

Rivista mensile - Anno VII, Numero 2

aprile  
**2017**

# MEDIA APPALTI

---

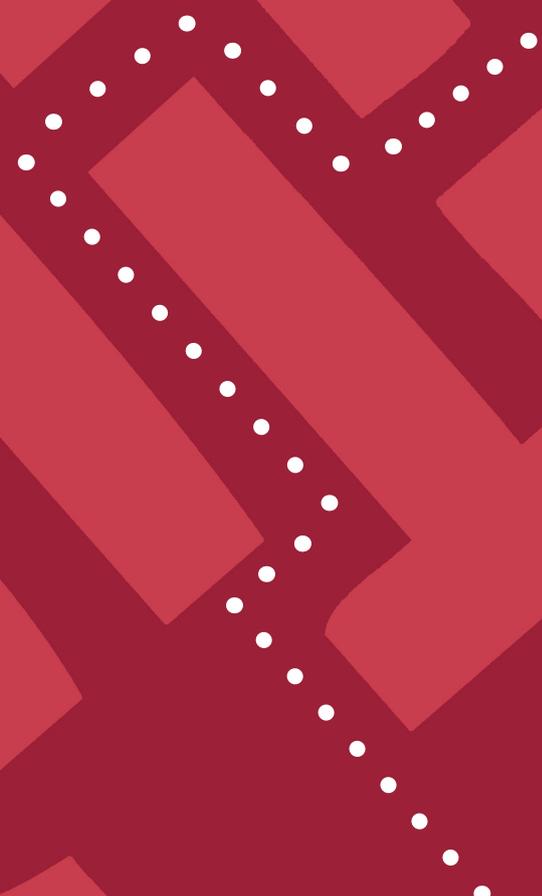
**Il decreto correttivo  
del Codice degli  
appalti: nuove regole  
procedurali e nuovi dubbi  
interpretativi**

---

**I "gravi illeciti  
professionali" che  
rendono dubbia  
l'integrità o l'affidabilità  
dell'operatore economico**

---

**Come si utilizza la clausola  
del rinnovo contrattuale**



**"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](mailto:redazione@mediappalti.it),  
corredato da recapito e qualifica professionale

**Medi**  
**Graphic**



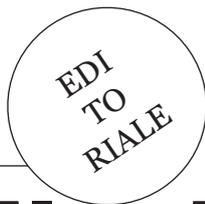


# **approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa**



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

**aprile  
2017**



# Algoritmi

**U**n ponte in fase di manutenzione che crolla e provoca due vittime. E' accaduto il 9 marzo scorso sull'autostrada A14, nei pressi di Camerano, nelle Marche. Nessuno si era accorto che la struttura stava cedendo. Nessuno aveva saputo leggere i segnali che quell'opera stava lanciando. Eppure qualche indizio lo deve aver concesso. Qualche scricchiolio. Qualche leggero movimento. Avvisaglie che i sensi umani non hanno saputo cogliere. Che gli operai e i responsabili del cantiere non hanno potuto decodificare. Cantieri dello stesso genere sono appaltati in tutta Italia. Sinistri come quelli di Camerano o di Annone in provincia di Lucca, dei viadotti Petrulla e Scorciavacche in Sicilia, sono difficili da accettare. Le responsabilità di simili incidenti vanno cercate in chi non è stato in grado di progettare e realizzare un'opera perfetta, per incompetenza, negligenza o peggio perché sono stati utilizzati materiali scadenti. Dinanzi a simili opzioni c'è da chiedersi se le stazioni appaltanti siano davvero in grado di verificare l'efficienza dell'opera commissionata. Se invece non debbano essere attivate procedure diverse. Se non debbano essere utilizzati strumenti diversi.

Il 24 marzo un'impresa genovese è salita sul podio dell'euRoboticsTech Transfer Award 2017 di Edimburgo, il più importante evento europeo di robotica. Produce un robot riabilitativo ortopedico già utilizzato da 300 pazienti negli ospedali liguri e toscani. Microchip e sensori. La robotica potrebbe essere la risposta. La risposta alla

necessità di un monitoraggio accurato dello stato di salute delle opere. Se ogni manufatto venisse dotato di sensori collegati ad un centro di raccolta ed elaborazione dati sarebbe possibile gestire una manutenzione costante delle opere, sarebbe possibile prevenire qualsiasi rischio. Uno scenario del genere non è una visione del futuro, ma la descrizione del presente. La ricerca in questo ambito è già in uno stato avanzato. "L'utilizzo di tecnologie ottiche per il monitoraggio strutturale di opere civili è attualmente in fase di notevole espansione. Questo tipo di monitoraggio può essere eseguito anche in fase di realizzazione dell'opera, garantendo una sicurezza e un controllo maggiore dei lavori. A costruzione completata, consente di individuare precocemente il degrado strutturale rispetto agli attuali metodi di controllo, riducendo i costi onerosi di manutenzione", scrivono Griffoni e Someda del GHT Photonics di Padova e Crotti e Manzoni del Politecnico di Milano.

