

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 1

marzo
2018

MEDIA APPALTI

L'ANAC aggiorna le
Linee guida in tema
di Commissioni
giudicatrici e Albo
nazionale dei
commissari di gara

La violazione antitrust non
è una causa di esclusione
ai sensi dell'art. 38,
comma 1, lett. f), del
D.Lgs. 163/06? Note a
Consiglio Di Stato, Sez. V,
5 febbraio 2018, n. 722

Le Linee Guida ANAC per
l'iscrizione nell'Elenco
delle amministrazioni
aggiudicatrici e degli enti
aggiudicatori che operano
**mediante affidamenti
diretti nei confronti di
proprie società in house**



"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
2018

SOS Acquisti verdi

Se compri la carta per le fotocopie, che sia almeno al 70% riciclata. E consumane il meno possibile, cercando di stampare fronte/retro. Gli arredi interni per la scuola o la biblioteca? Se in legno, occhio che provengano da boschi o foreste gestite in maniera sostenibile e responsabile. Ma attento anche agli imballaggi, che devono essere composti da materiali facilmente separabili per essere riciclati. Se prendi i pannolini per l'asilo nido o i pannolini per la casa di riposo controlla che siano realizzati essenzialmente con pasta di cellulosa in fiocco e polimeri, e che le sostanze usate per profumarli non siano costituite da formaldeide o nitromuschi. Per l'illuminazione pubblica meglio lampade a led, e assicurati che vengano installate da chi conosce le norme in materia di gestione dei rifiuti. Per la mensa pubblica, scegli prodotti che provengano per almeno il 40% da produzione biologica, siano essi frutta, verdure e ortaggi, legumi, cereali, pane e prodotti da forno, pasta, riso, farina, patate, polenta, pomodori e prodotti trasformati, formaggio, latte, yogurt, uova o olio extravergine. E per le bevande meglio acqua del rubinetto microfiltrata o bibite naturali e gassate alla spina, per non consumare bottiglie di plastica o vetro.

L'elenco di queste raccomandazioni non è fantasioso: da nove mesi è legge. E potrebbe continuare a lungo spulciando tra le indicazioni che il Ministero dell'Ambiente ha destinato agli enti pubblici da quando il Green Public Procurement è diventato obbligatorio, lo scorso maggio 2017. Tra le novità inserite nel Nuovo Codice degli Appalti Pubblici e nel decreto correttivo rientrano infatti i cosiddetti "acquisti verdi" da parte delle Pubbliche Amministrazioni. In tutte le fasi delle procedure di gara, compresi gli affidamenti diretti, ciascun ente sarà tenuto ad adottare una serie

di Criteri Ambientali Minimi (C.A.M.) che sono stati individuati per ridurre l'impatto ambientale derivante da ogni forma di approvvigionamento, e favorire un nuovo modello di consumo più sostenibile. Il nuovo, ennesimo, impegno richiesto agli enti pubblici fa dell'Italia il primo Paese in Europa a trasformare in legge questa rivoluzione ambientale: e la sensibilità che il nostro bel Paese ha dimostrato verso il rispetto per l'ambiente è sicuramente un motivo di orgoglio. Ma non si possono sottovalutare tutte le difficoltà che portano con sé i nuovi adeguamenti.

Basti guardare, per fare un esempio, alle innumerevoli tipologie di prodotti e servizi che prevedono il rispetto dei Cam: scorrendo l'elenco troviamo mobili per ufficio, arredi scolastici, arredi per sale archiviazione e sale lettura, costruzioni e ristrutturazioni di edifici con particolare attenzione ai materiali da costruzione, realizzazione di nuove strade e manutenzione di quelle esistenti, articoli per la gestione dei rifiuti urbani e assimilati, materiale per la gestione del verde pubblico, arredo urbano, servizi per l'illuminazione, il riscaldamento e raffrescamento degli edifici, attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio e relativi materiali di consumo, apparati di telecomunicazione, prodotti tessili e calzature, carta e materiali di consumo, servizio mensa e forniture di alimenti, servizi di pulizia e materiali per l'igiene, mezzi e servizi di trasporto, sistemi di mobilità sostenibile.

Come se non bastasse tenere sotto controllo questa vasta gamma di beni e servizi, gli enti devono far fronte ai tanti possibili imprevisti sulle verifiche di conformità di quanto viene offerto dai fornitori: conformità che devono essere ricercate con modalità differenti, di volta in volta, a seconda della tipologia di prodotto, non essendoci sempre delle specifiche etichette riportanti le caratteristiche del

prodotto da sottoporre a valutazione. Per questo, come riporta l'ultima relazione sull'applicazione degli "acquisti verdi" presentata agli Stati Generali della Green Economy 2017, la proposta avanzata da più parti, ma probabilmente di difficile percorribilità, è di costruire uno schema unico di certificazione dei Cam che possa essere svolto da organismi esterni e appositi di valutazione della conformità al fine di avere un unico documento che attesti la rispondenza del prodotto o servizio ai criteri posti in essere dal Ministero. Ma da qui al mettere in pratica questo, il salto è lungo.

Si torna, insomma, al solito problema, che lo Stato fatica a scrollarsi di dosso: una possibile "buona legge", che parte da un principio sacrosanto, diventa insopportabile e quasi impraticabile dall'eccesso di norme e procedure, spesso poco chiare. Ma anche dalla loro estrema complessità e dalla mancanza di omogeneità, dato che in alcuni casi queste indicazioni entrano addirittura in conflitto tra loro, contraddicendosi nei contenuti. Il tutto in un contesto di totale impreparazione degli operatori delle stazioni appaltanti, lasciati soli con pesanti faldoni di nuove disposizioni da studiare (meglio se di fronte allo schermo del computer per risparmiare carta), e delle stesse imprese fornitrici, che necessiterebbero di un maggiore coinvolgimento nel processo formativo per adempiere in maniera più precisa e puntuale alle nuove esigenze imposte alla Pubblica Amministrazione.

Per questo cerchiamo oggi di ricordare e rilanciare quanto chiesto nelle raccomandazioni finali presentate in conclusione della relazione redatta dagli esperti del settore sul Green Public Procurement. Serve prima di tutto formare e qualificare il personale degli enti pubblici, rafforzando altresì le strutture per affrontare adeguatamente e con efficienza le sfide innovative,

economiche e culturali legate a un nuovo modo di fare acquisti ecosostenibili. Occorre rendere più snelle le procedure e semplici i passaggi, anche per favorire una più ampia conoscenza dei meccanismi alle aziende fornitrici, chiamate a intervenire sulla produzione per non trovarsi fuori da una fetta di mercato spesso fondamentale come quella della Pubblica Amministrazione. È poi necessario rendere il quadro normativo più chiaro e coerente, eliminando aspetti contraddittori come potrebbero essere, ad esempio, i vincoli sulla qualità di un prodotto associati alle esigenze di contenimento della spesa pubblica. Non di minore importanza sono, infine, i sussidi: che devono essere mirati a promuovere, e non a disincentivare, la sensibilità ecologica e le buone pratiche di chi acquista per conto di un ente pubblico.

Ben venga quindi anche il Green Public Procurement, così come gli adempimenti anticorruzione, le pratiche di trasparenza e tante altre iniziative riformatrici della Pubblica Amministrazione indirizzate verso l'affermazione di giusti principi e cambiamenti culturali. Ma ben vengano, allo stesso tempo e non con i soliti anni di ritardo, anche le misure concrete per favorire il pieno rispetto e la piena applicazione di queste nuove leggi, per non farli restare solo su carta. Perché alla fine, in Italia, abbiamo anche dimostrato più volte di saper trasformare dei buoni propositi in leggi, quando c'è la volontà politica di farlo. Quello che ci riesce forse un po' meno, anche di fronte alla piena volontà di legislatori e cittadini, è applicare e far rispettare le norme.

di Giovanni Guarise

sommario

Editoriale **4**

SOS Acquisti verdi

In evidenza

L'ANAC aggiorna le Linee guida in tema di Commissioni giudicatrici e Albo nazionale dei commissari di gara **7**

Sotto la lente

Le implicazioni dell'accesso civico generalizzato per l'attività contrattuale pubblica **17**

Hanno collaborato a questo numero:

Dott. Giovanni Guarise
Giornalista professionista

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:
Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Tel. 0883.527171
Fax 0883.570189
www.mediagraphic.it
info@mediagraphic.it

Il Punto

Il regime giuridico applicabile ai contratti misti. Alcune riflessioni in tema di qualificazione dei concorrenti e la disciplina del subappalto **24**

La violazione antitrust non è una causa di esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. 163/06? Note a Consiglio Di Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722 **32**

La suddivisione in lotti. La motivazione presente negli atti di gara in caso di non ricorso ai lotti. Esempi **39**

Le Linee Guida ANAC per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house **45**

Avvalimento "di garanzia" e avvalimento "operativo": interviene ancora il Consiglio di Stato (sentenza Sez. V, n. 953/2018) **51**

Pareri & Sentenze **59**

A Domanda Rispondiamo **65**

In pillole **68**

Osservatorio sulla Corte dei Conti

L'ANAC aggiorna le Linee guida in tema di Commissioni giudicatrici e Albo nazionale dei commissari di gara



di Alessandra Verde

Premessa

In occasione dell'entrata in vigore del decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici¹, l'Autorità nazionale Anticorruzione ha ritenuto opportuno procedere all'aggiornamento delle Linee guida n. 5/2016 recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", al fine di tener conto delle novità normative dallo stesso introdotte, nonché per chiarire alcuni aspetti necessari a permettere lo sviluppo della procedura informatizzata per l'iscrizione e l'aggiornamento dell'albo delle commissioni giudicatrici.

Tra le principali novità introdotte dal decreto correttivo, di cui si è tenuto conto nell'aggiornamento, è utile ricordare l'obbligo di scegliere il Presidente tra gli esperti selezionati dall'Autorità per gli affidamenti relativi a contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, per i lavori di

importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità; la facoltà attribuita alla stazione appaltante, per i contratti di servizi e forniture di elevato contenuto scientifico

e tecnologico, di selezionare i componenti della commissione giudicatrice nell'ambito di propri esperti interni previa richiesta e confronto con l'ANAC; la regolamentazione di un periodo transitorio finalizzato a garantire la piena interoperabilità delle banche dati, durante il quale è compito delle stazioni appaltanti la verifica, anche a campione,

delle autodichiarazioni presentate in ordine alla sussistenza dei requisiti dei commissari.

Oggetto delle Linee guida n. 5² è dunque la definizione dei criteri e delle modalità per l'iscrizione all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici da parte dei soggetti dotati dei necessari requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto.

L'ANAC ha recentemente proceduto ad aggiornare le Linee guida n. 5/2016 recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici" al fine di tener conto delle importanti novità normative introdotte sul tema dal decreto correttivo al Codice dei contratti.

1. Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56.

2. Aggiornate con la deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 4 del 10 gennaio 2018.

1. L'art. 77 del Codice dei contratti e la disciplina in tema di commissione giudicatrice

Appare utile rammentare la disciplina vigente in tema di costituzione della commissione giudicatrice. Nei casi di procedure di affidamento in cui sia stato scelto il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto, in numero dispari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante.

La novità assoluta rispetto al previgente Codice è che i commissari devono essere scelti fra gli esperti iscritti ad un Albo nazionale istituito presso l'ANAC. Per le procedure di aggiudicazione svolte da CONSIP S.p.a, Invitalia e dai soggetti aggregatori regionali, i commissari devono essere selezionati da un'apposita sezione speciale dell'Albo, tra gli iscritti non appartenenti alla stessa stazione appaltante e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante. Soltanto se il numero risulti ancora insufficiente, si potrà ricorrere anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale.

I commissari saranno scelti dalla stazione appaltante interessata mediante sorteggio pubblico, a partire da una lista di candidati costituita da un numero

di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare. Deve essere garantito in ogni caso il rispetto del principio di rotazione. Tale lista è comunicata dall'ANAC alla stazione appaltante, entro cinque giorni dalla richiesta della stazione appaltante.

In caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture sotto soglia, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità, il Codice consente alle stazioni appaltanti di nominare, sempre nel rispetto del principio di rotazione, alcuni componenti interni alla stazione appaltante, fatta eccezione per il Presidente, che deve essere comunque esterno.

Il legislatore definisce di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione. Le Linee guida n. 5 aggiungono al novero delle procedure di non particolare complessità quelle interamente gestite tramite piattaforme telematiche di negoziazione, ai sensi dell'art. 58 del Codice, nonché quelle che prevedono l'attribuzione di un punteggio tabellare secondo criteri basati sul principio *on/off*³ sulla base di formule indicate nella documentazione di gara.

È prevista una deroga alla regola generale della selezione di esperti esterni nel caso di affidamento di contratti per i servizi

e le forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, laddove vi sia apposita richiesta in tal senso da parte della stazione appaltante e ne segua un confronto con l'ANAC sulla specificità dei profili. In tal caso è possibile

I commissari sono scelti dalla stazione appaltante interessata mediante sorteggio, a partire da una lista di candidati comunicata dall'ANAC e tratta dall'Albo nazionale. Sono previste alcune deroghe all'obbligo di scelta di commissari esterni: per contratti di servizi e forniture sotto soglia, per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per procedure che non presentano particolare complessità.

3. Si tratta di quelle procedure che contemplano un sistema di valutazione per cui, in presenza di un determinato elemento, è attribuito un punteggio predeterminato, senza alcuna valutazione discrezionale, mentre, in assenza di quel dato elemento, è attribuito un punteggio pari a zero.

la selezione dei candidati al ruolo di componenti delle commissioni giudicatrici anche tra gli interni. Con riferimento a detta fattispecie, le Linee guida in esame specificano che la stazione appaltante, quando ritiene che ne ricorrano le ragioni, debba inviare entro i trenta giorni antecedenti il termine per la richiesta dell'elenco di candidati, una richiesta motivata all'Autorità per la selezione di componenti scelti tra un ristretto numero di esperti anche interni della medesima stazione appaltante. Nella richiesta, la stazione appaltante dovrà indicare i motivi per cui ritiene che non si possa far ricorso a esperti selezionati con estrazione tra quelli presenti nelle sottosezioni dell'Albo.

L'Autorità, esaminata la richiesta, potrà richiedere integrazioni alla documentazione prodotta o convocare in audizione la stazione appaltante. Laddove l'ANAC non concordi su tutti o parte dei profili proposti, procederà in via ordinaria, applicando i normali criteri di estrazione dalla sottosezione dell'Albo che la stazione appaltante avrà dovuto in ogni caso già indicare nella richiesta.

Il Presidente è scelto dalla stazione appaltante in ogni caso tra i commissari esterni sorteggiati.

Il Codice detta poi la disciplina sulle cause di incompatibilità e di conflitto di interessi in presenza delle quali gli esperti – interni ed esterni

- selezionati devono astenersi dall'accettare l'incarico di componente della Commissione⁴.

Come chiarito meglio dalle Linee guida, è da considerarsi interno alla stazione appaltante il commissario di gara scelto tra i dipendenti dei diversi enti che decidono di aggregarsi tra loro, ai sensi dell'art. 37, commi 3 e 4, del Codice, per raggiungere la necessaria qualificazione, anche se non sia stato ancora perfezionato l'iter di costituzione della forma aggregativa prescelta, a condizione però che gli enti abbiano già deliberato formalmente in tal senso.

Devono appartenere sempre alla stazione appaltante e non devono essere iscritti all'Albo nazionale presso l'ANAC il segretario nonché il custode della documentazione di gara, laddove tale soggetto non coincida, come di solito avviene, con il segretario.

2. Procedura per la scelta dei commissari secondo le Linee guida

Le Linee guida precisano che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di fornire già nella documentazione di gara una serie di informazioni sulla commissione giudicatrice: composizione, modalità di scelta

4. Art. 77, D. Lgs. n. 50/2016, commi da 4 a 9:

<<(…) 4. 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.

5. Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto.

6. Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice. Sono altresì esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

8. (...).

9. Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, l'inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione di cui ai commi 4, 5 e 6. Le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico, accertano l'inesistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo, all'articolo 35-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 42 del presente codice. La sussistenza di cause ostative o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati devono essere tempestivamente comunicate dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini dell'eventuale cancellazione dell'esperto dall'albo e della comunicazione di un nuovo esperto. (...)>>.

degli eventuali componenti interni e di nomina del presidente, funzioni e compiti specifici. Occorrerà pertanto precisare se il numero dei membri debba essere tre o cinque. L'ANAC suggerisce il numero minimo di tre per ridurre i costi della gara e velocizzare i tempi di aggiudicazione. Soltanto laddove sussistano situazioni di particolare complessità, il numero di commissari potrà essere più opportunamente di cinque.

Nella documentazione di gara, la stazione appaltante dovrà fornire ogni informazione utile sulla composizione e sulle funzioni della commissione di gara, nonché sulle competenze professionali dei commissari, con riferimento alle quali la stessa deve altresì motivare adeguatamente le proprie scelte, volte a garantire la migliore valutazione delle offerte da un punto di vista tecnico-economico.

Nella *lex specialis* occorrerà altresì indicare le competenze professionali dei commissari di gara, con riferimento alle quali la stazione appaltante è chiamata a motivare adeguatamente le proprie scelte, miranti a garantire la migliore valutazione delle offerte da un punto di vista tecnico-economico. In relazione alle professionalità richieste, saranno estratti dall'Albo gli esperti iscritti nelle sottosezioni del medesimo, corrispondenti alle professionalità richieste dal bando.

Con riferimento alla facoltà – lasciata alla stazione appaltante nelle ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 77 - di nominare commissari interni, escluso il Presidente, l'ANAC rileva come occorra in tali casi contemperare le esigenze di contenimento dei tempi e dei costi, insite nella scelta di commissari interni, con quelle di imparzialità, qualità degli affidamenti e prevenzione della corruzione, che stanno alla base della creazione dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni di gara e del connesso obbligo di nomina di commissari esterni. Una volta entrato a regime il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, la nomina di commissari interni potrà essere effettuata solo quando nell'Albo sia presente un numero di esperti della stazione appaltante sufficiente a consentire il rispetto dei principi di indeterminatezza del nominativo dei commissari di gara prima della presentazione delle offerte e della rotazione delle

nomine. Nell'attuale fase transitoria, le stazioni appaltanti procederanno alla nomina degli interni iscritti all'albo, nei limiti delle disponibilità in organico.

Secondo i dettami del Codice e le specifiche delle Linee guida, la procedura per la scelta dei commissari è la seguente:

1. la stazione appaltante, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, invia all'Autorità la richiesta della lista dei candidati; le Linee

guida suggeriscono di inviare tale richiesta almeno 15 giorni prima rispetto alla seduta di apertura delle offerte tecniche; contestualmente all'invio della richiesta, la stazione appaltante rende nota la data e le modalità del sorteggio;

2. l'Autorità ha cinque giorni di tempo per inviare la lista dei candidati;

3. la stazione appaltante procede con sorteggio pubblico alla scelta dei candidati, facendo impiego di procedure che garantiscano la piena conoscenza della data del sorteggio e delle modalità di svolgimento dello stesso da parte di tutti i concorrenti. A tal fine la stazione appaltante dovrà pubblicare sul proprio profilo di committente la data e la seduta in cui svolgerà il sorteggio;

4. i sorteggiati devono pronunciarsi, al momento dell'accettazione dell'incarico, in merito all'inesistenza di cause di incompatibilità e di astensione. Al fine di velocizzare le operazioni di selezione della commissione, le Linee guida suggeriscono alla stazione appaltante, nel momento in cui riceve l'elenco dei candidati dall'ANAC, di comunicare tempestivamente a tutti l'oggetto della gara, il nominativo delle imprese ammesse, la data del sorteggio, quella per l'accettazione dell'incarico e quella della seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche, cui la commissione deve partecipare. In tal modo ciascun candidato è messo fin da subito nella condizione di poter valutare l'esistenza di cause di incompatibilità e,

in caso di impossibilità a svolgere l'incarico, di comunicarlo prontamente, nonché, per gli esperti che siano anche dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, di poter attivare le procedure per la richiesta della necessaria autorizzazione;

5. in caso di impedimento di uno o più candidati designati, o in presenza di una causa ostativa all'accettazione dell'incarico, sarà individuato un sostituto nella rosa dei soggetti proposti dall'Autorità. Se i soggetti in lista non sono sufficienti, la stazione appaltante dovrà richiedere all'Autorità un'integrazione alla lista dei candidati;

6. una volta effettuato il sorteggio pubblico dei componenti della commissione, la stazione appaltante ha l'onere di pubblicare sul profilo del committente, tempestivamente e comunque prima dell'insediamento della commissione, la composizione della commissione giudicatrice, i *curricula* dei componenti, il compenso dei singoli commissari e il costo complessivo sostenuto dall'amministrazione per la procedura di nomina. Dell'avvenuta pubblicazione la stazione appaltante dà comunicazione all'Autorità entro tre giorni.

Le Linee guida specificano che la stazione appaltante dovrà applicare procedure analoghe a quelle su descritte in caso di nomina di commissari interni.

3. Le funzioni della commissione giudicatrice e le modalità di svolgimento dei lavori

Il principale compito della commissione giudicatrice è la valutazione delle offerte tecniche ed economiche.

La stazione appaltante tuttavia può prevedere ulteriori funzioni in capo alla commissione, purché ne dia conto nella documentazione di gara.

Ad esempio, è piuttosto frequente che alla commissione giudicatrice sia assegnato il compito di supportare il RUP nella valutazione della congruità delle offerte tecniche, rimessa a quest'ultimo dalle Linee guida n. 3 del 26 ottobre

2016. Alla commissione non potranno, come è prevedibile, essere attribuiti compiti di amministrazione attiva, che competono unicamente alla stazione appaltante.

Per quanto concerne lo svolgimento dei lavori da parte della commissione, le Linee guida stabiliscono che, in linea generale, la commissione apre in seduta pubblica i plichi

contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della loro integrità e della presenza dei documenti richiesti nel bando; successivamente, in una o più sedute riservate, eventualmente anche lavorando da remoto mediante un canale telematico che garantisca autenticità e riservatezza delle comunicazioni, la stessa procede alla valutazione delle offerte tecniche ed assegna i relativi punteggi, in applicazione dei criteri e dei parametri indicati nella *lex specialis*.

Ultimata la fase di valutazione tecnica, in una nuova seduta pubblica, la commissione comunica i punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e rende noti i ribassi offerti. La stessa procede poi all'individuazione delle eventuali offerte che superano la soglia di anomalia oppure, ai sensi del comma 6 dell'art. 97 del Codice, segnala al RUP le offerte che, pur non essendo *ex lege* anomale, appaiano potenzialmente tali sulla base di elementi specifici.

Le Linee guida precisano, laddove mai ce ne fosse il bisogno, che la commissione giudicatrice, nella propria attività valutativa, opera in piena autonomia rispetto alla stazione appaltante e in stretta

La commissione giudicatrice svolge la principale funzione di valutare le offerte tecniche ed economiche. Se previsto dal bando, può anche supportare il RUP nella valutazione della congruità delle offerte tecniche. Essa esercita le proprie funzioni in piena autonomia e nel rispetto della *lex specialis*. Ogni tentativo di condizionamento deve essere immediatamente denunciato all'ANAC e alle altre autorità competenti.



applicazione dei dettami della *lex specialis*. Ai fini della prevenzione della corruzione, il presidente della commissione o i singoli commissari hanno l'obbligo di segnalare immediatamente all'Autorità e, ove ravvisino ipotesi di reato, alla Procura della Repubblica competente, qualsiasi tentativo di condizionamento della propria attività da parte di uno o più concorrenti, della stazione appaltante e, in generale, da parte di chiunque altro possa influenzare il regolare svolgimento della gara.

4. I requisiti di esperienza e di professionalità richiesti agli esperti dell'Albo

Come sopra accennato, il Codice demanda alle Linee guida il compito di disciplinare in dettaglio i criteri e le modalità per l'iscrizione all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.

L'Albo, istituito presso l'ANAC, è suddiviso in due sezioni: una ordinaria e una speciale, entrambe suddivise in sottosezioni, individuate sulla base della normativa degli ordini professionali e della classificazione delle professioni⁵. L'allegato alle Linee guida, soggetto ad aggiornamento periodico, contiene l'elenco delle sottosezioni.

L'Albo nazionale presso l'ANAC è distinto in due sezioni, ordinaria e speciale, ciascuna delle quali suddivisa in sottosezioni in base alle professionalità richieste. L'iscrizione all'Albo è subordinata alla dimostrazione del possesso – da parte degli aspiranti iscritti - di una serie di requisiti di professionalità ed esperienza diversamente declinati a seconda della categoria di soggetti ammessi all'iscrizione.



Le Linee guida individuano i soggetti abilitati ad iscriversi nelle due sezioni dell'Albo.

Nella **sezione ordinaria** dell'Albo possono iscriversi le seguenti categorie di soggetti:

- 1) professionisti la cui attività è assoggettata all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi;
- 2) professionisti la cui attività non è assoggettata all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi;
- 3) dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici;
- 4) professori ordinari, professori associati, ricercatori delle Università italiane e posizioni assimilate.

