intendano fare ricorso a nessun subappaltatore⁹.

Infine, ad essere censurato è il divieto generale per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso ad altri soggetti (art. 105, comma 19, del Codice), non previsto dalla normativa europea dei contratti pubblici e ritenuto in contrasto con i principi di proporzionalità e parità di trattamento¹⁰.

8. V. Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 11/6/2018, n. 3553 - Corte di Giustizia, Causa C-402/18; T.A.R. Lombardia, Sez. I, ordinanza n. 148, 19/1/2018 - Corte di Giustizia, Causa C-63/18. Un'ulteriore causa allo stato pende dinanzi alla Corte di giustizia e riguarda la possibilità di escludere un operatore economico per la sussistenza del venir meno dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5 D.lgs. n. 50/2016 in capo al subappaltatore (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, ordinanza 29/5/2018, n. 6010; Corte di giustizia, Causa C-395/18).

9. La questione è stata sottoposta alla Corte di giustizia, causa C-395/18, e il relativo giudizio è pendente.

10. Le direttive infatti in proposito prevedono: «Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, [cioè l'obbligo di indicare alle amministrazioni aggiudicatrici nome, recapito e rappresentanti legali dei subappaltatori] ad esempio: [...] b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti.». Secondo la Commissione, gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.

4. Violazione delle direttive europee in tema di limiti all'avvalimento

Quanto alla disciplina riguardante l'avvalimento, la Commissione evidenzia, in primo luogo, aspetti di incompatibilità fra il divieto di c.d. avvalimento «a cascata», contenuto nell'art. 89, comma 6 del Codice, che impedisce all'impresa ausiliaria di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto, e le direttive europee che non contemplano tale limitazione.

Il tema era stato affrontato dal Consiglio di Stato, che aveva giustificato il divieto alla luce del fatto che la deroga che l'istituto in parola reca al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è condizionata alla possibilità di configurare un rapporto diretto ed immediato tra ausiliaria e ausiliata, da cui discenda una responsabilità solidale delle due imprese, in relazione alla prestazione da eseguire.

In questo quadro, l'innesto di un ulteriore passaggio, tra l'impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti, infrangerebbe l'ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento e la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara¹¹.

Le ulteriori violazioni delle Direttive rilevate dalla Commissione riguardano il divieto posto dall'art. 89, comma 7, il quale recita «in relazione a ciascuna

gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti». Il divieto in parola era già passato al vaglio del Consiglio di Stato, che ne aveva individuato la ratio nella esigenza di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento¹².

In altri termini, secondo i precedenti giurisprudenziali citati, le finalità di massima partecipazione sottese all'istituto dell'avvalimento non devono andare a discapito dell'interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara.

Analoghe considerazioni circa la contrarietà ai principi comunitari vengono formulate dalla Commissione con riferimento all'art. 105, comma 4 del Codice che applica la medesima regola all'ipotesi del subappalto¹³.

Tali divieti «incondizionati», già più volte contestati dalla Corte di Giustizia¹⁴, sarebbero incompatibili

«Alcuni divieti previsti dal Codice in tema di avvalimento (l'avvalimento «a cascata» o per opere «super specialistiche») contrastano con le norme europee».



11. Consiglio di Stato, V, 26/7/2016 n. 3347; VI, 19/6/2017, n. 2977.

12. Consiglio di Stato sez. V 10/4/2018 n. 2183.

13. «4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
 b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
 c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
 d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80».

14. V. Corte di Giustizia UE, causa C-425/14, causa C-376/08, causa C-538/07.

con il fondamentale principio di proporzionalità precludendo agli operatori economici di poter dimostrare che il fatto di essere collegati ad altri partecipanti alla gara non abbia influito sul loro comportamento, né sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Infine, alla Commissione appare lesivo degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione anche l'art. 89, comma 11, del Codice che rappresenta una novità rispetto alla disciplina previgente e non consente agli operatori economici di avvalersi delle capacità di altri soggetti qualora l'appalto comprenda opere che richiedono lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, impedendo così l'avvalimento in relazione all'intero appalto («opere complesse», comunemente definite «super specialistiche» o S.I.O.S. la cui concreta individuazione è stata operata con il Decreto del MIT 248/2016¹⁵).

La Corte di giustizia, nei vari precedenti sull'istituto, non ha escluso in assoluto che la stazione appaltante possa introdurre limitazioni nell'utilizzo dell'istituto, ma ha sottolineato come tali limitazioni debbano essere valutate ed eventualmente inserite in relazione alla singola fattispecie.

Ora è la Commissione a ritenere tale disposizione codicistica sproporzionata perché, invece di proibire l'avvalimento in relazione agli specifici lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica compresi nell'appalto, essa proibisce l'avvalimento in relazione all'intero appalto.

5. Violazione delle norme europee in tema di opere di urbanizzazione

Ampio spazio della lettera di costituzione in mora riguarda la disciplina delle opere di urbanizzazione. La disciplina è oggetto di esame da parte dell'ANAC, che, di recente, ha avviato una consultazione pubblica (chiusa il 21/2/2019¹⁶) per aggiornare le proprie Linee guida n. 4 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».

Le modifiche che si intende apportare riguardano i seguenti aspetti:

- le modalità di calcolo del valore degli affidamenti per le opere di urbanizzazione e le procedure da seguire;
- l'applicabilità dell'esclusione automatica dell'offerta anomala;
- il periodo transitorio per le soglie relative ai lavori;
- la revisione della soglia di rilevanza per il criterio di rotazione;
- le modalità di superamento delle criticità rilevate.

In ossequio alla normativa europea, in materia di opere di urbanizzazione, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare ciascun lotto senza applicare il Codice solo qualora abbiano prima verificato che il valore cumulato dei lotti è inferiore alla soglia europea. Tale interpretazione non risulta però pacifica nell'ordinamento

15. In tema si veda il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 10 novembre 2016, n. 248 - Gazzetta Ufficiale n. 3 del 4 gennaio 2017 «Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

16. Per il documento in consultazione v. <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20190211/documento%20di%20consultazione.pdf> Tra le soluzioni prospettate dall'ANAC vi sono i) l'obbligo di richiesta di almeno tre preventivi per l'affidamento diretto di lavori fino a 150 mila euro; ii) divieto di selezionare le imprese in base all'ordine cronologico di arrivo delle domande o in base alla prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione dei lavori; iii) l'obbligo di applicare il principio della rotazione negli affidamenti diretti vale oltre i 5 mila euro; iv) l'applicazione del Codice per l'affidamento delle opere di urbanizzazione scatta anche quando i lotti dei lavori sono sotto soglia, ma il loro importo totale supera la soglia Ue dei 5,2 milioni.

nazionale, ragion per cui la Commissione – in sede di procedura di infrazione - chiede all'Italia di conformarsi alla suddetta impostazione.

6. Violazioni riguardanti le offerte anormalmente basse

La Commissione osserva che la disposizione di cui all'art. 97, comma 8, del Codice, contrariamente alle direttive, consente alle stazioni appaltanti di escludere offerte anormalmente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni¹⁷.

7. I decreti di riforma «in cantiere»

L'avvio della procedura di infrazione, ai sensi degli articoli 258 e 259 del Trattato dell'Unione Europea¹⁸, ha posto in primo piano l'esigenza e l'urgenza di provvedere ad una riforma del Codice. Il testo di disegno di legge oggi approvato dal Consiglio dei Ministri delega il Governo ad adottare entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni in materia dei contratti pubblici, nel rispetto delle direttive europee, anche al fine

di coordinare le predette disposizioni con la L. n. 241/90 e con il codice civile, adottando un nuovo codice dei contratti pubblici¹⁹.

Verrà inoltre adottato un unico regolamento per disciplinare: nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; progettazione di lavori, servizi e forniture, sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; direzione dei lavori e esecuzione; collaudo e verifica di conformità; tutela dei lavoratori e regolarità contributiva; affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria; requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e, infine, lavori sui beni culturali.

Quanto ai principi e criteri direttivi cui dovrà attenersi il Governo nell'esercizio della delega, oltre ad alcune precisazioni circa la chiarezza, semplicità e coerenza sistematica che dovrà avere il nuovo impianto codicistico, la riforma del codice dovrà:

- assicurare l'efficienza e la tempestività delle procedure di programmazione, di affidamento, di gestione, e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di ridurre



17. Dalla sentenza della Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06 emerge in contrario 1) che, in caso di appalti con un valore inferiore alla soglia UE, le offerte anormalmente basse possono essere escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato che l'appalto non ha un interesse transfrontaliero certo, e 2) che è consentito fissare una soglia (un numero minimo di offerte ammesse) oltre la quale le offerte anormalmente basse sono escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) purché tale soglia sia sufficientemente elevata da giustificare l'argomento secondo cui un numero di offerte pari o superiore a tale soglia potrebbe obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la loro capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare.

18. La procedura di infrazione, regolata dagli articoli 258 e 259 del Trattato dell'Unione Europea, ha il fine di sanzionare gli Stati membri responsabili della violazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario. La procedura è attualmente nella sua fase preliminare, tipicamente di carattere pre-contenzioso, affidata alla competenza della Commissione europea. Ove lo Stato non risponda entro il termine di due mesi, ovvero non fornisca chiarimenti soddisfacenti, la Commissione emette un parere motivato che ha il valore di formale diffida ad adempiere nei confronti dello Stato sottoposto alla procedura. Qualora lo Stato non si conformi al detto parere nel termine fissato dalla Commissione, questa, ovvero lo Stato membro che abbia eventualmente avviato la procedura, sono legittimati a proporre ricorso per inadempimento alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Lo Stato ha l'obbligo di eseguire la sentenza della Corte che accerti la violazione del diritto comunitario a suo carico, ponendo immediatamente rimedio alla stessa e provvedendo al pagamento delle sanzioni ivi previste.

19. Disegno di legge delega recante «Delega al governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici», approvato dal Consiglio dei Ministri in data 28/2/2019 ; v. www.governo.it. Al contempo, il Governo avrebbe intenzione di varare in tempi brevi un decreto legge di riforma urgente del Codice degli appalti.

e rendere certi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, compresi le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del paese, nonché di esecuzione dei servizi e delle forniture, limitando i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee;

- prevedere discipline opportunamente differenziate applicabili ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, nonché ai contratti da svolgersi fuori dall'Unione europea, ispirate alla massima semplificazione e rapidità, e una disciplina specifica per i contratti attivi;

- promuovere la discrezionalità e la responsabilità delle stazioni appaltanti, anche nell'ottica di assicurare maggiore flessibilità nell'utilizzo delle procedure di scelta del contraente, fornendo alle medesime stazioni appaltanti misure e strumenti di supporto attraverso il potenziamento dell'attività di vigilanza collaborativa e consultiva delle competenti autorità amministrative indipendenti nonché delle altre amministrazioni pubbliche;

- razionalizzare i metodi di risoluzione delle controversie, anche alternativi ai rimedi giurisdizionali, riducendo gli oneri di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento;

- rafforzare la certezza e la prevedibilità delle decisioni delle stazioni appaltanti nell'applicazione della disciplina attraverso atti interpretativi dell'ANAC di natura non regolamentare e non vincolante, volti a chiarire la portata e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti;

- rafforzare la vigilanza collaborativa e l'attività consultiva su istanza delle singole stazioni appaltanti o degli operatori economici;

- riordinare e riorganizzare l'attuale disciplina concernente le centrali di committenza e i soggetti aggregatori, con riferimento agli obblighi e alle facoltà inerenti al ricorso agli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dagli stessi e provvedere all'introduzione di strumenti di controllo sul rispetto della disciplina in materia di razionalizzazione della spesa per gli acquisti delle

pubbliche amministrazioni;

- promuovere lo sviluppo di forme di acquisto di beni, servizi e lavori gestite attraverso i sistemi informatici di negoziazione, anche in modalità ASP messi a disposizione da Consip e dai soggetti aggregatori;

- prevedere l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere facilmente conoscibili e accessibili le informazioni, i dati da fornire e la relativa modulistica, anche adeguando, aggiornando e semplificando il linguaggio, nonché adottando moduli unificati e standardizzati che definiscono esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati;

- assicurare, per tipologie omogenee di procedimento, l'uniformità delle modalità di presentazione delle comunicazioni, delle dichiarazioni e delle istanze degli interessati, nonché le modalità di svolgimento della procedura;

- armonizzare, semplificare e razionalizzare la disciplina dei controlli, ad eccezione di quelli fiscali, sulle imprese e i professionisti;

- prevedere l'obbligo, per le pubbliche amministrazioni, di procedere al monitoraggio e al controllo telematico a consuntivo del rispetto dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza;

- semplificare e accelerare le procedure di spesa e contabili nel rispetto dei principi e delle regole stabiliti dalla L. n. 196/2009, eliminando gli adempimenti meramente formali e favorendo la tempestività dei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni;

- prevedere, nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali, che ogni dato o informazione necessaria alla PA sia fornita una sola volta da parte di cittadini e imprese e che, in seguito, il dato possa essere richiesto da ciascuna amministrazione soltanto a quella che lo abbia già acquisito, anche attraverso una gestione uniforme delle banche dati pubbliche.

Gli appalti delle società in house nella recente giurisprudenza penale

di Ilenia Filippetti

IL
PUN
TO

Premesse

Il tema del ricorso al modello dell'in house providing è stato soggetto ad una marcata attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa, che ha progressivamente definito ed affinato i tratti caratterizzanti di tale istituto, sino alla recente definizione normativa conservata all'interno del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

È importante tuttavia ricordare che gli affidamenti in house sono stati soggetti ad un'analisi approfondita anche da parte della giurisprudenza penale, con particolare riguardo al tema dell'eventuale applicabilità, ai dipendenti delle società partecipate, delle disposizioni in materia di reati contro la pubblica amministrazione commessi dagli incaricati di pubblico servizio.

Si tratta di un tema delicato e, nel contempo, denso di interrelazioni tra le fattispecie penali ed i più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa e costituisce, nel contempo, un ambito di indagine sul quale, prevedibilmente, si andrà sempre più a concentrare l'attenzione del Giudice penale.

Il presente contributo costituisce un approccio di sintesi a tale complesso tema, all'interno del quale l'attenzione verrà concentrata, in particolare, sulle pronunce edite dalla Suprema Corte di Cassazione in materia di abuso d'ufficio commesso dai dipendenti dell'in house – con una precisa distinzione, tuttavia, a seconda che la società partecipata operi o meno nell'esercizio di poteri autoritativi – ed in tema di applicazione delle norme sull'affidamento degli appalti pubblici anche, "a cascata", da parte delle società partecipate.

1. I casi in cui è configurabile il reato di abuso d'ufficio

In alcune recenti pronunce la Suprema Corte ha affermato, con estrema fermezza, che le società in house costituiscono articolazioni della pubblica amministrazione, con la conseguenza che i relativi organi sono legati all'amministrazione da un rapporto di servizio e rispondono dei reati propri che da tale specifica figura possono essere commessi contro la pubblica amministrazione.