I robot saranno sempre più diffusi nelle attività lavorative. Da decenni lavorano lungo le catene di montaggio. Ora si preparano ad essere "assunti" anche per lavori outdoor. In agricoltura è stato presentato il trattore intelligente, che si muove con guida a distanza o con un percorso predefinito. Lo si comanda attraverso un tablet. Questo genere di innovazione avrà importanti implicazioni in termini di sicurezza. I lavori potenzialmente più pericolosi potrebbero essere gestiti attraverso i robot. Questo trattore che dovrebbe essere commercializzato dal 2020 è dotato delle stesse tecnologie montate sulle automobili senza conducente che si stanno testando negli Stati Uniti. Sull'esempio di questi mezzi "intelligenti" si stanno mettendo a punto macchinari per la cantieristica.

Robot e droni. Questi supporti al lavoro dell'uomo cambieranno il mondo dei cantieri. Si stanno mettendo a punto droni in grado di spostare grandi pesi che potrebbero essere impiegati nei cantieri, mentre i droni più comuni, quelli che abitualmente vengono utilizzati per le riprese video potrebbero già essere un ottimo ausilio nell'ambito delle operazioni di manutenzione di strutture e infrastrutture di grandi dimensioni. Con un drone potrebbe essere monitorato lo stato di salute di un ponte o di una diga. Con

un drone si potrebbero verificare le origini di un malfunzionamento della linea elettrica. Quando i manutentori arriveranno fin lassù sapranno già il tipo di intervento da eseguire.

Robot e droni semplificheranno le nostre attività produttive. E' ciò che avviene da sempre con la tecnologia. Ogni innovazione è ispirata al miglioramento della vita. Dalla ruota in poi. E' sempre questa la ragione che muove l'ingegno, la creatività, lo spirito pionieristico dell'uomo. Questo genere di tecnologie, non ce ne accorgiamo, ma stanno entrando nelle nostre vite. Da qualche giorno si aggira per casa un piccolo disco nero. Percorre l'appartamento aspirando la polvere. Ci aiuta a tenere pulita la casa. Ci permette, mentre lui è in attività, di dedicarci ad altri lavori. E' solo un piccolo esempio di robotica domestica. Uno dei più diffusi. Mappa l'appartamento e lo percorre fino a quando non ha rimosso lo sporco. Le nuove tecnologie rendono le nostre abitazioni sempre più efficienti. Abbiamo già la possibilità di controllare gli elettrodomestici con un'applicazione sul cellulare o sul tablet. Magari i prezzi di questi dispositivi non sono ancora accessibili a tutti, ma lo diventeranno. Potrebbero non volerci molti anni. Provate a pensare alla vita prima della metà degli anni '90, prima che comparissero i cellulari. Quella vita sembra lontana secoli. E invece era ieri. Potrebbero bastare pochi anni prima che sfilando accanto ai cantieri stradali possiamo vedere robot e droni all'opera. Gordon Moore, cofondatore di Intel ha enunciato che la tecnologia ha uno sviluppo esponenziale: raddoppia ogni 3 anni. E' quanto sta accadendo. Ci sono buone probabilità di poter arrivare, puntuali, all'appuntamento con il futuro che Alex Proyas ha fissato al 2035 nel suo "Io, Robot". Il film del 2004 è ambientato in una Chicago nella quale il robot è diventato un comune articolo domestico. Il futuro sarà fatto di algoritmi sempre più sofisticati, di una vita più sicura, di lavori meno pericolosi, di opere più efficienti e di una loro manutenzione più accurata. Di algoritmi che avrebbero potuto calcolare che a Camerano, quel ponte, stava per cedere.

**di Enzo de Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Algoritmi

4

### In evidenza

Il decreto correttivo del Codice degli appalti: nuove regole procedurali e nuovi dubbi interpretativi

7

### Sotto la lente

Recenti orientamenti in tema di raggruppamenti di imprese «sovrrabbondanti»

16

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Dott.ssa Alessandra Verde**  
Funzionaria amministrativa  
presso la Regione Sardegna

**Avv. Francesca Scura**  
Avvocato amministrativista,  
esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Giuseppe Totino**  
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

**Avv. Emanuela Pellicciotti**  
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

**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. Paola Cartolano**  
Esperta in materia di appalti pubblici

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

**Avv. Mariarosaria di Canio**  
Esperta in contrattualistica pubblica

**Avv. Giuseppe Croce**  
Esperto in contrattualistica pubblica

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

**Comitato di Redazione**  
avv. Maria Teresa Colamore  
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

L'onere di suddividere in lotti gli appalti pubblici "incastrato" tra obblighi e discrezionalità. La giurisprudenza definisce i contorni del nuovo art. 51