I requisiti di **professionalità** ed **esperienza** richiesta, del cui possesso occorre dare dimostrazione ai fini dell'iscrizione, sono:

- a) iscrizione all'ordine o collegio professionale di appartenenza da almeno 5 anni o, nel caso di affidamenti di particolare complessità⁶, 10 anni. Per i professionisti la cui attività non è assoggettata all'iscrizione ad un ordine o collegio, potrà essere fatta valere l'eventuale iscrizione ad una associazione p r o f e s s i o n a l e riconosciuta, oppure

l'abilitazione all'esercizio della professione per il tempo richiesto, o, in mancanza di obbligo di abilitazione, occorrerà produrre documentazione attestante lo svolgimento dell'attività professionale per un periodo pari a quello richiesto per i

5. La nuova classificazione delle professioni CP2011 è stata adottata dall'Istat in recepimento della International Standard Classification of Occupations – Isco08, dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

6. Sono considerati di particolare complessità, in via esemplificativa ma non esaustiva, gli affidamenti relativi a: a) procedure di project financing; b) lavori, servizi o forniture a elevato contenuto tecnologico; c) lavori, servizi o forniture caratterizzati da significativa innovatività; d) lavori da svolgersi in particolari circostanze ambientali, climatiche, geologiche (ad esempio in aree sismiche, zone soggette ad alluvioni, zone con particolari caratteristiche orografiche) e) lavori aventi ad oggetto la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di beni ambientali e culturali, anche nel sottosuolo; f) lavori relativi al settore ambientale, con particolare riferimento, ad es., alle attività di bonifica dei siti inquinati ovvero quelle di gestione di rifiuti pericolosi; g) forniture di dispositivi medici.

professionisti iscritti agli ordini;

b) rispetto degli obblighi formativi di cui all'art. 7 del d.P.R. n. 137/2012, o per i professionisti non iscritti ad ordini o collegi, l'eventuale assolvimento della formazione permanente di cui all'art. 2, comma 2, della L. n. 4/2013;

c) assenza di sanzioni disciplinari comminate dal proprio ordine professionale (o, per i professionisti non iscritti ad un ordine, dall'associazione professionale di appartenenza) nell'ultimo triennio;

d) regolarità degli obblighi previdenziali;

e) possesso della copertura assicurativa per la copertura di danni all'amministrazione aggiudicatrice, anche in conseguenza di richieste risarcitorie di terzi;

f) aver svolto, nell'ultimo triennio, almeno tre incarichi o, nel caso di affidamenti di particolare complessità, cinque incarichi relativi alla sottosezione per cui si chiede l'iscrizione.

Le Linee guida specificano che potranno essere oggetto di valutazione, oltre agli incarichi tipici dell'attività svolta, anche l'aver svolto funzioni di RUP, di commissario di gara, di direttore dei lavori o direttore dell'esecuzione, nonchè l'aver conseguito un titolo di formazione specifica, quali master, dottorati o simili, nelle materie relative alla contrattualistica pubblica o alla specifica sottosezione per cui si chiede l'iscrizione.

Per i professionisti la cui attività non è assoggettata all'obbligo di iscrizione in ordini o collegi è previsto un ulteriore requisito di professionalità: il possesso del certificato di conformità alla norma tecnica UNI per la singola professione, laddove prevista, ai sensi dell'art. 6 della già citata L. n. 4/2013.

I suddetti requisiti valgono anche per i dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici che intendano iscriversi alla sezione ordinaria dell'Albo. In alternativa, questi ultimi possono accedere all'iscrizione se dimostrano di possedere i seguenti requisiti:

a) essere alle dipendenze di una amministrazione aggiudicatrice da almeno 5 anni o, nel caso di affidamenti di particolare complessità, da almeno 10 anni e avere un titolo di studio pari almeno alla laurea magistrale o al diploma di laurea secondo il vecchio ordinamento;

b) abilitazione all'esercizio dell'attività professionale

laddove prevista;

c) assenza di sanzioni disciplinari comminate nell'ultimo triennio o di procedimenti disciplinari per gravi infrazioni in corso;

d) possesso di una copertura assicurativa per poter svolgere la funzione di commissario in amministrazioni diverse da quelle di appartenenza che copra i danni, derivanti dall'attività di commissario di gara, all'amministrazione aggiudicatrice, anche in conseguenza di richieste risarcitorie di terzi. Si precisa che l'assenza di tale requisito **preclude** la possibilità di svolgere incarichi all'esterno della propria amministrazione;

e) aver svolto almeno tre incarichi o, nel caso di affidamenti di particolare complessità, cinque incarichi relativi alla sottosezione per cui si chiede l'iscrizione. Il numero e le tipologie di incarichi valutabili sono i medesimi visti per i professionisti.

I requisiti previsti per i professionisti valgono anche per i professori ordinari, associati o ricercatori universitari che intendano iscriversi all'Albo. In alternativa, per questi ultimi sono previsti i seguenti differenti requisiti:

a) svolgere la propria attività nel settore di riferimento da almeno 5 anni o, nel caso di affidamenti di particolare complessità, da almeno 10 anni;

b) assenza di sanzioni disciplinari come per i dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici;

c) il già visto possesso di una copertura assicurativa;

d) l'aver svolto i consueti tre o cinque incarichi relativi alla sottosezione per cui si chiede l'iscrizione, come per le altre categorie di esperti.

Le Linee guida precisano che, se in possesso dei requisiti prescritti, anche il personale in quiescenza può iscriversi all'Albo. È inoltre possibile che gli esperti chiedano di passare da una categoria ad un'altra: in tal caso ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di comprovata competenza e professionalità, l'esperto può cumulare i requisiti posseduti.

Per quanto riguarda invece la **sezione speciale** dell'Albo, l'iscrizione alla medesima è riservata ai dipendenti di Consip S.p.A., Invitalia S.p.A. e dei Soggetti Aggregatori Regionali di cui all'art. 9 del D.L. n. 66/2014, nonché agli esperti che hanno prestato attività di consulenza per detti

enti per un periodo non inferiore a due anni. Sono ammessi a iscriversi alla sezione speciale anche i dirigenti delle amministrazioni aggiudicatrici e i primari ospedalieri. I requisiti di professionalità ed esperienza richiesti per l'iscrizione sono i medesimi visti per l'ammissione alla sezione ordinaria.

5. I requisiti di moralità e compatibilità degli iscritti all'Albo

Le Linee guida tracciano inoltre una serie di requisiti di **moralità** che gli aspiranti iscritti all'Albo devono necessariamente possedere.

In particolare, non possono essere iscritti all'Albo, né far parte in alcuna veste della commissione giudicatrice coloro che hanno riportato condanne anche non definitive per una serie di gravi delitti, quali, ad esempio, associazione di tipo mafioso, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti; per delitti concernenti la fabbricazione, l'importazione, l'esportazione, la vendita o cessione di armi; per i delitti, consumati o tentati, contro la pubblica amministrazione; per i delitti, consumati o tentati, di frode ai danni dell'Unione europea; per i delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale; per riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo; per sfruttamento del lavoro minorile.

Sempre a titolo esemplificativo, non possono inoltre essere iscritti all'Albo coloro che hanno riportato una condanna definitiva che prevede la pena della reclusione complessivamente superiore a sei mesi per uno o più delitti commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a pubbliche funzioni, ovvero coloro che sono stati condannati

con sentenza definitiva ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per delitto non colposo.

Non possono, infine, essere iscritti all'Albo coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

Prima dell'accettazione dell'incarico, i commissari selezionati devono dichiarare l'inesistenza delle cause d'**incompatibilità** o di **astensione**. Tale condizione deve persistere per tutta la durata dell'incarico.

Sussiste incompatibilità quando il commissario ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale nell'appalto da affidare, per il quale deve essere nominato.

Sussiste conflitto di interessi quando l'attività di membro della commissione può coinvolgere

interessi propri, ovvero di parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, o, ancora, di soggetti o organizzazioni di cui sia tutore, curatore,

procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente.

I commissari non devono infine aver ricoperto cariche di pubblico amministratore per l'amministrazione che ha indetto la gara nel biennio antecedente all'indizione della stessa.

Non possono essere iscritti all'Albo coloro che non posseggono i prescritti requisiti di moralità. A titolo esemplificativo, è escluso chi ha riportato condanne anche non definitive per una serie di gravi delitti o che è stato condannato con sentenza definitiva ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per delitto non colposo, ovvero chi, in qualità di membro di una commissione, abbia concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

Qualora il commissario selezionato sia un dipendente di una amministrazione aggiudicatrice, lo stesso deve produrre, oltre alla dichiarazione di insussistenza delle cause ostative all'assunzione dell'incarico previste dal Codice o dalle Linee guida, anche l'autorizzazione allo svolgimento dell'incarico medesimo rilasciata dalla propria amministrazione.

6. Modalità di iscrizione all'Albo nazionale

Gli aspiranti componenti delle commissioni devono presentare domanda di iscrizione all'Albo nazionale accedendo direttamente al sito dell'ANAC, mediante apposita procedura informatizzata. In alternativa alla produzione della documentazione a comprova

dei requisiti di esperienza e professionalità, i candidati possono presentare, al momento della registrazione, una certificazione del proprio stato rilasciata, su domanda, dall'ordine, associazione professionale o amministrazione di appartenenza, che attesti il possesso dei predetti requisiti di esperienza e professionalità richiesti.

Le Linee guida precisano che, fintanto che non vi sia piena interoperabilità tra l'Albo e le banche dati

istituite presso le amministrazioni detentrici delle informazioni inerenti ai requisiti dei commissari, la verifica dei requisiti dei soggetti estratti deve essere effettuata dalle stazioni appaltanti, anche a campione, sulla base delle autodichiarazioni dagli stessi presentate. A regime, invece, alle stazioni appaltanti spetterà il compito di verificare i requisiti di compatibilità e di assenza di conflitto di interessi, mentre l'Autorità accerterà la sussistenza dei requisiti di moralità, indagando sull'esistenza di eventuali condanne penali.

L'Albo sarà soggetto ad aggiornamento periodico finalizzato a verificare la permanenza dei requisiti

d'iscrizione degli esperti già presenti in esso, nonché per consentire nuove iscrizioni. L'ANAC è dunque competente a verificare a campione la sussistenza in fase di iscrizione, e, successivamente, il permanere nel tempo dei requisiti richiesti per l'iscrizione, anche mediante l'ausilio della Guardia di Finanza.

Nel caso in cui sopravvengano modifiche delle condizioni soggettive degli iscritti, queste devono essere immediatamente comunicate all'ANAC anche se non incidono sul possesso dei requisiti. Anche le stazioni appaltanti devono comunicare tempestivamente il mancato possesso dei requisiti o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati di cui vengano a conoscenza. È obbligo delle stesse

altresì segnalare i casi in cui i commissari di gara, nell'esercizio delle proprie funzioni, abbiano concorso all'approvazione di atti dichiarati illegittimi, ovvero altri comportamenti gravemente negligenti nello svolgimento del compito di commissario di gara.

In presenza di situazioni che incidono sulla moralità dell'esperto di cui l'Autorità è venuta a conoscenza, la stessa può procedere

alla cancellazione dello stesso dall'Albo. Prima di comminare una tale sanzione, l'ANAC deve tuttavia contestare il fatto all'interessato, assegnandogli un termine non superiore a trenta giorni per consentirgli di presentare eventuali controdeduzioni. Nel frattempo, l'esperto, il cui diritto al rimanere iscritto all'Albo è in contestazione, deve sospendere ogni attività in corso all'interno di eventuali commissioni di gara e non può essere estratto per nuovi incarichi.

In caso di sopraggiunta modifica che incide positivamente sui requisiti di moralità (ad esempio, sentenza di assoluzione in appello

Ogni modifica soggettiva che incida sul permanere dei requisiti per l'iscrizione all'Albo deve essere tempestivamente comunicata all'ANAC da parte degli iscritti. Anche le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di rendere noto all'ANAC il sopraggiungere di cause di incompatibilità o di altri eventi, di cui le stesse vengano a conoscenza, che incidano negativamente sul possesso dei requisiti.



ovvero riabilitazione), l'iscritto precedentemente escluso può richiedere all'Autorità di pronunciarsi nuovamente in merito all'esclusione.

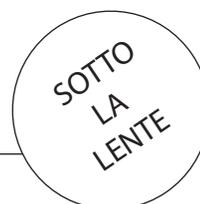
Le Linee guida individuano infine una serie di sanzioni in caso di condotte omissive o fraudolente, quali ad esempio, la mancata dichiarazione dell'inesistenza delle cause d'incompatibilità o di astensione, che determina l'impossibilità di procedere alla nomina dell'esperto nella commissione giudicatrice. Ancora, la reiterata omissione della presentazione della dichiarazione determina la cancellazione dell'esperto dall'Albo da parte dell'Autorità. Al fine di tutelare la serietà dell'iscrizione, è inoltre previsto che, previo contraddittorio, sia sanzionato con la cancellazione l'esperto che abbia rifiutato per almeno tre volte in un biennio la candidatura o la nomina a commissario di gara, per motivi diversi dall'incompatibilità.

Nel caso in cui gli esperti, ai fini dell'iscrizione all'Albo, forniscano, su richiesta dell'Autorità, informazioni o esibiscano documenti non veritieri

ovvero forniscano alle stazioni appaltanti dichiarazioni non veritiere in merito all'inesistenza delle cause d'incompatibilità o di astensione gli stessi, oltre ad essere puniti con l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 213, comma 13, del Codice, potranno incorrere, nei casi di particolare gravità, nella sanzione della cancellazione dall'Albo.

Con ulteriori Linee guida, l'ANAC disciplinerà gli ulteriori aspetti concernenti il funzionamento dell'Albo non trattati nel documento sin qui esaminato, quali: le procedure informatiche per garantire la casualità della scelta; le modalità per garantire la corrispondenza tra la richiesta di professionalità da parte della stazione appaltante e la sezione di riferimento dell'Albo; le modalità per garantire la rotazione degli esperti; le comunicazioni che devono intercorrere tra l'Autorità, stazioni appaltanti e i commissari di gara per la tenuta e l'aggiornamento dell'Albo e, infine, i termini del periodo transitorio da cui scatta l'obbligo del ricorso all'Albo.

Le implicazioni dell'accesso civico generalizzato per l'attività contrattuale pubblica



di Stefano Usai

1. I differenti diritti di accesso

La "nuova" fattispecie dell'accesso civico generalizzato (secondo l'espressione utilizzata dall'ANAC) è strutturata sul modello cd. del FOIA (Freedom of Information Acts) ovvero un sistema, che "grava" la pubblica amministrazione, di obblighi di informazione, pubblicazione e trasparenza completi con correlato diritto dei cittadini di richiedere - secondo modalità più semplificate ed accessibili - ogni tipo di informazione posseduta dalle amministrazioni afferente l'attività amministrativa non in contrasto con superiori interessi pubblici e con la sicurezza nazionale o aspetti afferenti la privacy delle persone (di cui si tratterà nella prossima circolare).

Con l'innesto di questa nuova fattispecie di diritto di accesso è possibile distinguere le differenti ipotesi disciplinare dal legislatore.

Tale distinguo emerge con chiarezza - tra le altre - dalla pronuncia del Tar Trento n. 21/2017.

La sentenza - come le linee guida ANAC approvate con determinazione n. 1309/2016 con pubblicazione in G.U. n. 7/2017 - distingue testualmente:

a) il c.d. "accesso civico generalizzato", delineato nel novellato art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33/2013 (ai sensi del quale "chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5-bis"), che "si traduce, in estrema sintesi, in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione" e risulta finalizzato (secondo quanto espressamente previsto dallo stesso art. 5, comma 2) a "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico";

b) il c.d. "accesso civico", delineato nel novellato art. 5, comma 1, del decreto legislativo n. 33/2013 (ai sensi del quale "l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione"), che "rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza";

c) il (tradizionale) accesso documentale - a cui fa riferimento l'articolo 53 del codice dei contratti, di cui agli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990, la cui finalità consiste nel «porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari».

2. L'accesso civico generalizzato e la finalità del controllo sociale (sull'azione amministrativa in genere)

L'accesso civico generalizzato (di cui all'art. 5, comma 2, del decreto legislativo 33/2013) si atteggia, pertanto, come libertà di accesso alle informazioni possedute dalla pubblica amministrazione risultando finalizzato ad assicurare al cittadino un controllo "sociale" sull'azione amministrativa e la verifica sul rispetto dei canoni dell'imparzialità e della trasparenza. Tale funzione sostanziale risulta di recente ribadita dal Tar Liguria, della sezione I di Genova, con la sentenza n. 1002/2017.

Nel caso di specie, il ricorrente, risultando oggetto di una serie di controlli da parte dell'ente di residenza circa la sua attività di gestore di una piscina aperta al pubblico, proponeva istanza di accesso civico generalizzato per l'acquisizione dei verbali "relativi agli atti di accesso effettuati dalla polizia municipale sia presso i propri locali sia presso" altri locali esercenti analogo tipo di attività. L'istanza veniva riscontrata solo in parte con la consegna dei verbali relativi alla propria attività ma non anche degli atti che riguardavano gli altri gestori.

L'accesso civico generalizzato, delineato nel novellato art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33/2013 dispone che "chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti".



Il diniego, circa l'ostensione dei verbali relativi agli altri operatori, risultava fondato sul fatto che la reale pretesa del cittadino - insostenibile secondo la pubblica amministrazione - era quella di voler effettuare un controllo generalizzato sulla attività della polizia municipale.

Il giudice ligure si dimostra di diverso avviso. In premessa, con la sentenza si sofferma sulla natura e sulla intensità della nuova fattispecie introdotta "nell'ordinamento dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97" finalizzata a realizzare una completa "libertà di accesso alle informazioni possedute dagli apparati pubblici, senza limitazioni correlate alla legittimazione del soggetto richiedente ovvero alla sussistenza di peculiari presupposti, ma con i soli limiti derivanti dai divieti imposti a tutela delle ipotesi di segreto o connessi a situazioni nelle quali la diffusione delle informazioni potrebbe determinare concreti pregiudizi a interessi antagonisti di particolare rilievo giuridico".

Innanzi a questa prerogativa, prosegue la sentenza, deve ritenersi inammissibile il diniego della pubblica amministrazione fondato sulla circostanza che risulterebbe inaccettabile una finalità di "controllo generalizzato dell'operato della

pubblica amministrazione" perseguita dal privato. Una simile motivazione potrebbe – secondo il giudice –, avrebbe potuto validamente sorreggere, in astratto, solo un provvedimento di rigetto di un'istanza di accesso documentale come disciplinato dalla legge n. 241/90, "ma non può frapponersi all'esercizio di un diritto che il legislatore ha riconosciuto proprio allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali".

Nel caso di specie, oggettivamente, la richiesta di accesso era concretamente finalizzata a verificare se la polizia municipale "avesse effettuato, in un determinato arco temporale, controlli sulle attività commerciali concorrenti analoghi a quelli svolti nei confronti della richiedente, a fronte di una conformazione asseritamente identica dei locali ove sono svolte le rispettive attività".

Ed è proprio in questo che si sostanzia il controllo "sociale" ipotizzato dal legislatore al fine di prevenire fenomeni collusivi degli apparati pubblici. L'epilogo è che secondo il collegio il tipo di domanda presentata all'amministrazione pubblica di avere accesso ai verbali risultanti dalle attività di controllo svolte dalla p.a. rientrava "a pieno titolo nell'ambito delle possibilità di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali consentite dall'accesso civico generalizzato".

3. I rapporti con l'attività e gli atti del procedimento contrattuale

La recente giurisprudenza ha affrontato – ed è questo il tema dell'analisi – anche le tematiche e le implicazioni del diritto generalizzato ad accedere

a dati/atti comunque detenuti dalla pubblica amministrazione del procedimento contrattuale. In particolare in relazione a quei "documenti" come l'offerta tecnico/economica una volta che risultino scaduti i termini di differimento posti con il codice dei contratti nell'articolo 53.

L'orientamento che si sta consolidando è quello della totale accessibilità non solo dei documenti di gara della c.d. fase pubblicitaria costituita soprattutto dagli atti che non sono soggetti a pubblicazione ai sensi dell'articolo 29 del codice ma anche, e soprattutto, con

riferimento a documenti che riguardano la fase esecutiva dell'appalto al netto di quei documenti che per ovvie ragioni non sono accessibili da terzi.

È questo il caso dei mandati di liquidazione di prestazioni d'appalto per cui si deve ritenere inammissibile anche l'accesso civico generalizzato.

A tal proposito, il giudice, nel caso di specie, aggiunge come non risultasse "dimostrato a quali fini tale documentazione" fosse "necessaria per tutelare l'interesse di parte ricorrente (...) e comunque essa parte non ha compiutamente esplicitato perché non" fosse "sufficiente l'acquisizione delle informazioni contenute nei provvedimenti di liquidazione".

Non può non cogliersi, come si è detto in premessa, che pur vero che l'accesso ai mandati di liquidazione non può ritenersi ammissibile – per la quantità di informazioni "riservate" – è altresì vero però che non appare corretta la motivazione diniego/interesse dell'istante proprio perché la prerogativa (nonché la connotazione essenziale dell'accesso civico generalizzato) è che la richiesta oltre ad essere informale non ha

Il Tar Sicilia, Catania, sez. III, con la sentenza del 29 gennaio 2018 n. 218 ha precisato che "la richiesta di accesso non" può "essere assentita, neppure ai sensi degli artt. 5 e 5-bis del decreto legislativo n. 33/2013, con riferimento alle fatture presentate ed ai mandati di pagamento, poiché tali documenti possono contenere informazioni personali (ad esempio gli estremi dei conti bancari della ditta appaltatrice), risultando, quindi, prevalente l'interesse privato di cui all'art. 5-bis, secondo comma, lettera a)".

come condizione la necessità di essere ancorata ad un interesse specifico da tutelare se non quello "sociale" di consentire un controllo sull'azione amministrativa e quindi come finalità di ripristinare la regolarità dell'agire pubblico qualora risultasse, eventualmente, violata.

Sempre nel caso trattato, la stazione appaltante negava l'accesso riconducendo erroneamente lo stesso nell'ambito dell'accesso documentale di cui alla legge 241/90 e che, in questa misura, risultava volto "a controllare l'operato dell'Amministrazione, incorrendo nel divieto espresso di cui all'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990".

In realtà la posizione assunta dall'amministrazione è risultata scorretta – con conseguente sconfitta in giudizio – in quanto l'istante pur ponendo a base della propria richiesta anche i riferimenti normativi dell'accesso documentale e di quello del codice dei contratti (art. 53)

chiariva anche che la richiesta veniva effettuata ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 33/2013 e modifiche.

In particolare, con l'istanza l'interessato richiedeva:

- 1) i documenti di offerta presentati dalle altre due partecipanti alla gara ed intera documentazione da loro prodotta a corredo dell'offerta;
- 2) la corrispondenza successiva intercorsa tra le imprese partecipanti e l'Amministrazione Comunale, con particolare riferimento alle missive e ai documenti inviati in risposta alla richiesta della stazione appaltante in data 27 ottobre 2016, ore 12.55, con cui tutti i partecipanti alla procedura sono stati invitati, pena l'esclusione e la segnalazione a CONSIP, a produrre "la certificazione UNI EN 16914 del bagno chimico oggetto della loro offerta";
- 3) le certificazioni e documentazioni acquisite dalla stazione appaltante onde verificare la sussistenza di tutti i requisiti di legge in capo al soggetto aggiudicatario;

- 4) i provvedimenti di proposta di aggiudicazione e di aggiudicazione provvisoria e definitiva;
- 5) il contratto eventualmente stipulato;
- 5) il documento comprovante la consegna e l'inizio del servizio;
- 6) i formulari di identificazione dei rifiuti - copia n. 1 e n. 4 - che, a norma dell'art. 193 del decreto legislativo n. 152/2006 e del decreto del Ministero dell'Ambiente n. 145/1998, sono stati emessi ad ogni intervento di pulizia-spurgo per la raccolta dei rifiuti prodotti dall'uso dei bagni mobili;
- 7) le fatture presentata dall'aggiudicatario;
- 8) il provvedimento di liquidazione;
- 9) i mandati di pagamento.

Dalla tipologia di atti richiesti non si può dubitare che rientrassero a pieno titolo nella disponibilità della stazione appaltante. Inoltre, pur non condizione

L'accesso civico generalizzato si caratterizza per la sua assoluta informalità e la richiesta di ostensione dei dati/atti detenuti dalla p.a. non deve essere motivata.

necessaria per la perseguibilità della richiesta, l'appaltatore richiedente indicava anche una specifica **m o t i v a z i o n e** evidenziando che in qualità di operatore interessato dal tipo di

servizio aggiudicato (locazione, pulizia e spurgo di bagni mobili ecologici) intendeva valutare se la concorrenza subita da alcuni appaltatori potesse essere configurata in termini di "slealtà" considerati gli eccessivi ribassi effettuati in grado di pregiudicare le esecuzioni o "l'omessa o non corretta gestione e tracciatura dei rifiuti" - .

Il giudice – al netto dell'accesso ai mandati – ha giudicato come illegittime le motivazioni addotte dalla stazione appaltante imponendo l'ostensione della documentazione.

4. Il controllo "generalizzato" sulla esecuzione del contratto

Una più chiara esplicitazione delle implicanze tra accesso civico generalizzato e controllo sull'esecuzione dei contratti si deve alla sentenza del Tar Campania, Napoli, sez. VI, n. 6028/2017 che, sicuramente tra le prime, chiarisce i rapporti tra la nuova fattispecie dell'accesso civico generalizzato e gli appalti.

Nel caso di specie, il ricorrente – operatore economico - presentava l'istanza di accesso agli atti ai sensi dell'art. 5, comma 2 del decreto legislativo n. 33/2013 volta "a visionare ed estrarre copia degli atti della Direzione dei lavori e/o del RUP" da cui potesse evincersi se l'appaltatore avesse o meno eseguito correttamente l'esecuzione dell'appalto dei lavori di "di estendimento della rete fognaria mista".

Gara alla quale il ricorrente aveva partecipato senza risultarne aggiudicatario.

Il ricorrente, pur non richiesto dalla norma, ha motivato la propria richiesta con l'esigenza della verifica sulla regolare esecuzione del contratto nutrendo forti dubbi sulla veridicità dell'offerta a suo tempo aggiudicataria dell'appalto.

La stazione appaltante respingeva la richiesta evidenziando, in primo luogo, come la stessa risultasse "ispirata da motivazioni diverse" a quelle di un concorrente che ha perso la gara, non conformandosi, pertanto, allo spirito dell'accesso civico generalizzato.

In ogni caso, secondo il comune, dal codice degli appalti (nella pregressa versione del decreto legislativo 163/2006) non risultano ravvisabili i presupposti legittimanti "l'accesso agli atti avendo la ricorrente fatto acquiescenza agli esiti della gara".

Il giudice respinge le motivazioni dell'ente convenuto rilevando, in primo luogo, che la normativa sugli appalti – per questa fattispecie di accesso - non veniva in rilievo e non poteva essere oggetto di considerazione.

In secondo luogo, nella decisione si rammenta che l'accesso civico ha "lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al

dibattito pubblico", pertanto, sotto questo profilo la richiesta di verificare aspetti dell'esecuzione del contratto (in particolare, la "posa in opera dei tubi" offerti in sede d'appalto) rientra a pieno titolo "nella finalità voluta dalla legge di consentire un controllo sull'uso delle risorse pubbliche".