Particolarmente significativo appare, a tale proposito, il caso esaminato da Corte di Cassazione, sezione sesta penale, sentenza 16 aprile 2018, n. 16855, nel quale agli amministratori di una società pubblica (operante in regime di monopolio di fatto nel servizio di interesse pubblico di raccolta di rifiuti urbani) era imputato il reato di cui all'articolo 323 del codice penale, per aver proceduto all'acquisto diretto di un terreno sul quale doveva sorgere un impianto di stoccaggio e trattamento dei rifiuti e per aver disposto il conseguente affidamento dei lavori di realizzazione dell'impianto senza il preventivo esperimento di una gara pubblica che – nella tesi accusatoria – sarebbe stata invece necessaria tenuto conto della natura di organismo pubblico della società.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha sottolineato come sia ormai consolidata, a partire dalla giurisprudenza sovranazionale europea, l'ammissibilità per l'ente pubblico di non provvedere all'adempimento di compiti legalmente imposti attraverso una "gestione diretta" o "gestione in economia", ma attraverso l'esternalizzazione del servizio oppure, in ulteriore alternativa, attraverso l'affidamento diretto del servizio ad una società riconducibile al modello dell'"in house providing".

L'affidamento diretto alla società partecipata è consentito solo se l'organismo affidatario è equiparabile ad un ufficio interno dell'amministrazione affidante

In tale cornice, anche la giurisprudenza amministrativa ha da tempo riconosciuto il principio della natura ordinaria dell'affidamento eseguito con modalità diverse dalla gara pubblica, purché tale affidamento avvenga nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza, legittimo affidamento e non discriminazione¹: sono stati in tal modo tracciati i principi generali in base ai quali l'affidamento diretto di appalti e concessioni (senza ricorso a procedure di evidenza pubblica) è consentito tutte le volte in cui si possa affermare che l'organismo affidatario, dotato di una autonoma personalità giuridica, presenti tuttavia connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un ufficio interno dell'amministrazione affidante, poiché in tali casi non vi si configura un rapporto di

alterità sostanziale, ma solo formale rispetto all'amministrazione. Non si tratterebbe, peraltro, di un vero e proprio ricorso al mercato – benché l'affidamento venga disposto a favore di un soggetto con veste formalmente societaria – quanto piuttosto di una

forma di autoproduzione o, comunque, di erogazione di servizi pubblici effettuata direttamente ad opera della stessa Amministrazione pubblica, non direttamente, ma attraverso gli strumenti propri dell'"in house providing".

Per la Suprema Corte, tale equiparazione è possibile in presenza dei seguenti presupposti, i quali hanno a loro volta ispirato la recente normativa contenuta all'interno del d.lgs. n. 175/2016:

1. esistenza del c.d. "controllo analogo", ovvero sia di una situazione di fatto e di diritto nella quale l'ente pubblico sia realmente in grado di esercitare sulla società partecipata un controllo analogo a quello che il medesimo ente può esercitare sui propri "servizi interni", nonché:
2. necessità che la società svolga la parte più

1. Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 257 del 22 gennaio 2015.

importante della propria attività nei confronti dell'amministrazione affidante.

L'Amministrazione aggiudicatrice deve essere, pertanto, in grado di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi e sulle decisioni della società affidataria ed il controllo su quest'ultima esercitato dovrà essere effettivo, strutturale e funzionale. È dunque possibile considerare ormai ben delineati nell'ordinamento i connotati qualificanti della società in house, costituita per finalità di gestione di pubblici servizi e definita da alcuni requisiti imprescindibili: la natura pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici².

In questa luce, la pronuncia in esame ha rilevato come sia stato costante insegnamento della medesima Corte di Cassazione che i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio ogni volta in cui l'attività della società controllata sia disciplinata da una normativa pubblicistica e la medesima società persegue finalità pubbliche benché facendo ricorso a strumenti di natura privatistica³: con la conseguenza che le società

L'Amministrazione aggiudicatrice esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi e sulle decisioni della società in house



in house hanno, della società, soltanto la forma esteriore ma costituiscono, in realtà, articolazioni della pubblica amministrazione dalla quale promanano, con l'ulteriore corollario che gli organi di tali società, assoggettati a "vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione", non possono essere considerati – a differenza di quanto accade per gli amministratori delle società che sono sì a partecipazione pubblica, ma che non rivestano la veste di organismo in house – come dotati di un mero *munus* privato. Gli organi delle società in house sono preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione sostanzialmente interna alla stessa Pubblica Amministrazione, di talché essi sono personalmente legati alla predetta p.a. da un vero e proprio rapporto di servizio, non diversamente di ciò che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.

Tali principi hanno improntato costantemente numerose pronunce della medesima Corte di Cassazione, nelle quali è stato riconosciuto che anche gli enti dotati di formale struttura privatistica, purché caratterizzati dai requisiti tipici dell'in house più volte ricordati, assumono connotazione di fatto pubblicistica, ed agli amministratori viene così riconosciuta la qualifica di incaricati di pubblico servizio⁴.



2. Corte di Cassazione, n. 26283/2013 cit.

3. Corte di Cassazione, n. 16855/2018 cit. che, su punto, richiama Corte di Cassazione penale, sezione sesta, sentenza n. 48036 del 14 novembre 2014. Peraltro, già in altre occasioni la medesima Suprema Corte aveva riconosciuto la qualifica di incaricato di pubblico servizio all'amministratore di una società per azioni, operante secondo le regole privatistiche, ma partecipata da un consorzio di enti pubblici ed avente ad oggetto la gestione di un servizio di pubblico interesse quale è lo specifico servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani: Corte di Cassazione penale, sezione sesta, sentenza n. 45908 del 16 ottobre 2013.

4. Corte di Cassazione penale, sezione sesta, sentenza n. 28299 del 10 novembre 2015; Corte di Cassazione penale, sezione sesta, sentenza n. 1327 del 7 luglio 2015; Corte di Cassazione penale, sezione sesta, sentenza n. 39350 del 3 luglio 2017; Corte di Cassazione penale, sezione seconda, sentenza n. 29480 del 13 giugno 2017. Nella fattispecie oggetto di esame in Cassazione n. 16855/2018 cit., peraltro, è stato disposto che, alla luce dei principi come sopra delineati e sulla base dell'orientamento prevalente espresso dalla Corte di Cassazione, si rendeva necessario qualificare, in maniera più puntuale, il vincolo, nato originariamente come contratto di "appalto", tra la società di diritto privato a totale partecipazione pubblica operante nel settore della gestione dei rifiuti ed il consorzio dei Comuni committente: occorre, in particolare, qualificare la natura dell'attività esercitata – verificando se la stessa fosse realmente diretta al soddisfacimento di un "interesse generale" – nonché

2. Se la società partecipata non esercita poteri autoritativi, l'amministratore non è incaricato di pubblico servizio

Corollario dei principi espressi all'interno della sopra richiamata pronuncia resa dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 16855/2018 è quello per cui non tutte le società partecipate dalla pubblica amministrazione sono, di per sé soltanto, riconducibili al modello dell'“in house providing”, con la conseguenza che – ove società partecipata operi senza l'esercizio di poteri autoritativi e certificativi – ci si troverà di fronte ad un soggetto di diritto privato ed i suoi amministratori non rivestiranno la qualità di incaricato di pubblico servizio.

È questo, in particolare, il tema esaminato da Cassazione penale, sezione sesta, sentenza n. 13284 del 22 marzo 2018, con riguardo alla qualifica soggettiva del Presidente e dei componenti del Consiglio di Amministrazione di una società partecipata dal Comune, con specifico riferimento all'affidamento, ad una ulteriore società integralmente privata, dell'appalto della pulizia della Stazione Aereoportuale di Catania.

Il giudice di merito aveva, nel caso specifico, osservato che la natura pubblica del gestore dell'aeroporto di Catania – con la conseguente qualifica di incaricati di pubblico servizio dei relativi amministratori – erano dimostrati:

- dalla circostanza che l'ENAC aveva affidato alla società partecipata, previa concessione, la progettazione, lo sviluppo, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e

l'uso degli impianti e delle strutture aeroportuali dell'Aeroporto di Catania;

- dalla circostanza che il precedente contratto di pulizia era stato preceduto da una gara pubblica e, nel contempo, dal fatto che il contenzioso sorto a seguito della stipula del contratto di appalto dei servizi di pulizia dalla precedente concessionaria era stato svolto innanzi al competente Tribunale amministrativo regionale;

- dall'osservazione, in punto di fatto, che sia il Consiglio di Amministrazione della società partecipata, sia il relativo legale rappresentante erano tutti convinti della natura pubblica della medesima società.

La Cassazione ha osservato che il tema era stato già oggetto di plurime decisioni da parte della medesima Corte di legittimità, e ciò:

- sia con riferimento specifico alle attività svolte dal gestore dell'aeroporto di Catania;

- sia con riferimento, più in generale, alle attività in concessione dei servizi aeroportuali.

La Cassazione aveva infatti già avuto modo di escludere la sussistenza della qualità di incaricato di pubblico servizio del componente dell'azienda speciale aeroportuale di Catania, in quanto la stessa aveva come scopo sociale quello di incrementare le attività turistiche e commerciali collegate a tale specifico scalo, tenuto altresì conto della natura privatistica del gestore e dell'assenza, in capo a quest'ultimo, di poteri autoritativi e certificativi⁵.

Con riferimento ad un'altra società concessionaria di servizi aeroportuali e alla qualifica soggettiva del Vicepresidente della stessa, la stessa Corte

Se la partecipata opera senza l'esercizio di poteri autoritativi e certificativi ci si trova di fronte ad un soggetto di diritto privato ed i suoi amministratori non rivestono la qualità di incaricato di pubblico servizio



la natura del “bisogno”, commerciale, industriale o meno, che la stessa andava a soddisfare. Occorreva chiarire, in altri termini, se l'attività di raccolta dei rifiuti fosse attività di interesse generale – riguardante la generalità dei consociati residenti nel territorio nel quale operava la società coinvolta – e verificare, nel contempo, se la predetta società pubblica operasse in condizioni di mercato “monopolistiche” e sottratta a logiche di concorrenza. Per queste ragioni, la Corte di Cassazione ha pertanto disposto la trasmissione degli atti impugnati al competente Tribunale del merito, per nuova deliberazione in punto di fatto.

5. Corte di Cassazione, sezione sesta, sentenza n. 6427 del 15 gennaio 2010.

di legittimità aveva evidenziato, inoltre, che la attività oggetto di concessione rivestivano natura pubblicistica esclusivamente per quanto concerne le attività inerenti i servizi di cui al decreto legislativo n. 18/1999⁶, e, pertanto, con esclusione di tutte le altre attività di carattere commerciale, ancorché svolte in ambito aeroportuale, alle quali deve invece essere attribuita natura esclusivamente privatistica⁷.

Nel caso oggetto di esame nella pronuncia resa dalla Cassazione con la sentenza n. 13284/2018 cit., i servizi oggetto di concessione erano effettivamente limitati alla realizzazione di condotte ed attività (progettazione, sviluppo, realizzazione, adeguamento, gestione, manutenzione, uso) direttamente riferibili agli impianti ed alle infrastrutture aeroportuali, mentre l'attività concreta per la quale era stato affidato ad una società terza – senza ricorso a procedure di evidenza pubblica – era costituito dall'appalto per la pulizia (non degli aeromobili) ma dei soli locali della stazione aeroportuale, con lo svolgimento, quindi, di un'attività oggettivamente priva di carattere pubblicistico e sostanzialmente estranea rispetto alla concessione aeroportuale.

In conclusione, secondo la Suprema Corte, da un lato il gestore dell'aeroporto di Catania aveva natura di soggetto di diritto privato e, conseguentemente, i componenti del relativo Consiglio di Amministrazione non potevano rivestire la qualità soggettiva di incaricati di pubblico servizio e, dall'altro lato, l'attività concretamente appaltata a favore della società terza (trattandosi di pulizia dei soli locali della Stazione Aeroportuale di Catania) risultava comunque priva di profili e

ricadute pubblicistiche, con analoghe conseguenze per quanto concerne la non configurabilità della qualifica soggettiva di incaricati di pubblico servizio in capo ai componenti del predetto Consiglio di Amministrazione.

3. Gli amministratori della società in house sono punibili per il reato di peculato

Un ulteriore aspetto di rilievo penale è stato esaminato dalla Cassazione penale, sezione sesta, con la recente sentenza n. 58235 del 21 dicembre 2018. Nel caso di specie erano stati in particolare contestati alcuni ripetuti episodi di peculato, punito ai sensi dell'art. 314 del codice penale, per un consistente valore monetario complessivo (pari a circa 1.800.000,00 di Euro) perpetrati dal consulente amministrativo e finanziario di una società in house del Comune di Pavia.

Le condotte appropriate si erano realizzate secondo uno schema ricorrente, consistente nell'emissione, da parte della società in house, di note di credito apparentemente rese in favore del Comune di Pavia, il cui corrispettivo veniva tuttavia veicolato (attraverso l'emissione di assegni bancari e/o postali e/o disposizione di bonifici bancari) su conti correnti intestati direttamente agli amministratori della partecipata o, in altri casi, a società ad essi riconducibili.

Ai fini della configurabilità del reato proprio di peculato, la Suprema Corte sottolinea che, nel caso di specie, la società in house era una società partecipata in misura del 96% dal Comune di Pavia e, per la restante parte del capitale, da Comuni minori limitrofi, ed era incaricata

Agli affidamenti disposti dalle società in house sono applicabili le procedure ad evidenza pubblica previste per gli enti pubblici ed è pertanto configurabile il reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 del codice penale



6. Si tratta, in particolare, del d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18, recante l'Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità.

7. Corte di Cassazione, sezione sesta, sentenza n. 38921 del 1 giugno 2017.

della gestione dell'intero ciclo idrico in ambito comunale o inter-comunale (erogazione acqua, funzionamento fognatura, depurazione scarichi ecc.), dell'igiene ambientale nonché della gestione dei parcheggi.

Nello svolgimento di tali compiti la società si avvaleva di un'ulteriore società, della quale aveva l'intero controllo, alla quale era demandato anche il compito di recuperare fabbricati del patrimonio edilizio comunale nonché di effettuare la manutenzione tecnica della sede operativa della società partecipante.

Con la citata sentenza n. 58235 del 2018 la Cassazione affronta il tema della qualificazione giuridica delle condotte di peculato e, nel contempo, dell'attribuzione di funzioni pubbliche in capo alla società partecipata "a cascata" dalla società in house, evidenziando che gli elementi adottati dagli imputati per escludere la rilevanza pubblicistica dei compiti affidati della società partecipata "a cascata" – ovverosia la mancata gestione di denaro pubblico nonché la veste formale di società di diritto privato che svolgeva attività di natura privatistica quale l'installazione e la manutenzione di impianti di riscaldamento – risultavano del tutto irrilevanti ai fini dell'inquadramento giuridico della società stessa, inquadramento che doveva invece essere condotto in base alle finalità dell'attività dalla società espletata e tenuto conto dell'attinenza dei compiti svolti, in via diretta o immediata, con lo svolgimento di un pubblico servizio, in vista della conseguente attribuzione al relativo vertice operativo della qualità di soggetto incaricato di un pubblico servizio ai sensi e per gli effetti dell'art. 358 del codice penale.