25

Le modalità applicative del D.P.R. 642/1972 ai rapporti formalizzati in base alle modalità previste dal Codice dei Contratti pubblici. L'imposta di bollo applicata alla produzione, richiesta o presentazioni di determinati documenti

32

Piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e obblighi degli Enti Locali

38

I "gravi illeciti professionali" che rendono dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico

44

Come si utilizza la clausola del rinnovo contrattuale

53

### Pareri & Sentenze

59

### A Domanda Rispondiamo

64

### In pillole

66

# Il decreto correttivo del Codice degli appalti: nuove regole procedurali e nuovi dubbi interpretativi

di Alessandra Verde

IN  
EVI  
DENZA

## 1. Considerazioni generali

Come è noto, la Legge delega n. 11 del 2016, nel dettare i principi fondamentali sulla base dei quali doveva essere adottato il nuovo Codice degli appalti, poi approvato con il D. Lgs. n. 50 dello stesso anno, ha previsto tra l'altro che, entro un anno dall'entrata in vigore del Codice medesimo, si sarebbero potute apportare correzioni o modifiche alla luce delle eventuali criticità emerse in fase di prima applicazione.

E' così che, essendo ormai prossimi alla scadenza del primo anno di applicazione del nuovo Codice, il Governo ha puntualmente presentato la bozza di decreto correttivo, il quale, per la verità, incide pesantemente sulla struttura del D. Lgs. n. 50, segno questo che le criticità riscontrate nei primi mesi di applicazione dello stesso sono state tante e da più parti evidenziate.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, ha avviato una consultazione sulla

prima bozza di decreto correttivo, coinvolgendo le principali categorie di soggetti destinatari del provvedimento. Da tale consultazione, conclusasi il 22 febbraio scorso, è scaturita una seconda bozza, sicuramente migliorativa della prima, per avere la stessa recepito parte delle osservazioni mosse dalle categorie di stakeholders sentite.

Le novità dell'emanando decreto correttivo sono numerose ed attengono a molteplici istituti. Senza alcuna pretesa di completezza, e tralasciando in particolare le modifiche apportate alla disciplina del RUP, già affrontate nello scorso numero della Rivista, esamineremo, nella trattazione che segue, le principali novità introdotte in particolare per gli aspetti procedurali. Il decreto correttivo è infatti intervenuto per modificare numerosi istituti, quali,

**Le novità dell'emanando decreto correttivo sono numerose ed attengono a molteplici istituti quali, ad esempio, il soccorso istruttorio, i controlli sul possesso dei requisiti di carattere generale, la procedura dell'affidamento diretto, il sistema delle garanzie, solo per citarne alcuni.**

ad esempio, il soccorso istruttorio, i controlli sul possesso dei requisiti di carattere generale, la procedura dell'affidamento diretto, solo per citarne alcuni.

In alcuni casi, sono stati finalmente recepiti i suggerimenti espressi dal Consiglio di Stato

già prima dell'adozione del Codice, in altri casi, il legislatore delegato ha voluto correggere alcune sviste o dimenticanze commesse nella redazione del Codice, saltate all'occhio degli operatori che, nell'ultimo anno, si sono cimentati nella – invero non facile – applicazione del D. Lgs. n. 50.

**2. Le novità in tema di soccorso istruttorio**

La bozza di decreto correttivo mira, finalmente, a ristabilire la legalità con riferimento all’istituto del soccorso istruttorio. La direttiva n. 2014/24/UE, infatti, ammetteva la regolarizzazione di eventuali vizi formali o carenze documentali delle offerte, senza prevedere alcun pagamento<sup>1</sup>.

In linea con la Direttiva, la Legge delega n. 11/2016, dettava, tra i principi e i criteri direttivi cui il Governo doveva attenersi in sede di stesura del nuovo Codice, la possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualunque elemento formale delle domande di partecipazione alle procedure di gara<sup>2</sup>.

Ciononostante, il nuovo Codice ha previsto, come è noto, la necessità, ai fini dell’ammissione alla fase successiva della gara, del pagamento di una sanzione per la regolarizzazione di eventuali vizi formali, considerati essenziali della domanda

o del DGUE, unitamente alla regolarizzazione medesima<sup>3</sup>.

In verità, non è mai parso consono alle finalità e ai principi sottesi all’azione pubblica prevedere che le stazioni appaltanti, di fatto, lucrino sugli errori dei concorrenti e ammettano gli stessi alle fasi successive della gara soltanto previo pagamento di “un obolo”, in taluni casi piuttosto oneroso, a seconda dell’importo a base d’asta.

Tale discrasia rispetto alla volontà del legislatore comunitario era stata messa in luce già prima dell’emanazione del nuovo Codice dal Consiglio di Stato, il quale, nel suo monumentale parere n. 855/2016, aveva esplicitamente richiesto che il soccorso istruttorio venisse definito meglio nei suoi presupposti e limiti e non fosse mai oneroso.