Inoltre, prosegue il collegio campano, l'indagine sulle "reali motivazioni" del richiedente l'accesso civico generalizzato, in ogni caso, esula dai compiti attribuiti alla pubblica amministrazione dovendo questa, e i funzionari preposti, "limitarsi a verificare che non ricorrano casi di esclusione previsti dalla legge".

Del tutto irrilevanti, poi, sono apparse le motivazioni – adottate dall'aggiudicatario - a mente del quale l'accesso civico era da rifiutarsi "per evitare un pregiudizio concreto alla tutela" di interessi privati ed in particolare il *know how* sui canali di approvvigionamento ed alle relative condizioni economiche dell'appaltatore.

Anche questa, estrema, difesa viene ritenuta non persuasiva.

Il giudice campano rammenta infatti, sulla scorta di quanto affermato da altra giurisprudenza (Tar Lazio, n. 3742/2017) che l'accesso civico (generalizzato e non)

e l'accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990 "operano sulla base di norme e presupposti diversi".

Occorre tenere distinte le due fattispecie "per calibrare i diversi interessi in gioco, allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi".

Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso "nel caso dell'accesso ex l. n. 241 del 1990 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità

Per tutelare gli aspetti di know how dell'aggiudicatario, è sufficiente fornire riscontro al richiedente nei limiti di quanto richiesto considerato che l'accesso civico generalizzato può avere ad oggetto (a differenza dell'accesso ordinario) non solo documenti ma anche meri "dati e informazioni".



(se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) dei dati, documenti e informazioni".

Per tutelare gli aspetti di *know how* dell'aggiudicatario, conclude il giudice, è sufficiente fornire riscontro al richiedente nei limiti di quanto richiesto considerato che l'accesso civico generalizzato può avere ad oggetto (a differenza dell'accesso ordinario) non solo documenti ma anche meri "dati e informazioni".

5. Considerazioni

La richiesta, sia degli atti della fase pubblicistica, come si accennava in premessa, sia degli atti della fase di esecuzione rientra a pieno titolo nell'ambito applicativo della nuova fattispecie.

Questa circostanza implicherà la diffusione di dinamiche di accesso non solo da parte degli appaltatori che partecipando alla gara d'appalto non sono risultati aggiudicatari ma anche da parte dei cittadini che volessero verificare sia la correttezza amministrativa dell'operato della stazione appaltante ma anche la "congruità" degli

atti predisposti per la richieste delle commesse (i capitolati, le tecniche di determinazione della base d'asta etc) e, soprattutto, della fase esecutiva dell'appalto.

In questo caso la richiesta potrebbe essere duplice ovvero da un lato consentire di verificare – attraverso es. provvedimenti del direttore dell'esecuzione/direttore dei lavori – l'attività di controllo esercitata d'ufficio dalla stazione appaltante dall'altra l'eventuale adozione di verifiche e/o provvedimenti ovvero in che modo sia stata "sanzionata" una condotta non corretta dell'appaltatore.

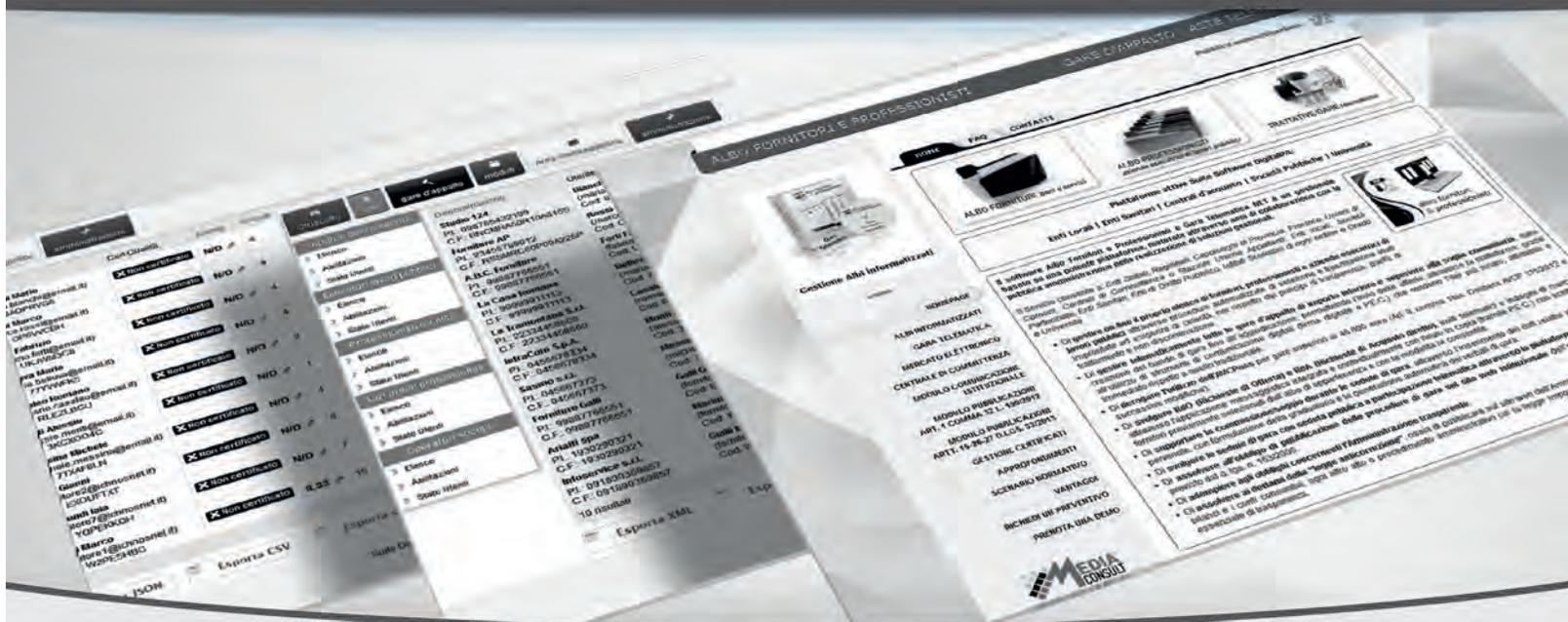
Accessi che inevitabilmente potranno avere valenza oltre che di tipo amministrativa anche di tipo erariale. Si pensi al caso in cui emerga, dal controllo generalizzato, una esecuzione non corretta del contratto d'appalto in qualche modo "tollerata" dal RUP o dai direttori dell'esecuzione e dei lavori.

Si tratta, pertanto, di un controllo che oggettivamente consente una verifica sulla correttezza dello svolgimento dell'azione amministrativa e sulla corretta spendita delle risorse finanziarie pubbliche.

Software per la Gestione on line Albo Fornitori e Gare Telematiche



Area Software



La digitalizzazione delle procedure di gara è uno degli obiettivi principali delle disposizioni contenute nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Tutta la nuova produzione normativa, infatti, spinge sempre più le PP. AA. a dotarsi di soluzioni telematiche nelle procedure di gara.

Tra le disposizioni dirette a perseguire la digitalizzazione sono, infatti, rilevanti quelle che impongono alle Stazioni Appaltanti l'obbligo, entro il 18 ottobre 2018, di scambiare informazioni con gli operatori economici avvalendosi di mezzi di comunicazione elettronici nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Scenario normativo: D.lgs. 50/2016 e smi (articoli: art. 40, 52, 38, 44, 56, 58) e Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs n. 82/2005 e smi).

FUNZIONALITA'

- ◆ Gestione albi (beni, servizi, professionisti, ll.pp.)
- ◆ Gestione fornitori (iscrizione, catalogazione, rinnovo, roteazione automatica, ...)
- ◆ Gestione preventivi
- ◆ Gestione gare telematiche (di qualsiasi importo e tipologia)
- ◆ Comunicazioni ANAC

VANTAGGI

- ◆ Semplificazione ed efficienza delle procedure
- ◆ Trasparenza dell'operato delle Stazioni Appaltanti
- ◆ Rispetto della normativa
- ◆ Premialità per la qualificazione delle Stazioni Appaltanti
- ◆ Riduzione di costi di gestione
- ◆ Riduzione dei tempi e controllo dei processi

Possibilità di richiedere una **DEMO GRATUITA** per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

Il regime giuridico applicabile ai **contratti misti. Alcune riflessioni in tema di qualificazione dei concorrenti e la disciplina del subappalto**

di Giuseppe Totino

IL
PUN
TO

Premesse: le origini dell'istituto

Il ricorso all'affidamento di contratti pubblici che hanno oggetto sia una componente di lavori che forniture o servizi resta (i cd. contratti misti), tutt'ora, una strada poco battuta dalle stazioni appaltanti, nonostante l'ordinamento codicistico in materia sia teso verso una razionalizzazione del panorama normativo, e nonostante il progresso tecnologico induca le amministrazioni a reperire sul mercato competenze che oggi lambiscono, per determinati settori di mercato, diverse e complementari esperienze capaci di soddisfare bisogni sempre più eterogenei.

La reticenza che in passato si è riscontrata nel ricorso ad affidamenti a struttura mista scontava, da un lato, una circostanza oggettiva,

per la quale di rado ci si poteva imbattere in una esigenza di una p.a. dal carattere differenziato, ma che ne richiedesse una gestione unitaria e, dall'altro, un approccio "lavoristico" del governo del relativo affidamento, risalente alla disciplina originariamente dettata dalla L. Merloni, a mente della quale *"Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento"*.

Tuttavia, le esigenze, soprattutto di carattere manutentivo e più in generale di global service di opere già eseguite ed immobili *latu sensu* utilizzati dalla P.A., nonché la tecnologia che oggi compenetra la struttura funzionale di ogni immobile (si pensi all'impiantistica, non

solo IT, ma di ogni genere oggi necessaria per suo utilizzo) hanno determinato la duplice conseguenza di invitare il legislatore ad operare ad un ripensamento sistematico della normativa in materia appalti misti e, conseguentemente, un crescente ricorso a detto istituto da parte delle amministrazioni. Frutto di tale ripensamento è stato l'assetto ordinistico conferito alla fattispecie degli appalti misti ai sensi degli artt. 14 e 15 del d.lgs. 163/06 (Vecchio Codice), impianto che è andato a disciplinare compiutamente l'aspetto dell'individuazione dell'oggetto prevalente, come elemento per determinare, a cascata, il regime giuridico applicabile non solo in relazione alle modalità di qualificazione alla gara dei concorrenti, ma anche in relazione alle norme da adottare sul piano più strettamente esecutivo.

Il comma 3 del suddetto art. 14 infatti ha scardinato il principio per cui la sola rilevanza economica fosse l'unico metro per determinare quale fosse l'oggetto principale dell'appalto, stabilendo che *"...l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto"*, con ciò consentendo alle amministrazioni di individuare con maggiore grado di discrezionalità le regole di gara ove i lavori si potessero qualificare come ancillari rispetto ai servizi o alle forniture.

A chiosa, il Vecchio Codice, l'art. 15 esplicitava un principio oggi positivizzato, ma su cui la giurisprudenza si era interrogata a lungo in tema di contratti misti, per il quale: *"L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori,*

servizi, forniture prevista dal contratto."

In altri termini, l'operatore economico concorrente ad un affidamento ad oggetto misto doveva essere qualificato per ogni prestazione oggetto di affidamento, senza che l'oggetto prevalente potesse derogare alla disciplina specifica delle singole prestazioni.

Di semplice identificazione è la *ratio* di tale disposizione, che in combinato disposto con la norma dell'art. 14 c. 3 avrebbe potuto prestare il fianco alla illegittima circostanza per cui un soggetto non qualificato per eseguire i lavori pubblici ai sensi del sistema legale apprestato dall'ordinamento, potesse, poiché qualificatosi per l'oggetto principale di servizi o forniture ai sensi della *lex specialis*, ugualmente realizzare le opere in spregio alla normativa legale di settore.

Di qui, l'esigenza di chiarire che per ogni categoria di prestazione costituente l'affidamento, il concorrente debba possedere i relativi requisiti.

1. La qualificazione dei concorrenti

In linea con quanto era disciplinato nell'art. 15 del Vecchio Codice, anche l'art. 28 del Codice oggi vigente prevede che *"L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto."*

Quindi, analogo approccio è stato mantenuto nei confronti dell'art. 28 co. 1 del d.lgs. n. 50/2016, accomunato all'art. 15 del d.lgs. n. 163/2006 quanto a rigore della scelta legislativa che – ai fini della partecipazione alla gara, e non solo dell'esecuzione dell'appalto – impone ai concorrenti il possesso dei requisiti di qualificazione e

"L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto"



capacità relativamente a ogni singola prestazione costituente l'appalto misto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 agosto 2017, n. 3918).

Pertanto, nessuna possibilità oggi sussiste che un operatore economico possa risultare affidatario di un contratto pubblico ad oggetto misto che non sia in possesso, da solo ovvero raggruppato, di tutti i requisiti necessari per l'esecuzione di ogni prestazione contemplata nel contratto.

Conseguenza di quanto sopra, come ricordato in premessa, onde evitare l'elusione della disciplina legale in tema di qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici, la giurisprudenza ha rammentato che "A fronte della lacuna presente nella legge di gara e, dunque, dell'omessa indicazione di elementi obbligatoriamente prescritti dall'ordinamento

giuridico, soccorre il meccanismo della "inserzione automatica di clausole", sulla base della normativa vigente in materia, analogamente a quanto previsto in ambito contrattual-civilistico dagli artt. 1339, 1374 cod. civ. (cfr. in tal senso, tra le altre, Cons. Stato, V, n. 2448/2014, n. 3811/2013)¹.

Più in particolare è stato chiarito che "pur in mancanza di alcun cenno esplicito al possesso della qualificazione ex art. 40 del D.Lgs. n. 163 del 2006 o, se del caso, a quella di cui all' art. 90 del D.P.R. n. 207 del 2010, la lex specialis, come riconosciuto dalla giurisprudenza, doveva comunque interpretarsi nel senso di imporre ai

partecipanti di qualificarsi per l'esecuzione di lavori pubblici, attraverso l'eterointegrazione con le previsioni di legge, secondo un meccanismo analogo a quello degli artt. 1339 e 1374 del codice civile" (CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, SENTENZA 18 luglio 2017, n.3541).

Tesi abbracciata anche dall'Autorità con DELIBERA N. 332 DEL 23 marzo 2016 secondo la quale "nei contratti misti di servizi e lavori occorre prevedere, a titolo di requisiti di partecipazione, sia la

dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale per l'erogazione dei servizi, in base agli articoli 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, sia il possesso della qualificazione SOA nella categoria e classifica corrispondenti alla natura e all'importo dei lavori da eseguire; ciò in quanto, ai sensi dell'articolo 15 del d.lgs. n. 163/2006, l'operatore economico che

Nei contratti misti di servizi e lavori occorre prevedere, a titolo di requisiti di partecipazione, sia la dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale per l'erogazione dei servizi, in base agli articoli 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, sia il possesso della qualificazione SOA nella categoria e classifica corrispondenti alla natura e all'importo dei lavori da eseguire; ciò in quanto, ai sensi dell'articolo 15 del d.lgs. n. 163/2006, l'operatore economico che concorre all'affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dallo stesso codice per ogni singola prestazione contrattuale



concorre all'affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dallo stesso codice per ogni singola prestazione contrattuale, secondo il c.d. principio della combinazione delle differenti discipline, in base al quale, in materia di qualificazione, l'operatore economico deve essere qualificato per tutte le prestazioni di lavori, servizi e forniture secondo le norme previste per ciascuna di tali prestazioni (cfr., in tal senso Deliberazione n. 21 del 21 maggio 2014 e parere n. 62 del 28 febbraio 2008)".

Da quanto sopra emerge quindi chiaramente come, sul piano della qualificazione alle gare pubbliche



1. Consiglio di Stato, sez. III, 18.07.2017 n. 3541

che intendano affidare contratti ad oggetto misto, i concorrenti debbano possedere per ogni prestazioni dedotta in contratto i relativi requisiti di qualificazione, in applicazione del *c.d. principio della combinazione delle differenti discipline* ed in deroga al principio di prevalenza che invece condurrebbe ad un appiattimento delle modalità di qualificazione alle gare sull'oggetto ritenuto principale.

Brillantemente, sul punto, è stato evidenziato come "La norma si avvale del criterio della combinazione dei regimi giuridici, in deroga a quello della prevalenza utilizzato al primo periodo del medesimo art. 28 co. 1 per individuare la disciplina generale del contratto misto.

Essa riproduce la previsione a suo tempo dettata dall'art. 15 dell'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, già interpretata da dottrina e giurisprudenza nel senso di attribuire alla qualificazione

obbligatoria per ciascuna delle prestazioni oggetto dell'appalto il ruolo di vero e proprio requisito di partecipazione alla procedura di affidamento, a differenza di quanto previsto dal previgente art. 8 co. 11-septies della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che assegnava invece alla qualificazione obbligatoria il diverso ruolo di requisito necessario ai fini dell'esecuzione dei lavori (e che, più in generale, limitava l'applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione all'ipotesi in cui i lavori rappresentassero la prestazione economicamente prevalente e non avessero carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto misto: cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765).

2. L'oggetto prevalente. La disciplina applicabile al contratto misto

L'art. 28 stabilisce, poi, al comma 9 che "Se le diverse parti di un determinato contratto sono

oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione".

Questo è, dunque, il principio generale.

Eccezione fatta per la disciplina applicabile in relazione alla determinazione dei requisiti di partecipazione, che si atteggia a deroga rispetto al principio generale, ai sensi del succitato comma, l'oggetto principale del contratto attrae il regime giuridico applicabile all'intero affidamento.

Sul piano più generale la giurisprudenza, in coerenza con quanto sopra, ha chiarito che: "nei contratti misti la fusione delle cause fa sì che gli

elementi distintivi di ciascun negozio vengono assunti quali elementi di un negozio unico, a mezzo del quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, il che comporta che l'entità, le modalità e le conseguenze

del collegamento negoziale debbano essere considerate in relazione all'interesse perseguito dal soggetto appaltante" (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12 settembre 2011, n. 2204).

La Corte di giustizia delle Comunità europee si è pronunciata spesso sul punto affermando che "nel caso di contratto misto l'operazione di cui trattasi deve essere esaminata nel suo insieme, in modo unitario, ai fini della sua qualifica giuridica, e dev'essere valutata sulla base delle regole che disciplinano la parte che costituisce l'oggetto principale, o l'elemento preponderante del contratto" (CG, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 149. Nello stesso senso, CG 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione c. Italia; 19 aprile 1994, causa C- 331/92, Gestion Hotelera Internacional, 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a.; 21 febbraio 2008, causa C-412/2004 Commissione c. Italia).

Al riguardo, già la circolare del Ministero delle

Secondo il c.d. principio della combinazione delle differenti discipline, in materia di qualificazione, l'operatore economico deve essere qualificato per tutte le prestazioni di lavori, servizi e forniture secondo le norme previste per ciascuna di tali prestazioni.



infrastrutture e dei trasporti 18/12/2003 n. 2316 (Disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi - G.U. 3/4/2004 n. 79) su impulso di una procedura d'infrazione 2001/2182 ex art. 226 del Trattato, con cui la Commissione europea ha formulato, fra gli altri, alcuni rilievi circa la compatibilità della normativa italiana in materia di contratti misti, con il diritto comunitario, aveva avuto modo di affrontare il tema. Con la suddetta procedura era stato posto l'accento sul criterio da utilizzare per individuare la normativa da applicarsi negli appalti che comprendono tanto una esecuzione di lavori, quanto una prestazione diversa (forniture e/o servizi).

Infatti, come ricordato in premessa del presente contributo, il legislatore nazionale aveva operato una scelta precisa ed univoca nell'individuare il regime giuridico da osservare. Infatti, con l'art. 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 - legge quadro sui lavori pubblici - e successive modificazioni ed integrazioni, e l'art. 3, comma 3, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, recante attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti

pubblici di servizi, disponevano l'applicazione delle norme della legge quadro sui lavori pubblici (sia nel caso di contratti misti di lavori, forniture e servizi, sia nel caso di contratti di forniture e/o di servizi anche quando comprendano lavori accessori rispetto alle altre prestazioni), qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento.

La Commissione europea ha contestato l'utilizzo esclusivo del predetto criterio, ricordando che il diritto comunitario ha sempre considerato "l'oggetto principale del contratto" quale parametro di riferimento per la determinazione

delle regole applicabili agli appalti misti. Pertanto, secondo la Commissione, la prevalenza economica della componente dei lavori rispetto alle altre prestazioni (servizi e/o forniture) non implica necessariamente che un appalto possa essere qualificato come appalto pubblico di lavori, qualora questi ultimi siano accessori e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto.

Sulla scorta di tale interpretazione comunitariamente orientata, si è provveduto alla stesura dell'art. 14 comma 3 del Vecchio Codice che recava i prodromi delle prime scalfitture al principio di prevalenza meramente economico, sino ad approdare all'odierna formulazione contenuta nell'art. 28 del Codice oggi vigente che prescrive

chiaramente che i *contratti che hanno ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione.*

Emerge inoltre dalla giurisprudenza della Corte che, qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto

pubblico, è l'oggetto principale del contratto che determina quale direttiva comunitaria degli appalti pubblici debba, in linea di principio, essere applicata (v., in tal senso, sentenza Auroux e a., cit. supra, punto 37). Tale determinazione deve avvenire tenendo conto degli obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano tale appalto in opposizione a quelli che rivestono solo carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto (sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I 619, punto 49).

Il diritto comunitario ha sempre considerato "l'oggetto principale del contratto" quale parametro di riferimento per la determinazione delle regole applicabili agli appalti misti. Pertanto, secondo la Commissione, la prevalenza economica della componente dei lavori rispetto alle altre prestazioni (servizi e/o forniture) non implica necessariamente che un appalto possa essere qualificato come appalto pubblico di lavori, qualora questi ultimi siano accessori e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto.



In applicazione di tale principio, la giurisprudenza nazionale ha quindi sostenuto, in relazione alla individuazione della disciplina applicabile, che: *“Nel caso in cui l'appalto per cui è causa ha natura mista, avendo a oggetto servizi di manutenzione quale prestazione prevalente e lavori quale prestazione accessoria ed eventuale, in siffatta ipotesi, a mente dell'art. 14, comma 2, lettera c), del d.lgs. nr. 163 del 2006, la disciplina legale cui fare riferimento in toto è quella della prestazione prevalente, ossia quella dei servizi; pertanto, e' esclusivamente in relazione ai servizi che andava verificata l'osservanza dell'obbligo di specificazione delle "parti" di prestazione ex art. 37, comma 4”.*

D'altro canto è il primo comma dell'art. 28 che impone che i contatti misti siano aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione.

3. Il rapporto col subappalto

Interessante è lo spunto di riflessione che proviene da una recente sentenza del Tar Toscana in merito alla disciplina del subappalto applicabile ai contratti misti.

Anche con riferimento al tema dei subaffidamenti, sembra configurarsi una deroga al principio generale della prevalenza dell'oggetto contrattuale. In deroga alla costante giurisprudenza a mente della quale il subappalto debba considerarsi una disciplina accostabile alla vicenda esecutiva del contratto, il citato precedente mostra di aderire ad un diverso orientamento ermeneutico.

Il Consiglio di Stato ha infatti ha più volte sottolineato come vada “condiviso l'orientamento giurisprudenziale, a cui va data continuità, che ascrive l'identificazione del subappaltatore e la verifica del possesso dei requisiti richiesti dalla legge e dal bando alla fase dell'esecuzione dell'appalto” (in termini, da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015 n. 9)², illuminando

la relativa disciplina come una costola della fase paritetica e non già della fase della formazione di volontà della p.a. nella scelta del contraente.

Il Tar Toscana, partendo dalla disamina della disciplina applicabile al possesso requisiti nei contratti misti, ha mostrato di accostare il tema della verifica dei requisiti del subappaltatore quale elemento distintivo della fase di qualifica, attraendola alla fase procedimentale dell'affidamento.

Il Tar toscano SEZ. I 30/1/2018 con la sentenza n. 146 ha infatti sottolineato come “al possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti per ciascuna delle prestazioni dedotte in contratto, oggi prescritto dall'art. 28 co. 1 d.lgs. n. 50/2016, corrisponde infatti lo stringente limite imposto dall'art. 105 co. 2 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 (e già presente nell'art. 118 co. 2 del d.lgs. n. 163/2006), secondo cui l'eventuale subappalto non può eccedere la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. E il combinato disposto delle due norme porta evidentemente a concludere che, a fronte di un contratto misto, il limite del 30% debba essere riferito (anche) al complessivo importo di ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture che concorrono a comporre l'oggetto del contratto: l'art. 28 non vieta il subappalto, ma, esigendo il possesso della qualifica per ogni tipologia di prestazioni, implica che per partecipare alla gara il concorrente sia in grado di svolgere in proprio almeno la quota non subappaltabile (di ciascuna) delle prestazioni medesime (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3541/2017, cit.).

Precipitato logico di tale ermeneutica è l'affacciarsi di una ulteriore deroga al principio generale della prevalenza come discriminante della disciplina applicabile.

Se è vero che il linea generale, per i contratti misti, il regime giuridico applicabile dovrebbe essere quella dell'oggetto prevalente del contratto, anche la disciplina del subappalto, seguendo tale approccio, dovrebbe seguire il la disciplina

2. Cons. Stato, sez. V 21/6/2016 n. 2720

applicabile all'oggetto prevalente.

Qualora, ad esempio, in un affidamento di un contratto misto, dovesse essere considerata prevalente la componente lavori, il limite del 30% dell'importo contrattuale stabilito ex art. 105 c. 2 del Codice dei Contratti, risulterebbe derogabile in presenza di una categoria superspecialistica che, come noto, può essere autonomamente subappaltabile nel limite del 30%, qualora il suo ammontare sia superiore al 10% dei lavori oggetto di affidamento, consentendo indirettamente l'innalzamento della soglia della quota in subaffidamento.

Viceversa, per un medesimo affidamento misto, qualora l'oggetto prevalente fosse considerata la componente servizi ovvero forniture, il limite del 30% dell'importo contrattuale dovrebbe costituire il tetto anche per la componente lavori, anche in presenza, per la stessa componente, di una categoria superspecialistica.

La decisione del Tar toscana anzi ricordata, sembra invece stabilire che, con riferimento al subappalto, afferendo tale istituto alla qualificazione del concorrente, e non alla fase esecutiva, come invece previsto dalla costante giurisprudenza sopra citata, debba seguire la deroga al principio generale della prevalenza, in coerenza con quanto stabilito dal primo comma dell'art. 28, con ciò determinandosi l'applicazione della rispettiva disciplina specifica del subappalto per ogni tipologia di prestazione dedotta in oggetto.