La difesa degli imputati, peraltro, aveva citato diverse sentenze del giudice civile e amministrativo

che nel corso del tempo avevano riconosciuto la completa autonomia tra ente partecipante e società partecipata operante in regime privatistico, sostenendo la tesi per cui l'art. 358 del codice penale sarebbe applicabile soltanto quando l'attività della partecipata sia disciplinata da normativa pubblicistica ed allorché la stessa persegua finalità pubbliche, benché con il ricorso a strumenti privatistici⁸.

Tale tesi viene tuttavia ritenuta dalla Suprema Corte come infondata, posto che l'approccio concreto alla questione, richiesto dal tenore dell'art. 358 del codice penale, imponeva piuttosto di verificare quali fossero – al di là della veste giuridica formale e della disciplina normativa applicabile all'attività corrente – i compiti svolti dalla società completamente partecipata dall'in house ed incaricata di provvedere alla manutenzione tecnica della sede operativa della società controllante.

Per la Suprema Corte, infatti, se è vero che si trattava di compiti apparentemente circoscritti ad un ambito squisitamente tecnico-operativo, era tuttavia innegabile il fatto che la controllante era pur sempre una società in house del Comune di Pavia e di altri enti minori geograficamente limitrofi, che in diversa percentuale partecipavano al suo capitale sociale.

La Cassazione soggiunge, inoltre, che, con riferimento alle società in house – intese come aziende pubbliche costituite in forma societaria il cui capitale è detenuto in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, da un ente pubblico che affida loro attività strumentali o di produzione – la giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene ormai da tempo applicabili le procedure ad evidenza pubblica prevista per gli enti pubblici⁹ e considera pienamente configurabile, di conseguenza, il reato

8. In senso conforme cfr. Corte di Cassazione penale, Sezione sesta, sentenza n. 49759 del 27 novembre 2012, nonché Sezione sesta, sentenza n. 17372 del 24 aprile 2015 e Sezione sesta, sentenza n. 45908 del 16 ottobre 2013.

9. Cfr. art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, richiamato dall'art. 18, comma 1 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 s.m.i., relativo alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, nel cui ambito sono comprese anche le società in esame.

di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 del codice penale¹⁰.

La configurabilità del reato di abuso d'ufficio presuppone, a sua volta, la veste di incaricato di pubblico servizio in capo al legale rappresentante di dette società¹¹: la specificità della fattispecie affrontata dalla pronuncia n. 58235 del 2018 impone unicamente di aggiungere che una società interamente controllata da una società in house condivide con la prima la funzione di svolgere un pubblico servizio, con la conseguenza che il suo rappresentante legale può essere definito a tutti gli effetti – a prescindere dalla veste giuridica formale del sodalizio o dal fatto che esso operi e sia regolamentato nel suo funzionamento da disciplina di natura privatistica – come soggetto incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358, comma 1 del codice penale.

4. Falso in atto pubblico nella redazione degli stati di avanzamento lavori

Un'ultima pronuncia – Cassazione penale, sezione quinta, sentenza n. 5183 del 2 febbraio 2018 – ha esaminato le disposizioni applicabili all'esecuzione degli appalti aggiudicati da parte delle società in house.

La Corte di Appello di Torino pronunciava sentenza di condanna nei confronti di alcuni soggetti imputati per il delitto di cui all'art. 479 del codice penale, contestato in relazione alla falsa indicazione all'interno di alcuni stati di avanzamento lavori (SAL) della percentuale della manodopera utilizzata: secondo il giudice di merito, il delitto di cui al menzionato art. 479 risulterebbe infatti integrato anche laddove il

pubblico ufficiale attesti, contrariamente al vero, fatti di cui la legge non prescriva espressamente la menzione, a condizione che si tratti di attestazione non superflua nell'economia dell'atto e che si tratti di attestazione incidente sull'emissione dell'atto finale del procedimento.

La Corte prende nota del fatto che il contenuto del SAL è definito dalla norma regolamentare di cui all'art. 194 D.P.R. n. 207/2010¹², norma che non prevedeva in alcun modo l'inserimento di elementi ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, con la conseguenza che, secondo la difesa degli imputati, l'indicazione delle percentuali di manodopera impiegata non avrebbe potuto costituire elemento essenziale dell'atto, rispondendo a finalità del tutto diverse ed estranee alla funzione caratteristica dello stesso: da ciò conseguirebbe, ancora secondo la tesi difensiva, che l'indicazione della percentuale della manodopera, riguardando un elemento di natura dichiarativa il cui inserimento non sarebbe normativamente prescritto, escluderebbe la funzione fidefacente e non sarebbe riconducibile alla nozione di "fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità" prevista dal menzionato art. 479 del codice penale.

Secondo la Suprema Corte, tuttavia, dalla lettura della pronuncia resa in prime cure era emerso chiaramente che il Responsabile unico procedimento del committente pubblico e l'amministratore della società in house avevano organizzato una precisa metodologia finalizzata ad aggirare le regole della evidenza pubblica in tema di affidamenti di lavori pubblici tramite il sistema dei subappalti: proprio da ciò conseguiva, pertanto, che, pur essendo legittimo il procedimento di affidamento diretto dei lavori disposto a favore della società partecipata (posto che quest'ultima, quale società

10. Corte di Cassazione penale, Sezione sesta, sentenza n. 3046 del 10 novembre 2017 e Corte di Cassazione penale, Sezione sesta, sentenza n. 48036 del 14 novembre 2014.

11. Corte di Cassazione penale, Sezione sesta, sentenza n. 39350 del 3 luglio 2017, in fattispecie di peculato commesso dal legale rappresentante di società privata incaricata da fondazione in house della Regione Calabria dell'erogazione di fondi comunitari destinati al sostegno delle persone in condizioni di difficoltà economica.

12. Recante il Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

13. Corte di Cassazione penale, sezione quinta, sentenza n. 4324 del 13 gennaio 1978.

in house, rappresentava una mera articolazione interna dell'ente pubblico committente, rendendo così legittimo il sistema dell'affidamento diretto senza gara), era altrettanto indiscutibile che non era affatto legittimo l'affidamento disposto dalla società in house a favore di terzi subappaltatori disposto senza il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica: da un lato, infatti, tali affidamenti ai subappaltatori avvenivano senza gara (e ciò del tutto illegittimamente, considerato che la società in house doveva essere considerata a tutti gli effetti come una stazione appaltante) e, dall'altro, in tal modo veniva anche ad essere superato il limite del 30% delle opere legittimamente affidabili in subappalto.

Più in particolare, era emerso che in un primo momento gli imputati avevano pensato di far "gonfiare" le fatture emesse dalle subappaltatrici, le quali fatturavano in modo fittizio per forniture di materiali non veritiere, in modo tale che tale sovrapproduzione coprisse il pagamento della manodopera in carico alle subappaltatrici che si sostituiva a quella – non sufficiente – a disposizione della società in house per l'esecuzione dei lavori che ad essa erano stati direttamente affidati da parte del soggetto pubblico.

Il dato relativo alla falsa fatturazione veniva, poi, riportato nei SAL, che risultavano così falsificati nell'indicazione delle percentuali di manodopera utilizzata dalla società in house.

Tale sistema era stato poi abbandonato dagli imputati per abbracciare quello, parimenti illegittimo, dei cd. distacchi apparenti: si faceva così apparire nei SAL che i lavori venivano erano stati direttamente dalla società in house con lavoratori oggetto di distacco (anche in questo caso fittizio), mentre dalle indagini era emerso che i lavoratori formalmente distaccati continuavano a rimanere alle dirette dipendenze delle società subappaltatrici (all'interno dei SAL venivano riportati, anche in questo caso, dati falsi in ordine alla percentuale di manodopera utilizzata).

In tale contesto, secondo la Cassazione la rilevanza penale della condotta descritta dall'art. 479 del codice penale sussiste anche quando la falsità riguardi elementi secondari e ricognitivi dell'atto: è stato infatti da tempo affermato, dalla giurisprudenza della medesima Corte di Cassazione, che il reato di falsità ideologica in atto pubblico è configurabile anche allorché il pubblico ufficiale attesti, contrariamente al vero, fatti di cui la legge non prescriva espressamente la menzione, sempre che l'attestazione non sia ultronea rispetto alla complessiva economia dell'atto, e sempre che tale falsità sia rilevante ai fini dell'emissione dell'atto finale del procedimento¹³.

Nel caso di specie era risultato incontrovertibile che l'indicazione corretta, all'interno dei SAL, della percentuale di manodopera era indispensabile ai fini dell'ottenimento, da parte delle società subappaltatrici, del Durc e, pertanto, anche al fine di ottenere il pagamento dei corrispettivi contrattualmente dovuti: in tale contesto non può dunque affermarsi che l'oggetto della falsificazione, ovvero la percentuale di manodopera utilizzata, fosse irrilevante ai fini del perfezionamento del procedimento di pagamento e di avanzamento dei lavori.

Peraltro, ai fini della configurabilità del reato di falso ideologico è sufficiente il dolo generico, il quale si concreta nella volontarietà della dichiarazione falsa, con la sciente consapevolezza del suo carattere non veritiero, essendo irrilevanti le ragioni che hanno determinato l'agente ad operare l'attestazione e, pertanto, essendo parimenti irrilevante qualsivoglia accertamento in ordine alla sua volontà di favorire sé o altri¹⁴.

Nel caso di specie, il ruolo apicale rivestito dal responsabile del procedimento nominato dall'ente pubblico committente gli aveva certamente consentito di sapere che l'equilibrio finanziario della società in house si reggeva proprio sul sistema dell'affidamento diretto degli appalti a terzi estranei, considerato che la società in house non

14. Corte di Cassazione penale, sezione quinta, sentenza n. 41172 del 9 luglio 2014.

aveva la struttura organizzativa minima necessaria per poter eseguire tutti i lavori di manutenzione del patrimonio immobiliare dell'ente pubblico: da ciò conseguiva pertanto che il predetto Responsabile del procedimento doveva avere anche la piena consapevolezza sia della necessità del ricorrere al

sistema dei subappalti irregolari, sia dell'ulteriore necessità di ricorrere ai predetti escamotage necessari per aggirare i limiti imposti al ricorso ai predetti subappalti (escamotage perpetrato attraverso il predetto sistema delle "fatture gonfiate" e dei distacchi illegittimi).

Il nuovo assetto delle Società a partecipazione pubblica a seguito delle modifiche al T.U. ex d.lgs. 175/2016, introdotte dalla Legge di Stabilità per il 2019 - L. 30 Dicembre 2018, n. 145

di Emilia Giulia di Fava

IL
PUN
TO

1. Le modifiche al TU sulle Società a partecipazione pubblica, introdotte dalla Legge di Stabilità per il 2019

Con la Legge di Stabilità per il 2019 (L. 30 Dicembre 2018, n. 154) si è di fatto introdotto un ulteriore correttivo al d.lgs. 175/2016 – T.U. sulle Società a partecipazione pubblica: dopo il decreto di cui al d.lgs. n. 100 del 16 Giugno 2018, si è di nuovo messo mano all’impianto complessivo della riforma sulle partecipazioni societarie pubbliche in un’ottica di depotenziamento.

Le modifiche al T.U. sono state disposte dall’art. 1 commi da 721 a 724 della Legge di Stabilità per il 2019:

- con il c. 721 si è intervenuti modificando l’art.1, c.5 del T.U., stabilendo in tema di società quotate che le disposizioni del T.U si applichino - se espressamente previsto - alle società quotate e alle sole società da esse controllate;
- con il c. 722 si è intervenuti modificando l’art.4, c.6 del T.U., ampliando la possibilità di costituzione di società o enti in deroga ai principi del T.U., aggiungendo alle ipotesi già previste

quelle derivanti dall’attuazione dell’art. 43 del Regolamento (UE) n.1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 Dicembre 2013;

- con il c. 723 si è intervenuti introducendo all’art. 24 del T.U. il c.5-bis, che dà facoltà alle Amministrazioni di derogare fino al 2021 all’obbligo di alienazione delle quote societarie pubbliche, qualora le società abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione;

- con il c. 724 si è intervenuti introducendo all’art.26 del T.U. il c.6-bis, che prevede che le disposizioni di cui all’art. 20 del T.U. (Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche) non si applichino alle società di cui all’art. 4, c. 6 T.U.

Con la Legge di Stabilità per il 2019 (L. n. 154/2018) si è di nuovo messo mano all’impianto complessivo della riforma della disciplina sulle partecipazioni societarie pubbliche di cui al T.U. ex DLgs.175/2016 in un’ottica di depotenziamento.



Le modifiche apportate dalla legge di Stabilità per il 2019 alla riforma della disciplina delle Società a partecipazione pubblica sono dunque poche ma incisive, soprattutto per quanto riguarda il nuovo regime delle partecipazioni delle società quotate e per la deroga agli obblighi di alienazione di quote societarie a fronte del raggiungimento di risultati positivi in termini economici per le attività da esse svolte.

2. Le modifiche intervenute sulla disciplina delle partecipazioni societarie delle società quotate

Per quanto attiene nello specifico le società quotate, le nuove disposizioni apportate al T.U. dall'art. 1, c.721 della Legge di Stabilità 2019 modificano il perimetro di applicazione del regime in deroga alla generale disciplina sulle Società a partecipazione pubblica.

Sul punto va premesso che fin dall'emanazione della riforma sulle Società a partecipazione pubblica si è scelto di avere un atteggiamento protezionistico nei confronti delle società quotate e del loro gruppo.

L'art.1 del T.U. al comma 5 prevede infatti che le disposizioni del decreto si applichino solo se espressamente previsto alle società quotate, categoria in cui rientrano – ai sensi dell'art. 2, c.1 lettera p) del T.U - sia le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati, sia le società che hanno emesso, alla data del 31 Dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.

Le società quotate sono state fin da subito poste su un piano diverso rispetto alle altre partecipazioni societarie pubbliche, per cui risulta fondamentale definire quale sia il perimetro dell'eccezione alla regolazione generale.

Prima della Legge di Stabilità del 2019 si era previsto che il regime differenziato riguardasse le società quotate e le società da esse partecipate, salvo il caso in cui queste ultime fossero, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.

Con il nuovo correttivo è stato eliminato il riferimento alle società partecipate e introdotta

l'estensione del regime speciale alle sole società controllate dalle quotate.

Dunque, allo stato il regime in deroga vale per le società quotate (nell'accezione sopra richiamata di cui all'art.2, c.1 lett. p) del T.U.) e per le società controllate dalle quotate, tenendo presente che per controllo – ai sensi di quanto disposto dall'art. 2,c.1. lett.b) T.U. – si intende in generale la situazione descritta dall'art. 2359 del Codice Civile, ma che il controllo può sussistere anche quando in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

3. Le modifiche intervenute in ordine all'obbligo di alienazione delle partecipazioni pubbliche

Tra le modifiche apportate dalla Legge di Stabilità 2019 alla riforma della disciplina delle società a partecipazione pubblica, quella di maggior impatto è senz'altro la deroga agli obblighi di alienazione delle quote societarie.