Il Consiglio dei Ministri, con la prima bozza del decreto correttivo, invero assecondando le richieste del Consiglio di Stato, ha eliminato la sanzione ed



1. Si riportano di seguito l’art. 56, par. 3 e l’art. 59, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE citata:  
 Art. 56.3: <<Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza>>.  
 Art. 59.4: <<L’amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura>>.  
 2. L. n. 11/2016, art. 1, comma 1 lett. z): <<Riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell’offerta, e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti, con particolare riguardo all’accertamento dei requisiti generali di qualificazione, costantemente aggiornati, attraverso l’accesso a un’unica banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la revisione e semplificazione dell’attuale sistema AVCpass, garantendo a tal fine l’interoperabilità tra i Ministeri e gli organismi pubblici coinvolti e prevedendo l’applicazione di specifiche sanzioni in caso di rifiuto all’interoperabilità>>. S. USAI, Il RUP può far parte della Commissione, in Appalti e Contratti, 2015, p. e ss; S. USAI “L’orientamento giurisprudenziale che afferma l’incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara” in LexItalia, n. 1/2012.  
 3. Art. 83, comma 9 D. Lgs. n. 50/2016 attualmente vigente: <<Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l’avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa>>.

ha introdotto ulteriori modifiche alla disciplina del soccorso istruttorio che hanno suscitato più di una perplessità tra gli operatori del settore.

A dire il vero, la bozza di decreto correttivo è stata finora elaborata in tre versioni successive. Nella prima versione, il nuovo testo del comma 9 dell'art. 83, era il seguente: <<Le carenze di qualsiasi **elemento** della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere>>.

Come può facilmente notarsi, al di là dell'apprezzabile eliminazione della sanzione attualmente prevista – oscillante tra l'un per mille e l'un per cento dell'importo a base di gara, con il tetto massimo di cinquemila euro – e della conferma della ormai sperimentata procedura della regolarizzazione entro dieci giorni, il legislatore delegato aveva inizialmente eliminato, inopportuno a parere di chi scrive, il riferimento agli elementi **"formali"** della domanda, aprendo in tal modo alla teorica possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio anche per vizi non solo formali ma anche sostanziali. Tale apertura però avrebbe fatto sorgere il concreto rischio di violazioni della par condicio tra i concorrenti, laddove la possibile correzione postuma di vizi di natura sostanziale avrebbe potuto di fatto favorire il concorrente meno attento e diligente a discapito degli altri che, invece, avevano predisposto in modo corretto e completo la propria offerta.

**Il Consiglio dei Ministri, nelle prime versioni della bozza del decreto correttivo, ha assecondato le richieste del Consiglio di Stato ed ha eliminato la sanzione, introducendo tuttavia modifiche alla disciplina del soccorso istruttorio che hanno suscitato molte perplessità tra gli operatori del settore.**



Non solo. Parlare di carenze di ogni elemento della domanda, senza precisare che si tratti dei soli elementi formali, fa pensare alla possibilità di ammettere in gara anche i concorrenti che, al momento della presentazione dell'offerta, non fossero in possesso di un dato requisito e che lo acquisissero solo in un momento successivo. Si pensi alla regolarità contributiva o fiscale, o alla cauzione provvisoria.

Fortunatamente, il legislatore delegato deve essersi accorto di tale svista poiché, in sede di seconda versione della bozza di decreto correttivo, ovvero quella sottoposta a consultazione, ha reintrodotta il riferimento agli elementi "formali" della domanda.

Il testo posto in consultazione era infatti il seguente:

<<le carenze di qualsiasi elemento **formale** della domanda, **con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica**, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati i documenti e le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara>>.

Anche la seconda formulazione proposta ha suscitato non poche perplessità. Questa, infatti, pareva ammettere addirittura la possibilità di integrazioni dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, relativamente a non meglio specificati vizi non afferenti alle "valutazioni di merito" delle stesse. Tale inciso piuttosto equivoco rischiava di complicare più che semplificare il quadro applicativo.

Nel formulare la disposizione in questi termini, il Governo ha accondisceso alla posizione espressa dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 855<sup>4</sup>. Il Supremo Collegio aveva infatti ritenuto utile lasciare aperto uno spiraglio alla possibilità di sanare alcuni aspetti dell'offerta tecnica o economica mediante un soccorso che non comportasse comunque alcuna integrazione documentale.

Una apertura di tal fatta, tuttavia, avrebbe potuto dare la stura a innumerevoli contenziosi, in quanto le stazioni appaltanti prima, e i giudici amministrativi poi, si sarebbero trovati a discutere caso per caso se un dato elemento poco chiaro o carente dell'offerta tecnica o economica avrebbe potuto essere sanato, senza però sfociare in una integrazione postuma dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della par condicio tra i concorrenti.