4. Conclusioni

La disamina anzi ripercorsa, lungi dal voler recare una compiuta analisi di tutto l'assetto normativo in materia di appalti misti, invita, molto più modestamente, ad una considerazione in ordine alla reale portata innovativa del vigente art. 28 in tema di regime giuridico applicabile, quale conseguenza dell'individuata prevalenza di prestazione su un'altra.

Dalla breve rassegna sopra ripercorsa, la prevalenza di una disciplina di settore quale conseguenza di un giudizio di prevalenza ex ante stabilito dalla stazione appaltante allorquando determini l'oggetto dell'affidamento, sembra rappresentarsi più una petizione di principio che una norma dotata di effettività e reale coerenza.

L'ottica di semplificazione che ha mosso il legislatore ad affermare il principio per cui gli appalti misti "sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione", ogni qual volta appaia necessaria una riflessione circa l'identificazione della disciplina applicabile su un determinato tema, sembra spesso atteggiarsi come

Il combinato disposto delle due norme porta evidentemente a concludere che, a fronte di un contratto misto, il limite del 30% debba essere riferito (anche) al complessivo importo di ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture che concorrono a comporre l'oggetto del contratto: l'art. 28 non vieta il subappalto, ma, esigendo il possesso della qualifica per ogni tipologia di prestazioni, implica che per partecipare alla gara il concorrente sia in grado di svolgere in proprio almeno la quota non subappaltabile (di ciascuna) delle prestazioni medesime



recessivo rispetto all'esigenza primaria di dover garantire che i concorrenti siano qualificati per ogni tipologia di prestazione oggetto di affidamento.

Ad una attenta analisi, le norme del Codice dei Contratti, eccezion fatta per quelle più strettamente procedurali, sono per intima vocazione dirette, ovvero indirettamente riconducibili, alla esigenza di garantire che i soggetti partecipanti su piede paritario ad una gara pubblica siano effettivamente

dotati dei requisiti per eseguire correttamente e tempestivamente, con il più alto grado di affidabilità ex ante arguibile, le prestazioni oggetto di procedura concorsuale.

Appare astrattamente possibile, che ci si possa ritrovare nella paradossale ipotesi in cui ogni specifica disposizione che possa essere latamente accostabile al vaglio dei requisiti del concorrente, possa beneficiare, per così dire, della deroga sancita dal primo comma dell'art. 28 per la quale la determinazione dei requisiti di partecipazione debba seguire le norme proprie di ogni singola tipologia di prestazione, con ciò svuotando di fatto il dettato del principio generale per cui i contratti misti sono aggiudicati secondo le norme dettate per l'oggetto prevalente.

Si pensi alle norme di in tema di qualificazione dei raggruppamenti temporanei di impresa.

Qualora ci si trovasse dinanzi ad un contratto misto lavori e servizi con prevalenza servizi, *quid iuris* per la qualificazione dei soggetti raggruppati con riferimento alla componente lavori?

Sarà sufficiente che la mandataria posseda in misura maggioritaria i requisiti, così applicando il regime dell'oggetto prevalente (i.e. servizi) oppure, afferendo la norma, per ratio, alla determinazione dei requisiti di partecipazione, debba trovare applicazione la deroga di cui al primo comma dell'art. 28 e pertanto, la mandataria deve essere in possesso ed eseguire prestazioni per almeno il 40% come prescrivono le norme del regolamento ancora vigenti?

Sarà, come spesso succede, nel silenzio dell'ANAC sul tema, compito della giurisprudenza prendere una posizione e dipanare l'aporia.

La violazione antitrust non è una causa di esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. 163/06? Note a Consiglio Di Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722

di Adriana Presti



IL
PUN
TO

2. La sentenza di primo grado

Il TAR Piemonte, Sez. I, con la sentenza n. 446/2017, aveva disposto l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore del soggetto a cui era stata comminato il provvedimento sanzionatorio dall'AGCM sulla base dei seguenti passaggi ricostruttivi:

- l'art. 38, comma 1, lett. f), cit., è attuazione dell'art. 45, comma 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, sulla quale la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di pronunciarsi nel senso che la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" attiene a "*qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore*" (sentenza C-465/11 del 13 dicembre 2012 *Forposta*);
- in questa ottica, considerata l'appartenenza della lett. f) dell'art. 38 cit. ai requisiti di "ordine generale", intesi come requisiti di "ordine pubblico" e di "moralità", la stazione appaltante è tenuta a valutare le condotte che siano indice di deficit di "integrità" e di "moralità" dell'operatore economico, per quanto desunto dalla sua pregressa esperienza professionale;
- tali sono anche le condotte anticoncorrenziali, espressive di una scarsa osservanza degli standard di "legalità" (e che perderebbero ogni significato ove fossero proiettate esclusivamente sul pianto dell'esecuzione del contratto).

1. Il quesito di diritto

Un'intesa anticoncorrenziale con altri operatori in relazione ad una procedura di gara pubblica accertata da un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM integra la causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, *ratione temporis* applicabile? In altri termini un provvedimento dell'AGCM con il quale è sanzionata un'infrazione in ordine al diritto della concorrenza configura un "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale" di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), seconda parte, del previgente Codice degli Appalti Pubblici?

Alla luce delle anzidette premesse, il TAR aveva concluso nel senso dell'irragionevolezza della decisione della stazione appaltante che non aveva in alcun modo valutato la condotta sanzionata dall'AGCM sul piano degli indici di "legalità" e di caratura "morale" dell'aggiudicataria, avendo concentrato il suo giudizio solo sulla possibilità di corretta esecuzione del rapporto contrattuale da instaurare, conclusa positivamente e, d'altra parte, alla non definitività delle condotte accertate e verificatesi in una diversa gara. Di tal ché, secondo il primo Giudice, la Stazione appaltante aveva trascurato di considerare che la disposizione si riferisce a qualsiasi comportamento scorretto, anche non coperto da giudicato, capace di incidere sulla credibilità professionale dell'operatore e non solo alla violazione delle norme di esecuzione del contratto.

3. La decisione del Consiglio di Stato

Con la sentenza n. 722/2018, il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza di primo grado, ha statuito che nel vigore del D.Lgs. 163/2006 un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM non è tale da configurare un "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale" di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), richiamato.

La medesima questione era stata peraltro già oggetto della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704, pronunciata in una fattispecie del tutto identica nei confronti del medesimo destinatario del provvedimento sanzionatorio in questione.

Il Collegio, dunque, nel condividerne i contenuti e le statuizioni, ha richiamato l'incontrastato orientamento giurisprudenziale che circoscrive l'errore professionale di cui alla lettera f) dell'art. 38 cit. ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico, e che per contro esclude dal campo applicativo della norma i fatti, anche illeciti, occorsi nella

prodromica procedura di affidamento (da ultimo: Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; *Id.*, 15 giugno 2017, n. 2934).

La delimitazione della fattispecie in esame alle sole condotte commesse nella fase di esecuzione di contratti pubblici, secondo il Collegio, si giustifica sulla base di ragioni di **tipicità** e **tassatività della causa ostantiva**, e dunque per le correlate ragioni di certezza vantate dagli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche. Il Collegio, nell'ottica della continuità con i principi testé espressi, non ha mancato di richiamare (i) l'orientamento che in passato ha escluso che gli estremi del grave errore professionale possano essere ricavati da procedimenti penali nei confronti di esponenti dell'impresa concorrente, per i rischi di sovrapposizione tra la causa ostantiva di cui alla lettera f) dell'art. 38 cit. con quella autonoma prevista dalla lettera c) della medesima disposizione e dunque anche in questo caso in violazione del principio di tassatività della causa di esclusione (Cons. Stato, VI, 2 gennaio 2017, n. 1); (ii) e la giurisprudenza amministrativa secondo cui la finalità dell'ipotesi contemplata dalla lettera

f) è quella di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa nell'esercizio della sua attività professionale in vista della corretta esecuzione dell'appalto da affidare; (iii) la propria sentenza 17 aprile 2017, n. 3505,

che, nell'ottica del principio di determinatezza delle cause di esclusione, aveva escluso che il "grave errore professionale" previsto dall' art. 38, lett. f), cit. ricorra in caso di illecito anticoncorrenziale (sentenza 17 aprile 2017, n. 3505) "*come pure (la) L. n. 287 del 1990, con riguardo alle sanzioni pecuniarie irrogate dall'A.G.C.M., non prevede alcuna sanzione accessoria rilevante in termini di esclusione dalla gara*".

Diversamente opinando, secondo il Collegio, si

Esulano dal perimetro applicativo dell'art. 38, comma 1, lett. f, del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. i fatti illeciti commessi al di fuori dell'esecuzione di rapporti contrattuali, a qualsiasi titolo sanzionati dall'ordinamento.



estenderebbe il campo di applicazione della norma in esame ad ipotesi ad essa non riconducibili, la disposizione contemplando due ipotesi: l'una consistente nella "grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara" e, l'altra, nell'"errore grave nell'esercizio della loro attività professionale". Tali fattispecie hanno un nucleo comune, incentrato sullo svolgimento dell'attività di impresa sulla capacità tecnica e correttezza esecutiva manifestata dall'operatore economico nello svolgimento di quest'ultima.

Esulano quindi dal perimetro applicativo della norma i fatti illeciti commessi al di fuori dell'esecuzione di rapporti contrattuali, a qualsiasi titolo sanzionati dall'ordinamento. Tali ipotesi risultano infatti incompatibili sul piano letterale e logico con la nozione di "errore" impiegata nella lettera f), nel contesto di una disposizione che per altre cause ostative, relative a fatti lesivi di interessi generali e non circoscritti alla sfera imprenditoriale, impiega invece le espressioni "gravi infrazioni" (lett. e) o "violazioni gravi" (lett. "g" e "i"); o ancora "hanno violato il divieto" (lett. d). Né ad una diversa conclusione si perviene alla luce della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea 18 dicembre 2014, C-470/13.

Vero è che con questa pronuncia la CGUE ha stabilito che nell'ipotesi di "errore grave" commesso "nell'esercizio dell'attività professionale" previsto dall' art. 45, comma 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 "un'infrazione alle regole della concorrenza, in particolare qualora tale infrazione sia stata sanzionata con un'ammenda" (par. 35 della direttiva).

Ma è altrettanto vero che la pronuncia è stata resa in un giudizio sorto su un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto la compatibilità con il diritto Euro-unitario di previsioni legislative di uno Stato membro dell'Unione che attribuivano espresa rilevanza all'infrazione al diritto della concorrenza ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

La questione esaminata dalla Corte di giustizia verteva sulla possibilità di ricondurre alla nozione

utilizzata dall'art. 45, comma 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE la fattispecie prevista dalla legislazione ungherese in materia di contratti pubblici, la quale consente alle amministrazioni aggiudicatrici di impedire la partecipazione a procedure di affidamento agli operatori economici che hanno commesso "un'infrazione connessa alla propria attività economica e professionale, e constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato al massimo cinque anni prima".

Mentre nella fattispecie in commento questa "interposizione" legislativa interna difetta(va). Se infatti nel caso esaminato dal giudice Europeo si verteva su una causa ostativa incentrata sull'"infrazione connessa alla propria attività economica e professionale", espressamente prevista dalla legge nazionale, l'art. 38, lett. f), cit. si limita per contro a riprodurre la formulazione normativa della direttiva Europea, attraverso la nozione di "errore professionale", non ulteriormente specificata. La Corte di giustizia ha quindi ritenuto che l'illecito anticoncorrenziale, rientrando nella causa di esclusione prevista dal legislatore interno, sia a sua volta riconducibile alla fattispecie dell'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale prevista dalla direttiva.

Ciò nell'ambito di un giudizio di conformità del diritto interno rispetto allo strumento normativo sovranazionale finalizzato ad armonizzare le legislazioni degli Stati aderenti all'Unione Europea, condotto secondo il tipico approccio "funzionale" che contraddistingue il diritto di quest'ultima, ovvero incentrato sulla verifica della corretta attuazione sul piano interno delle finalità perseguite a livello Europeo.

Nel caso del previgente codice dei contratti pubblici manca invece il presupposto normativo "interno" e cioè l'opzione espressa del legislatore nazionale nel senso di declinare la nozione Europea nel senso di ricondurvi anche l'illecito antitrust.

A fronte di ciò l'indagine deve essere affidata ai comuni criteri interpretativi delle leggi, sanciti dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi).

A questo specifico riguardo, la differente formulazione della norma italiana rispetto a quella ungherese esaminata dalla Corte di giustizia ha carattere sostanziale: quest'ultima si riferisce a violazioni di legge commesse nell'ambito dell'attività di impresa ed a vantaggio di questa; la seconda, nel limitarsi ad impiegare il concetto di "grave errore professionale", deve invece ritenersi limitata ad inadempimenti di obblighi assunti dall'impresa stessa nei propri rapporti contrattuali. Quindi, le intese restrittive della concorrenza non possono essere ricondotte all'attività professionale dell'impresa, ma costituiscono fatti illeciti commessi appunto a vantaggio di quest'ultima, in violazione delle norme a tutela del fisiologico esplicarsi delle attività economiche.

Sulla base delle anzidette argomentazioni il Consiglio di Stato non ha ritenuto di dover investire della questione la Corte di Giustizia, affermando che non vi è dubbio sull'interpretazione della disciplina comunitaria, posto che:

(i) la norma interna è sostanzialmente riproduttiva di quella Europea. Entrambe si impernano in particolare sul concetto di grave errore commesso nell'esercizio dell'attività professionale, cosicché non si possono nutrire dubbi sulla corretta trasposizione interna del precetto comunitario;

(ii) diversamente dalle cause di esclusione previste nel comma 1 dell'art. 45 della direttiva, la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) è di carattere facoltativo: recita infatti il comma 2 dell'art. 45 in esame: "Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico". In questo caso la direttiva Europea attribuisce quindi un potere discrezionale allo Stato membro, che nel caso di specie l'Italia ha legittimamente ritenuto di esercitare in linea con la previsione normativa contenuta nella direttiva;

(iii) la richiesta di sollevare la questione pregiudiziale sottende in realtà il tentativo di ricevere dalla CGUE l'avallo ad un'interpretazione analogica, in malam partem, di una norma interna conforme a quella sovraordinata, di cui costituisce puntuale attuazione nell'ordinamento giuridico nazionale. Infatti, con essa non si prospetta un contrasto tra questo duplice livello normativo, ma si lamenta "sul piano assiologico e valoriale" l'inidoneità della legge nazionale a "colpire" le imprese in tesi

immeritevoli di aggiudicarsi contratti pubblici, della quale si prospetta quindi una lettura interpretativa di carattere additivo volta a colmarne le lacune;

(iv) non sussistono quindi i presupposti per sollevare la questione pregiudiziale, tanto in ragione della c.d. teoria dell'atto chiaro (CGUE 6 ottobre 1982, C-283/81; da ultimo: Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4732), quanto sulla base della funzione di "filtro" che le autorità giurisdizionali nazionali sono chiamate a svolgere rispetto a interpretativo di carattere soggettivo e che non esibiscano requisiti minimi di idoneità per devolvere la questione al giudice Europeo (Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2017, n. 5048; id., Sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667).

4. Riflessioni sulla portata della sentenza e sull'illecito antitrust nel nuovo Codice dei Contratti

La sentenza in commento è basata su una ricostruzione restrittiva della fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del previgente Codice; non essendovi spazio per una applicazione estensiva della norma il grave errore professionale va quindi inteso esclusivamente quale errore nella esecuzione di un contratto di appalto. La portata applicativa della norma è stata, infatti, chiaramente circoscritta ai soli inadempimenti e alle sole condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico. Ne consegue che gli illeciti anticoncorrenziali, non essendo riconducibili alla fase di esecuzione di un contratto pubblico, non possono essere ritenuti causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 38, lett. f) cit..

Diversamente opinando, si finirebbe per disattendere i principi di tipicità e tassatività delle cause di esclusione dalla gara, posti a tutela delle esigenze di certezza in ordine ai presupposti legittimanti la partecipazione del singolo operatore economico alle procedure di affidamento di commesse pubbliche.

Il che, tuttavia, non può che valere per il passato e per le fattispecie regolate dal Codice dei Contratti pubblici del 2006.

L'art. 80, comma 5, lett. c), del nuovo Codice di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016 fa rientrare tra i

gravi illeciti professionali, oltre alle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico tali da provocarne la risoluzione anticipata, altresì il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio o il fornire informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Tale norma ha ampliato, rispetto alla previgente disciplina contenuta nell'art. 38 D.lgs. n. 163/2006, il novero delle fattispecie riconducibili nell'ambito dell'illecito professionale estendendolo anche alle condotte che intervengono in fase di gara.

A tal proposito il TAR Lazio, Roma, Sez. I, con la sentenza del 31 gennaio 2018, n. 1119 ha osservato che la nuova disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice innova rispetto alla previgente disciplina, individuando una nozione di illecito professionale che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente (Cons. St., Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595), ma anche in fase di gara (parere della Commissione speciale del Cons. St., 3 novembre 2016, n. 2286; nello stesso senso anche Cons. St., Sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704). E infatti, la lettera dell'art. 80, comma 5, lett. c), non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, ma **disegna una fattispecie aperta contenente una elencazione avente chiara natura esemplificativa e non tassativa**, rimettendo alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalla norma primaria o dalle linee guida ANAC, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale.

Sul presupposto della natura meramente esemplificativa delle ipotesi suscettibili di integrare un grave illecito professionale, elencate nel citato comma, le Linee guida - nella versione di cui alla proposta di aggiornamento tutt'ora *in itinere* - individuano tra le situazioni idonee a porre in dubbio

l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico **i provvedimenti esecutivi** dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette e per illeciti antitrust **gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare**.

In presenza di tali provvedimenti, le Linee Guida prevedono che le stazioni appaltanti debbano valutare le condotte oggetto di accertamento ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, in quanto integranti situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico (par. 2.2.3).

Ai fini di tale valutazione, le Linee Guida prevedono alcuni criteri che la stazione appaltante dovrà seguire, disponendo che l'eventuale esclusione non costituisce una conseguenza automatica e deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore interessato (parr. 6.1 e ss.).

Tra gli elementi da valutare figurano anche eventuali misure di self-cleaning adottate dall'operatore, idonee a dimostrare la sua integrità o affidabilità nell'esecuzione dell'affidamento, nonostante l'esistenza di una causa ostativa (par. VII).

A tal proposito l'AGCM, al fine di contribuire nella creazione di «un contesto di maggiore certezza giuridica per le imprese che partecipano agli appalti pubblici», ha reso in data 13 febbraio 2018 un **Parere sull'aggiornamento delle Linee guida n. 6** con il quale ha preso atto con favore dell'inserimento degli illeciti anticoncorrenziali e delle pratiche commerciali scorrette tra gli illeciti professionali, in quanto una simile ipotesi - oltre che conforme alla normativa europea - appare idonea ad assicurare un adeguato effetto di deterrenza nella commissione di illeciti antitrust nell'ambito di gare pubbliche.

L'ACGM non ha mancato tuttavia di evidenziare che la scelta di attribuire rilevanza al provvedimento meramente "esecutivo" dell'Autorità - e non più ai "provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato" come recitava la precedente versione delle Linee

Guida – ai fini della valutazione in merito alla sussistenza di un grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), comporta alcune criticità.

Al riguardo, l'Antitrust ha segnalato il possibile contrasto di tale indicazione con l'art. 80, co. 10, del Codice dei contratti pubblici, che ha fissato la durata della causa di esclusione pari a tre anni decorrenti dalla data del suo "accertamento definitivo", da intendersi - come osservato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 2286/2016 - quale data non già del fatto ma del suo **accertamento giudiziale definitivo**.

Sicché, al fine di evitare una proliferazione del contenzioso e continui effetti sulle gare in corso derivanti dal possibile esito divergente dei giudizi, l'AGCM ha evidenziato che appare preferibile individuare la data dell'accertamento definitivo non in quella del provvedimento esecutivo dell'Autorità (che non è definitivo), ma in quello dell'intervenuta inoppugnabilità dell'accertamento da parte dell'Autorità (nell'ipotesi di provvedimenti non impugnati) o nella pronuncia definitiva del giudice amministrativo (in caso di impugnazione).

In questo modo, secondo l'AGCM, da un lato, si evita, che effetti rilevanti sulle gare in corso possano essere prodotti da provvedimenti ancora soggetti al controllo giurisdizionale e, sotto altro profilo, non si identifica l'accertamento definitivo con il giudicato formale, bensì con la conclusione del contenzioso davanti al giudice amministrativo munito di giurisdizione esclusiva in materia, allontanando il rischio che un utilizzo strumentale del ricorso per Cassazione possa posticipare l'effetto di un accertamento ormai confermato dal giudice del ricorso.

Tale conclusione appare inoltre coerente con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 18 dicembre 2014, causa C-470/13, §§ 34-37), che, nel confermare l'ascrivibilità dell'illecito anticoncorrenziale all'ipotesi escludente del grave errore professionale riconosce la compatibilità con gli artt. 49 e 56 TFUE di una normativa nazionale che esclude la partecipazione a una procedura di gara d'appalto

di un operatore economico che abbia commesso "un'infrazione al diritto della concorrenza, constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato, per la quale gli è stata inflitta un'ammenda" (causa C-470/13, cit., § 39). Nell'affermare tale principio, la Corte si riferisce anche al considerando 101 della direttiva 2014/24 (non ancora attuata all'epoca dei fatti di causa), che stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di escludere operatori economici, segnatamente per errori gravi nell'esercizio della propria attività professionale, come la violazione di regole in materia di concorrenza, perché un errore del genere può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico (§ 37).

Infine, l'AGCM, ha rilevato come non appaia in linea con quanto previsto nella norma primaria con riferimento agli illeciti professionali suscettibili di rilevare quale causa di esclusione dalla partecipazione agli appalti la scelta di ricomprendere in tale ambito anche i provvedimenti di condanna "per pratiche commerciali scorrette". Tale tipologia di violazione non appare configurare un illecito professionale riferibile alla contrattualistica pubblica, non inquadrandosi nell'ambito di un rapporto di consumo la condotta posta in essere nella fase di partecipazione dell'operatore economico alla gara.

L'AGCM, alla stregua delle considerazioni effettuate, ha suggerito all'ANAC di modificare le Linee Guida nel senso di conferire rilevanza ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara non ai provvedimenti meramente "esecutivi", ma a quelli **"divenuti inoppugnabili o definitivamente confermati dal giudice amministrativo"**.

Ebbene, tale indirizzo dell'AGCM, è stato prima ancora smentito da una recente pronuncia del TAR Lazio (n. 1119/2018, cit.) che a tal proposito ha condiviso la prospettazione secondo cui, anche alla luce delle particolari garanzie che assistono l'adozione del provvedimento antitrust (emanazione da parte di un'autorità in posizione di terzietà, rispetto delle garanzie partecipative e del principio del contraddittorio), appare sufficiente, al fine di imporre alla stazione appaltante un onere di valutazione in ordine all'incidenza dei fatti sulla

gara in corso di svolgimento, **la mera idoneità del provvedimento sanzionatorio a spiegare, in via anche solo temporanea, i suoi effetti, o perché non (o non ancora) gravato o perché, ove impugnato, non sospeso, senza che rilevi se la decisione giudiziale sia stata assunta in sede cautelare o di merito e, in quest'ultimo caso, se la sentenza sia passata o meno in giudicato.**

La pretesa definitività della sentenza offrirebbe agli operatori economici destinatari di sanzioni per comportamenti anticoncorrenziali una possibilità di elusione della disposizione in esame, attesa la necessaria delimitazione temporale della causa ostativa (nel senso della non necessità di un giudicato si è infatti espressa, modificando il suo precedente avviso, l'Anac nelle linee guida, n. 6, aggiornate con determina dell'11 ottobre 2017, ove, al punto 2.2.3.1, n. 1, menziona, tra le altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico che la stazione appaltante deve valutare, i provvedimenti "esecutivi" dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare).

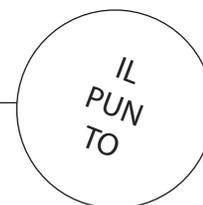
Sicché è stato riscontrato un difetto di motivazione laddove la stazione appaltante ha ancorato la mancata esclusione del raggruppamento di imprese alla non definitività dell'accertamento e alla non ascrivibilità della fattispecie ad una delle ipotesi tipiche previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c).

A parere di chi scrive sarebbe conforme allo spirito della direttiva ritenere rilevante ai fini dell'esclusione di cui si discute un provvedimento sanzionatorio definitivamente accertato, avuto riguardo alla natura ed alla finalità del procedimento sanzionatorio. Il che trova conferma anche nell'orientamento giurisprudenziale secondo cui *"... il procedimento amministrativo sanzionatorio viene, tuttavia, ormai per lo più ritenuto (anche a prescindere dalla sua inclusione nell'ambito della "materia penale" da parte della Corte EDU) un procedimento sui generis rispetto ai comuni procedimenti amministrativi, in quanto l'Amministrazione è chiamata non solo e non tanto a curare un interesse pubblico concreto, ma a punire, in nome dell'interesse generale all'osservanza delle leggi. Si ritiene, pertanto, che il procedimento sanzionatorio abbia una natura, almeno in parte, paragiurisdizionale, che richiederebbe un rafforzamento delle garanzie del contraddittorio, che dovrebbe, quindi, **essere destinato ad una finalità difensiva e non solo ad esigenze partecipative e di rappresentanza degli interessi in gioco**"* (Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2015, n. 1596).

In conclusione per le gare bandite sotto il vigore del nuovo Codice appalti, l'illecito antitrust è tale da integrare un motivo (non automatico) di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. per deficit di integrità e/o di affidabilità dell'operatore economico. L'ANAC chiarirà poi se la natura del procedimento sanzionatorio *de qua* è tale da conferire rilevanza (o meno) ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara ai provvedimenti meramente "esecutivi".