Tutta la riforma introdotta con il T.U. di cui al DLgs. 175/2016 ruota attorno al principio della razionalizzazione delle partecipazioni societarie pubbliche, la cui proliferazione è stata considerata tra le cause della lievitazione della spesa pubblica.

Ed è proprio in un'ottica di *spending review* che il T.U. ha indicato precise condizioni per l'acquisizione ed il mantenimento di partecipazioni societarie da parte delle amministrazioni pubbliche, prevedendo un sistema di razionalizzazione periodica (art. 20 T.U.)

e di revisione straordinaria (art. 24 T.U.) delle partecipazioni.

Per le società quotate - e per quelle appartenenti al loro gruppo - fin dall'emanazione della riforma sulle Società a partecipazione pubblica si è scelto di avere un atteggiamento protezionistico: con l'art. 1, c.721 della Legge di Stabilità 2019 si modifica il perimetro di applicazione del regime in deroga loro riservato.



L'obiettivo dichiarato della riforma è stato quello di portare a razionalizzazione l'intero sistema delle società pubbliche, intervenendo su due principali livelli: da una parte al momento genetico, ponendo precise condizioni per la creazione di nuove società, dall'altra intervenendo sull'esistente con le operazioni di revisione straordinaria e di razionalizzazione periodica.

Con l'attuazione della riforma si sarebbe dovuto ottenere una effettiva riduzione numerica delle partecipazioni societarie pubbliche, tramite operazioni di concentrazione ma anche attraverso l'alienazione delle partecipazioni non rientranti nei parametri di ammissibilità predefiniti dallo stesso T.U.

L'intervento della Legge di Stabilità 2019 produce di fatto un rallentamento al raggiungimento di questi obiettivi.

L'art. 1, c. 723 della L. 145/2018 introduce infatti una modifica sostanziale all'art. 24 del T.U. relativo alle revisioni straordinarie delle partecipazioni, tramite l'inserimento del nuovo comma 5-bis che dispone: *"A tutela del patrimonio pubblico e del valore delle quote societarie pubbliche, fino al 31 dicembre 2021 le disposizioni dei commi 4 e 5 non si applicano nel caso in cui le società partecipate abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione. L'amministrazione pubblica che detiene le partecipazioni è conseguentemente autorizzata a non procedere all'alienazione"*.

Con questa disposizione si determina una moratoria dell'applicazione dei principi di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica stabiliti

dalla riforma del 2016.

Va infatti considerato che l'art. 24 del T.U. ha previsto per una serie di partecipazioni societarie pubbliche, non in linea con i parametri di efficienza disposti dal T.U., l'obbligo di alienazione delle quote da parte delle Amministrazioni proprietarie.

Ciò vale sia per le partecipazioni dirette che per quelle indirette, ovvero detenute dalle amministrazioni pubbliche per il tramite di società o organismi controllati.

Nel perimetro delle società soggette a revisione straordinaria il c. 1 dell'art. 24 ha inserito diverse categorie di società in situazione di criticità, nello specifico:

- società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'art. 4 del T.U., ovvero principalmente società non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni (ex c.1) o non rivolte (ex c. 2) a) alla produzione di un servizio di interesse generale, b) alla progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, c) alla realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio di interesse generale attraverso un contratto di partenariato, d) all'autoproduzione di beni o servizi

strumentali agli enti partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, e) ai servizi di committenza, nonchè non rientranti nelle categorie speciali indicate ai commi 6, 7, 8, 9 e 9-bis dello stesso art.4 T.U.;

- società che non soddisfano i requisiti di cui all'art. 5, c.1 e 2 T.U., ovvero costituite senza il

Tra le modifiche apportate dalla Legge di Stabilità 2019 alla riforma della disciplina delle società a partecipazione pubblica, quella di maggior impatto è senz'altro la deroga agli obblighi di alienazione delle quote societarie, poiché tutta la riforma ruota attorno al principio della razionalizzazione delle partecipazioni societarie pubbliche, la cui proliferazione è stata considerata tra le cause della lievitazione della spesa pubblica.



rispetto degli obblighi di motivazione analitica sia sotto il profilo della convenienza economica che della sostenibilità finanziaria e della valutazione comparativa delle forme di gestione diretta o esternalizzata, nonché della compatibilità con la disciplina comunitaria;

- società che ricadono in una delle ipotesi di cui all'art. 20, c. 2 T.U., ovvero in particolare società prive di dipendenti o con un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti, società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da alte società partecipate

o da enti pubblici strumentali, società che nel triennio precedente hanno conseguito un fatturato medio non superiore alla soglia di legge (in via transitoria pari a 500.000 Euro, poi a un milione di Euro), società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio di interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti.

Queste partecipazioni sono state considerate critiche e dunque per tutte queste categorie di società la riforma portata dal T.U. ex d.lgs. 175/2016 ha previsto l'alienazione o l'applicazione delle misure di cui all'art. 20, c.1 e 2 del T.U., che comprendono la predisposizione di piani di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione.

A seguito del correttivo introdotto dalla Legge di Stabilità 2019 ciò non avverrà più

obbligatoriamente fino al 31 Dicembre 2021, se le società hanno prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione: il periodo da prendere in considerazione è quello relativo agli esercizi 2014, 2015 e 2016, tenuto conto del fatto che la ricognizione cui l'art. 24 del T.U. fa riferimento doveva essere svolta entro il 30 Settembre 2017.

È stato quindi dato valore centrale al risultato economico prodotto dalle società (tra l'altro medio, per cui sono anche ammissibili risultati negativi se compensati)

per bloccare i processi di razionalizzazione e autorizzare le Amministrazioni pubbliche a non procedere alle alienazioni ex art. 24, c. 4 e 10 del T.U.

Parimenti negli stessi casi viene congelata l'applicazione dell'art. 24, c. 5 T.U. ovvero l'interdizione per il socio pubblico ad esercitare i diritti sociali nei confronti della società in caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo o di mancata alienazione delle quote sociali.

La Legge di Stabilità sul punto dichiara espressamente le finalità perseguite, poiché è lo stesso nuovo c. 5-bis dell'art. 24 del T.U che afferma che l'intervento è finalizzato alla *"..tutela del patrimonio pubblico e*

del valore delle quote societarie pubbliche".

Se questa è la *ratio* della norma, non si comprende come mai ci si sia limitati ad un mero slittamento temporale degli effetti della revisione straordinaria

Con l'attuazione della riforma si sarebbe dovuto ottenere una effettiva riduzione numerica delle partecipazioni societarie pubbliche, tramite operazioni di concentrazione e di alienazione: l'intervento della Legge di Stabilità 2019 produce di fatto un rallentamento al raggiungimento di questi obiettivi.



Per quanto la finalità espressa della norma sia quella della tutela del patrimonio pubblico e del valore delle quote societarie pubbliche, la scelta della moratoria temporale di due anni non è vincolata a specifiche iniziative o attese di mutamento del contesto generale in cui operano le società a partecipazione pubblica, per cui le modifiche intervenute appaiono perseguire finalità di mero rinvio.



delle partecipazioni societarie pubbliche: se infatti si ritiene un danno intervenire con i processi di razionalizzazione nei tempi dati dal T.U. a fronte di risultati economici medi in utile, non si vede perché allora si dovrebbe intervenire in tal senso dopo il 31 Dicembre 2021.

La Legge di stabilità non vincola la scelta della moratoria temporale di due anni a specifiche attese di mutamento del contesto generale in cui operano le società a partecipazione pubblica, per cui le modifiche intervenute - slegate da obiettivi di ottimizzazione dichiarati - appaiono perseguire finalità di mero rinvio.

Per quanto la finalità espressa della norma sia quella della tutela del patrimonio pubblico e del valore delle quote societarie pubbliche tali affermazioni si collocano su un piano teorico, dal momento che non viene messa in campo alcuna iniziativa concreta per ottenere il risultato ipotizzato.

Sempre sotto il profilo critico va segnalato anche che allo stato non risultano risolte le problematiche di coordinamento della nuova versione dell'art. 24 del T.U. - attinente alla revisione straordinaria - con le disposizioni di cui all'art. 20 del T.U, relativo alle operazioni di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche.

La riforma di cui al d.lgs.175/2016 per quanto attiene alle verifiche della platea delle partecipazioni ha infatti operato su due livelli: uno straordinario, con l'art. 24 T.U., destinato ad avere impatto d'urto immediato, ed uno ordinario e continuativo, definito all'art. 20 T.U., da svolgersi annualmente da parte delle amministrazioni, mediante l'analisi complessiva delle società in cui detengano partecipazioni dirette e indirette.

La Legge di Stabilità è intervenuta solo sull'art. 24, e dunque sulle revisioni straordinarie, nulla dicendo in materia di razionalizzazione periodica ex art. 20 T.U.: questo difetto di coordinamento può portare conseguenze di disallineamento se si considera che per le partecipazioni rientranti nel perimetro della revisione straordinaria vale la moratoria, mentre per le partecipazioni da analizzare annualmente - e che possono anche non coincidere con le partecipazioni soggette a revisione straordinaria - non varrebbe analogo facoltà.

Sotto il profilo procedurale, va poi rilevato che le amministrazioni per avvalersi della moratoria ex nuovo comma 5-bis dell'art. 24 T.U. debbano adottare una delibera motivata, in cui si evidenzino i requisiti richiesti per quanto attiene i risultati economici prodotti negli anni 2014, 2015 e 2016 dalle singole società rientranti nel perimetro di revisione.

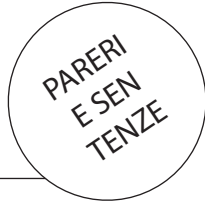
In conclusione, va sottolineato come le ragioni delle modifiche apportate dalla Legge di Stabilità per il 2019 alla riforma di cui al T.U. ex d.lgs. 175/2016 siano senz'altro da farsi risalire ad una legittima preoccupazione che le dimissioni forzate possano portare danno alle amministrazioni procedenti, sia per quanto attiene alla definizione del valore delle quote e ai rapporti tra i soci, sia per quanto riguarda i casi di mancanza di *appeal* della vendita, con conseguente esito infausto delle operazioni attivate.

Le modifiche introdotte all'impianto generale della riforma della disciplina delle partecipazioni pubbliche non paiono porre rimedio alle possibili criticità derivanti da cessioni forzose, producendo il solo effetto di rinviare l'emersione.



Tuttavia le modifiche introdotte all'impianto generale della riforma della disciplina delle partecipazioni pubbliche non paiono porre rimedio alle criticità evidenziate, producendo il solo effetto di rinviare l'emersione.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 5/3/2019, n. 1524

In ordine all'applicazione del principio di rotazione risulta irrilevante che il precedente affidamento in favore del contraente sia scaturito da una procedura aperta o meno

“Premesso infatti che quello in esame è un appalto sotto soglia e che la procedura su cui nello specifico si controverte non è aperta, bensì negoziata, va confermato il principio di carattere generale – su cui, da ultimi, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125 – in virtù del quale va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “sotto soglia”.

In particolare, il principio di rotazione è che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte è trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece – come ipotizzato dall'appellante – dalle modalità di affidamento, di tipo “aperto”, “ristretto” o “negoziato”), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (recte, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura. Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4)."

Consiglio di Stato, Sez. VI, 28/2/2019, n. 1409

in tema di costo del lavoro la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto

"...l'art. 23, comma 16, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nell'ambito della parte dedicata alla fase della progettazione, prevede che: i) «per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali»; ii) «in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione». L'art. 95 dello stesso decreto, nel disciplinare i criteri di aggiudicazione, dispone che: i) «nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (...); ii) «le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)» (comma 10)...La giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di affermare che «la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto» (Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016, n. 1901; Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589). (*)"

Consiglio di Stato, Sez. V, 27/2/2019, n. 1387

"il ruolo di R.U.P. con le funzioni di presidente o componente della Commissione è precluso allorchè sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi"

"Dibattuta è stata la questione interpretativa dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo anteriore alla novella), inerente il quesito se possa svolgere le funzioni di presidente della Commissione (come avveniva nel vigore del previgente art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006) anche il R.U.P. Nella fattispecie in esame, nella quale il R.U.P. non ha anche predisposto gli atti di gara, redatti da altra unità organizzativa dell'Amministrazione, e peraltro riproduttivi della lex specialis delle precedenti procedure per l'affidamento del medesimo servizio, la soluzione del quesito appare al Collegio che possa essere prudentemente positiva.

La norma contenuta nell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 può infatti essere interpretata, come ha fatto il primo giudice, nel senso che l'eventuale incompatibilità debba essere comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. ed alla Commissione. Ha condivisibilmente sottolineato la sentenza che «sarebbe stato onere della ricorrente fornire precisi elementi di prova sull'esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all'attività di RUP»; al contrario, nessuna contestazione è stata svolta, se non marginalmente, e comunque tardivamente, con la memoria depositata in data 5 luglio 2018, ai punteggi attribuiti dalla Commissione alle offerte tecniche, in base al coefficiente ponderale previsto per ciascun criterio.

Del resto, il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Il che conferma l'assunto secondo cui il ruolo di R.U.P. con le funzioni di presidente o componente della Commissione è precluso allorché sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082)."

TAR Lazio Roma, Sez. III, quater, 22/2/2019, n. 2405

La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura

"L'art. 77, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici dispone: "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura".

Il Collegio non ignora che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, la predetta norma deve essere interpretata in senso restrittivo e che la prova della incompatibilità, per conflitto di interessi, deve essere fornita dalla parte che deduce la condizione di incompatibilità e tuttavia ritiene che nel caso di specie gli elementi di fatto allegati dalla parte ricorrente integrino in maniera sufficiente tale prova.

Occorre premettere che la incompatibilità dei componenti della Commissione, per conflitto (sia pure potenziale) di interesse tra la posizione istituzionale del commissario e le imprese partecipanti alla gara, deve essere valutata in concreto e non in astratto, tenendo conto delle specificità del caso; per tale motivo, l'art. 77, comma 7, del Codice dei Contratti Pubblici dispone: "La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte"."

Tribunale Amministrativo Regionale Calabria, Sez. I, 22/02/2019, n. 388

È ammesso il soccorso istruttorio in caso di contratto di avvalimento con firma scansionata anziché in originale

"giova osservare come ai sensi dell'art. 89, comma 1, c.c.p., "[i]l concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei

requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

Ritiene il Collegio, anche a voler ammettere che la sottoscrizione apposta dal l.r. della -OMISSIS- in calce al contratto di avvalimento e alla domanda di partecipazione e ai relativi allegati sia in forma "scansionata" (quindi non in "originale"), che tale circostanza, peraltro fermamente contestata da parte avversa, non determini l'invocata nullità - o a fortiori l'inesistenza - del contratto, con conseguenti effetti espulsivi, venendo in rilievo una scrittura privata per la cui validità è necessaria e sufficiente la forma scritta e non essendo in discussione, inoltre, la concreta attribuzione della paternità del documento contrattuale all'impresa ausiliaria, che non ha mai formalizzato alcuna contestazione o disconoscimento al riguardo (cfr., su questione analoga, TAR Catanzaro, sez. II, 29 giugno 2018, n. 1291).