Il punto è, infatti, che cosa si debba intendere per valutazioni di merito afferenti all'offerta tecnica e all'offerta economica. Probabilmente, rientrano in tale ambito tutti gli aspetti contenutistici delle stesse, sui quali, peraltro, in vigenza del vecchio Codice, non è mai sorto alcun dubbio sul fatto che non fosse possibile alcun tipo di integrazione o correzione. Ci si chiede però come valutare l'eventuale mancanza di sottoscrizione di una delle due offerte. Da un lato, un simile vizio difficilmente

può essere ricondotto ad una valutazione di merito, ma, d'altro canto, l'assenza di firma in una dichiarazione di volontà, e non di scienza, quale è l'offerta economica - ed anche quella tecnica - non sembra lasciar spazio alla possibilità di una regolarizzazione postuma, trattandosi comunque di un vizio non meramente formale ma di un elemento fondamentale dell'offerta perché consente la riconducibilità della stessa all'offerente.

Il problema pare essere ormai risolto in quanto il Governo ha diffuso il 6 marzo scorso una terza versione della bozza, scaturente dalle risultanze

della consultazione ormai conclusa, che vede sparire il contestato inciso "con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica".

Il testo - forse - definitivo della bozza di decreto correttivo, in tema di soccorso istruttorio è

**Nella terza versione della bozza, scaturente dalle risultanze della consultazione, la disposizione sul soccorso istruttorio vede sparire il riferimento alle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica, che tanto è stato contestato dagli operatori del settore per le possibili implicazioni negative che potevano scaturirne in fase applicativa.**



il seguente: <<le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati i documenti e le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto



4. Si legge infatti nel citato parere del Supremo Collegio: <<Si rappresenta, poi, l'opportunità di conservare, comunque, una forma di "soccorso procedimentale", riferito agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, secondo cui, fermo restando il divieto di integrazione documentale, l'amministrazione, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, possa richiedere chiarimenti al concorrente. In conclusione, il comma 9, potrebbe essere riformulato nel seguente modo: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, **con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica**, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano resi, integrati o regolarizzati i documenti e le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara. (...)">>.

e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso dalla gara>>.

Come è evidente, si è ritornati alla precedente versione della bozza, peraltro non dissimile, sotto questo aspetto, al testo ora in vigore, nella quale le uniche irregolarità sanabili sono quelle formali e soprattutto afferenti alla prima fase della procedura di gara, ovvero quella in cui si procede alla verifica della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, se ne verifica il possesso di tutti i requisiti di ammissione richiesti e si decide in merito alla loro ammissione alle successive fasi della procedura.

Resta esclusa, come è giusto che sia, qualsivoglia regolarizzazione nelle successive fasi di esame dell'offerta tecnica e di apertura dell'offerta economica. Se così non fosse, la possibilità di sanare vizi in un momento così avanzato della procedura potrebbe alterare, da un lato, la par condicio tra i concorrenti e, dall'altro, potrebbe offrire la possibilità a qualche operatore di chiamarsi fuori dalla procedura sfruttando la mancata regolarizzazione e, di fatto, ritirandosi dalla competizione in un momento in cui potrebbe essere già prevedibile il probabile esito della gara. Si verificherebbe in tal caso una sostanziale violazione del principio di serietà e vincolatività dell'offerta, garantito, come è noto, anche dalla cauzione provvisoria.

### **3. Le novità in materia di verifiche sul possesso dei requisiti di partecipazione**

Un'altra importante novità procedurale introdotta dalla bozza di decreto correttivo riguarda le verifiche che la stazione appaltante deve eseguire

sull'effettivo possesso da parte dei concorrenti dei dichiarati requisiti di carattere generale richiesti dalla legge nonché i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali richiesti dal bando di gara.

Le modifiche apportate in sede di decreto correttivo sono tese con evidenza ad alleggerire gli oneri di verifica in capo alla stazione appaltante, pur se a discapito, sotto certi aspetti, della tutela dell'interesse pubblico della stazione appaltante medesima a stipulare con contraenti affidabili e seri.

Anche nel caso ora in esame, si sono susseguite differenti versioni: una prima che introduceva vistose semplificazioni soprattutto negli affidamenti sotto i 40mila euro, e una seconda, post consultazione, che corregge il tiro e introduce forme di semplificazione dei controlli più moderate.

Lo schema di decreto correttivo sostituisce innanzitutto il comma 5 dell'art. 36 del Codice<sup>5</sup>, con la seguente disposizione: <<nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate, la verifica dei requisiti avviene **esclusivamente 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 o nel bando di gara. Ai fini dell'aggiudicazione, **nei casi di cui al comma 2, lettera a), le stazioni appaltanti, relativamente ai requisiti di carattere generale, verificano esclusivamente il documento unico di regolarità contributiva (DURC) e quanto previsto dal comma 5, lettera b), dell'articolo 80>>.**

Occorre dire, in primo luogo, che questa proposta di modifica è rimasta tal quale anche nella versione dello schema scaturito dalla consultazione.