La suddivisione in lotti. La motivazione presente negli atti di gara in caso di non ricorso ai lotti. Esempi

di Beatrice Corradi



1. La scelta di suddividere in lotti

La scelta di accorpate in un lotto unico tutte le eterogenee attività in cui si articola l'appalto anziché di suddividerle in più lotti funzionali/prestazionali, è espressione del *favor* dell'ordinamento a quest'ultima soluzione, dettata dall'esigenza di assicurare la più ampia concorrenza e garantire la possibilità di partecipazione da parte delle piccole imprese, sia dell'autonomia funzionale ed organizzativa dello specifico servizio da affidare.

Il nuovo codice, come il precedente (art. 2, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006), privilegia la suddivisione in lotti allo scopo di ampliare la concorrenza, senza che, peraltro, tale scelta possa essere intesa come regressione del coesistente interesse pubblico alla scelta del miglior contraente, al fine di garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse finanziarie della collettività, interesse che - sebbene non più indicato in modo espresso come nell'art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006 - è ontologicamente presente nel sistema ed è comunque richiamato nel nuovo codice (cfr. T.A.R. Lazio, n. 9441/2016 cit.).

Il principio della suddivisione in lotti, pur risultando rafforzato nel testo dell'articolo 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, al fine di favorire l'accesso delle piccole imprese alle gare pubbliche, non è posto dalla norma in termini assoluti ed inderogabili.

La stessa disposizione fa salva la potestà discrezionale dell'Amministrazione di derogare motivatamente a tale regola generale (cfr., con riguardo al previgente art. 2, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669). Come si è precisato in giurisprudenza, trattasi di scelta discrezionale non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalle situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081).

La scelta di accorpate in un lotto unico tutte le eterogenee attività in cui si articola l'appalto anziché di suddividerle in più lotti funzionali/prestazionali, è espressione del favor dell'ordinamento a quest'ultima soluzione, dettata dall'esigenza di assicurare la più ampia concorrenza e garantire la possibilità di partecipazione da parte delle piccole imprese, sia dell'autonomia funzionale ed organizzativa dello specifico servizio da affidare.



Le disposizioni comunitarie pongono in evidenza la necessità di garantire la partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare pubbliche insieme al correlato strumento della suddivisione in lotti; tuttavia le norme si occupano anche della possibile

scelta della stazione appaltante di non procedere all'articolazione in lotti e, oltre a prevedere la necessità di una motivazione sul punto, si spinge anche a considerare le possibili ragioni giustificative di una tale opzione, evidenziando che *"tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto"*.

In termini di riduzione della spesa, viene in particolare in considerazione la disciplina di cui all'art. 9 del decreto-legge n. 66 del 2014, norma che, in relazione alla acquisizione

di servizi specificamente individuati da parte di soggetti nominativamente indicati e al superarsi di soglie anch'esse specificamente fissate, impone l'aggregazione, centralizzando gli acquisti.

Si tratta di regolamentazione che, pur non escludendo in radice la suddivisione in lotti, effettua una selezione delle tipologie di gare per le quali l'obiettivo di aggregazione in funzione del contenimento dei costi e dell'ottenimento di economie di scala appare oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore.

La gara può essere impostata in unico lotto per ottenere economie di mercato, a fronte di tipologie di prestazioni uguali per tutta la Regione, ad esempio, riservate ai soggetti aggregatori,

considerato l'assetto di mercato.

Tra gli interessi che possono essere valorizzati dalle stazioni appaltanti per non procedere alla suddivisione in lotti – come evidenza la direttiva - in misura tale da prevalere sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare anche alle imprese di piccole dimensioni, vi sono, dunque, anche quelli di assicurare una più efficace e coordinata fruizione

del complesso di attività in cui si articola l'appalto e di garantire la razionalizzazione e il contenimento della spesa pubblica attraverso una gestione globale del servizio.

I vantaggi organizzativi derivanti dalla scelta operata, anche nell'ottica di fornire una risposta pronta ed unitaria, devono apparire percepibili nella previsione, ad esempio, del capitolato d'appalto, nella dimostrazione

dell'erogazione e gestione integrata dell'attività.

In linea generale, si deve osservare come la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, costituisce dunque una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico.

In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai

La stessa disposizione fa salva la potestà discrezionale dell'Amministrazione di derogare motivatamente a tale regola generale (cfr., con riguardo al previgente art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669). Come si è precisato in giurisprudenza, trattasi di scelta discrezionale non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalle situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081).

principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

L'intero impianto dei lotti di una gara non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di "par condicio", di non-discriminazione e di trasparenza (cfr.: Consiglio di Stato sez. VI 12 settembre 2014 n. 4669; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331).

La più ampia partecipazione degli operatori economici dei vari settori di riferimento è comunque sempre salvaguardata dalla possibilità di utilizzare tutto lo strumentario proprio del diritto degli appalti (mediante ATI, avvalimento, etc.).

Sulla base del delineato quadro normativo il frazionamento dell'appalto in lotti è legittimo se sono rispettate alcune condizioni.

In primo luogo i lotti devono avere natura "funzionale".

Con riferimento a tale nozione, l'Autorità nazionale per l'anticorruzione, si era già pronunciata con la determinazione n. 5 del 9 giugno 2005, in materia di lavori pubblici, precisando, tra l'altro, che:

a) l'esecuzione di un'opera può essere frazionata solo se i lavori oggetto di ciascun appalto sono comunque immediatamente fruibili per gli scopi e le funzioni che l'opera deve assolvere; b) le stazioni appaltanti, in merito alla scelta di frazionare gli appalti, devono operare una corretta pianificazione degli interventi e certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto unicamente nei casi in cui le "parti" di un intervento, singolarmente considerate, evidenzino autonoma funzionalità e una propria utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva; c) le stazioni appaltanti, in merito alla scelta di accorpate in un'unica procedura ad

evidenza pubblica più appalti di lavori, devono fornire chiara e completa dimostrazione dei benefici derivanti da detta scelta, a confronto con le altre soluzioni industriali possibili, in un'ottica di efficienza, economicità e coerenza con gli obiettivi da raggiungere e nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima partecipazione alle gare.

Anche la prevalente giurisprudenza assume che il "lotto" identifica uno specifico oggetto dell'appalto la cui progettazione o realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti (Cons. St., sez. II, 7 novembre 2007, n. 2803).

Tra gli interessi che possono essere valorizzati dalle stazioni appaltanti per non procedere alla suddivisione in lotti – come evidenzia la direttiva - in misura tale da prevalere sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare anche alle imprese di piccole dimensioni, vi sono, dunque, anche quelli di assicurare una più efficace e coordinata fruizione del complesso di attività in cui si articola l'appalto e di garantire la razionalizzazione e il contenimento della spesa pubblica attraverso una gestione globale del servizio.



favorire l'efficienza e l'economicità dell'appalto, perché evita, qualora non fosse completata una frazione dell'appalto, uno spreco di risorse economiche e un danno per l'erario.

La suddivisione, come indicato dall' AG18 del 13 settembre 2012, dell'appalto in più parti deve garantire che ogni singola frazione abbia una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta.

È precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata.

L'articolazione dell'appalto in più parti deve garantire che ogni singola frazione abbia una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata.

La valorizzazione della natura funzionale del lotto ha il pregio di

La valorizzazione della natura funzionale del lotto ha il pregio di favorire: l'efficienza, l'economicità dell'appalto, "perché evita, qualora non fosse completata una frazione dell'appalto, uno spreco di risorse economiche e un danno per l'erario"(cfr. AG18 del 13 settembre 2012).

2. La gara unitaria e la motivazione del non affidamento

Il carattere non unitario della gara suddivisa in più lotti comporta che il bando di gara si configuri quale "atto ad oggetto plurimo", nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare e che gli atti di gara relativi al contenuto dei contratti da aggiudicare devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e devono essere tanti quanti sono i contratti da aggiudicare.

La diversità dei contratti che devono essere aggiudicati in ciascun lotto della gara, infatti, determina la necessità di redigere tanti capitolati quanti sono i lotti di gara, così da assicurare, per ciascun contratto, le diversità di fabbisogno che lo caratterizzano.

Nonostante la natura plurima della gara, così come il bando, anche la Commissione giudicatrice deve essere unica, in conformità con la *ratio* delle disposizioni che permettono l'accorpamento di più lotti.

L'indizione di una gara suddivisa, infatti, è

finalizzata anche a ridurre i costi che la stazione appaltante deve sostenere per l'affidamento di più contratti fra loro analoghi; sarebbe, dunque, illogico moltiplicare il numero delle Commissioni giudicatrici e, con queste, le spese necessarie al loro funzionamento.

Il divieto per il singolo concorrente di partecipazione plurima deve essere riferito al singolo lotto e non può valere per l'intera procedura, con la conseguenza che ciascun partecipante può concorrere all'aggiudicazione di tutti i lotti banditi o di solo alcuni di questi.

L'autonoma aggiudicabilità dei lotti si profila - in linea di principio - incompatibile con la configurazione di una gara di carattere unitario, per la semplice ragione che le procedure concorsuali, proprio a cagione di ciò, sono dirette alla conclusione di tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, è chiaro che non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario, come già indicato, non vi può essere unicità della

In linea generale, si deve osservare come la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, costituisce dunque una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto.

gara" (TAR Lazio Roma Sez. I Ter, 9.12.2010, n. 35960).

3. La centralizzazione delle procedure e l'aggregazione delle gare in maxi lotti

La centralizzazione delle procedure di gara (che garantisce di per sé un risparmio nei costi di gestione delle gare e una migliore qualità della *lex specialis*, con riduzione del contenzioso), va confusa con l'aggregazione delle gare in "maxilotti".

La suddivisione in lotti degli acquisti pubblici chiaramente facilita l'accesso delle piccole e medie imprese, sia quantitativamente (la dimensione dei lotti può meglio corrispondere alla capacità produttiva delle PMI) che qualitativamente (il contenuto dei lotti può corrispondere più da vicino al settore di specializzazione delle PMI).

Dividere i contratti in lotti e aprire la strada alla partecipazione delle PMI amplia la competizione. In questo contesto "le stazioni appaltanti devono rammentare che, benché siano autorizzate a limitare il numero di lotti per i quali possono competere le aziende, non debbono usare

questa possibilità in un modo che distorca ("impair") le condizioni per una giusta competizione. In aggiunta, rendere possibile partecipare ad una gara con un numero illimitato di lotti ha il vantaggio di non scoraggiare né i contraenti generali dal partecipare né la crescita delle imprese." (così la Raccomandazione della Commissione UE 25/6/2008, n. 2193, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici», richiamata anche dalla citata sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345).

L'aggregazione in "maxilotti" non determina un risparmio di spesa per la stazione appaltante, essendo invece vero il contrario,

posto che solo la presenza di più potenziali offerenti può indurre le imprese a formulare proposte più "competitive" in termini di sconti e di migliore qualità dei prodotti offerti.

L'intero impianto dei lotti di una gara non deve

dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di "par condicio", di non-discriminazione e di trasparenza di cui all'art. 2 co. 1 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. (cfr.: Consiglio di Stato sez. VI 12 settembre 2014 n. 4669; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331).

A corollario dell'effettività della regola generale, è quindi stata posta la previsione di un specifico

obbligo di motivazione delle ragioni circa la divisione dei lotti proprio perché il precetto è in funzione della tutela della concorrenza, ed a tale situazione deve essere equiparata la previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti

La diversità dei contratti che devono essere aggiudicati in ciascun lotto della gara, infatti, determina la necessità di redigere tanti capitolati quanti sono i lotti di gara, così da assicurare, per ciascun contratto, le diversità di fabbisogno che lo caratterizzano.



territorialmente incongrui.

Il meccanismo della centralizzazione degli acquisti deve condurre a forme di aggregazioni congruenti rispetto agli ambiti territoriali di riferimento, così da non risultare incompatibile col principio della partecipazione alle gare da parte di tutte le imprese interessate, ivi comprese le micro, piccole e le medie imprese, che "sono la spina dorsale dell'economia dell'UE, con grandi

L'indizione di una gara suddivisa, infatti, è finalizzata anche a ridurre i costi che la stazione appaltante deve sostenere per l'affidamento di più contratti fra loro analoghi; sarebbe, dunque, illogico moltiplicare il numero delle Commissioni giudicatrici e, con queste, le spese necessarie al loro funzionamento.



potenzialità in termini di creazione di posti di lavoro, di crescita e di innovazione"; pertanto "maggiore è il numero di lotti in cui è suddivisa una fornitura, maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla gara, in virtù di criteri di selezione (requisiti di partecipazione)

meno restrittivi ... infatti (a parità di valore complessivo della gara), a un maggior numero di lotti corrisponderà una minore dimensione media degli stessi, con conseguente diminuzione dei requisiti di fatturato e ampliamento della possibilità di partecipazione a imprese di minori dimensioni.")

(così si legge nel Quaderno Consip n. 2/2016).
Si evidenzia che l'esperienza storica di questi ultimi anni ha dato modo di constatare, sotto vari profili, che il ricorso ai maxi lotti per gli appalti di pulizie, ad esempio, si è rivelato un rimedio che ha comportato ribassi talvolta molto incidenti sui margini operativi delle imprese.

Sotto il profilo del buon andamento e dell'efficienza dei servizi prestati *"i grandi contratti hanno visto, nell'esperienza del recente passato, il ripetersi di situazioni incidenti e negativa mente sull'esecuzione in quanto la stessa complessità organizzativa delle prestazioni diffuse in un gran numero di immobili, comporta un naturale "allungamento della catena di comando" nella gestione dell'esecuzione dell'appalto. Non sono nemmeno mancati poi i casi nei quali l'affidatario del contratto era indotto a ripartire comunque le prestazioni tra un grande numero di subappaltatori (talvolta anche al di là dei limiti consentiti) con conseguenti gravi disservizi, proteste degli utenti e risoluzioni per grave negligenza nell'esecuzione"* (cfr. Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza n. 9328/2016).

Maggiore è il numero di lotti in cui è suddivisa una fornitura, maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla gara, in virtù di criteri di selezione (requisiti di partecipazione) meno restrittivi. Infatti (a parità di valore complessivo della gara), a un maggior numero di lotti corrisponderà una minore dimensione media degli stessi, con conseguente diminuzione dei requisiti di fatturato e ampliamento

della possibilità di partecipazione a imprese di minori dimensioni.

4. La motivazione della non suddivisione. Esempio

La scelta della suddivisione in lotti dell'appalto potrebbe non garantire una autonomia funzionale. La scelta di affidare i servizi ad un unico operatore economico potrebbe essere compiuta dalla stazione appaltante per assicurare la necessaria omogeneità ed efficacia nell'acquisizione dei servizi. Altro aspetto qualificante la scelta di non suddividere in lotti l'affidamento de quo, potrebbe essere ricondotto alla probabile antieconomicità del "frazionamento" di servizi identici e funzionali ad un unico scopo.

La scelta di non suddividere in lotti nasce dalle valutazioni, caso per caso, del mercato di riferimento.

Le argomentazioni rilevate dalla stazione appaltante a fondamento della decisione di non suddividere l'appalto in lotti devono apparire ragionevoli e condivisibili in quanto un frazionamento dell'appalto non offrirebbe adeguate

garanzie di funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto in vista degli obiettivi perseguiti.

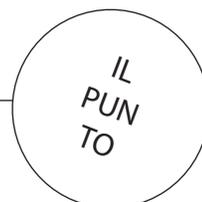
La natura funzionale del lotto è la condizione principale di legittimità del frazionamento, unitamente ad altre due condizioni, quali la "possibilità tecnica" e la "convenienza economica".

L'aggregazione in "maxilotti" non determina un risparmio di spesa per la stazione appaltante, essendo invece vero il contrario, posto che solo la presenza di più potenziali offerenti può indurre le imprese a formulare proposte più "competitive" in termini di sconti e di migliore qualità dei prodotti offerti.

Le argomentazioni rilevate dalla stazione appaltante a fondamento della decisione di non suddividere l'appalto in lotti devono apparire ragionevoli e condivisibili in quanto un frazionamento dell'appalto non offrirebbe adeguate garanzie di funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto in vista degli obiettivi perseguiti.

Le Linee Guida ANAC per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che **operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house**

di Emilia Giulia di Fava



1. Le ragioni dell'intervento ANAC sulla regolazione dell'*in house providing*

La disciplina degli affidamenti diretti - *in house* ha ricevuto recentemente un ulteriore assetto regolatorio: sono infatti state varate definitivamente da ANAC le Linee Guida n. 7, di attuazione del d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50, recanti "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016": tale provvedimento è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità - con aggiornamenti - mediante deliberazione n. 951 del 20 Settembre 2017, pubblicata sulla G.U. n. 236 del 9 Ottobre 2017.

L'esigenza di tale intervento è nata a seguito della nuova regolazione dell'affidamento *in house*, avvenuta con l'emanazione del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50 e con il T.U sulle Società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. 19 Agosto 2016, n. 175, provvedimenti che hanno ricevuto poi modifiche ed integrazioni nel corso del 2017 con i rispettivi

Decreti Correttivi di cui al d.lgs.19 Aprile 2017, n.56 e d.lgs. 16 Giugno 2017, n. 100.

La figura dell'affidamento *in house* ha così ricevuto una disciplina puntuale, che partendo dalla definizione comunitaria è stata poi declinata dalla disciplina interna con elementi specifici e con una scelta di fondo: l'attribuzione all'Autorità Nazionale Anticorruzione di un ruolo cardine di controllo sulla realizzazione del modello.

Dunque si è di fatto passati dalla posizione restrittiva - che consentiva il ricorso all'*in house providing* solo a fronte di situazioni eccezionali e straordinarie e previa autorizzazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con finalità di marginalizzazione - a posizioni più allineate alla visione comunitaria, che considera l'*in house* una forma alternativa di

La figura dell'affidamento in house ha ricevuto una nuova disciplina puntuale, con una scelta di fondo: l'attribuzione all'Autorità Nazionale Anticorruzione di un ruolo cardine di controllo sulla realizzazione del modello.



affidamento accanto alle procedure concorsuali, attivabile a fronte di specifici requisiti.

Già con la previsione generale di cui al vigente art. 34 del D.L. 18 Ottobre 2012, n.179 - convertito con modificazioni dalla L. 17 Dicembre 2012, n. 221- per i servizi pubblici locali di rilevanza

economica si è previsto di esplicitare nell'ambito di apposita relazione – pubblicata sul sito internet dell'Ente affidante - la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per il modello gestionale prescelto.

Con le successive e ulteriori disposizioni del Codice e del T.U. sono stati poi dettagliatamente definiti i requisiti dell'*in house providing*: la scelta operata è dunque quella del riconoscimento del modello come forma alternativa di affidamento, di precisazione dei parametri che rendono ammissibile la fattispecie e di attribuzione della verifica della sussistenza di tali requisiti in capo ad ANAC, per evitare fenomeni elusivi.

In particolare, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 ha disciplinato nello specifico la figura dell'*in house* agli artt. 5 e 192.

All'art. 5 del nuovo Codice sono sostanzialmente stati ripresi e aggiornati i requisiti "Teckal" per *in house providing* definendo le condizioni di ammissibilità dell'affidamento diretto, per cui si è stabilito che una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del Codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone

giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Sempre al medesimo art. 5, con i commi 2, 3, 4 e 5 il nuovo Codice procede a fornire la definizione di controllo analogo diretto – esteso anche alle forme di controllo indiretto o a cascata, invertito e orizzontale - e di controllo congiunto, che si realizza quando più amministrazioni o enti aggiudicatori esercitano congiuntamente il controllo analogo su una persona giuridica, a fronte di specifiche condizioni

(essenzialmente: partecipazione agli organi, esercizio di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative, convergenza di interessi).

L'affidamento *in house* è stato regolato anche nell'ambito del T.U. sulle Società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs.

175/2016 s.m.i, con previsioni simili - anche se non del tutto coincidenti – con il modello delineato dal Codice.

I requisiti base restano gli stessi, ma vi sono alcuni disallineamenti tra le due discipline:

- per quanto riguarda la possibile presenza di soggetto privato nel capitale dell'organismo partecipato – sempre in posizione non incisiva - il Codice specifica all'art. 5, c.1 lett. c) che deve essere "prevista" dalla legge, mentre il T.U. dispone che deve essere "prescritta", termine che sottolinea un aspetto più cogente;
- per quanto attiene al controllo analogo, il T.U. non

L'elenco istituito presso ANAC ha finalità di pubblicità e di trasparenza: di fatto l'operazione di censimento è finalizzata all'emersione del fenomeno dell'in house providing, ancora una volta considerato un regime speciale da tenere strettamente sotto osservazione per evitare fenomeni elusivi.



declina tutte le ipotesi dettagliate dal Codice come controllo invertito e orizzontale, limitandosi a fare riferimento alla sola forma di controllo diretto e indiretto, mentre per il controllo congiunto il T.U. rinvia alle disposizioni e ai requisiti stabiliti dal Codice;

- sul punto della prevalenza dell'attività, il T.U. prevede forme di sanatoria, non indicate dal Codice.

Le discipline del Codice e del T.U. non sono perfettamente sovrapponibili, ma va tenuto presente che l'art. 16 del T.U. al c.7, secondo periodo, prevede una norma di coordinamento disponendo che *".. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016"*: il collegamento e l'omogeneizzazione della regolazione è stata resa possibile dal Decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 100/2017, che con l'art.10, c.1 lett. d) ha integrato la precedente versione dell'art. 16, c.7 T.U., inserendo anche il richiamo all'art. 5 del Codice.

Dunque l'evoluzione del quadro normativo in materia di affidamento diretto c'è stata, e ha ricevuto con le Linee guida ANAC n. 7/2017 un'ulteriore specificazione.

Una volta stabiliti i requisiti per derogare alla regola generale dell'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica, il nuovo Codice all'art.192 ha poi introdotto un regime speciale per gli affidamenti *in house*: è stata prevista presso l'ANAC l'istituzione di un Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 5 del Codice, con finalità di pubblicità e di trasparenza: di fatto l'operazione è dichiaratamente finalizzata all'emersione del fenomeno dell'*in house providing*, ancora una volta considerato un regime speciale da tenere strettamente sotto osservazione per

evitare fenomeni elusivi del principio generale di concorsualità nell'affidamento di contratti pubblici. L'iscrizione nell'Elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti indicati all'art. 5 del Codice per poter procedere all'affidamento *in house*, secondo le modalità e i criteri definiti dall'Autorità stessa con proprio atto.

Naturalmente non rientra tra i poteri di ANAC l'introduzione di nuove disposizioni e di nuovi requisiti per la definizione dell'*in house*, ma attraverso la descrizione di dettaglio di ciò che i richiedenti l'iscrizione hanno l'onere di dimostrare per rientrare nell'Elenco, emerge indirettamente una più precisa configurazione del modello di affidamento diretto possibile.

2. Le prescrizioni delle Linee guida n. 7/2017

In attuazione di quanto disposto dall'art. 192 del Codice, ANAC è quindi intervenuta in un primo momento con l'emanazione della Deliberazione 15 Febbraio 2017, n.235, successivamente modificata ed integrata con la Deliberazione 20 Settembre 2017, n.951 relativa all'approvazione delle Linee

Guida n. 7/2017: ANAC ha in questo modo proceduto a regolare le modalità operative per la definizione dell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

Devono essere dettagliatamente indicati e descritti tutti i requisiti relativi al modello *in house*, così come prescritti dal Codice o dal T.U sulle Società a partecipazione pubblica, perché saranno oggetto di verifica di appropriatezza da parte di ANAC.



Va sottolineata in particolare la rilevanza della proposizione della domanda di iscrizione: ai sensi di quanto disposto dallo stesso art.192 del Codice è proprio tramite la domanda di iscrizione che le amministrazioni e gli enti aggiudicatori sono abilitati - sotto la propria responsabilità - ad effettuare affidamenti diretti di contratti all'ente strumentale.

Le Linee Guida n. 7/2017 evidenziano prima di

tutto quali devono essere i contenuti dell'Elenco: dunque si prevede una sorta di anagrafe che fotografa le caratteristiche delle tipologie di soggetti potenzialmente coinvolti:

- l'Amministrazione aggiudicatrice o Ente aggiudicatore affidanti
- l'Organismo in house nei cui confronti si vogliono operare affidamenti diretti
- le Amministrazioni aggiudicatrici o Enti aggiudicatori che in presenza dei presupposti previsti dall'art. 5 del Codice (o dagli artt. 4 e 16 del T.U. sulle Società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. 175/2016) hanno manifestato l'intenzione di operare affidamenti diretti all'organismo in house controllato dal soggetto iscritto nell'Elenco, in forza di un controllo orizzontale, invertito o a cascata.

In particolare, per quanto riguarda l'Organismo *in house* devono essere dettagliatamente indicati e descritti tutti i requisiti relativi al modello – sia per quanto riguarda l'entità della partecipazione pubblica ed eventualmente privata, le modalità di esercizio del controllo analogo e la prevalenza dell'attività (quest'ultima specificata tramite indicazione della apposita clausola statutaria) - così come prescritti dal Codice o dal T.U. sulle Società a partecipazione pubblica, perché saranno oggetto di verifica di appropriatezza da parte di ANAC.

I soggetti legittimati a richiedere l'iscrizione nell'Elenco sono dunque le Amministrazioni aggiudicatrici e gli Enti aggiudicatori che intendono operare con affidamenti *in house*, nonché gli Enti di governo degli ambiti ottimali per quanto attiene ai servizi pubblici locali a rete: ad essi spetta sostanzialmente l'onere della prova per quanto attiene alla conformità del modello alle condizioni poste dalla nuova regolazione di riferimento.

Il meccanismo delineato dalle Linee Guida n.7/2017 prevede un iter sostanzialmente strutturato nelle fasi di:

- presentazione della Domanda
- avvio del procedimento

- verifica dei requisiti
- accertamento positivo, cui fa seguito l'iscrizione nell'Elenco
- accertamento di carenza dei requisiti, cui fa seguito una fase di contraddittorio che potrà concludersi con un superamento positivo ed iscrizione all'Elenco, oppure con un accertamento negativo e conseguente provvedimento che nega l'iscrizione all'Elenco.

Va peraltro sottolineato che – come già sopra evidenziato e come precisato dal punto 5.3 delle Linee Guida – la mera presentazione della domanda di iscrizione consente già alle Amministrazioni aggiudicatrici e agli Enti aggiudicatori di effettuare sotto la propria responsabilità gli affidamenti *in house* ex art. 5, c.1 del Codice.