Trattasi, al più, di mera irregolarità suscettibile di essere sanata mediante il ricorso al soccorso istruttorio posto che, nel caso di specie, non viene in rilievo un'ipotesi di difetto assoluto di sottoscrizione bensì, soltanto, una modalità di sottoscrizione che, tenuto anche conto dell'ulteriore documentazione prodotta dalla -OMISSIS- e in possesso della stazione appaltante, risulta comunque idonea a consentire la riferibilità all'impresa ausiliante, sul piano soggettivo, dell'accordo di avvalimento stipulato con la -OMISSIS-s.r.l. Si aggiunga, in ultimo, che, a differenza della prescrizione che impone nel contratto la "specificazione dei requisiti formali e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria", la cui violazione è espressamente sanzionata "a pena di nullità", nessuna conseguenza è correlata alla mancata allegazione del contratto di avvalimento "in originale o in copia autentica" e che, secondo parte della giurisprudenza, "i requisiti formali dell'accordo di avvalimento, descritti dal richiamato art. 49, secondo comma lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, non sono previsti ad substantiam e non possono quindi sottrarsi al principio della libertà delle forme degli atti di volontà fra privati" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2012 n. 101; analogamente anche T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, sez. I, 26 novembre 2010 n. 314; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 27 ottobre 2010 n. 3303)."

TAR Lazio, Sez. III, 14/02/2019, n. 1965

Errore nella stesura dell'offerta economica e soccorso istruttorio

"La questione che si pone nel caso in esame, dunque, è di stabilire se, una volta appurate l'incongruenza e la contraddittorietà del dato fornito come costo della manodopera dall'aggiudicataria, rispetto alla percentuale di ribasso dalla medesima indicata (la cui applicazione, come visto, avrebbe dovuto portare ad un cifra inferiore), sia stato legittimo, da parte della S.A., procedere ex post alla correzione di quello che essa ha interpretato come un errore materiale Nel caso di specie non si era in presenza di documentazione incompleta, bensì di un errore nel quale è incorsa l'impresa contro-interessata alla gara, nella stesura dell'offerta economica, errore del quale la stazione appaltante si è avveduta in sede di controllo di congruità, a causa dell'incongruenza aritmetica tra la percentuale di ribasso offerta (rispetto al prezzo a base d'asta) ed il costo complessivo della manodopera...risulta legittimo il potere di rettifica di errori materiali o refusi, ma soltanto se circoscritto alle ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta e risulti palese che la dichiarazione discordante non è voluta, ma è frutto di un errore ostativo, da rettificare in applicazione dei principi civilistici contenuti negli artt. 1430-1433 del codice civile (cfr., nel solco di Cons. Stato, A.P., n. 9/2014, TAR Lazio Roma, II, n. 5060/2016; TAR Lombardia, IV, n. 1554/2016)."

Consiglio di Stato, Sez. III, 5/2/2019, n. 882

"il quesito che si sottopone all'attenzione dell'Adunanza Plenaria è volto a chiarire se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 lettera a (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 lettera b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), vada incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'o.e.p.v."

"L'Autorità di regolazione ha sviluppato il proprio avviso nelle linee guida n. 10, approvate con delibera n. 462 del 23.5.2018 e relative all'affidamento del servizio di vigilanza privata, ribadendo, anche in tale occasione, che il rapporto fra comma 3 (ricorso all'OEPV per gli appalti ad alta intensità di manodopera) e comma 4 del predetto articolo 95 (possibilità di utilizzo del minor prezzo negli specifici casi contemplati) va interpretato nel senso della prioritaria applicazione del comma 3 e, dunque, ritenendo utilizzabile il criterio del prezzo più basso, ai sensi del comma 4 del citato articolo 95, nelle sole ipotesi in cui il costo della manodopera fosse inferiore al 50% del valore dell'appalto Il portato delle suesposte riflessioni indurrebbe a confermare l'opzione esegetica fin qui seguita assecondando il rilievo centrale che, nell'economia del nuovo impianto normativo, il legislatore ha inteso riconoscere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.... Non può, infatti, essere obliato il dato dell'ampiezza dei settori di mercato potenzialmente interessati dal principio di diritto qui in rilievo, quali ad esempio quello dei servizi di pulizie, portierato, somministrazione e vigilanza, tutti connotati dal prevalente impiego di manodopera e che, al contempo, anche a cagione della standardizzazione dei relativi processi produttivi, riflettono contenuti prestazionali sovente già compiutamente definiti dallo stesso mercato....l'elemento della "standardizzazione" consentirebbe di isolare, all'interno del più ampio genus dei servizi caratterizzati dall'alta intensità di manodopera, un particolare sotto insieme che il legislatore, in virtù di tali peculiari caratteristiche che connoterebbero la prestazione come tendenzialmente infungibile dal punto di vista tecnico/qualitativo, avrebbe inteso sottoporre a disciplina differenziata siccome più coerente con le suddette intrinseche caratteristiche Il suddetto approdo esegetico conduce, dunque, alla conclusione secondo cui gli appalti caratterizzati da alta intensità di manodopera vanno sussunti nella previsione di cui al comma 3 lettera a) dell'articolo 95 comma 3 del d. lgs. 50/2016, e dunque restano soggetti al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a meno che, pur essendo contrassegnati dal suddetto profilo caratterizzante (id est alta intensità di manodopera), non evidenzino anche l'aggiuntiva caratteristica della cd. standardizzazione della prestazione, dovendosi, in tale evenienza, fare applicazione del comma 4 lett.b) con conseguente possibilità di applicazione del criterio del minor prezzo ... In conclusione il quesito che si sottopone all'attenzione dell'Adunanza Plenaria è volto a chiarire se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 lettera a (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 lettera b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), vada incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'o.e.p.v."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 1039 DEL 30 ottobre 2018
PREC 199/18/S**

"un'erronea indicazione del costo della manodopera non può comportare l'esclusione qualora risulti (o non sia contestato) che i salari pagati non siano inferiori ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge così come previsto dall'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016"

"la più recente giurisprudenza, aderendo alla interpretazione sostanzialistica dell'obbligo di dichiarazione di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 sopra illustrata, ritiene che un'erronea indicazione del costo della manodopera non può comportare l'esclusione qualora risulti (o non sia contestato) che i salari pagati non siano inferiori ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge così come previsto dall'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 (TAR Firenze, 6 settembre 2018, n. 1171). Secondo il richiamato orientamento non può essere escluso l'operatore economico che abbia presentato un'offerta economica tenendo in considerazione i costi della manodopera e li abbia indicati separatamente nella propria offerta commettendo tuttavia un mero errore formale nella indicazione numerica di tale costo, qualora successivamente, in sede di contraddittorio con la stazione appaltante, tale errore formale venga rilevato come tale a seguito della positiva verifica che i costi della manodopera sono stati debitamente conteggiati dal concorrente nella predisposizione della propria offerta. In tale ipotesi i chiarimenti forniti dall'operatore economico, in quanto rivolti unicamente ad evidenziare un mero errore materiale di trascrizione numerica del costo della manodopera, non possono essere intesi come indebita modifica dell'offerta economica (TAR Venezia, 1° ottobre 2018, n. 916, nello stesso anche TAR Piemonte, 7 maggio 2018, n. 523)."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 1036 DEL 30 ottobre 2018
PREC 166/18/F**

Non è contrario alla normativa vigente il fatto che i membri della Commissione di gara siano, in tutto o in parte, gli stessi di una precedente procedura, stante la previsione dell'art. 77, comma 11 del Codice

"per quanto attiene alla composizione della commissione giudicatrice, che l'art. 77, comma 4, del codice dei contratti pubblici prevede l'incompatibilità, quale componente della commissione giudicatrice, di coloro che hanno svolto funzioni decisorie autonome nella predisposizione degli atti di gara. Non è in primo luogo contrario alla normativa vigente il fatto che i membri della Commissione di gara siano, in tutto o in parte, gli stessi di una precedente procedura, stante la previsione del richiamato art. 77, che al comma 11 stabilisce che, in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluni dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione. Occorre inoltre ricordare che, per potersi concretizzare l'incompatibilità, non è sufficiente che al singolo funzionario sia stato affidato un qualsivoglia incarico tecnico-amministrativo, ma occorre che nel caso concreto possa venirne oggettivamente messa in discussione la garanzia di imparzialità: il che si verifica quante volte siano individuati quali commissari di gara soggetti che abbiano svolto incarichi – relativi al medesimo appalto – come compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili, e non anche incarichi amministrativi o tecnici riferiti ad altre gare (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2017, n. 1320);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 815 DEL 26 settembre 2018
PREC 161/18/S**

"la compilazione e sottoscrizione del DGUE da parte del legale rappresentante della concorrente appare conforme alla disciplina di gara e non integrante gli estremi della dichiarazione non veritiera facendo riferimento alla mancata indicazione di un precedente penale relativo a fattispecie di reato depenalizzato e comunque non rientrante tra le ipotesi espressamente previste dall'articolo 80 d.lgs. 50/2016"

"la giurisprudenza amministrativa ritiene che nelle procedure a evidenza pubblica assume un'autonoma rilevanza una dichiarazione non veritiera operando quale causa di esclusione sulla base di quanto previsto all'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 in tema di autocertificazione. Ma è altrettanto vero che, con riferimento al caso di specie, il soggetto interessato non solo ha reso la dichiarazione secondo quanto richiesto nel documento DGUE così come predisposto dalla stazione appaltante, ma l'omessa indicazione della condanna penale per reato depenalizzato, non rientra comunque tra quelli ostativi alla partecipazione alla gara. Secondo infatti il disposto dell'art. 2, comma 2, c.p., risultano quindi cessati gli effetti penali della suddetta condanna a prescindere dal provvedimento di revoca disposto dal giudice competente che non integra l'effetto abrogativo della fattispecie criminosa.

La dichiarazione non sembra quindi assumere i profili di una dichiarazione non veritiera anche tenuto conto che l'operatore economico risulta aver comunque attivato la richiesta di revoca del decreto penale in data antecedente (31.7.2017) alla partecipazione alla procedura de qua e alla sottoscrizione del relativo DGUE (Sul punto cfr. TAR Campania - Napoli, sentenza n. 3518 del 30 giugno 2017; TAR Calabria - Catanzaro, sentenza del 22 marzo 2017).

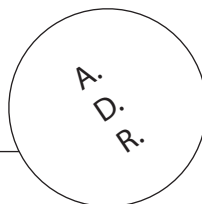
In base a tutto quanto sopra rappresentato e alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che, la compilazione e sottoscrizione del DGUE da parte del legale rappresentante della concorrente appare conforme alla disciplina di gara e non integrante gli estremi della dichiarazione non veritiera facendo riferimento alla mancata indicazione di un precedente penale relativo a fattispecie di reato depenalizzato e comunque non rientrante tra le ipotesi espressamente previste dall'articolo 80 d.lgs. 50/2016."

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea e
Mariosaria di Canio



1

Come deve interpretarsi la disciplina transitoria introdotta dalla l. 145/2018 per l'“affidamento diretto previa consultazione di tre operatori economici” nei lavori di importo pari o superiore ai 40.000 euro e inferiore ai 150.000 euro?

L'utilizzo dei termini “affidamento diretto” unitamente alla “consultazione di tre operatori economici” ha destato diverse preoccupazioni interpretative ritenendosi dubbio se la consultazione debba avvenire secondo la procedura negoziata di cui alla lett. b), e quindi con uno schema di gara “informale”, ovvero la medesima consultazione possa declinarsi con uno schema di mera indagine di mercato, e dunque con maggiore semplificazione, mediante acquisizione di tre “preventivi”.

In mancanza di chiarimenti forniti in merito, si ritiene che la volontà del legislatore, anche dal suo tenore letterale, tale consultazione non può che intendersi come richiesta di preventivi.

2

È legittimo affidare i servizi tecnici e di ingegneria nella forma dell'accordo quadro?

Nella disciplina normativa contenuta nel D.lgs. n. 163/2006 era prevista una limitazione per i servizi essendo vietato il ricorso allo strumento dell'accordo quadro per l'affidamento della progettazione e degli altri servizi di natura intellettuale. L'attuale codice dei contratti pubblici invece, non pone alcun limite al riguardo, ammettendo la possibilità di ricorrere a tale istituto, il cui scopo dovrebbe essere unicamente quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste, a condizione che lo si faccia nel rispetto di tutti gli altri principi stabiliti dalla normativa vigente. Pertanto, l'accordo quadro, pena la sua illegittimità, deve rispettare i principi di concorrenza e di accesso al mercato degli operatori di piccole e medie dimensioni, e avere, un oggetto ben determinato, ciò significa in altri termini che la stazione Appaltante deve avere definito a grandi linee la tipologia di servizi da affidare e che si potrebbero rendere necessari durante la durata dell'accordo. La mancanza di questi elementi renderebbe l'accordo quadro una scatola vuota che avrebbe il solo scopo di vincolare gli operatori economici ad un determinato prezzo per un dato periodo. Non solo, l'indeterminatezza assoluta dell'oggetto non consentirebbe neanche agli operatori economici di formulare una offerta appropriata.

3

L'attivazione dell'art. 30 commi 5 e 6 del D.Lgs n. 50/2016 può essere motivo di risoluzione contrattuale da parte della S.A.?

Tale ipotesi non integra una delle cause di risoluzione o di recesso dal contratto esercitabili dalla stazione appaltante in quanto non prevista dagli articoli 108-109 del codice, diversamente da quanto previsto nella precedente formulazione del codice.

In caso di inadempienza contributiva risultante dal Durc, relativo a personale dell'affidatario impiegato nell'esecuzione di quel preciso contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali.

In caso di ritardi nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale, il comma 6 del medesimo articolo prevede che il Rup inviti per iscritto l'affidatario inadempiente a provvedervi entro i 15 gg. successivi. Qualora non segua una contestazione formale e motivata della richiesta, se l'inadempienza permane lo stesso Rup, richiede la trasmissione delle buste paga dei lavoratori non ancora liquidate, al fine di accertarne le retribuzioni al netto delle ritenute previdenziali, assistenziali e fiscali di competenza del Datore di lavoro, cioè dell'Impresa affidataria, detraendo l'importo dalla somme dovute a quest'ultima.

4

L'operatore economico aggiudicatario deve in ogni caso procedere al rimborso delle spese relative alle pubblicazioni obbligatorie, quandanche la procedura di gara venisse annullata?

Il D.M. 02/12/2016 prevede espressamente che: "le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro 60 gg. dall'aggiudicazione".

La norma sembra essere piuttosto chiara nel definire la posizione del soggetto obbligato al rimborso di tali spese, ebbene, se la procedura di gara venisse revocata in autotutela da parte della stazione appaltante, farebbe venir meno quello che dal D.M. viene considerato il presupposto basilare ai fini della legittima richiesta di rimborso delle spese di pubblicazione.