---

5. Il comma 5 dell'art. 36 attualmente vigente così recita: <<Ai fini dell'aggiudicazione, nei casi di cui al comma 2, lettere a) e b), le stazioni appaltanti verificano esclusivamente i requisiti di carattere generale mediante consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali richiesti nella lettera di invito o nel bando di gara>>.

Tale modifica introduce due sostanziali novità:

1) nelle procedure negoziate sotto soglia, ovvero quelle di cui all'art. 36, comma 2 lett. b), le stazioni appaltanti possono limitarsi ad effettuare le verifiche sul possesso dei requisiti di carattere generale solo con riferimento all'aggiudicatario e non anche agli altri concorrenti. Per inciso, scompare nel correttivo il riferimento alla Banca dati nazionale degli operatori economici, segno, questo, che forse si è ben lontani dalla sua realizzazione o che, addirittura, la sua realizzazione stessa è messa in forse, quantomeno nei termini in cui era stata inizialmente pensata dal legislatore delegato;

2) per gli affidamenti sotto i 40mila euro, è prevista l'ulteriore semplificazione di limitare l'onere di verifica da parte della stazione appaltante a due soli requisiti di carattere generale dell'aggiudicatario: la regolarità contributiva, da accertarsi mediante il DURC, e l'assenza dello stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo.

Nella prima versione elaborata dal Consiglio dei Ministri, come detto, si prevedeva una semplificazione ancora più spinta per gli affidamenti sotto i 40mila euro: si stabiliva infatti che le stazioni appaltanti dovessero svolgere le verifiche del possesso dei requisiti di carattere generale in capo agli aggiudicatari procedendo a campione. In altri termini, non tutti gli aggiudicatari dovevano essere sottoposti a verifica ma solo un campione di essi.

Il testo inizialmente adottato era infatti il seguente:

**Lo schema di decreto correttivo introduce importanti novità in tema di verifiche sul possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di carattere generale nonché dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali eventualmente richiesti dal bando di gara, che vanno nella direzione di un maggior alleggerimento e semplificazione degli oneri in capo alla stazione appaltante.**



<<nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, le stazioni appaltanti procedono a controlli a campione al fine di verificare l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, in capo agli aggiudicatari. Nei mercati elettronici di cui al comma 6, la verifica a campione di cui al periodo precedente è svolta, in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico>><sup>6</sup>.

Invero, la previsione di circoscrivere i controlli sul possesso dei requisiti di carattere generale ad un campione di aggiudicatari appare piuttosto rischioso e in contrasto con la ratio delle norme incidenti su tale istituto.

Procediamo con ordine: il possesso dei requisiti stabiliti dall'art. 80 è condizione necessaria ed

imprescindibile, come si evince dalla stessa norma, per stipulare contratti d'appalto con la pubblica amministrazione. Ciò significa che tali requisiti devono sussistere sempre e teoricamente andrebbero verificati sin dall'inizio. Per ragioni di celerità della procedura e in ossequio al principio di non aggravamento del procedimento, in fase di presentazione dell'offerta il legislatore

consente ai concorrenti di autodichiararne il possesso, rinviando ad un momento successivo l'effettivo controllo della veridicità di tali dichiarazioni.

Se la limitazione dei controlli al solo aggiudicatario pare essere effettivamente una semplificazione apprezzabile per le stazioni appaltanti e - contestualmente un buon compromesso rispetto

6. Quello riportato nel testo è la prima versione del comma 6-bis che lo schema di decreto correttivo aggiunge all'art. 36 del Codice degli appalti e delle concessioni.

alla necessità che chi stipula con l'Amministrazione debba possedere ab initio quei requisiti - lo stesso non può dirsi per l'ulteriore limitazione dei controlli ad una parte soltanto degli aggiudicatari, per gli affidamenti sotto i 40 mila euro.

Ci si troverebbe dinanzi a situazioni in cui gli aggiudicatari non verrebbero mai controllati oppure sarebbero controllati in un momento successivo all'esecuzione del contratto, il che, se si tratta ad esempio di un contratto ad esecuzione istantanea, vanifica completamente la ratio dell'art. 80 del Codice e lede in modo irreparabile l'interesse degli altri concorrenti non aggiudicatari.

Tale aspetto problematico non deve essere sfuggito agli operatori del settore e neppure al Governo, posto che, nella versione post consultazione dello schema di decreto correttivo, il comma 6-bis dell'art. 36 ha cambiato decisamente tenore. Ora il testo proposto è il seguente: <<nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore ai 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata a campione, in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5, quarto periodo>>.