In caso di accertamento negativo finale (post-contraddittorio), ex art.5.7 delle Linee guida scatta il divieto di operare mediante affidamenti diretti nei confronti dell'organismo *in house* oggetto di verifica.

Ciò naturalmente vale per gli affidamenti ancora da effettuare: per quanto attiene agli eventuali affidamenti diretti di appalti e concessioni pregressi, viene specificato che l'ANAC potrà avvalersi dei poteri di cui all'art. 211 commi 1-bis e 1-ter del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 s.m.i: ANAC potrà quindi agire in giudizio per l'impugnazione dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici.

ANAC, se ritiene dunque che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice potrà emettere (entro sessanta giorni dalla notizia della violazione) un parere motivato, specificando i vizi di legittimità riscontrati.

Tale parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'Autorità potrà presentare ricorso, entro i successivi

trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo.

3. Ambito del controllo esercitato da ANAC per la verifica dei requisiti necessari per l'affidamento *in house*

La questione centrale della nuova regolazione dell'affidamento *in house* risulta dunque essere la verifica della sussistenza dei requisiti indicati dall'art.5 del Codice dei contratti pubblici e dagli artt. 4 e 16 del T.U. sulle Società a partecipazione pubblica, affidata ad ANAC.

In considerazione di questa scelta, i punti cardine oggetto di verifica da parte di ANAC saranno pertanto:

- la sussistenza di un oggetto sociale esclusivo compatibile con le previsioni dell'art 4 del T.U. di cui al d.lgs.175/2016
- l'esercizio del controllo analogo in modo rafforzato e coerente con la nuova disciplina
- l'assenza di partecipazione di capitali privati nell'organismo partecipato (salvo le eccezioni di legge)
- la presenza di una previsione statutaria che disponga che oltre l'80% del fatturato derivi dallo svolgimento di compiti affidati dai soci, con produzione ulteriore legata ad economie di scala o altri recuperi di efficienza.

Tutti questi ambiti saranno oggetto delle analisi dell'Autorità: in particolare le Linee Guida n. 7/2017 descrivono un *focus* particolarmente rafforzato per quanto riguarda l'esame del controllo analogo.

Partendo dal presupposto che il controllo analogo debba avere caratteristiche più pregnanti rispetto

ai controlli tipici del diritto societario, le Linee Guida individuano tre macro-aree di controllo, suddivise per fasi temporali: controllo *ex ante*, contestuale ed *ex post*.

Per quanto riguarda il controllo *ex ante*, le verifiche dell'Autorità riguarderanno, ad esempio, la previsione nel documento di programmazione degli obiettivi da perseguire con l'*in house providing*, nonché la preventiva approvazione dei documenti di programmazione, delle deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria e degli atti fondamentali della gestione (relazione programmatica, piano degli investimenti, piano di sviluppo, piano industriale, piano

economico-finanziario, piano occupazionale, nonché acquisti, alienazioni patrimoniali ed impegni di spesa di importi superiori ad un determinato limite).

In ordine al controllo contestuale, le esemplificazioni indicate da ANAC riguardano i possibili interventi sulla gestione corrente dell'organismo affidatario, da realizzare, ad esempio, mediante richiesta di relazioni periodiche sull'andamento della gestione, verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazione delle azioni correttive in caso di scostamento o squilibrio finanziario, previsione della possibilità di fornire indirizzi vincolanti sulle modalità di gestione economica e finanziaria dell'organismo *in house*, previsione di controlli ispettivi e potere di modifica degli schemi-tipo degli eventuali contratti di servizio con l'utenza.

Il requisito del controllo *ex post* viene considerato assolto quando si dimostri un effettivo controllo esercitabile in fase di approvazione del rendiconto, dando atto dei risultati raggiunti dall'organismo *in house* e del conseguimento degli obiettivi prefissati,

Le Linee Guida n. 7/2017 descrivono un focus particolarmente rafforzato per quanto riguarda l'esame del controllo analogo: partendo dal presupposto che il controllo analogo debba avere caratteristiche più pregnanti rispetto ai controlli tipici del diritto societario, vengono individuate tre macro-aree di controllo, suddivise per fasi temporali: controllo *ex ante*, contestuale ed *ex post*.



ma anche fornendo indicazioni di indirizzo sugli obiettivi per la programmazione successiva.

Le linee Guida prevedono poi ulteriori modalità di verifica per quelle che sono le forme più articolate dell'affidamento *in house*, ovvero per i casi di *in house* a cascata (dove l'Autorità verificherà la sussistenza del controllo analogo in ogni rapporto coinvolto), per i casi di *in house* invertito (in questo caso l'esame è il medesimo previsto per le forme dirette) e per i casi di *in house* orizzontale (anche in questo caso le verifiche dell'Autorità riguarderanno ogni rapporto coinvolto).

In conclusione, si può affermare che le Linee Guida hanno definito una griglia di condizioni che inevitabilmente diventano un paradigma di riferimento per la corretta costruzione del nuovo modello *in house*.

Dato che per operare tramite affidamenti diretti le Amministrazioni aggiudicatrici e gli Enti aggiudicatori devono sottoporre ad ANAC il modello *in house providing* con cui intendono operare perché venga avallato, è evidente che nella costruzione degli atti di regolazione si dovrà tenere debito conto delle indicazioni di dettaglio fornite dalle Linee guida.

La configurazione del modello *in house* secondo i criteri che emergono dal nuovo quadro regolatorio diventa indispensabile per poter operare correttamente nell'affidamento di contratti o servizi pubblici al di fuori di un contesto di confronto concorrenziale.

Ciò significa anche che risulta opportuno procedere al *restyling* anche delle forme di affidamento in essere, qualora non siano coerenti con il nuovo modello *in house*.

Se da una parte è vero che l'art. 192 del Codice e le Linee guida n. 7/2017 si rivolgono alle Amministrazioni aggiudicatrici e agli Enti aggiudicatori che intendono operare *in house* nei mesi successivi alla domanda, e dunque che le disposizioni sono prioritariamente rivolte ai nuovi affidamenti, è vero anche che il coinvolgimento dell'Autorità sussiste per le variazioni sostanziali degli affidamenti *in house* esistenti.

Le Linee Guida hanno definito una griglia di condizioni che inevitabilmente diventano un paradigma di riferimento per la corretta costruzione del nuovo modello in house: ciò significa anche che risulta opportuno procedere al restyling delle forme di affidamento in essere non coerenti.



Inoltre va sempre considerata la *ratio* delle nuove disposizioni: il T.U. sulle Società a partecipazione pubblica ha prescritto esplicitamente all'art. 26 l'adeguamento degli statuti delle società a controllo pubblico già costituite alle disposizioni del decreto e ciò indirettamente influisce anche su eventuali Patti parasociali o regolamenti

preesistenti relativi all'esercizio dell' *in house*.

Va poi tenuto conto dei poteri generali attribuiti ad ANAC dall'art. 211, commi 1-bis e 1-ter del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 s.m.i., che consentono di accendere riflettori anche sulle realtà in essere e sui rapporti di affidamento consolidati nel tempo per le ipotesi di violazione delle norme in materia di contratti pubblici.

La nuova regolazione dell'*in house* – di cui le Linee Guida ANAC n. 7/2017 costituiscono un'ulteriore specificazione – devono essere considerate dunque come l'occasione per portare a razionalizzazione un sistema che – gestito nella trasparenza e al di fuori di fenomeni elusivi – può a tutto diritto costituire una scelta gestionale efficace per la Pubblica Amministrazione.

Avvalimento “di garanzia” e avvalimento “operativo”: interviene ancora il Consiglio di Stato (sentenza Sez. V, n. 953/2018)

di Riccardo Gai

IL
PUN
TO

1. Avvalimento: principi generali e problematiche applicative

L'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria, è finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi, di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Il principio generale che caratterizza l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche, nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e richiesti dal relativo bando, ha facoltà di avvalersi delle capacità e dei mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento.

L'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria, è finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi, di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese

Esso risulta attualmente disciplinato dall'art. 83 del D.Lgs. 50/2016, a norma del quale l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con

esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti.

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto sono stati sostanzialmente confermati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni

e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali').

L'obiettivo è l'apertura degli appalti pubblici alla

concorrenza nella misura più ampia possibile: esso è perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici (per facilitare tra l'altro l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici), ma allo stesso tempo delle Stazioni appaltanti, consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in grado di esprimere tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'avvalimento può essere pacificamente utilizzato per tutti i requisiti cd. speciali di partecipazione, che fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico sotto il profilo dell'attività e dell'organizzazione (requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa). Viceversa è precluso per i requisiti generali (o soggettivi), i quali sono intrinsecamente legati alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, e non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione (l'art. 49 del previgente Codice prevedeva già che sia l'impresa ausiliaria che quella ausiliata ne fossero provviste direttamente – Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2015, n. 2191; sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486; ANAC deliberazione n. 2/2012).

Dal punto di vista applicativo, la problematica maggiormente dibattuta in seno alla giurisprudenza amministrativa investe la dimostrazione del possesso dei mezzi, e dell'effettività e serietà della messa a disposizione. È onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato

organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (cfr. *ex multis* Cons. di Stato, sez. V – 30/11/2015 n. 5396), e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294).

È stato più volte rilevato che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.

L'avvalimento può essere pacificamente utilizzato per tutti i requisiti cd. speciali di partecipazione, che fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico sotto il profilo dell'attività e dell'organizzazione (requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).



In altri termini, ad avviso della consolidata giurisprudenza, è insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V – 22/1/2015 n. 257): è stata infatti ritenuta legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che l'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di contratto, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (cfr.,

ex multis, Consiglio di Stato, sez. V- 19/5/2015 n. 2547).

2. Avvalimento "operativo" e "di garanzia" nella giurisprudenza amministrativa

La giurisprudenza, pertanto, ha finito per elaborare una distinzione ontologica tra avvalimento c.d. operativo avvalimento c.d. di garanzia, a seconda che il bando di gara richieda un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria, precisando che, nel secondo caso, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale (Consiglio di Stato, sez. V - 15/3/2016).

In particolare, i Giudici del Consiglio di Stato muovono dal principio ormai acquisito per cui il contratto di avvalimento ha natura atipica e che la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'ausiliario da parte dell'ausiliato comporta la necessità che il contratto si sostanzi in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito. Questo principio vale specialmente per i servizi e le forniture, dove - in assenza di un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio come accade per i lavori - i requisiti richiesti vengono fissati di volta in volta dal bando di gara.

Per stabilire il grado di specificità necessario per il relativo contratto bisogna aver riguardo a come, in concreto, il requisito si pone nell'ambito della *lex specialis*, giacché la prescrizione del possesso di un requisito di carattere solo finanziario (nella specie: il fatturato globale) di norma non impone alle imprese altro obbligo negoziale se non l'impegno

dell'impresa ausiliaria di rispondere del possesso del requisito e nei limiti in cui esso assume rilievo nel contesto della gara di volta in volta considerata. Da ciò discende che la prestazione del requisito in favore dell'ausiliata non implica, almeno non sempre e non necessariamente, il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione di quella ausiliaria, e, pertanto, nemmeno correlativamente sussiste la necessità di dedurre tali specifici aspetti nel contratto.

Di ciò si trae conferma dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato la quale ha confermato che, nelle gare pubbliche, allorché un'impresa intenda

avvalersi, mediante stipula di un contratto di avvalimento, dei requisiti finanziari di un'altra (cd. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le sue complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e

consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando.

Ne consegue che, in tal caso, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed

La giurisprudenza ha elaborato una distinzione ontologica tra avvalimento c.d. operativo avvalimento c.d. di garanzia, a seconda che il bando di gara richieda un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria, precisando che, nel secondo caso, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale



il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità (Cons. di Stato, Sez. V – 22/12/2016 n. 5423).

A corollario degli orientamenti anzidetti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto che il contratto di avvalimento non dovesse essere necessariamente "determinato", ma ha ritenuto fosse sufficiente la sua determinabilità secondo gli ordinari canoni ermeneutici del diritto civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.), enunciando il seguente principio di diritto: «L'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile. In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione'» (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 4 novembre 2016, n. 23).

L'Adunanza Plenaria ha, tra l'altro, affermato come non vi fosse ragione per esaminare lo specifico quesito articolato dal Giudice rimettente (relativo alla possibilità di invocare il beneficio del c.d. "soccorso istruttorio" a fronte di incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto il profilo civilistico portano ad affermare la nullità del contratto) poiché nella specie non era neppure ravvisabile un'ipotesi di nullità del contratto di avvalimento.

Nella medesima sentenza dell'Adunanza Plenaria,

vi è inoltre un riferimento chiaro e dirimente – per quanto ci interessa – alla disciplina del d.lgs. n. 50/2016, per cui «l'articolo 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 [...] non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto". Anche in questo caso non ne risulta suffragata la più rigida lettura proposta in sede di ordinanza di rimessione, secondo cui la mera determinabilità (e non già la diretta determinatezza) dell'oggetto del contratto di avvalimento ne determinerebbe per ciò stesso la radicale invalidità».

Del resto, anche prima che sulla questione della determinabilità del contratto di avvalimento si esprimesse l'Adunanza Plenaria, già il Consiglio di Stato aveva assunto una posizione netta in merito, ritenendo che la dimostrazione dei requisiti speciali di partecipazione tramite avvalimento dovesse essere resa «tenendo conto dell'ampio ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento, in modo da approcciarsi alla questione della determinabilità del contratto ex art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire in modo irragionevole la disciplina sostanziale della gara» (Cons. Stato, Sez. V, sentenza 22 ottobre 2015, n. 4860).

3. L'intervento dell'ANAC

Il 13 giugno 2017 l'ANAC ha pubblicato sul proprio sito la Proposta al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento. Il documento è stato predisposto con la finalità di scongiurare che l'avvalimento si riduca ad un prestito soltanto formale di requisiti, non supportato dall'effettiva messa a disposizione di risorse umane e strumentali idonee a garantire la capacità esecutiva dell'impresa ausiliata. In tale direzione vanno le previsioni che impongono l'esatta e dettagliata individuazione dei requisiti

oggetto di avvalimento, richiedono un contenuto minimo del contratto e attribuiscono valenza, ai fini del conseguimento del rating di impresa, all'esito negativo dei controlli ex art. 89, comma 9, del codice.

L'avvalimento ha ad oggetto i requisiti di capacità economica, professionale, tecnica e finanziaria di cui all'art. 83, comma 1, del codice e al decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 83, comma 2, riferiti ad altri operatori economici.

La possibilità, per l'impresa ausiliata, di avvalersi dei requisiti di altri soggetti è subordinata all'effettiva messa a disposizione, in suo favore, delle corrispondenti risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria per tutto il tempo necessario all'esecuzione del contratto.

Le risorse oggetto dell'avvalimento sono determinate o

determinabili e dettagliatamente individuate nel contratto di avvalimento. Qualora l'avvalimento abbia ad oggetto requisiti immateriali e non sia possibile una precisa individuazione e/o delimitazione dei mezzi e delle risorse a questi correlati, il contratto di avvalimento deve prevedere l'effettiva messa a disposizione, anche non esclusiva, del complesso organizzato di beni e risorse costituenti l'organizzazione aziendale globalmente considerata o un suo ramo inteso come unità organizzativa funzionalmente autonoma.

L'impresa ausiliaria può continuare ad utilizzare il complesso della sua organizzazione aziendale, purché l'esecutore abbia in qualunque momento la possibilità di acquisire la disponibilità materiale di qualsiasi risorsa di cui abbia necessità per l'esecuzione del contratto. Tale condizione deve risultare espressamente dal contratto di avvalimento.

Nel caso di assoluta impossibilità di separare le risorse e i mezzi prestatati dal complesso aziendale dell'impresa ausiliaria oppure qualora l'impossibilità di utilizzazione degli stessi comporti un sacrificio insostenibile per l'impresa ausiliaria stessa, quest'ultima potrà servirsi dei mezzi e delle risorse prestate anche per le proprie attività, purché le necessità dell'esecutore abbiano comunque la priorità e quest'ultimo possa, in qualunque momento, acquisire la disponibilità materiale dei mezzi e delle risorse oggetto del contratto. Tale condizione deve risultare espressamente dal contratto di avvalimento.

Ad avviso dell'ANAC, nel caso in cui l'avvalimento abbia ad oggetto risorse materiali, i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria devono essere destinati esclusivamente all'esecuzione dell'appalto per il tempo necessario, con l'impossibilità, per l'impresa ausiliaria, di utilizzarli nella propria attività aziendale

Tale specificazione operata dall'ANAC riveste una portata indubbiamente innovativa rispetto anche agli orientamenti giurisprudenziali più sopra analizzati, dal momento che mai nessuno, prima d'ora, si era spinto sino ad affermare che - in caso di avvalimento operativo - le risorse materiali, i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria dovessero essere

destinati esclusivamente all'esecuzione dell'appalto per il tempo necessario, con l'impossibilità, per l'impresa ausiliaria, di utilizzarli nella propria attività aziendale.

Ciò risulterebbe, in effetti, oltremodo gravoso per l'impresa ausiliaria, giacché dovrebbe di fatto privarsi delle proprie risorse tecniche per metterle in via esclusiva a disposizione dell'ausiliata, ed a prescindere che tali risorse siano effettivamente necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

4. La portata dirimente della Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 953/2018

La sentenza in commento è riuscita indubbiamente nell'intento di armonizzare le discordanze tra la giurisprudenza più recente, aperta ad una certa

flessibilità interpretativa, e la posizione invero più intransigente assunta dall'ANAC.

Sintetizzando l'orientamento giurisprudenziale prevalente, il Consiglio di Stato ravvisa una vera e propria dicotomia tra "avvalimento di garanzia" ed "avvalimento operativo". A differenza di quest'ultimo, l'avvalimento di garanzia non comporterebbe la materiale messa a disposizione di mezzi e risorse da parte dell'impresa ausiliaria, ma si risolverebbe appunto in una garanzia aggiuntiva prestata dall'impresa ausiliaria all'ente appaltante in merito alla corretta esecuzione delle prestazioni da parte dell'impresa principale.

Di conseguenza, anche l'oggetto del relativo contratto potrebbe avere un minore grado di determinatezza, non essendo quindi necessario che specifici in maniera puntuale i mezzi e le risorse messi a disposizione. Ciò in quanto il fine ultimo dell'avvalimento non sarebbe quello di supportare l'impresa principale nella materiale esecuzione delle prestazioni, quanto piuttosto quello di offrire un'adeguata garanzia in merito alla responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'ente appaltante.

L'avvalimento di garanzia ricorre dunque nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento. È tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico – finanziario e, in particolare, per quanto d'interesse nel presente giudizio, il fatturato globale o specifico.

L'avvalimento operativo ricorre invece quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto. È tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico – professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria.

Riguardo all'avvalimento di garanzia, la giurisprudenza costantemente afferma il principio

per il quale, avendo ad oggetto l'impegno dell'ausiliaria a garantire con proprie risorse economiche l'impresa ausiliata, non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. con specifico riguardo al requisito del fatturato globale o specifico, Cons. Stato, V 30 ottobre 2017, n. 4973; III, 11 luglio 2017, n. 3422; V, 22 dicembre 2016, n. 5423; III, 17 novembre 2015, n. 5703; III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041). Diversamente, nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto con la precisazione.

Con particolare riguardo, poi, all'avvalimento operativo che ha ad oggetto il prestito di personale, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato richiede la disponibilità effettiva del personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli.

Facendo applicazione di siffatti principi, il Consiglio di Stato, nella sentenza in rubrica, è giunto alle seguenti conclusioni.

In primo luogo, laddove il bando imponga di aver realizzato un certa cifra d'affari nel triennio antecedente il bando, richiede un requisito di capacità economico – finanziaria da poter acquisire anche in avvalimento, che, per le ragioni esposte, si configura quale avvalimento di garanzia. Ne consegue che il semplice impegno dell'ausiliaria di mettere a disposizione il pregresso fatturato a favore dell'ausiliata è sufficiente ai fini del contratto di avvalimento.

Quanto, invece, all'obbligo di aver avuto alle dipendenze, nel triennio antecedente la gara, un certo numero di dipendenti, anch'esso richiesto come requisito di partecipazione dal bando, valgono due considerazioni. In primo luogo, nel caso di specie, il requisito è formulato in maniera retrospettiva, con riguardo al personale impiegato

in anni precedenti, e non in relazione al personale impiegato al momento della presentazione della domanda di partecipazione; cosicché esso assume la connotazione di requisito esperienziale e, di conseguenza, immateriale.

A rigore, allora, la sua acquisizione in avvalimento non dà luogo ad un avvalimento operativo, ma, ancora una volta, ad un avvalimento di garanzia (o, sarebbe meglio dire, in questo caso, "di capacità"), donde l'applicabilità, anche in questo caso, del principio per il quale è sufficiente l'impegno dell'ausiliaria di mettere a disposizione detta capacità per poter ritenere validamente concluso il contratto di avvalimento, senza necessaria specificazione della qualifica del personale prestatore.

Il Consiglio di Stato, dunque, nella sentenza in commento, ha superato il rapporto sinallagmatico tra "requisito tecnico - avvalimento operativo - risorse materiali messe a disposizione" da una parte, e "requisito economico finanziario - avvalimento di garanzia - non necessità di mettere a disposizione le risorse prestate", dall'altra.

Sostiene, in pratica, il Consiglio di Stato, che si configuri un avvalimento di garanzia - senza necessità di particolari specificazioni - anche quando il prestito dei requisiti abbia ad oggetto un requisito tecnico storico ed immateriale (quale l'aver avuto negli anni trascorsi un certo numero di dipendenti), e che anzi tale tipologia di avvalimento costituisca finanche un *tertium genus* qualificabile come "avvalimento di capacità".

WHISTLEBLOWING

Il software per la segnalazione degli illeciti all'interno delle P. A. Area Software



Le Pubbliche Amministrazioni, nell'ottica di prevenire fenomeni corruttivi e per garantire una adeguata tutela ai propri dipendenti, si stanno dotando di uno strumento informatico che consenta a questi ultimi di segnalare condotte illecite di cui sono venuti a conoscenza.

Scenario normativo: Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 dell'ANAC

FUNZIONALITA'

- ◆ Erogazione del servizio in CLOUD o su server interno all'ente, con accesso all'area riservata via web o tramite rete interna
- ◆ Possibilità di accesso tramite smart card
- ◆ Accessibilità dalle rete internet o esclusivamente dalla intranet
- ◆ Accesso regolamentato a norma privacy (complessità password e cambio password trimestrale)
- ◆ Netta separazione del processo di iscrizione dal processo di segnalazione, per una corretta separazione dei dati, a tutela dell'anonimato del segnalante

Il segnalante o whistleblower può:

- ◆ Accedere in maniera anonima e sicura al sistema
- ◆ Inserire le proprie segnalazioni tramite una procedura intuitiva
- ◆ Comunicare con il Responsabile Anticorruzione in maniera anonima

Il Responsabile Anticorruzione può:

- ◆ Ricevere via email un avviso di presenza di segnalazione nel sistema
- ◆ Accedere ad un'area riservata e prendere visione delle segnalazioni ricevute
- ◆ Interagire con il segnalante e richiedere ulteriori informazioni o documenti
- ◆ Monitorare e gestire la procedura in tutte le fasi

Possibilità di richiedere una **DEMO GRATUITA** per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 5/3/2018, n. 1350

"il giudizio di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta"

"...il giudizio di verifica dell'anomalia, finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà dell'offerta ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte, ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile.

Detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione ed è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta erroneità o irragionevolezza dell'operato della commissione.

Ed infatti, il giudizio di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione.

Anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione.

È pacifico che la cognizione del G.A. in subiecta materia sia rigidamente costretta nei limiti di un sindacato di tipo estrinseco, con conseguente inammissibilità di ogni censura preordinata ad ottenere un'illegittima riedizione del giudizio di anomalia da parte dell'organo giudiziale e, dunque, ad impingere nel merito di una valutazione che costituisce espressione tipica della discrezionalità propria della stazione appaltante."

TAR Lombardia Brescia, Sez. II, 26/2/2018, n. 218

Sulla natura giuridica delle linee guida ANAC non vincolanti

"...Comunicati del Presidente dell'A.N.A.C. del 26 ottobre 2016 e dell'8 novembre 2017. Essi, però, non hanno efficacia precettiva. Se, infatti, le linee guida si distinguono in vincolanti (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e non vincolanti e quest'ultime, invero molto più frequenti, sarebbero assimilabili – secondo una tesi – alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. "soft law"(Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure – seconda altra opzione – alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016), la non vincolatività del Comunicato del Presidente dell'ANAC è incontestata (cfr. sul punto la sentenza TAR Lazio, Roma, n. 9195/2017 e la sentenza del TAR Umbria, 428/2017). Esso, infatti, come si legge nella sentenza del TAR Lazio 9195/2017, è riconducibile al "novero di quegli atti, atipici e non vincolanti, con i quali l'Autorità si limita ad esprimere, in funzione collaborativa e di supporto alle stazioni appaltanti, il proprio orientamento in ordine all'applicazione ed interpretazione della normativa di settore".

TAR Lazio Latina, Sez. I, 23/2/2018, n. 86

L'obbligo della indicazione dei costi della manodopera discende direttamente dalla legge; la relativa omissione non è sanabile tramite il cd. soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016

"l'art. 95 comma 10 del D.lgs n. 50/2016 (come sostituito dall'art. 60, comma 1, lett. e), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56) dispone che "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 ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). 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);

- i costi della manodopera, pertanto, sono una componente essenziale dell'offerta economica non integrabile successivamente attraverso il soccorso istruttorio perché altrimenti si verificherebbe un'alterazione della par condicio tra i partecipanti;

- l'essenzialità della indicazione di tale elemento nell'offerta economica è spiegata dalla stessa norma con la necessità di consentire alla stazione appaltante di procedere, prima dell'aggiudicazione, in sede di verifica delle offerte anormalmente basse, di accertare se il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16;

- discendendo l'obbligo della indicazione dei costi della manodopera direttamente dalla legge è irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia previsto specificatamente tale adempimento;

- non può reputarsi che detta omissione sia sanabile tramite il cd. soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, poiché è proprio questa disposizione che, nel consentire il cd. soccorso istruttorio a pagamento per sanare le mancanze, le incompletezze e le altre irregolarità essenziali degli elementi e del documento unico di gara europeo di cui al successivo art. 85, esclude dalla sanatoria "quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica";"

TAR Lazio Roma, Sez. III quater, 20/2/2018, n. 1973

Il rito super accelerato ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., in quanto speciale, non trova applicazione in caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici

"...La disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., come introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, prevede espressamente ed inequivocabilmente che il dies a quo per proporre tale particolare impugnativa decorra dalla pubblicazione del provvedimento che determina esclusioni /ammissioni sul profilo della Stazione Appaltante; stante la specialità di una simile previsione, va da sé che inevitabilmente sia destinata a prevalere su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale. In particolare, l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. è derogatorio dei principi tradizionalmente ricevuti e, prevedendo un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti, deve ritenersi di stretta interpretazione. Tale norma non può trovare diretta e testuale applicazione nel caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici " (Tar Lazio, Sez.III quater, n.9379/2017; Sez.II quater, n.8704/2017; Tar Campania, sez.V, n.4689/2017); 2) ne discende, pertanto, che in assenza del presupposto richiamato dalla citata norma e al fine di garantire in ogni caso un'effettiva tutela giurisdizionale l'illegittima ammissione del concorrente risultato aggiudicatario può essere prospettata in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva..."

TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 9/2/2018, n. 380

"l'art. 36, comma 2, lettera b), del codice, prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio "di rotazione degli inviti", parimenti non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile"

"...l'art. 36, comma 2, lettera b), del codice, prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio "di rotazione degli inviti", parimenti non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile.

In tal senso, si vedano TAR Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, per cui il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, sicché non può disporsi l'estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza, e TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515, secondo cui: <<...per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.12.2011, n. 6906; TAR Napoli, II, 08.03.2017 n. 1336; TAR Lazio, Sez. II, 11.03.2016 n. 3119). Pertanto, "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente.

Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto” (TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981)>>.

Con riguardo poi all’art. 4.2.2 delle Linee Guida di ANAC, si rileva che si tratta di un atto avente natura amministrativa e meramente interpretativa della superiore norma di legge, tanto è vero che la stessa ANAC ha deliberato nella seduta del 20.12.2017 una modifica a tale norma, attualmente in attesa di approvazione definitiva...”

TAR Sardegna, Sez. I, 8/2/2018, n. 75

In ordine alla possibilità che il segretario comunale possa svolgere le funzioni di RUP

“...la figura del segretario comunale sia stata storicamente caratterizzata dalla distinzione tra il rapporto di servizio, intercorrente con l’amministrazione statale (attualmente, il Ministero dell’Interno) di cui il segretario comunale è dipendente; e il rapporto d’ufficio instaurato tra il segretario e il Comune o la Provincia in cui il medesimo è incardinato.....Il segretario comunale, in effetti, è stabilmente inserito nella struttura degli organi e degli uffici del comune, non solo perché nell’amministrazione locale svolge in via esclusiva i suoi compiti e le sue funzioni (anche) di titolare di organi, ma soprattutto perché questo emerge dall’esame delle norme dell’ordinamento degli enti locali che disciplinano le principali attribuzioni che sono riservate, o che comunque possono essere conferite, al segretario. In tale prospettiva si deve richiamare, in primo luogo, quanto previsto dall’art. 97 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 («Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali»), che, per un verso, sotto il profilo strutturale, assegna al comune e alla provincia «un segretario titolare», cui sono riservati i «compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell’ente», nonché – nei casi in cui non sia nominato un direttore generale – la sovrintendenza e il coordinamento delle funzioni dei dirigenti; nondimeno, al segretario comunale spetta l’espressione dei pareri tecnici di competenza dei responsabili dei servizi, ove tali figure non siano presenti nella struttura dell’ente locale; e, in ogni caso, il segretario «esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia» (art. 97, comma 4, lettera d), del T.U.E.L.). Tra le quali rientra, come esplicitamente contemplato all’art. 109, comma 2, del T.U.E.L., la possibilità di essere nominati responsabili degli uffici e dei servizi; e, quindi, assumere le funzioni di cui all’art. 107, commi 2 e 3, del TUEL (tra le più significative per la diretta rilevanza nella fattispecie in esame, basti citare la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità delle procedure d’appalto e di concorso e la stipulazione dei contratti).

Pertanto, la figura del segretario comunale rientra indubbiamente nell’ambito della formula legislativa invocata dalla società ricorrente («il RUP è’ nominato [...] tra i dipendenti di ruolo ...»)”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 1103 del 25 ottobre 2017

PREC 248/17/S

Dalla non frazionabilità del “servizio di punta” non può in alcun modo desumersi, quando si tratti di requisiti oggettivi, la circostanza per cui il requisito debba essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate

“...l’Autorità ha più volte ribadito che il c.d. “servizio di punta” costituisce un requisito oggettivo e pertanto la sua intrinseca natura non osta, di per sé, a che dello stesso possano giovare anche altre imprese

associate o associande e che «La giurisprudenza ha chiarito che dalla non frazionabilità non può in alcun modo desumersi, quando si tratti di requisiti oggettivi, la circostanza per cui il requisito debba essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate. Al contrario, se uno dei concorrenti possiede il requisito (oggettivo) deve ritenersi che esso vada a qualificare tutto il raggruppamento se si vuole scongiurare una inammissibile moltiplicazione dei requisiti» (v. Parere ANAC n. 107 del 21.5.2014); e che la giustizia amministrativa si è pronunciata nel senso di ritenere che «La non frazionabilità del requisito dei servizi di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero. Tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento» (cfr. TAR Puglia Bari, I, 24 gennaio 2013, n. 81);»

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 1091 del 25 ottobre 2017

PREC 114/17/S

Sul superamento della rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione

«Nelle linee guida ANAC n.2 Delibera del 21 settembre 2016 in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, si è confermato tale indirizzo, infatti si afferma che, con l'elenco di criteri di valutazione che la stazione appaltante può considerare al fine di differenziare le offerte in rispondenza alle esigenze cui vuole assolvere, contenuto nell'art. 95 del Codice, «viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati i profili di carattere soggettivo introdotti, qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali.»

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 1090 del 25 ottobre 2017

PREC 286/17/S

Legittimità dell'ammissione alla gara della società iscritta alla C.C.I.A.A. per l'attività oggetto dell'appalto in data anteriore alla pubblicazione del bando la cui data di inizio attività risulta invece posteriore alla stessa

deve ritenersi «illegittima l'esclusione dell'aggiudicatario disposta sul presupposto che la società, pur essendo regolarmente iscritta alla C.C.I.A.A. ancor prima di aver presentato l'offerta, avrebbe dichiarato di aver iniziato l'attività in epoca successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte» (vd. Consiglio di Stato, sent. del 25 marzo 2016 n. 1241);»

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 1088 del 25 ottobre 2017
PREC 279/17/S**

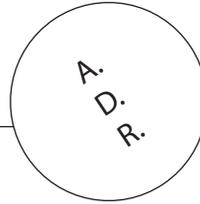
Servizio mensa e clausole inerenti il centro cottura

“è illegittima la clausola del bando per l’affidamento del servizio di mensa scolastica che richieda il possesso di un centro di cottura come requisito di partecipazione e non come requisito di esecuzione del contratto (vd. ex multis parere n. 33 del 13 gennaio 2016). Per costante giurisprudenza infatti, tale clausola equivarrebbe a riservare la gara stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie di massima tutela della concorrenza tra imprese. (vd. Cons. St. sez. V, 22 giugno 2010, n. 3887, e T.A.R. Puglia, sede Bari, sez. I, 3 novembre 2009, n. 2602); TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I - 22 luglio 2011, n. 47) **deve ritenersi illegittima anche la clausola** del bando di gara che attribuisce un punteggio differenziato all’offerta tecnica in proporzione della distanza chilometrica del centro di cottura dal luogo di esecuzione del servizio in quanto tale prescrizione non risulta propriamente conforme al c.d. “divieto di commistione” tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi dell’offerta cui attribuire punteggio nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti: “La possibilità di applicare in maniera “attenuata” il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto a) se aspetti della attività della impresa possano effettivamente “illuminare” la qualità della offerta e b) a condizione che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell’aggiudicazione, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo”. (cfr. CdS, VI, 2770/08 e sez. V n. 837/09 nonché C.d.S. n. 5197/2012 del 03/10/2012); tuttavia, **non è irragionevole ritenere la disponibilità, nelle vicinanze, del centro cottura** funzionale ad una migliore qualità del servizio in appalto. Quindi, poiché sulla qualità dei pasti influisce comunque in modo preponderante il tempo di consegna, sarebbe più opportuno che la lex specialis prevedesse un punteggio per l’elemento “tempo di consegna” piuttosto che per la “distanza chilometrica”, dovendo considerarsi sufficiente, per le specifiche finalità dell’amministrazione, solo una clausola che stabilisca i tempi massimi di trasporto dei pasti e la possibilità, da parte dell’Amministrazione, di verificare il loro rispetto”(cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 22-07-2011, n. 476). Ciò in quanto la distanza chilometrica non rappresenta un “indicatore più oggettivo” per garantire la freschezza dei cibi, in quanto a parità di distanza il tempo di consegna può variare a seconda delle condizioni infrastrutturali, territoriali, etc. (vd. tra gli altri, parere Anac n.34 del 2/09/2014 nonché Parere Anac n. 41 del 26 febbraio 2014);”

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1

L'operatore che non risponde alla richiesta di chiarimenti, inoltrata dalla stazione appaltante, inerente un errore commesso all'interno della documentazione amministrativa, viene escluso?

Sì, la giurisprudenza più volte si è espressa ritenendo che, in presenza di previsioni chiare, precise e univoche gli offerenti devono essere "ragionevolmente informati e normalmente diligenti", in modo da poter comprendere l'esatta portata del bando e del capitolato di gara (v., ex multis, C.d.S., Sez. VI, n. 726/2017, C.d.S., Sez. V, n. 3745/2016, T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 7206/2017, T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. II, n. 485/2016).

2

In seguito all'avvio di un procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e consequenziale richiesta di approfondimenti all'operatore economico, la stazione appaltante è obbligata ad accettare le giustificazioni addotte?

La verifica di anomalia ha la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, essendo dunque ammissibile un aggiustamento di singole voci, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze, di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, per ragioni plausibili (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 28.8.2017, n. 1774, 12.1.2017, n. 63). A fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse, e dunque inattendibili, l'impresa può dimostrare, che in relazione alle stesse, è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato, e credibile risparmio. L'art. 97 D.Lgs. 50/2016 descrive i casi i cui la stazione appaltante procede alla esclusione, non avendo trovato esaurienti le giustificazioni proposte.

3 Negli affidamenti diretti di importo inferiore a € 40.000,00 quali requisiti la stazione appaltante deve verificare?

Fino all'adozione delle nuove linee guida ANAC di cui all'art. 36 comma 7 del D.Lgs n. 50/2016, la stazione appaltante negli affidamenti diretti, deve verificare il possesso da parte dell'aggiudicatario di tutti i requisiti, sia quelli di ordine generale sia quelli di carattere speciale ove richiesti. Infatti, ai sensi del comma 5 della predetta norma, nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui all'art. 36 comma 2, "la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque, estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito".

4 È legittima l'ammissione ad una procedura di gara di un raggruppamento temporaneo di imprese la cui mandante sia priva di fatturato specifico?

La risposta al quesito è senz'altro affermativa se la lex specialis di gara non ha previsto, in caso di offerte proveniente da soggetti raggruppati temporaneamente, requisiti minimi anche in capo alle mandanti. Tale scelta, a mente del principio di diritto enunciato dal precedente Cons. Stato, IV, 5 gennaio 2015, n. 18, sarebbe conforme alla disciplina normativa generale ed a quella speciale della gara non contrastando i principi desumibili dal Codice dei contratti, che anzi è sempre più orientato, in una logica di massima partecipazione alle gare, ad allargare la platea dei possibili concorrenti (**Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 857 del 12/2/2018**).

5 È sufficiente la dichiarazione di infungibilità da parte dell'operatore economico ai fini della legittimità di una procedura negoziata ex art. 63 comma 2 lett. b) del codice?

L'affidamento diretto costituisce una modalità di attribuzione di commesse pubbliche che deroga al principio generale della libera concorrenza, pertanto, l'Amministrazione è legittimata a farne uso esclusivamente nei casi in cui sussistano specifiche ragioni che le impediscano di reperire l'opera, la fornitura o il servizio sul libero mercato, o a condizioni sproporzionate. Tali specifiche ragioni devono essere individuate ed esplicitate nella determinazione di affidamento diretto, che dovrà essere, sul punto, idoneamente motivata, pena la violazione e la compressione dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, che in "subiecta materia" rivestono massima importanza.

Alla luce di tali osservazioni le stazioni appaltanti non potranno accontentarsi, ai fini dell'esatta connotazione dell'infungibilità, delle mere dichiarazioni presentate dal fornitore, ma dovranno necessariamente verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative, attraverso consultazioni di mercato rivolte anche ai mercati comunitari ed in mancanza del presupposto dell'unicità dell'operatore economico, non potranno utilizzare la procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016, ma dovranno far ricorso ad una delle procedure di cui all'art. 59 d.lgs. 50/2016, osservando quanto disposto dall'art. 68, comma 6, D.lgs. 50/2016 in merito alle specifiche tecniche da richiedere.

6 Quali sono le conseguenze di una mancata individuazione negli atti di gara dei costi della manodopera?

Ai sensi dell'art. 23 comma 16 del D.Lgs n. 50/2016 nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera in base al costo del lavoro annualmente determinato dal Ministero del Lavoro e della Politiche Sociali a mezzo di apposite tabelle, in mancanza della quali trova applicazione l'art. 216, quarto comma, del citato decreto, secondo cui, sino all'adozione delle menzionate tabelle, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui ai decreti ministeriale già emanati in materia.

La mancata individuazione nella lex specialis di gara dei costi della manodopera determina l'illegittimità del bando di gara in quanto l'operatore economico non viene posto in condizione di formulare utilmente una congrua offerta (**Tar Sicilia Catania, Sez. III, 29/01/2018, n. 227**)

7 Il privato che realizza delle opere di urbanizzazione, in forza di accordi/convenzioni stipulati con Enti pubblici è tenuto al rispetto del D.Lgs 50/2016?

Il privato che realizza delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, è considerato stazione appaltante come definita all'art. 3, comma 1, lett. g) ed o), del d.lgs. n. 50/2016 ed è tenuto al rispetto del suo contenuto.

8 Si possono configurare varianti negli affidamenti a corpo?

Per definizione, nel "contratto a corpo" il prezzo è determinato sulla base di una somma fissa ed invariabile per la realizzazione di un'opera già definita e rappresentata negli elaborati progettuali, descritta quindi, in modo estremamente preciso in un progetto dettagliato, a differenza degli affidamenti a misura in cui il prezzo viene determinato nella sua entità solo al termine dei lavori, sommando le componenti dell'opera finita ed applicando loro il prezzo unitario prefissato. (Lodo arbitrale Napoli n. 905/2001).

Le caratteristiche del contratto a corpo, pertanto, fan sì che gravi sull'appaltatore l'onere di eseguire l'opera come descritta in contratto, senza possibilità di variazione del corrispettivo finale rispetto all'offerta effettuata, anche in caso di maggiore onerosità rispetto alle previsioni, da ciò, l'impossibilità di potersi configurare variazioni progettuali. L'immodificabilità del prezzo "a corpo" non è però assoluto ed inderogabile, trovando il suo limite nella pedissequa rispondenza dell'opera da eseguire ai disegni esecutivi ed alle specifiche tecniche, al di fuori dei quali si configurerebbero solo tentativi di estendere l'alea del contratto per sopperire a gravi carenze del progetto esecutivo.

Anomalia dell'offerta... il punto della situazione!

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Il focus mensile sulle tematiche più discusse del periodo, ci porta a guardare ciò che accade nell'ambito delle offerte presentate in gara, ragionando sia sui criteri di valutazione, sia sulla verifica delle offerte anomale. Entrambi questi momenti, rappresentano il passaggio in cui l'operatore economico è chiamato concretamente e operativamente a predisporre la propria offerta e a giustificare poi le proprie scelte articolate in sede di offerta. Sul punto merita richiamo il Tar Lombardia Milano sez. I 22/02/2018 n. 504, il quale precisa che, in sede di apprezzamento dell'offerta anomala, il concorrente sottoposto a valutazione non può effettivamente fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento od in diminuzione, le voci di costo, e mantenendo fermo l'importo finale. Tuttavia, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse, e dunque inattendibili, l'impresa può dimostrare, come avvenuto nella fattispecie, che per converso, altre siano state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse, è in grado di conseguire

un concreto, effettivo, documentato, e credibile risparmio. Come infatti già evidenziato, la verifica di anomalia ha la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, essendo dunque ammissibile un aggiustamento di singole voci, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze, di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, per ragioni plausibili (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 28.8.2017, n. 1774, 12.1.2017, n. 63).

Sulla stessa falsa riga e sui medesimi rilievi si pone il Tar Lazio Roma sez. II del 12/02/2018 n. 1658, il quale richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale, ravvisa in capo alla Stazione appaltante un "ampio potere tecnico-discrezionale nella valutazione dei chiarimenti presentati dall'operatore economico in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, sindacabile solo entro i ristretti limiti della macroscopica illogicità o abnormità della valutazione, ovvero di evidenti errori di fatto (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 4990 del 25.11.2016).

In sede di apprezzamento dell'offerta anomala, il concorrente sottoposto a valutazione non può fornire giustificativi tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo e mantenendo fermo l'importo finale; ciò, tuttavia, non esclude che l'offerta possa essere modificata in tutti i suoi elementi, compresi quelli relativi all'utile, che ben può essere ridotto – benché non azzerato – dato che ciò che rileva è che l'offerta rimanga nel complesso seria (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, IV, 07.11.2014, n. 5497; id., 07.02.2012, n. 636; TAR Lazio-Roma, II, 26.09.2016, 9927).

Di conseguenza, si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr., al riguardo, Consiglio di Stato, VI, 21.05.2009, n. 3146).

Ciò, sempre considerando che il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta "in itinere", né ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare che l'offerta sia attendibile ed affidabile nel suo complesso (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, IV, 09.02.2016, n. 520).

Pertanto, a tutela della par condicio dei concorrenti, resta fermo il principio per cui in una procedura ad evidenza pubblica l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, ma, alla luce della precisa finalità cui risponde la verifica di anomalia, tale giudizio deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme."

Restano elevati addirittura a livello di principi, circa la modalità di valutazione delle offerte anomale, i contenuti della sentenza n. 430 del 23/01/2018 sez. V del Consiglio di Stato, ove si legge che in tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta (cfr.,

da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4978):

- a) il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso mira, in generale, a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere;
- b) il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio (tra amministrazione appaltante ed offerente), di cui costituiscono necessari corollari: l'assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; la immodificabilità dell'offerta ed al contempo la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto;
- c) il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta;
- d) la valutazione di congruità deve essere, perciò, globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento

che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono: il che, beninteso, non impedisce all'amministrazione appaltante e, per essa, alla commissione di gara di limitarsi a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, può fornire, ex art. 87, 1° comma, d. lgs. n. 163 del 2006, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e quindi anche su voci non direttamente indicate dall'amministrazione come incongrue, così che se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4516).

Ne discende (nella assenza di rilievi che possano concretamente evidenziare l'erroneità, la contraddittorietà o l'insufficienza delle valutazioni effettuate dalla stazione appaltante) l'inconfigurabilità di alcun vizio nell'operato di quest'ultima, per il solo fatto che abbia ritenuto sufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria in relazione alla maggior parte delle voci di costo.

Altra osservazione meritevole di richiamo attiene alla c.d. invarianza della soglia di anomalia ex art. 95 co. 15 d.lgs. 50/2016 tema controverso in giurisprudenza specie con riferimento alla possibilità di valutare l'applicazione dell'istituto dell'autotutela da parte dell'amministrazione.

A tal proposito il Tar Piemonte sez. II 16/02/2018 n. 238 statuisce che: "In definitiva pare al collegio che il meccanismo dell'invarianza della soglia:

- a) imponga alla stazione appaltante di esprimere, ai fini della determinazione della soglia di anomalia, una definitiva valutazione circa l'ammissibilità dei concorrenti alla luce della documentazione amministrativa e prima della cognizione delle offerte economiche (così ottenendosi il risultato della "sterilizzazione" di tali valutazioni da possibili suggestioni indotte dalla cognizione delle offerte economiche, oltre ad una semplificazione procedimentale);
- b) precluda la variazione della soglia di anomalia con veri e propri regressi procedurali (come esito di contenziosi, a causa di ripensamenti della stazione appaltante e persino di eventi sopravvenuti, si pensi al concorrente che perda i requisiti successivamente alla proposta di aggiudicazione) rispetto a valutazioni da esprimersi in fasi procedurali precedenti (così ottenendo il risultato di scoraggiare contenziosi strumentali e di realizzare una semplificazione amministrativa);
- c) non consenta una lettura meccanica del disposto normativo che, nell'ambito dell'unica fase procedimentale (e dunque senza garantire alcuna "casualità" degli effetti delle determinazioni della stazione appaltante sull'anomalia né alcuna semplificazione procedimentale) imponga all'amministrazione soluzioni incoerenti (per non dire illegittime), quali il ritenere contestualmente un concorrente non ammesso alla gara e pure determinante per l'individuazione della soglia di anomalia, senza che ciò risulti di oggettivo presidio ad altri concomitanti valori giuridici."

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

SEMI
NARI

APPALTI

La figura del RUP

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

Corso di Project Management ISIPM-Base® per i RUP

(corso di tre giornate)

16, 17 e 24 maggio 2018 Bologna;
22, 23 e 29 maggio 2018 Roma;
29, 30 maggio e 05 giugno 2018 Trieste;
12, 13 e 19 giugno 2018 Milano.

Esercitazione sul NUOVO MePA 2018

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

Come gestire senza errori gli affidamenti sotto soglia

09 marzo 2018 Parma, 20 marzo 2018 Torino, 27 marzo 2018 Milano, 27 marzo 2018 Trieste, 05 aprile 2018 Pescara, 10 aprile 2018 Bari, 10 aprile 2018 Cagliari, 17 aprile 2018 Genova, 19 aprile 2018 Palermo

Profili legati all'esecuzione dei contratti pubblici e Direzione Lavori

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

L'esecuzione del contratto negli appalti di beni e servizi

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

Gli adempimenti obbligatori post-aggiudicazione delle Stazioni Appaltanti

10 aprile 2018 Napoli, 10 maggio 2018 Trieste

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

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

Gli Appalti Pubblici di lavori dopo il Decreto Correttivo

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

La procedura di affidamento di beni e servizi step by step

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

Il punto della situazione sugli atti attuativi del codice dei contratti

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

La redazione della documentazione di gara

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

La gestione delle controversie in fase di gara e di esecuzione del contratto e l'affidamento degli incarichi legali

17 maggio 2018 Milano, 31 maggio 2018 Bolzano

CORSI ONLINE AREA APPALTI

Come acquistare sul NUOVO MePA 2018

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

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

(corso di due giornate)
12 e 19 marzo 2018

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

Anticorruzione dopo la Riforma Madia

(corso di tre giornate)
16, 23 marzo e 4 aprile 2018

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

(corso di due giornate)
05 e 10 aprile 2018

AREA AMMINISTRAZIONE

Privacy e nuovo Regolamento 2016/679

20 marzo 2018 Torino, 05 aprile 2018 Cagliari, 19 aprile 2018 Roma, 08 maggio 2018 Bolzano

CORSI ONLINE AREA AMMINISTRAZIONE

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

(corso di due giornate)
17 e 26 aprile 2018

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



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
2018

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

La riflessione sugli incentivi tecnici e sulla riconduzione (o meno) nel tetto del salario accessorio alla luce della modifica apportata dalla legge di bilancio 2018

1. Premessa
2. I pareri favorevoli all'esclusione dal tetto del "salario accessorio"
3. La posizione "contraria" (e la remissione alle Sezioni riunite)

3

Danno erariale per comodato gratuito anche a carico del responsabile di procedimento (Corte dei Conti, sez. giurisdizionale regione Campania, sentenza n. 424/2017)

1. Premessa
2. La vicenda
3. Le riflessioni del giudice
4. Il problema della valutazione e della motivazione
5. La concessione senza gara

9

Danno erariale per revoca non "preavvisata" con la comunicazione di avvio del procedimento (Corte dei Conti – seconda sezione d'appello – sentenza n. 52/2018)

1. La vicenda
2. La conferma della condanna (pur ridotta)

12

La riflessione sugli incentivi tecnici e sulla riconduzione (o meno) nel tetto del salario accessorio alla luce della modifica apportata dalla legge di bilancio 2018

1. Premessa

In queste ultime settimane, come noto, varie sezioni della Corte dei Conti sono state interessate dalla questione degli incentivi per funzioni tecniche alla luce della nuova disposizione introdotta dalla legge di bilancio per il 2018 (art. 1, comma 526, legge 205/2017).

La modifica ha innestato nell'articolo 113 del codice il comma 5-bis a mente del quale "Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture". Secondo i primi commenti, la nuova norma avrebbe dovuto avere l'effetto di sottrarre l'incentivo dal tetto della spesa del salario accesso del personale (vista la sua natura di spese di personale, secondo l'A.P. n. 7 e 24/2017 invece andavano incluse con evidenti effetti peggiorativi sui trattamenti accessori (la produttività dei dipendenti e gli altri istituti).

In questa prima, i primi pareri hanno confermato questo orientamento, interventi più recenti invece (la Corte dei Conti regione Puglia) ha ritenuto di dover ricevere un chiarimento definitivo dalle sezioni riunite.

Di seguito ci si sofferma in sintesi sulle diverse posizioni espresse finora.

2. I pareri favorevoli all'esclusione dal tetto del "salario accessorio"

- **Corte dei Conti, regione Friuli Venezia Giulia, parere n. 6/2018**

Il Sindaco del Comune di Porcia ha formulato alla Sezione una richiesta di motivato avviso con cui rappresentava:

- con l'entrata in vigore del D.Lgs 50/2016 gli incentivi per funzioni tecniche **sono da intendersi spese di funzionamento e non più di investimento, e come tali sono da includere nel limite del fondo per le risorse decentrate;**

- la necessità di rivisitare il fondo risorse decentrate 2016 includendo gli incentivi per funzioni tecniche 2016, **in modo da rendere omogeneo il calcolo con il fondo 2017;**

- la necessità di stabilire in sede di contrattazione che lo spazio così attivato sarà utilizzato, anche per gli anni futuri, solamente per gli incentivi per funzioni tecniche.