Qualora la procedura dovesse concludersi con un provvedimento di revoca in autotutela, la stazione appaltante non sarebbe legittimata a chiedere ed ottenere il rimborso di tali spese.

5

Le modifiche non previste nei documenti di gara di cui all'art. 106 comma 1 lett. b) del D.Lgs. 50/2016, richiedono la creazione di un nuovo CIG?

Il Comunicato Anac del 28/10/2015, chiarendo le modalità di trasmissione dei dati relativi alle varianti in corso d'opera, ha ripreso quanto indicato nella FAQ A39 relativa alla "Tracciabilità dei flussi finanziari" precisando quanto segue: "l'espressione 'nuovo contratto' si riferisce anche «ai contratti aventi ad oggetto varianti in corso d'opera che superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto (il cosiddetto 'quinto d'obbligo', n.d.r.). Pertanto, solo se la modifica supera il quinto d'obbligo, deve essere richiesto un nuovo CIG.

6 **Il progetto di fattibilità tecnica ed economica, è esentato dall'attività di verifica degli elaborati progettuali?**

L'art. 26 del D.lgs. 50/2016 che disciplina, appunto, la verifica preliminare dei progetti non esclude espressamente dalla verifica alcun livello di progettazione, limitandosi a prevedere che la stazione appaltante, nei contratti relativi ai lavori, verifichi la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 23, nonché la loro conformità alla normativa vigente.

7 **Il termine che la stazione appaltante concede all'operatore economico per comprovare i requisiti di partecipazione alla gara è un termine perentorio?**

Il termine che la stazione appaltante discrezionalmente attribuisce all'operatore economico prima dell'aggiudicazione per produrre la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione alla gara che sono nella sua esclusiva disponibilità è perentorio se, come tale, viene previsto nella legge di gara. Il fondamento normativo di tale opzione, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che consente di superare anche la previsione di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, può essere rinvenuto nella norma dell'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, la quale per l'affidamento e l'esecuzione di appalti, ai sensi del codice, impone il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" (TAR Lazio, 19.02.2018 n. 1893).

8 **Gli appalti ex art. 112 d.lgs. 50/2016, possono essere riservati alle cooperative sociali?**

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 4129/2016, ha statuito che la riserva alle cooperative sociali di tipo b) sia legittima solo per fornitura di beni e servizi strumentali della P.A. ossia quelli erogati a favore della pubblica amministrazione per esigenze strumentali della stessa e non se destinati a soddisfare la generica collettività. Pertanto, atteso che le cooperative sociali costituiscono solo in parte i soggetti presi in considerazione dalla norma, la decisione di limitare la selezione all'ambito delle sole cooperative sociali deve essere congruamente motivata, al fine di evitare che si traduca nella mera volontà di escludere o preferire alcuni soggetti a discapito di altri.

9 **Con l'entrata in vigore delle linee guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali" quale nuovo obbligo nasce per il Responsabile Unico del Procedimento?**

Le linee guida n. 13 sono state pubblicate sulla GURI del 28 febbraio ed entreranno in vigore il 15 marzo. Con l'entrata in vigore della "disciplina delle clausole sociali" nasce per il RUP, l'obbligo di prevedere nella lex specialis di gara la richiesta di allegare all'offerta un progetto di assorbimento idoneo ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)". La mancata o parziale allegazione del progetto di riassorbimento non determina l'esclusione dalla procedura di gara ma l'attivazione del soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 del Codice dei contratti pubblici.

Commissione di gara... istruzioni per l'uso!

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

I primi mesi dell'anno in corso sono stati piuttosto generosi sul versante delle pronunce giurisprudenziali, riguardo le vicende della "Commissione di gara".

Istituzione cardine nell'attività valutativa dell'offerta tecnica e realtà sempre più professionale se si considera l'iter più o meno articolato di nomina, se si considera il sub procedimento delineato dall'Anac per giungere alla rosa di nominativi tra cui attingere. *Iter* che come noto, vive allo stato attuale una vera e propria "impasse", essendosi arenato tanto sul fronte della tariffazione del servizio prestato dai commissari, tanto sul fronte della "popolazione" delle categorie tecniche componenti l'albo; è infatti ancora troppo scarso il numero di soggetti iscritti ad esse e ancora troppe le categorie letteralmente non presidiate da un numero sufficiente di candidati.

Tanto da far slittare al 15 aprile p.v., l'obbligo di interpellare l'Autorità per l'individuazione della cosiddetta rosa di nomi tra cui attingere.

In questo scenario di incertezza complessiva, alcuni punti fermi e alcune precisazioni utili, si possono tuttavia fare, scandagliando tre profili di indagine: uno formale, uno sostanziale operativo, ed uno strutturale.

In *primis* a richiamo delle formalità attinenti agli adempimenti pubblicitari annessi alla nomina della commissione, giova richiamare la sentenza n. 283 del 14 gennaio, con la quale si è precisato che: *"Nessuna delle forme di pubblicità richieste dalla legge, ai diversi fini perseguiti dalle norme in tema di trasparenza nella p.a., costituisce "elemento essenziale" dell'atto di nomina dei commissari di gara, la cui mancanza - analogamente alla violazione degli obblighi di forma prescritti appunto per gli atti formali - ne causi l'illegittimità o, addirittura, la nullità. La procedura di gara può essere inficiata soltanto dall'effettiva esistenza, in concreto, delle situazioni di incompatibilità o di conflitto di interessi che l'adempimento dei detti obblighi di trasparenza e di pubblicità mira soltanto a prevenire, favorendo la conoscenza (o conoscibilità) delle diverse situazioni ivi considerate"*.

Mentre per gli aspetti sostanziali e operativi connessi *all'agere* della commissione, merita richiamo, un intervento del Tar Napoli del 15 gennaio u.s. sent. 214, il quale ha rammentato che: *"La funzione della commissione di una gara di appalto si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di aggiudicazione. Pertanto, nel periodo precedente, non può negarsi il potere della predetta commissione di gara di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, riaprendolo per emendarlo da errori commessi o da illegittimità verificatesi, in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 136/2018; n. 2273/2014)".* Ciò evidentemente fa da corollario all'ormai consolidato principio per il quale: *"nelle gare di appalto, qualora sia previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione della discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice e, pertanto, non può essere oggetto di sindacato, salvo che non sia inficiata da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta"* (da ultimo TAR Toscana n. 140 del 30 gennaio che richiama, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 5 novembre 2018, n.1644; Cass. civ. sez. un., 25 settembre 2018, n.22755; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 23 aprile 2018, n.135; Cons. Stato sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013). Sul punto di recente anche la Delibera Anac n. 121 del 13 febbraio.

Ancora, molto interessante anche la pronuncia n. 276 del 11 gennaio del Consiglio di Stato, nella quale, prendendo contezza della possibilità fornita oggi da molteplici strumenti telematici di negoziazione (nella fattispecie trattavasi della piattaforma START), di favorire l'accesso monitorato da remoto ai commissari per l'espletamento della funzione propria, al fine di accelerare i tempi di chiusura del procedimento di gara, ha nella sostanza legittimato l'operato degli stessi, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 77 co. 2 del Codice.

Una operatività della commissione che le è propria e che si misura con i limiti del procedimento di gara,

non potendo travalicare il momento dell'attività istruttoria e valutativa delle offerte. Infatti come ricorda il Consiglio di Stato del 20 febbraio con la sentenza n. 1185: *"l'attività istruttoria della commissione di gara è priva di rilevanza esterna e viene trasfusa nel provvedimento finale di aggiudicazione emanato dalla stazione appaltante (la commissione di gara conserva la tradizionale natura di organo ausiliario). In definitiva, pertanto, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti non devono essere notificati alla commissione di gara (cfr. amplius, Consiglio di Stato, III, 12 aprile 2012, n. 2082; Consiglio Stato, IV, 30 dicembre 2003, n. 9153)".*

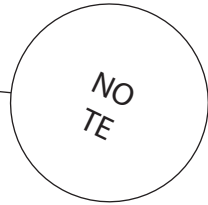
Da ultimo uno sguardo ai profili strutturali, attinenti agli aspetti di incompatibilità nel ruolo di commissario dei diversi soggetti che si avvicinano intorno alla costruzione di un affidamento pubblico. Il Tar Palermo ci ricorda con la sentenza 449 del 15 febbraio, che: *"la caducazione degli atti di gara connessa alla illegittima composizione, anche per un solo membro, della Commissione di gara travolge tutti gli ulteriori provvedimenti e valutazioni espresse dalla stessa Commissione. E pertanto la riedizione della gara, ... risulta circostanza certamente idonea a restituire alla parte l'opportunità di ottenere il bene della vita conteso, così da configurare in capo alla stessa ricorrente una aspettativa di tipo "strumentale", positivamente apprezzabile, in termini di attualità e concretezza, ai fini del favorevole scrutinio di ammissibilità della domanda".*

Una incompatibilità (dice il Consiglio di Stato del 27 febbraio sent. n. 1387) che nella sostanza va ragionata adeguatamente, considerando la previsione dell'art. 77 co. 4 del Codice che prevede la nomina del Rup a membro della commissione valutando procedura per procedura, assunto che l'eventuale incompatibilità deve essere comprovata, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. ed alla Commissione. L'onere della prova che – lo ricordiamo – grava sul ricorrente, il quale deve fornire precisi elementi di prova sull'esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all'attività di RUP. Del resto, il fondamento ultimo di

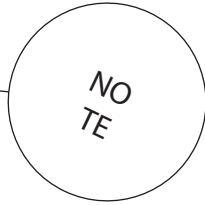
razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo; una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Ciò conferma l'assunto secondo cui il ruolo di R.U.P. con le funzioni di presidente o componente della Commissione è precluso allorchè sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082; sul punto si vedano anche TAR Lazio Roma nn. 2420 e 2405 entrambe del del 22 febbraio 2019).

Si aggiunge che il Consiglio di Stato con pronuncia n. 819 del 4 febbraio, aveva già precisato che la costruzione interpretativa dell'art. 77 co. 4 del

Codice non può essere limitata – per evidenti ragioni sistematiche – alla sola figura del RUP, ma che vanno riferiti a qualunque attore del ciclo di vita dell'appalto, si pensi al D.E.C.. Fermo restando, infatti, che il direttore esecutivo del contratto esplica le proprie funzioni essenzialmente nella fase esecutiva dell'appalto, la disposizione di cui al richiamato articolo 77, comma 4 (secondo cui, come si è detto, i commissari "non devono aver svolto, né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta") potrebbe al più comportare la preclusione al conferimento dell'incarico di direttore esecutivo in capo a chi abbia fatto parte della commissione di gara, ma non può – correlativamente – comportare la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solo in una fase successiva le funzioni di direttore esecutivo. Non emerge infatti alcuna ragione sistematica per riferire la ragione di incompatibilità a un incarico anteriore nel tempo in ragione delle preclusioni che – quand'anche sussistenti – deriveranno solo dall'assunzione di un incarico posteriore.



A series of horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for handwritten notes.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines spaced evenly down the page.

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

i seminari in programma

SEMINARI

PROJECT MANAGEMENT

Corso Base di Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A., e Società partecipate (ISIPM-Base®)

12, 13 e 19 marzo 2019 Verona; 21, 22 e 23 maggio 2019 Roma; 4, 5 e 6 giugno 2019 Olbia

Percorso di Alta Formazione sul Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A. e società partecipate (ISIPM Avanzato®)

11, 12 e 13 giugno 2019 Cagliari; 18, 19 e 20 giugno 2019 Roma

Fondamenti di Project Management. Panoramica per Funzionari e Dirigenti della P.A. e di società partecipate

21 maggio 2019 Bari, 28 maggio 2019 Trieste

APPALTI

Master: Gli Appalti pubblici in Sardegna

Ciclo di incontri operativi sui temi degli appalti pubblici, alla luce della legge regionale e delle ultime novità normative.

Cagliari 19 marzo 2019, 02 aprile 2019, 16 aprile 2019, 07 maggio 2019, 21 maggio 2019, 04 giugno 2019 e 20 giugno 2019.

Olbia 21 marzo 2019, 28 marzo 2019, 11 aprile 2019, 18 aprile 2019, 09 maggio 2019, 28 maggio 2019 e 13 giugno 2019.

La gestione delle gare telematiche. Cosa è cambiato, cosa inserire nella documentazione di gara, come gestire le varie fasi. Le buone prassi ad alcuni mesi dall'entrata in vigore dell'obbligo di legge.

21 marzo 2019 Trieste, 26 marzo 2019 Roma, 04 aprile 2019 Genova, 04 aprile 2019 Palermo, 09 maggio 2019 Milano, 09 maggio 2019 Pescara, 23 maggio 2019 Torino, 11 giugno 2019 Verona, 14 giugno 2019 Napoli

I contratti sottosoglia. Le questioni ancora controverse, la giurisprudenza, la buona prassi

04 aprile 2019 Pescara, 16 aprile 2019 Verona, 16 aprile 2019 Bari, 30 aprile 2019 Trieste, 07 maggio 2019 Napoli, 28 maggio 2019 Genova, 11 giugno 2019 Milano, 11 giugno 2019 Bologna

Il ruolo e le funzioni del seggio di gara e della commissione giudicatrice. Ruoli, attività, responsabilità, incompatibilità

19 marzo 2019 Bolzano, 26 marzo 2019 Pescara, 02 aprile 2019 Trieste, 04 aprile 2019 Roma, 16 aprile 2019 Torino

L'esecuzione del contratto nei servizi e forniture

19 marzo 2019 Milano, 11 aprile 2019 Trieste, 16 aprile 2019 Bologna, 07 giugno 2019 Torino

Appaltare nel MePA beni, servizi e lavori rapidamente e senza errori, utilizzando gli strumenti telematici obbligatori per Legge. Esercitazioni pratiche.

14 marzo 2019 Bari, 04 aprile 2019 Parma, 09 aprile 2019 Verona, 18 aprile 2019 Pescara, 18 aprile 2019 Olbia, 07 maggio 2019 Cagliari, 09 maggio 2019 Roma, 14 maggio 2019 Torino, 16 maggio 2019 Genova, 21 maggio 2019 Trieste, 30 maggio 2019 Milano, 27 giugno 2019 Ancona

Appaltare nel Sistema Dinamico di Acquisizione (SDAPA) beni e servizi. Modalità per ottemperare all'obbligo di utilizzare strumenti telematici previsto dal Codice e dalle norme di finanza pubblica

10 maggio 2019 Roma, 15 maggio 2019 Torino, 22 maggio 2019 Trieste, 31 maggio 2019 Milano

La verifica dei requisiti richiesti per la partecipazione alle gare d'appalto in attesa della nuova Banca Dati degli Operatori Economici (BDOE)

21 marzo 2019 Bari, 28 marzo 2019 Napoli

Il monitoraggio delle opere pubbliche tramite applicativo MOP-BDAP – Corso pratico

19 marzo 2019 Genova, 10 aprile 2019 Bolzano, 07 maggio 2019 Verona, 21 maggio 2019 Napoli

La gestione degli adempimenti post-aggiudicazione. Dalle verifiche dei requisiti alla trasmissione delle informazioni agli Osservatori Regionali, al Ministero ed all'ANAC.