Come si vede, è sparito il controllo a campione sugli aggiudicatari per tutte le procedure di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), cioè quelle sotto i 40mila euro, ma resta ferma la verifica del controllo dei soli due requisiti, ritenuti evidentemente più rilevanti dal legislatore, quali la regolarità contributiva e il requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. b).

Le verifiche a campione sugli aggiudicatari vengono circoscritte alle sole procedure svolte sui mercati elettronici ed è attribuita la competenza di tali

verifiche al soggetto responsabile dell'ammissione degli operatori economici al mercato elettronico medesimo, ovvero Consip o le centrali di committenza regionali, ad esempio.

Tale ultima previsione, peraltro già presente nel primo testo dello schema di decreto, pare molto opportuna, in quanto le stazioni appaltanti che si rivolgono ai mercati elettronici per affidare le proprie commesse, considerano tale strumento, per così dire, già validato e sicuro. Dover autonomamente procedere allo svolgimento delle verifiche sui concorrenti delle procedure espletate sul mercato elettronico è, sino ad ora, apparso un appesantimento del procedimento, in stridente contrasto con la celerità e la snellezza tanto apprezzate nell'uso dello strumento del mercato elettronico.

**Lo schema di decreto prevede – molto opportunamente - di attribuire la competenza sulle verifiche a campione sugli aggiudicatari delle procedure svolte sui mercati elettronici al soggetto responsabile dell'ammissione degli operatori economici al mercato elettronico medesimo, cioè Consip o le centrali di committenza regionali.**

Sempre in tema di verifica del possesso dei requisiti di carattere generale, si segnala il nuovo comma 2-bis dell'art. 94 del Codice, invero proposto ex novo solo dall'ultima versione della bozza di decreto correttivo. Il comma proposto così recita: <<nelle **procedure aperte**, le stazioni

appaltanti possono decidere di esaminare le offerte **prima** di verificare l'assenza dei motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi del presente Codice. Se si avvalgono di tale possibilità, le stazioni appaltanti garantiscono che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, **in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'art. 80 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dalla stazione appaltante**>>.

Sembrirebbe rispettato il principio sopra enunciato per cui i requisiti di cui all'art. 80 sono condizione

necessaria e imprescindibile per l'affidamento di un appalto ad un operatore economico, posto che si afferma espressamente che nessun appalto potrà essere aggiudicato ad operatore privo degli stessi. Tuttavia, non convince il fatto che, al fine di rispondere evidentemente a ragioni di celerità, si possa correre il rischio di complicare più che semplificare il procedimento, soprattutto a seconda del momento – più o meno avanzato - della procedura in cui si decida di svolgere la verifica e in cui possa emergere il mancato possesso dei requisiti, magari proprio in capo a colui che aveva presentato la migliore offerta.

In secondo luogo, non è chiaro come, quando e in che modo le stazioni appaltanti debbano garantire che la verifica venga fatta "in modo imparziale e trasparente".

**Nelle procedure di affidamento diretto, la stazione appaltante ha facoltà di non chiedere la cauzione provvisoria. E' inoltre prevista una riduzione dell'importo della stessa a favore delle micro, piccole e medie imprese, al fine di incentivarne la partecipazione alle procedure e ridurre gli oneri a loro carico.**



#### **4. Le altre novità procedurali introdotte dall'emanando decreto correttivo del Codice**

La numerosità delle novità introdotte dall'emanando decreto correttivo del Codice non consente di trattarle tutte in un unico contributo. Molte di esse sarebbero peraltro meritevoli di un approfondimento ad hoc.

Senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano alcune novità, rilevanti soprattutto per le imprese, introdotte in materia di garanzie.

In primo luogo, l'emanando decreto propone, con riguardo alle procedure di affidamento diretto di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), di lasciare

la facoltà alla stazione appaltante di non richiedere la cauzione provvisoria alle imprese concorrenti. Lo scopo è quello di alleggerire gli adempimenti in capo agli operatori economici e di rendere più agevole la partecipazione degli stessi alle procedure.

Tale novità appare apprezzabile sia dal punto di vista delle stazioni appaltanti, che potranno in essere una procedura più snella, che dal punto di vista degli operatori economici per i quali dover stipulare una cauzione provvisoria, e quindi sostenere un costo indipendentemente dall'esito della procedura, potrebbe avere effetti dissuasivi rispetto alla partecipazione.

Si tenga anche conto del fatto che, trattandosi di procedure sotto i 40mila euro, può facilmente

succedere che, per l'esiguità dell'importo o la tipologia delle prestazioni contrattuali oggetto dell'affidamento, magari ad esecuzione istantanea, chiedere la cauzione provvisoria potrebbe rivelarsi pressochè inutile o sproporzionato rispetto al valore dell'appalto.