Osservatorio sulla Corte dei Conti

La riflessione sugli incentivi tecnici e sulla riconduzione (o meno) nel tetto del salario accessorio alla luce della modifica apportata dalla legge di bilancio 2018

Il collegio rammenta l'approdo della Sezione delle Autonomie – che ha generato l'esigenza di un intervento normativo - , con la delibera n. 7 del 6 aprile 2017, confermata con successiva delibera n. 24 del 26 settembre 2017, che ha stabilito che:

1. l'incentivazione delle funzioni tecniche di cui all'art. 113, c. 2, del d.lgs. 5012016 non è sovrapponibile all'incentivo per la progettazione di cui all'art. 93 comma 7 - bis del d.lgs. 163/2006, in quanto la prima remunera specifiche e determinate attività di natura tecnica svolte dai dipendenti pubblici, tra cui quelle di programmazione, predisposizione e controllo delle procedure di gara e dell'esecuzione del contratto escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione. Prosegue: "Diversamente dispone l'art. 113, c. 1, per *'gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento'* i quali *'fanno carico agli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti'*."

2. "Nei nuovi incentivi non ricorrono gli elementi che consentano di qualificare la relativa spesa come finalizzata ad investimenti; il fatto che tali emolumenti siano erogabili, con carattere di generalità, anche per gli appalti di servizi e forniture comporta che gli stessi si configurino, in maniera inequivocabile, come spese di funzionamento e, dunque, come spese correnti (e di personale).";

3. tali incentivi sono, pertanto, inclusi nel limite del tetto di spesa per i trattamenti accessori del personale dipendente in quanto essi non vanno a remunerare prestazioni professionali tipiche di soggetti individuati e individuabili acquisibili anche attraverso il ricorso a personale esterno alla P.A.

Ma per i giudici, con l'intervenuto della legge di stabilità 2018 (L. 27.12.2017, n. 205), si evince che gli incentivi non fanno più carico ai capitoli della spesa del personale ma devono essere ricompresi nel costo complessivo dell'opera.

Viene, nel parere, rammentata la condizione indispensabile per poter erogare l'incentivo. Nella delibera si legge che "la necessità da parte dell'Ente di provvedere alla predisposizione del Regolamento previsto dalla normativa, per non incorrere in quanto previsto dalla Cassazione Civile nella sentenza n. 13384 del 2004, con la quale è stato riconosciuto il risarcimento del danno per inottemperanza all'obbligo di adozione del Regolamento da parte della Amministrazione aggiudicatrice".

Inoltre, si ricorda quanto già affermato con la deliberazione n. 51/2016: "Conclusivamente, anche con riferimento al comparto unico del pubblico impiego regionale e locale, nel procedere all'erogazione di compensi legati a progetti per il miglioramento della *"performance"* nei servizi di polizia locale, si devono categoricamente escludere interventi in sanatoria, dovendosi necessariamente procedere ad una preventiva individuazione a bilancio delle risorse, ad una successiva costituzione del fondo ed infine all'individuazione delle modalità di ripartizione del fondo mediante contratto decentrato, in maniera tale da rispettare il principio di preventiva assegnazione degli obiettivi e di successiva verifica del loro raggiungimento."

- **Corte dei Conti regione Umbria, parere n. 14/2018**

Anche nel caso di specie – da parte del presidente della Provincia di Perugia – vengono formulati tre distinti quesiti:

1) se sia legittimo inquadrare la convenzione con l'Ente terzo, che si avvale della stazione appaltante della Provincia di Perugia ai sensi del comma 5 dell'articolo 113 citato, come convenzione stipulata ai sensi dell'art. 43 della Legge 449 del 1997, la quale prevede che le pubbliche amministrazioni possano stipulare (al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie,

Osservatorio sulla Corte dei Conti

La riflessione sugli incentivi tecnici e sulla riconduzione (o meno) nel tetto del salario accessorio alla luce della modifica apportata dalla legge di bilancio 2018

nonché una migliore qualità dei servizi prestati), convenzioni con soggetti pubblici (oltre a contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati) al fine di fornire a titolo oneroso consulenze e servizi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari. Il 50 per cento dei ricavi netti, dedotti tutti i costi, ivi comprese le spese di personale, costituisce economia di bilancio.

2) se sia possibile determinare, nell'accordo con il Comune contraente, l'importo dell'incentivo di cui al comma 5 dell'articolo 113 citato, fermo restando il limite massimo stabilito dalla norma, senza dover necessariamente fare riferimento alla regolamentazione adottata dall'Ente che si avvale della stazione appaltante della Provincia;

Circa le prime due questioni la sezione Umbra rammenta che gli stessi riguardano l'attività di Stazione unica appaltante (SUA) prestata dalla Provincia in favore degli Enti locali che ne fanno richiesta, e come tale attività debba essere compensata da parte dell'Ente che usufruisce del servizio.

Il terzo quesito era diretto a comprendere se le somme erogate dai Comuni alla Provincia di Perugia ai sensi del citato comma 5, dell'articolo 113, del codice degli appalti rientrano o meno nei limiti previsti dall'articolo 23, comma 2, d.lgs. n. 75 del 2017 e, qualora vi rientrino, se gli stessi debbano essere computati nei limiti suddetti da parte del Comune erogante o della Provincia ricevente, alla luce dell'orientamento della sezione delle Autonomie che con la Pronuncia n. 7 del 2017 ha enunciato il principio in base a cui gli incentivi tecnici di cui all'art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all'art. 1, comma 236, della legge n. 208 del 2015, come riformulato dall'art. 23 del d.lgs. n. 75 del 2017.

Anche in questo caso viene attribuito un rilievo dirimente alla nuova disposizione fissata dalla legge di bilancio 2018 (legge 27 dicembre 2017, n. 205).

In tal modo, si legge nella deliberazione, il legislatore è intervenuto sulla questione della rilevanza degli incentivi tecnici ai fini del rispetto del tetto di spesa per il trattamento accessorio, escludendoli dal computo rilevante ai fini dall'articolo 23, comma 2, d.lgs. n. 75 del 2017.

Il legislatore ha voluto, pertanto, chiarire come gli incentivi non confluiscono nel capitolo di spesa relativo al trattamento accessorio (sottostando ai limiti di spesa previsti dalla normativa vigente) ma fanno capo al capitolo di spesa dell'appalto.

In conclusione, con riferimento al terzo quesito posto dall'Ente, la lettura del nuovo comma 5 *bis* dell'art. 113 citato, unita alla specialità della norma ed ai puntuali limiti di spesa intrinseci al quadro normativo descritto, consentono a questo Collegio di escludere il fondo di cui al comma 2 dell'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 (anche per le quote assegnate ai dipendenti delle centrali uniche di committenza ai sensi del comma 2, terzo periodo, e comma 5) dal computo della spesa rilevante ai fini del rispetto del tetto di spesa di cui all'art. 23 del d.lgs. 75 del 2017.

Scelta, questa, che consente di evitare effetti espansivi della spesa, come dimostrato dalla citata delibera della Sezione di controllo per la Liguria alla quale si rinvia per gli approfondimenti necessari.

3. La posizione "contraria" (e la remissione alle Sezioni riunite)

- **Corte dei Conti regione Puglia, parere n. 9/2018**

Il Sindaco di un comune pugliese, prendendo atto dalla modifica apportata all'articolo 113 del codice dall'art. 1, comma 526, della L n. 205/2017, ed al fine di pervenire alla corretta interpretazione della disposizione chiede definitivi chiarimenti sulla possibilità di non ritenere gli incentivi più "inclusi tra le

Osservatorio sulla Corte dei Conti

La riflessione sugli incentivi tecnici e sulla riconduzione (o meno) nel tetto del salario accessorio alla luce della modifica apportata dalla legge di bilancio 2018

risorse destinate al trattamento accessorio” con conseguente esclusione “dalla voce di spesa del personale per essere allocati al titolo II nell’ambito delle spese di investimento”.

La sezione pugliese, come si legge nella deliberazione, non appare totalmente persuasa delle riflessioni espresse dalla sezione del FVG e dalla sezione Umbra, ritenendo anche che ogni volta che il legislatore abbia voluto sancire delle esclusioni da precisi vincoli/limiti di spesa ha provveduto a specificarlo espressamente. Secondo quanto si legge nel parere occorre comunque *“considerare che l’appostazione contabile degli incentivi di natura tecnica nell’ambito del “medesimo capitolo di spesa” previsto per i singoli lavori, servizi o forniture” non è in grado di mutare “la natura di spesa corrente trattandosi, in ogni caso, di emolumenti di tipo accessorio spettanti al personale e conseguentemente la contabilizzazione prescritta ora dal legislatore apparentemente diretta a qualificare tale spesa nell’ambito della spesa per investimenti non sembra poter consentire di desumere sic et simpliciter l’esclusione di tali risorse dalla spesa del personale e dalla spesa per il trattamento accessorio”.*

Ed è proprio su questo aspetto che si rendere necessario *“un ulteriore intervento nomofilattico considerato, peraltro, che l’allocazione contabile di una posta nell’ambito della spesa per investimenti piuttosto che nella spesa corrente produce anche inevitabili riflessi sugli equilibri di bilancio degli enti”.*

Oltre alla mancanza di un chiaro riferimento normativo (*“un’espressa voluntas legis”*) che preveda l’esclusione degli incentivi per funzioni tecniche sia dai vincoli previsti dal legislatore per la spesa del personale che per la spesa per il trattamento accessorio, la sezione rileva che *“qualora dall’allocazione in bilancio al medesimo capitolo di spesa previsto per i lavori, servizi o forniture si desumesse l’inserimento di tali risorse nell’ambito della spesa di investimento potrebbe ravvisarsi un contrasto con la disciplina di cui all’art. 3, comma 18, della L. 24/12/2003 n. 350 che stabilisce, ai fini di cui all’art. 119, sesto comma, della Costituzione”* che contiene una definizione di ciò che costituisce investimento non ricomprendendo, evidentemente, le spese in questione.

In particolare, ai sensi della normativa citata costituiscono spese di investimento:

- a) l’acquisto, la costruzione, la ristrutturazione e la manutenzione straordinaria di beni immobili, costituiti da fabbricati sia residenziali che non residenziali;
- b) la costruzione, la demolizione, la ristrutturazione, il recupero e la manutenzione straordinaria di opere e impianti;
- c) l’acquisto di impianti, macchinari, attrezzature tecnico-scientifiche, mezzi di trasporto e altri beni mobili ad utilizzo pluriennale;
- d) gli oneri per beni immateriali ad utilizzo pluriennale;
- e) l’acquisizione di aree, espropri e servitù onerose;
- f) le partecipazioni azionarie e i conferimenti di capitale, nei limiti della facoltà di partecipazione concessa ai singoli enti mutuatari dai rispettivi ordinamenti;
- g) i contributi agli investimenti e i trasferimenti in conto capitale a seguito di escussione delle garanzie destinati specificamente alla realizzazione degli investimenti a cura di un altro ente od organismo appartenente al settore delle pubbliche amministrazioni;
- h) i contributi agli investimenti e i trasferimenti in conto capitale a seguito di escussione delle garanzie in favore di soggetti concessionari di lavori pubblici o di proprietari o gestori di impianti, di reti o di dotazioni funzionali all’erogazione di servizi pubblici o di soggetti che erogano servizi pubblici, le cui concessioni o contratti di servizio prevedono la retrocessione degli investimenti agli enti committenti alla loro scadenza, anche anticipata.
- i) gli interventi contenuti in programmi generali relativi a piani urbanistici attuativi, esecutivi, dichiarati di preminente interesse regionale aventi finalità pubblica volti al recupero e alla valorizzazione del territorio.

Osservatorio sulla Corte dei Conti

La riflessione sugli incentivi tecnici e sulla riconduzione (o meno) nel tetto del salario accessorio alla luce della modifica apportata dalla legge di bilancio 2018

Alla luce di quanto, la sezione sottopone al Presidente della Corte dei conti la valutazione dell'opportunità di deferire alle Sezioni riunite in sede di controllo o alla Sezione delle Autonomie la questione di massima al fine di assicurare il "superamento di contrasti da parte delle Sezioni regionali di controllo ed un'interpretazione uniforme della disposizione recentemente introdotta dalla legge di stabilità 2018 che si inserisce in un contesto normativo per il quale risultano già intervenute la deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 51/2011 e da ultimo, le deliberazioni delle Sezioni delle Autonomie" n. 18/2016, 7 e 24/2017.

- **Corte dei Conti regione Lombardia, parere n. 40/2018**

Il Sindaco istante evidenzia come i primi commenti sulla novella normativa risultino discordanti. Alcuni propendono per l'assenza di novità o, comunque, per l'introduzione di una norma non chiara, che specifica che gli incentivi c.d. tecnici vanno finanziati dai capitoli di spesa su cui gravano i costi dell'opera, ma non esplicita la loro esclusione dai tetti posti al salario accessorio. Altri, invece, hanno ritenuto che, in virtù della legge di bilancio per il 2018, gli incentivi per le funzioni tecniche espletate nelle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici non rientrino più nella spesa per la contrattazione decentrata e non debbono essere finanziati dal relativo fondo, e, come tali, non siano soggetti ai limiti posti a queste ultime voci. Altri ancora hanno osservato che gli incentivi c.d. tecnici potrebbero essere considerati come "spese di investimento", quantomeno ove si tratti di emolumenti collegati alla realizzazione di opere pubbliche, come tali contabilizzati nel pertinente titolo di bilancio, ed esclusi dai vincoli posti alla spesa per il personale (fra cui quelli diretti a limitare il trattamento economico accessorio).

Il Comune di Cisano Bergamasco, sottolineando, pertanto, che non paiono sussistere certezze, in punto di diritto, sul corretto *modus operandi* da seguire, chiede alla scrivente Sezione regionale di controllo se la novella introdotta dalla legge n. 205 del 2017 consenta di affermare che, con decorrenza 1° gennaio 2018, gli incentivi per le attività di cui all'art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 non siano da includere nel generale tetto posto, ai trattamenti accessori del personale dipendente da amministrazioni pubbliche, dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017, sia che si tratti di appalti di lavori che di servizi o forniture. La sezione, anche in questo caso, rimanda il chiarimento alle Sezioni riunite - dopo un articolato ragionamento - con ulteriori richieste subordinate.

In particolare, nella deliberazione si legge che considerato che la questione involge l'interesse non solo del Comune istante, ma di tutte le "amministrazioni aggiudicatrici" aventi natura di ente pubblico (ministeri, enti pubblici non economici, università, aziende sanitarie, etc.), la scrivente Sezione regionale di controllo ritiene opportuno deferire al Presidente della Corte dei conti la seguente questione interpretativa di massima di carattere generale: "se debbano essere considerati nel vincolo generale di finanza pubblica, posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017, gli incentivi disciplinati dall'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016, aventi fonte in una disposizione di legge speciale, che individua le autonome risorse finanziarie a cui devono essere imputati, nonché gli specifici tetti, complessivi ed individuali, che devono essere osservati nell'erogazione".

In subordine alla prima, la sezione pone anche la seguente ulteriore questione di massima: "se debbano essere considerati nel vincolo generale di finanza pubblica, posto al complessivo trattamento economico accessorio, dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017, gli incentivi disciplinati dall'art. 113, commi 2 e 3, del d.lgs. 50 del 2016, aventi fonte in una disposizione di legge speciale, che individua le autonome risorse finanziarie a cui devono essere imputati, nonché gli specifici tetti, complessivi ed individuali, che devono essere osservati nell'erogazione, in quanto sussistono i presupposti della destinazione a predeterminate categorie di dipendenti per prestazioni professionali che potrebbero essere affidate a personale esterno,

Osservatorio sulla Corte dei Conti
La riflessione sugli incentivi tecnici e sulla riconduzione
(o meno) nel tetto del salario accessorio alla luce della
modifica apportata dalla legge di bilancio 2018

con conseguente incremento di costi per le amministrazioni".

Ed infine chiede quali siano le concrete modalità contabili che le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare per osservare la regola dell'eventuale sottoposizione degli incentivi previsti dall'art. 113, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 75 del 2017, al limite complessivo posto al trattamento economico accessorio dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017 (sulla possibilità o meno di omogeneizzare dati pregressi).

Danno erariale per comodato gratuito anche a carico del responsabile di procedimento

1. Premessa

Il giudice erariale della sezione regione Campania, con una recente sentenza ha condannato per danni erariali il responsabile del servizio tecnico ed i responsabili di procedimento (non anche giunta e segretario) per la concessione in comodato gratuito senza alcuna motivazione un immobile e per la concessione avvenuta senza una gara in violazione delle norme del codice degli appalti.

La vicenda, piuttosto articolata, pone in evidenza alcuni aspetti pratici di rilievo: in primo luogo è possibile procedere con la concessione gratuita di un immobile ma nell'ambito di una valutazione tecnico/economica da cui devono scaturire precise motivazioni. In sostanza, non è possibile una concessione assolutamente gratuita se non si chiarisce la finalità di interesse pubblico perché il rischio, altrimenti, è quello di alimentare interessi privati. Gli atti che vengono in considerazione, nel caso specifico, sono le determinazioni del responsabile del servizio e le delibere giuntali che, in ogni caso, non possono autorizzare – nel senso che non legittimano - il compimento di atti forieri di provocare danni erariali.

2. La vicenda

L'ammontare della condanna richiesta derivava, come indicato dalla stessa Procura nell'atto di citazione, dalla somma di due diverse fattispecie di danno: euro 34.836,63 in relazione all'affidamento gratuito ad una società privata di un'area comunale attrezzata ad isola ecologica ed euro 516.755,33 per l'alienazione di immobili di proprietà comunale ad un prezzo inferiore a quello dovuto.

Nel caso di specie il responsabile procedeva "alla concessione in comodato d'uso" dell'area in argomento, in favore della società che gestiva il servizio rifiuti per il Comune, dando atto che "tutti gli oneri derivanti dalla gestione di detto immobile ... e tutte le spese di utenze ... saranno a totale carico del concessionario".

L'Amministrazione, come si legge in sentenza, praticamente, con l'espresso scopo di promuovere la raccolta differenziata dei rifiuti, affidava la gestione dell'area, senza alcuna gara, alla ditta che già gestiva il servizio rifiuti rinunciando ad un canone di locazione stimato dall'ufficio tecnico comunale in misura pari ad euro 20.880,00 annui (inferiore a quello quantificato dalla Procura), ponendo però a carico della società gli oneri di gestione dell'isola ecologica e le spese delle relative utenze, senza che il corrispondente importo fosse preventivamente quantificato e documentato.

La gestione dell'area attrezzata veniva svolta dalla società, sostenendo le relative spese (fondamentalmente spese per personale e utenze), senza pagare alcun canone di locazione al Comune. La società, inoltre, percepiva le entrate derivanti dalla differenziazione dei rifiuti normalmente di pertinenza dei Comuni.

3. Le riflessioni del giudice

La considerazione conclusiva è che il comune, quindi, ha disposto il comodato dell'area in assenza di una concreta valutazione e ponderazione dei relativi aspetti finanziari. Nulla, peraltro, viene riportato in ordine al soggetto che avrebbe percepito i contributi Conai (successivamente è poi emerso che tali contributi, in linea di principio destinati ai Comuni, erano destinati alla società). L'aver dato in comodato la struttura, con compensazione del canone di locazione con le spese di gestione, avrebbe dovuto indurre il Comune quantomeno ad acquisire quest'ultima entrata, non quantificata dalla Procura, ma, presumibilmente, tutt'altro che irrisoria (il Comune di (...) conta circa 16.500 abitanti e la stessa deliberazione riporta una percentuale di raccolta differenziata del 42,69% destinata ad aumentare proprio grazie all'affidamento dell'area attrezzata). E' risultata assente anche la dimostrazione dell'impossibilità di gestire la struttura in argomento con personale comunale.

4. Il problema della valutazione e della motivazione

La sezione rammenta che la giurisprudenza contabile "non esclude del tutto la possibilità di concessione a terzi, in uso gratuito, di beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile dell'ente locale, ammettendola in casi in cui risulti adeguatamente dimostrata la finalità pubblicistica e l'utilità sociale della decisione assunta".

Risulta però indispensabile che la decisione venga assunta considerando attentamente tutti gli aspetti coinvolti, anche economici, al fine di evitare che, con la giustificazione di perseguire interessi pubblici, si finisca con il favorire interessi privati.

Nel caso di specie tale valutazione/ponderazione non è stata fatta né dal responsabile del procedimento, né dal responsabile del servizio né dalla giunta e non c'è stato neppure il controllo del segretario.

La decisione sul comodato è stata assunta prima del ricevimento del quadro economico delle entrate e delle spese previste dalla società per la gestione dell'area attrezzata (peraltro da documentare e provare in modo idoneo) e, quindi, senza alcuna valutazione in ordine alla quantificazione delle spese invocate per compensare il mancato versamento del canone di locazione; inoltre, non si è tenuto in considerazione, come dovuto, il complesso delle entrate relative alla differenziazione dei rifiuti attribuite alla società. Lo stesso orientamento giurisprudenziale richiamato dalla Giunta comunale nella deliberazione in esame (Sez. controllo Lombardia, 17 giugno 2010, n.672) esige una "previa valutazione e comparazione degli interessi della comunità locale" e una "previa verifica della compatibilità finanziaria e gestionale dell'atto dispositivo".

Non ricorrono, nel caso di specie, le condizioni della "insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali" (art.1, co.1, della legge n.20/1994) atteso che non è in discussione l'opportunità della scelta operata ma la relativa legittimità.

In conclusione, in rapporto alla disciplina in tema di gestione e valorizzazione del patrimonio pubblico, il giudice statuisce che l'illegittimità degli atti indicati "non deriva tanto dalla decisione di dare in comodato una struttura comunale, soluzione consentita in presenza dei presupposti più volte indicati dalla giurisprudenza contabile, ma dall'aver assunto tale decisione in assenza di una adeguata valutazione e ponderazione dei vari aspetti, anche di contenuto economico, coinvolti. Il comodato di un bene di proprietà pubblica, costituendo una deroga al principio generale della redditività del patrimonio pubblico, deve costituire uno strumento per perseguire esclusivamente interessi pubblici. Nella fattispecie in esame, invece, si riscontra il mancato versamento di un canone di locazione a fronte di spese che non risultano adeguatamente documentate e valutate e di non irrilevanti introiti percepiti dal soggetto privato (e non dal Comune) per effetto della differenziazione dei rifiuti".

5. La concessione senza gara

Il giudice ravvisa un altro grave motivo di illegittimità della delibera (sul comodato) e degli atti conseguenti nella violazione della disciplina in materia di appalti.

La gestione dell'area (l'isola ecologica data in concessione) non era contemplata nell'ambito dell'appalto per il servizio rifiuti. Non sono state indicate le ragioni di tale omissione.

La concessione dell'area ha determinato l'affidamento diretto di un servizio in assenza dei presupposti richiesti dagli allora vigenti articoli 57 (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) e 125 (affidamento di servizi in economia) del D.Lgs. n.163/2006. Rilevato che, previa dimostrazione (non data) che non era possibile gestire il servizio con personale comunale, tale servizio poteva essere affidato a qualunque ditta in possesso dei necessari requisiti, pur trattandosi di affidamento di non modico valore economico, certamente superiore a 40 mila euro anche in virtù della durata inizialmente stabilita (era prevista una scadenza coincidente con la scadenza del contratto relativo al servizio rifiuti stipulato per n.4 anni il 24 maggio 2012), non risulta effettuata alcuna procedura comparativa che avrebbe potuto consentire all'Amministrazione di conseguire condizioni più favorevoli.

E' pacifico, consolidata giurisprudenza, che la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara costituisce una modalità operativa eccezionale.

L'individuazione del contraente, conclude il giudice, nei contratti pubblici avviene, infatti, in via ordinaria, mediante gara pubblica, mentre la procedura negoziata può essere utilizzata solo nelle situazioni tassativamente individuate dal Codice dei contratti pubblici (*ex plurimis*, Sez. giur. Liguria, 11 novembre 2013, n.196).

Danno erariale per revoca non “preavvisata” con la comunicazione di avvio del procedimento

1. La vicenda

Con l'appello, due funzionari richiedevano l'annullamento della sentenza di condanna per danni erariali determinati dall'aver proceduto alla revoca dell'appalto (del servizio smaltimento rifiuti) senza il previo avvio del procedimento (la comunicazione imposta ex art. 7, legge 241/90).

Il provvedimento di revoca veniva annullato dal giudice amministrativo proprio per vizi del procedimento. Il responsabile del servizio ed il responsabile del procedimento si limitavano – quasi a sostituire la comunicazione obbligatoria – a trasmettere alla ditta interessata la deliberazione di giunta con cui si disponeva l'indirizzo sulla revoca. La comunicazione però non è stata ritenuta sufficiente e sostitutiva della comunicazione.

Per effetto dell'annullamento la stazione appaltante era stata condannata alla rifusione delle spese.

Il danno derivante dalla mancata esecuzione del contratto oggetto di gara veniva quantificato:

- con una somma pari al 5% del valore del contratto non concluso (19.057,50 euro, oltre rivalutazione)
- le spese di giudizio in euro 3.000,00,

2. La conferma della condanna (pur ridotta)

Per effetto di quanto, il comune liquidava alla ditta euro 25.009,08 (mandato n. 1817 del 18.9.2008) ed al legale della stessa euro 12.961,70 (mandati nn. 2870 e 2871 del 10.12.2008). La condanna dei funzionari, ridotta, era per un importo di poco superiore ai 18 mila euro.

Il giudice d'appello – pur con una ulteriore riduzione dell'importo da rimborsare all'ente (€ 6.480,85) conferma la condanna evidenziando che “sia pure limitatamente alle violazioni della legge sul procedimento riferibili alla mancata comunicazione della revoca dell'aggiudicazione e che hanno costituito l'inesco del contenzioso giudiziario avviato dall'impresa interessata, l'inerzia dei due appellanti è causalmente rilevante per come asseverata dal Giudice amministrativo con effetto pregiudizievole sulla liquidazione di parte delle spese di giudizio imputabili all'illegittima gestione del sub procedimento”.