07 maggio 2019 Palermo, 16 maggio 2019 Bologna

La redazione degli atti di Gara

11 aprile 2019 Savona

Responsabilità penali, civili ed amministrative del RUP

19 marzo 2019 Genova, 09 aprile 2019 Napoli, 16 Maggio Bari

Le stazioni appaltanti di fronte alle crisi aziendali: responsabilità ed effetti sui contratti in corso

02 Aprile 2019 Torino, 4 giugno 2019 Bologna, 11 giugno 2019 Roma

APPALTI - CORSI ON LINE

Acquisizioni telematiche nel MePA per beni, servizi e lavori

25 marzo, 1 e 8 aprile 2019

Le novità sui sottosoglia dopo l'approvazione della Legge di Stabilità 2019 e il Decreto Semplificazione

03 e 10 aprile 2019

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!



sulla
Corte dei Conti

Analisi di pareri e pronunce su questioni
attinenti all'attività contrattuale
ed in genere all'azione amministrativa
delle Stazioni appaltanti.

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

marzo
2019

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

A quali soggetti compete l'incentivo per funzioni tecniche? (Corte dei Conti, sez. regionale del Veneto, Deliberazione n. 1/2019)

Premessa

1. Il quesito
2. Il riscontro
3. La nozione di collaboratori
4. Conclusione

3

Incentivo per le manutenzioni solo se "complesse" (deliberazione della Corte dei Conti Sezione Autonomie n. 2/2019)

Premessa

1. La questione
2. La posizione della Sezione Autonomie
3. Il parere

7

Procedimento di riconoscimento del debito fuori bilancio anche nel caso di importi esigui (Corte dei Conti sezione reg. Lombarda della n. 368/2018)

Premessa

1. Il caso sottoposto alla sezione
2. Il quesito
3. Il parere

13

A quali soggetti compete l'incentivo per funzioni tecniche?

Premessa

La sezione regionale del Veneto viene investita della questione dell'individuazione dei soggetti che potenzialmente potrebbero "aspirare" ad ottenere l'incentivo e su una chiara definizione di collaboratori del RUP.

1. Il quesito

Nel caso di specie, il sindaco di un comune della regione, premesso che "l'Ente ha provveduto ad approvare con deliberazione della Giunta Comunale numero 75 del 27/06/2017 il Regolamento per la costituzione e ripartizione del fondo incentivi funzioni tecniche, comprendente, fra l'altro, la corresponsione degli incentivi al personale individuato per tutte le attività contemplate nel comma 2 dell'articolo 113 del D.Lgs 50/2016 per lavori, servizi forniture di importo superiore ad € 40.000, per gli appalti relativi non solo alle spese di investimento in conto capitale, ma anche con imputazione alle spese correnti con individuazione dell'aggiudicatario in conformità a quanto stabilisce il D.Lgs 50/2016 (capitolato d'appalto, etc.), **chiede un chiarimento sulla possibilità di erogare tali compensi solo per quei lavori, servizi e forniture per i quali è stato nominato il direttore dell'esecuzione**", e "se spettano gli incentivi di cui sopra anche per le altre figure individuate e coinvolte nelle procedure oltre al Direttore dell'Esecuzione."

2. Il riscontro

La sezione rammenta che l'articolo 113 del nuovo codice è la disposizione che autorizza l'erogazione di emolumenti economici accessori a favore del personale interno alle Pubbliche amministrazioni per attività, tecniche e amministrative, nelle procedure di programmazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo (o verifica di conformità) degli appalti di lavori, servizi o forniture, previa adozione di un regolamento interno e della stipula di un accordo di contrattazione decentrata.

In particolare, il comma 2 dell'art. 113 in esame consente alle amministrazioni aggiudicatrici di destinare - a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1 - "ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara".

Tale fondo può essere finalizzato a premiare esclusivamente le funzioni, amministrative e tecniche, svolte dai dipendenti interni quali sono le: "attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo, ovvero, di verifica di conformità, di collaudatore statico".

Il successivo comma 3 della medesima disposizione estende la possibilità di erogare gli incentivi anche ai rispettivi "collaboratori" ad esclusione, tuttavia, delle attività svolte dai dipendenti che rivestono la qualifica dirigenziale.

In altri termini, si legge in delibera, gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge (comprese le direttive ANAC dalla legge richiamate) o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa (cfr. parere 09.06.2017 n. 190 della Sezione regionale di controllo per la Lombardia).

In mancanza di una procedura di gara l'art. 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 non prevede l'accantonamento delle risorse e, conseguentemente, la relativa distribuzione (cfr. parere 09.06.2017 n. 185 della Sezione regionale di controllo per la Lombardia).

Secondo i magistrati, quindi la *ratio legis* della disposizione "è quella di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure.

L'aver correlato normativamente la provvista delle risorse ad ogni singola opera con riferimento all'importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell'opera, ancora la contabilizzazione di tali risorse ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale" (Sez. Autonomie deliberazione n. 6 del 26/04/2018).

3. La nozione di collaboratori

Quanto alla nozione di collaboratori, la sezione richiama l'insegnamento – sul tema – della Sezione delle Autonomie che si è espressa (in vigore dell'art. 93 del d.lgs. 163/2006) ritenendo che nella citata nozione - in astratto "atecnica" e priva di un'autonoma portata qualificatrice - possano essere ricompresi i soggetti "in possesso anche di profili professionali non tecnici, purché necessari ai compiti da svolgere e sempre che il regolamento interno all'ente ripartisca gli incentivi in modo razionale equilibrato e proporzionato alle responsabilità attribuite"; statuendo inoltre che "l'accezione di "collaboratore", ai fini della ripartizione degli incentivi, non può essere aprioristicamente delimitata in relazione al bagaglio professionale – tecnico od amministrativo – posseduto, ma deve necessariamente porsi in stretta correlazione funzionale e teleologica rispetto alle attività da compiere".

Per evitare problemi interpretativi, è opportuno che lo stesso regolamento interno della stazione appaltante debba delimitare la portata definitoria del termine "collaboratori", al fine di evitare un ingiustificato ampliamento dei soggetti beneficiari dell'incentivo stesso, prevedendo, altresì, una gradazione di riparto degli incentivi rispettosa dei criteri di proporzionalità, logicità, congruenza e ragionevolezza, il tutto nell'ottica di valorizzazione delle figure professionali in servizio.

La Sezione, pertanto, si conforma a quanto già evidenziato dalla giurisprudenza della Corte ed in particolare alla recente pronuncia della Sezione delle Autonomie, secondo cui "tali compensi non sono rivolti indiscriminatamente al personale dell'ente, ma mirati a coloro che svolgono particolari funzioni ("tecniche") nell'ambito di specifici procedimenti e ai loro collaboratori (in senso conforme: SRC Lombardia n. 333/PAR/2016). Si tratta, quindi di una platea ben circoscritta di possibili destinatari, accomunati dall'essere incaricati dello svolgimento di funzioni rilevanti nell'ambito di attività espressamente e tassativamente previste dalla legge (in senso conforme: SRC Puglia n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR). Va rilevato, inoltre, che per l'erogazione degli incentivi l'ente deve munirsi di un apposito regolamento, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo (in termini: SRC Veneto n. 353/2016/PAR) e la sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogate". "Il comma 3 dell'art. 113 citato, infatti, fa obbligo all'amministrazione aggiudicatrice, di stabilire "i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro" nel caso di "eventuali incrementi dei tempi o dei costi". Una condizione, dunque, che collega necessariamente l'erogazione dell'incentivo al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto in conformità ai costi ed ai tempi prestabiliti."

4. Conclusione

Pertanto, conclude la deliberazione, affinché possa procedersi legittimamente all'erogazione degli incentivi per le funzioni tecniche a favore dei dipendenti dell'amministrazione comunale devono essere soddisfatti i seguenti requisiti:

a) l'ente deve avere adottato idoneo regolamento il quale dovrà prevedere tra l'altro la delimitazione

del concetto di "collaboratore" in stretto collegamento funzionale alle attività da svolgere nell'ambito dei singoli procedimenti;

b) le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'art. 113 comma 2 dovranno essere ripartiti, per ciascuna opera/lavoro, servizio, e fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale;

c) la disposizione di cui all'art. 113 comma 2 si applica agli appalti relativi a servizi o forniture esclusivamente nel caso in cui sia stato nominato il direttore dell'esecuzione.

Incentivo per le manutenzioni solo se “complesse”

Premessa

La sezione autonomie, sempre in tema di incentivi per funzioni tecniche di cui all'articolo 113 del codice dei contratti, è stata investita della questione del corretto ambito operativo – oggettivo - ed in particolare se gli stessi incentivi possano o meno riguardare anche le manutenzioni che, esplicitamente, la nuova norma non esclude.

1. La questione

Come si annotava, la Provincia di Perugia rivolge alla Sezione regionale di controllo per l'Umbria, per il tramite del Consiglio delle Autonomie locali, una richiesta di parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n.131, in merito alla possibilità di riconoscere gli incentivi previsti dall'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) con riferimento alle funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici in relazione ai lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria.

Nel quesito viene citato un contrasto tra posizioni delle sezioni, mentre la sezione della regione Umbria ha manifestato contrarietà all'erogazione dell'incentivo in relazione alle attività manutentive (precisamente nei pareri adottati con le deliberazioni n. 71/2015/PAR e n. 51/2017/PAR, la Sezione regionale ha escluso l'attività manutentiva dal regime di incentivazione previsto, rispettivamente, dall'art. 93, comma 7-ter, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dal citato art. 113 del d.lgs. n. 50/2016), diversa posizione ha espresso la sezione regionale della Lombardia.

Infatti, sulla medesima questione la Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con deliberazione n. 190/2017/PAR, ha espresso un parere diverso, nel senso che l'art. 113 non sembrerebbe "delimitare in senso escludente l'incentivabilità di dette funzioni in ragione dell'oggetto del contratto a cui è finalizzato il procedimento nell'ambito del quale si svolgono le medesime".

Per effetto di quanto, la provincia solleva un nuovo quesito richiedendo una revisione dell'orientamento espresso dalla Sezione Umbria, chiedendo di pronunciarsi quindi "sull'inclusione o esclusione delle attività tecniche di programmazione, verifica, appalto, di responsabile unico di procedimento e direzione dei lavori connesse con i lavori di manutenzione, ordinaria e straordinaria, nella o dall'incentivazione prevista dall'art. 113 del d.lgs. 50/2016".

2. La posizione della Sezione Autonomie

Da ciò la decisione di rimettere la questione alla Sezione Autonomie della Corte. In particolare, la sezione umbra ha osservato che il dubbio interpretativo origina dal raffronto tra la nuova disciplina dettata dall'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 e quella previgente (contenuta nell'art. 93, comma 7-ter, del d.lgs. n. 163/2006), la quale aveva espressamente escluso la possibilità di ripartire gli incentivi per le attività manutentive, esclusione che la nuova norma non ripete (almeno in maniera esplicita).

A tal riguardo, mentre il comma 7-ter dell'art. 93, nel definire le modalità di riparto delle risorse finanziarie del fondo per la progettazione e l'innovazione, ha stabilito che: "... Il regolamento definisce i criteri di riparto delle risorse del fondo, tenendo conto delle responsabilità connesse alle specifiche prestazioni da svolgere, con particolare riferimento a quelle effettivamente assunte e non rientranti nella qualifica funzionale ricoperta, della complessità delle opere, escludendo le attività manutentive, e dell'effettivo rispetto, in fase di realizzazione dell'opera, dei tempi e dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo", l'attuale art. 113, rubricato "Incentivi per funzioni tecniche", al terzo comma dispone che: "L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori".

Inoltre, sempre il comma 7-ter prevedeva che "L'80 per cento delle risorse finanziarie del fondo per la progettazione e l'innovazione è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, con le modalità e i criteri

previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale e adottati nel regolamento di cui al comma 7-bis, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori”, **l’attuale dettato normativo di cui al secondo comma dell’art. 113 dispone che:** “... le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull’importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell’esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l’esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. [...] La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell’esecuzione”.

Per effetto di queste posizioni, secondo la Sezione remittente si impone l’esigenza di stabilire, in primo luogo, se le “attività manutentive” non siano incentivabili in quanto non rientranti tra le funzioni tecniche indicate dalla norma, il cui elenco è da considerare tassativo

3. Il parere

Nonostante la questione sia già stata affrontata (con riscontro negativo) dalla Sezione in sede nomofilattica con deliberazione n. 10/SEZAUT/2016/QMIG, nella delibera si rileva che ciò è avvenuto in relazione al pregresso ordinamento giuridico (ovvero con riferimento all’incentivo per la progettazione di cui all’art. 93, comma 7-ter, del d.lgs. n. 163/2006), oggi si impone – alla luce di un nuovo codice dei contratti – l’esigenza di una rimediazione di tale orientamento.

Secondo il collegio, gli aspetti innovativi della formulazione della norma sull’incentivazione del personale delle amministrazioni pubbliche contenuta nell’art. 113 richiedono, quindi, un nuovo esame della questione alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi elaborati dalle Sezioni regionali di controllo.

In primo luogo si ribadisce – come già fatto con la deliberazione n. 7/SEZAUT/2017/QMIG – che “il compenso incentivante previsto dall’art. 113, comma 2, del nuovo codice degli appalti non è sovrapponibile all’incentivo per la progettazione di cui all’art. 93, comma 7-ter, d.lgs. n. 163/2006, oggi abrogato”.

La discontinuità della *ratio* della nuova normativa rispetto alla precedente deve ritenersi immediatamente percepibile dai principi contenuti nella legge delega (art. 1, comma 1, lett. rr, della legge n. 11/2016), con cui si è precisato che il compenso per le attività tecniche è finalizzato ad “incentivare l’efficienza e l’efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell’esecuzione a regola d’arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d’opera ... escludendo l’applicazione degli incentivi alla progettazione”.

Tale evoluzione normativa è stata lucidamente sintetizzata dalla Sezione di controllo per la Toscana nella seguente espressione: "L'originaria *ratio* – rappresentata dalla volontà di spostare all'interno degli uffici attività di progettazione e capacità professionali di elevato profilo e basata su un nesso intrinseco tra opera e attività creativa di progettazione, di tipo libero-professionale ("prestazioni professionali specialistiche offerte da soggetti qualificati" come diceva la pronuncia 51/2011 delle Sezioni riunite della Corte dei conti) - è stata gradualmente affiancata e poi sostituita con quella invece rappresentata dalla volontà di accrescere efficienza ed efficacia di attività tipiche dell'amministrazione, passibili di divenire economicamente rilevanti nella misura in cui producono risparmi in termini di rispetto dei tempi e di riduzione di varianti in corso d'opera" (deliberazione n. 186/2017/PAR del 14 dicembre 2017).

L'obiettivo della nuova disciplina è quello di stimolare, valorizzare e premiare i diversi profili, tecnici e amministrativi, del personale pubblico coinvolto nelle fasi del procedimento di spesa, dalla programmazione all'esecuzione del contratto, consentendo l'erogazione degli incentivi anche per gli appalti di servizi e forniture rientranti nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (*ex multis*, Sezione di controllo Emilia-Romagna, deliberazione n. 118/2016/PAR del 7 dicembre 2016).

L'inserimento tra le attività "incentivabili" previste dal secondo comma dell'art. 113 delle "verifiche di conformità", che rappresentano le modalità di controllo dell'esecuzione dei contratti di appalto di servizi e forniture (cfr. art. 102, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016), costituisce ulteriore elemento dal quale è possibile enucleare una *voluntas legis* tesa a stimolare, attraverso gli incentivi, una più attenta gestione delle fasi della programmazione e dell'esecuzione anche dei contratti pubblici di appalto di servizi e forniture.

In relazione a questi ultimi – e ciò risulta di estremo rilievo per i RUP interessati - la sezione rammenta che l'incentivo deve ritenersi applicabile solo "nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione", nomina richiesta, secondo le Linee guida ANAC n. 3 – par. 10.2, soltanto negli appalti di forniture e servizi di importo superiore a 500.000 euro ovvero di particolare complessità. Sul punto, poi, in realtà sarebbe necessario comprendere come occorre procedere nel caso in cui, pur non raggiungendo tali importi, sia realmente necessaria una figura tecnica per la "gestione" del contratto.

Si legge in delibera, che la stessa circostanza per cui "tali emolumenti siano erogabili, con carattere di generalità, anche per gli appalti di servizi e forniture, comporta che gli stessi si configurino, non più solo come spesa finalizzata ad investimenti, ma anche come spesa di funzionamento e, dunque, come spesa corrente. In tal senso depone la novella introdotta al comma 5-bis dell'art. 113 ad opera dell'art. 1, comma 526, della legge di bilancio n. 205/2017, secondo la quale gli oneri relativi agli incentivi per le funzioni tecniche vanno imputati allo stesso capitolo del bilancio che finanzia i singoli lavori, servizi e forniture, in modo che l'impegno di spesa vada assunto, a seconda della natura (corrente o in c/capitale), nel Titolo I o nel Titolo II dello stato di previsione del bilancio (deliberazione n. 6/SEZAUT/2018/QMIG)".

In tale rinnovata prospettiva, secondo il collegio assume rilevanza la circostanza che, nella nuova disciplina, il legislatore non abbia riproposto il divieto, introdotto dal comma 7-ter dell'art. 93 del

d.lgs. n. 163/2006, di ripartire l'incentivazione per le attività manutentive, è ancor più indicativo di una voluntas legis tesa a segnare il superamento del precedente sistema con l'individuazione di margini applicativi più ampi e la rinuncia ad intervenire sulle modalità di riparto del fondo.

Per effetto di quanto, “una soluzione interpretativa che impedisse di destinare le risorse del fondo a favore del personale interno impegnato nelle attività tecniche connesse a lavori di manutenzione favorirebbe, per questo genere di attività, una realizzazione dell’opera, paradossalmente, meno attenta all’osservanza delle regole dell’arte, dei tempi di esecuzione e dei costi prestabiliti, in antitesi con il principio ispiratore dell’art. 113”.

Occorre, pertanto, prendere atto che nel mutato quadro normativo “non vi sono motivi ostativi ad includere nell'incentivazione prevista dall’art. 113 anche le attività tecniche strettamente connesse a lavori di manutenzione, svolte cioè all’interno delle fasi procedurali che connotano gli affidamenti dei contratti pubblici di manutenzione ordinaria e straordinaria (programmazione, progettazione, selezione degli operatori economici, stipulazione ed esecuzione del contratto)”.

E’ interessante la riflessione “nel merito” di che cosa si intenda per lavori di manutenzione espressa dal collegio. In delibera infatti si precisa che “per loro natura, i lavori di manutenzione consistono in un’opera volta a rimediare al degrado strutturale, tecnologico o impiantistico di un manufatto o di sue componenti, quindi ad un recupero di valore e funzionalità attraverso un’azione riparativa che rientra nel genere dei “lavori” (come previsto dalla lettera nn) dell’art. 3, del d.lgs. n. 50/2016) e, più in particolare, nel quadro degli “appalti pubblici di lavori” (quand’anche l’attività manutentiva risulti estranea alle costruzioni edili di cui all’Allegato I)”. Né si pone una considerazione di indicazione tassativa (numerus clausus) delle “funzioni tecniche”, oggetto di incentivo secondo il principio di tassatività affermato e ribadito dalla Corte, con riferimento anche al secondo comma dell’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, argomentando dall’avverbio “esclusivamente” che precede l’elenco delle attività incentivabili.

Negli appalti di lavori di manutenzione è possibile realizzare, almeno in astratto secondo il collegio, tutte le attività tecniche previste dal secondo comma dell’art. 113, “anche se, in concreto, le stesse risultano compatibili con interventi di manutenzione (soprattutto straordinaria) contrassegnati da elevata complessità, i quali possono richiedere, da parte del personale tecnico-amministrativo, un’attività di programmazione della spesa, di valutazione del progetto o di controllo delle procedure di gara e dell’esecuzione del contratto rispetto ai termini del documento di gara, esattamente come qualunque altro appalto di lavori, servizi o forniture”.

In relazione, invece, agli interventi di manutenzione ordinaria di più semplice realizzazione, invece, “la possibilità di svolgere le funzioni tecniche è esclusa, il più delle volte, o dall’assenza di un progetto da attuare o perché l’amministrazione procede all’affidamento con modalità diverse dalla gara, la quale costituisce presupposto indefettibile della norma ai fini della determinazione del fondo vincolato (facendo l’art. 113 espresso riferimento all’ “importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara”)”.

Pertanto, se il presupposto è che le funzioni tecniche svolte dai dipendenti siano "necessarie" per consentire "l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti", l'attività manutentiva, per essere "incentivabile", deve risultare "caratterizzata da problematiche realizzative di particolare complessità, tali da giustificare un supplemento di attività da parte del personale interno all'amministrazione affinché il procedimento che regola il corretto avanzamento delle fasi contrattuali si svolga nel pieno rispetto dei documenti posti a base di gara, del progetto, nonché dei tempi e dei costi programmati, aumentando, in tal modo, l'efficienza e l'efficacia della spesa".

In definitiva, si tratterà di chiarire la "qualità" dell'attività manutentiva svolta e ciò implica una chiara predisposizione della relazione (art. 99 del codice) resolvendo in via preventiva ogni dubbio (anche considerato che la liquidazione dell'incentivo compete a soggetto diverso rispetto al dirigente/responsabile del servizio tecnico).

Procedimento di riconoscimento del debito fuori bilancio anche nel caso di importi esigui

Premessa

La sezione regionale della Lombardia fornisce un interessante riscontro in tema di riconoscibilità del debito fuori bilancio soprattutto in relazione al caso in cui tali "debiti" abbiano importi residui ponendosi, pertanto, un chiarimento se sia necessario o meno (visto i costi del "procedimento") procedere comunque al riconoscimento preventivo (ad esempio, negli enti locali es. i comuni, il riconoscimento del debito implica un previo passaggio consiliare che, evidentemente, esige una convocazione espletamento della seduta ovvero dei tempi che possono pregiudicare l'esigenza di celerità dello stesso pagamento evitando di dover pagare anche interessi o subire un decreto ingiuntivo).

1. Il caso sottoposto alla sezione

Nel caso di specie, venivano in considerazione delle sentenze esecutivi relative a delle sanzioni per violazione del codice della strada che vedevano l'ente soccombente in giudizio. Visto l'importo esiguo la questione sottoposta alla sezione è se fosse possibile o meno procedere senza delibera consiliare di riconoscimento (del debito).

In sostanza, come si legge in delibera, il sindaco (di un comune della Lombardia) ponendo l'accento su ragioni di economia procedimentale, ha chiesto se sia possibile eliminare il passaggio consiliare per il riconoscimento del debito fuori bilancio allorquando si tratta di somme modeste **e le stesse possano essere soddisfatte attingendo al fondo rischi per il contenzioso, prevedendo tuttavia una regolamentazione che informi il Consiglio Comunale e venga informata la Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità.**

2. Il quesito

In particolare il Sindaco ha premesso che "in conseguenza di condanne alla rifusione delle spese legali ed alla restituzione di quanto già pagato dal contravventore, disposte con sentenze (esecutive) del giudice di pace, a seguito dell'impugnazione di sanzioni comminate per violazioni al codice della strada, questo Ente ha finora fatto ricorso alla procedura di cui all'articolo 194" del D. Lgs. n. 267/00 per il riconoscimento di debiti fuori bilancio (...)" evidenziando che "si tratta, nella quasi totalità dei casi, di somme molto modeste, anche dell'ordine di poche decine di euro".

Nel caso di specie, si legge ancora in delibera – sempre nell'ambito del quesito posto -, "E' evidente che, anche in questi casi, almeno in linea di principio, le emergenti obbligazioni non erano previste né quantificabili in precedenza e che occorre, pertanto, ricondurle al complessivo sistema del bilancio pubblico. E' evidente che resta sempre ferma la problematica relativa all'accertamento di eventuali profili di responsabilità. E' altrettanto evidente, però, che tali situazioni non comportano di per sé il recupero degli equilibri di bilancio in senso sostanziale né la destinazione di speciali risorse. Nondimeno la trattazione da parte del Consiglio comunale delle relative fattispecie bagatellari appare oltremodo incongruente ed asimmetrica rispetto al sistema complessivo, fosse anche in base ad un elementare principio di economicità dell'attività amministrativa e di buona amministrazione.

Si chiede pertanto di sapere se e, in caso di risposta positiva, con quali cautele possano ricondursi tali fattispecie in altro ambito, tenuto conto che l'accantonamento nel fondo rischi contenzioso di per sé non consente di impegnare e pagare spese di sorta. **Si potrebbe, per esempio, prevedere, attraverso specifica disposizione del regolamento di contabilità, una informativa periodica al Consiglio comunale ed anche alla stessa Corte dei Conti sulle determinazioni di rimborso adottate, in modo da non pregiudicare, in ogni caso, l'eventuale esercizio dell'azione di responsabilità."**

3. Il parere

Secondo il collegio, il tenore letterale della norma **non consente un'interpretazione diversa da quella già espressa con orientamento costante dalle diverse sezioni della Corte. L'art.194 del d.lgs. n. 267/2000 individua, in modo tassativo, l'ambito e le procedure per riconoscere la legittimità dei debiti fuori bilancio.**

L'ente in presenza di una sentenza esecutiva (o altro provvedimento esecutivo) è tenuto comunque procedere al tempestivo riconoscimento del debito, ricorrendone evidentemente i presupposti di legge ai sensi dell'art. 194 comma 1 lett. a) e consentire, pertanto, alla Procura regionale della Corte dei conti di verificare la sussistenza di una possibile ipotesi di responsabilità erariale.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte dei conti, **il valore della delibera del Consiglio non è quello di riconoscere la legittimità del debito che già è stata verificata in sede giudiziale, bensì di ricondurre "al sistema di bilancio un fenomeno di rilevanza finanziaria che è maturato all'esterno di esso".**

In tale prospettiva l'art. 194, comma 1, del TUEL rappresenta un'eccezione ai principi riguardanti la necessità del preventivo impegno formale e della copertura finanziaria; onde per riportare le ipotesi previste nell'ambito del principio di copertura finanziaria è, dunque, richiesta la delibera consiliare con la quale viene ripristinata la fisiologia della fase della spesa ed i debiti *de quibus* vengono ricondotti al sistema (in tal senso Corte dei Conti, sez. contr. Friuli Venezia Giulia, 6/1c/2005, cit.) con l'adozione dei necessari provvedimenti di riequilibrio finanziario.

Ulteriore funzione svolta dalla delibera consiliare è l'accertamento delle cause che hanno originato l'obbligo, con le consequenziali ed eventuali responsabilità; infatti, questa funzione di accertamento è rafforzata dalla previsione dell'invio alla Procura regionale della Corte dei conti (art. 23, comma 5, L. 289/02) delle delibere di riconoscimento di debito fuori bilancio.

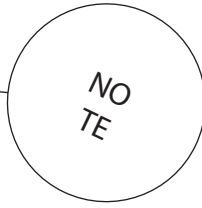
Nella prospettiva interpretativa delineata, la Giurisprudenza unanime della Corte ha sancito che la delibera consiliare svolge una duplice funzione, per un verso giuscontabilistica, finalizzata ad assicurare la salvaguardia degli equilibri di bilancio; e per l'altro garantista, ai fini dell'accertamento dell'eventuale responsabilità amministrativo-contabile.

In base alle considerazioni esposte, sussiste, nel caso di sentenze esecutive l'obbligo di procedere con tempestività alla convocazione del Consiglio per il riconoscimento del debito, in modo da impedire il maturare d'interessi, rivalutazione monetaria ed ulteriori spese legali. La correttezza di tale condotta è confermata dal punto 103 del principio contabile n.2. Pertanto, alla luce dell'attuale normativa, non è consentito all'ente locale discostarsi dalle prescrizioni letterali dell'art. 194 TUEL. che garantiscono una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa per salvaguardare gli equilibri finanziari dell'ente locale, né procedere al pagamento di tale tipologia di debiti prima dell'adozione della delibera consiliare; tale impostazione non muta neanche qualora vi sia già una disponibilità finanziaria sui pertinenti capitoli di bilancio.

In delibera, soltanto per completezza espositiva, viene richiamato anche il parere 73/2018 la Sezione della Corte dei Conti per la Liguria che ha espresso un orientamento per cui si ritiene legittimo, anche prima del riconoscimento da parte del Consiglio del debito determinato dalla sentenza, comunque necessario, provvedere al pagamento della somma in alcuni casi espressamente indicati nel parere appena ricordato, al fine di evitare l'aggravarsi della posizione debitoria in capo all'Ente.

In caso di contenzioso giudiziario, l'ente ha l'onere di accantonare le risorse necessarie per tutelarsi, quantomeno sotto il profilo finanziario, da una probabile soccombenza ed evitare o neutralizzare gli effetti sfavorevoli che ne potrebbero derivare; tuttavia, anche la sussistenza di uno specifico fondo non consentirebbe, comunque, all'ente di omettere la delibera di riconoscimento, in quanto in tal modo si vanificherebbe la disciplina di garanzia predisposta dall'ordinamento.

Non appare, quindi, legittimo – conclude la delibera – che il regolamento di contabilità possa contenere una disposizione che consenta di riconoscere debiti fuori bilancio determinati da una sentenza del giudice di pace anche se di modestissimo importo, in assenza di una norma di legge che permetta al regolamento di contabilità di introdurre una disciplina che deroghi rispetto a quanto previsto dall'art 194 primo comma lettera a) del decreto legislativo 267/2000.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 rows.