Un'altra novità in tema di garanzie - apprezzabile perché volta a favorire la partecipazione delle PMI - è la previsione della riduzione del 50 per cento dell'importo della cauzione provvisoria, non solo in caso di possesso della certificazione di qualità, ma, in generale, laddove i concorrenti siano microimprese, piccole e medie imprese o raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese.

Un'altra proposta di modifica degna di nota è quella relativa all'art. 36 del Codice. Il Governo ha inteso di fatto recepire l'orientamento in tema di affidamenti diretti (di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 36) già espresso dall'ANAC nelle Linee guida in materia di affidamenti sotto soglia.

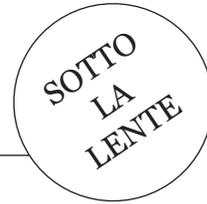
Si legge infatti nella bozza di decreto correttivo<sup>7</sup>:  
<<possono essere affidati dalla stazione appaltante direttamente tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti>>.

In altri termini, viene codificato quanto già ipotizzato dall'ANAC secondo cui, negli affidamenti diretti, non è necessario distinguere la prima determinazione a contrarre da un successivo, distinto, provvedimento che dia conto del procedimento di scelta del contraente e dell'esito dello stesso. Può essere sufficiente solo quest'ultimo atto, purché lo stesso sia completo nel descrivere il procedimento di scelta, anche se informale, posto in essere dalla stazione appaltante e soddisfi in tal modo il requisito dell'"adeguata motivazione" previsto dalla norma in tema di affidamento diretto.

7. Art. 19 della bozza di decreto correttivo nella versione post consultazione del 6 marzo scorso, che apporta modifiche all'art. 32 del Codice.

# Recenti orientamenti in tema di raggruppamenti di imprese «sovraabbondanti»

di Francesca Scura



## Premesse

Nella giurisprudenza e nella prassi è più volte emersa l'opportunità di fornire chiarimenti in relazione all'inserimento nei bandi di gara di clausole che escludono a monte la partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei di imprese («RTI») allorquando gli stessi siano costituiti da due o più imprese che singolarmente possiedono i requisiti economico-finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara (c.d. RTI o ATI «sovraabbondanti»).

In effetti, la funzione tipica nonché ratio fondamentale dell'istituto è quella di consentire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche a soggetti che, singolarmente considerati, non

possedendo i requisiti di legge e/o imposti dalla lex specialis, non potrebbero concorrere all'acquisizione di commesse. Attraverso l'aggregazione, invece, i soggetti di minori dimensioni ottengono di poter partecipare alla gara stessa comunque di presentare offerte competitive, superando la barriera rappresentata dalla richiesta di determinati requisiti che presuppongono soglie dimensionali rilevanti.

Nella prassi più recente, tuttavia, il ricorso all'istituto dei RTI non sempre risponde alla sua ratio originaria, ispirandosi piuttosto ad esigenze di coordinamento sinergico di operatori economici tali, in alcuni casi, da ridursi a mere strategie di spartizione del mercato, assumendo carattere collusivo ed anticoncorrenziale.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato<sup>1</sup> ritorna sul tema, affrontando la possibilità o meno per un'ATI sovraabbondante di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica.

Il Collegio ha ribadito che raggruppamenti di questo tipo non sono vietati in via generale dall'ordinamento, in ossequio al diritto europeo che predilige un orientamento favorevole alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, a prescindere dalla forma giuridica impiegata per l'aggregazione.

---

1. Sez. V, sentenza n. 560 dell'8 febbraio 2017.

## 1. I raggruppamenti temporanei nel nuovo Codice

I raggruppamenti temporanei di concorrenti sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici ("Codice", D.Lgs. 50/2016), che, nel definire l'«operatore economico», indica come tale anche il «raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese,...» (art. 3 lett. p).

In particolare è definito «raggruppamento temporaneo», ai sensi dell'art. 3 del Codice, un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta.

I raggruppamenti sono quindi considerati dal Codice come operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento, la cui peculiarità risiede nella circostanza che i relativi membri, prima della presentazione dell'offerta, conferiscono mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti (art. 45).

**I raggruppamenti sono considerati dal Codice dei contratti pubblici come operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento, la cui peculiarità risiede nella circostanza che i relativi membri, prima della presentazione dell'offerta, conferiscono mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti (art. 45).**

Consapevole della fisiologica temporaneità dei RTI, il legislatore prevede inoltre che le stazioni appaltanti possano imporre agli stessi, nei relativi atti di gara, di assumere una forma giuridica specifica (solitamente quella di una società di capitali) dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto stesso. Nel raggruppamento temporaneo, invece, la relativa costituzione non dà vita ad un nuovo soggetto dotato di personalità giuridica propria, quindi non diviene né centro di imputazione di rapporti distinto dalle singole imprese, né forma un patrimonio autonomo o fondo consortile.

Inoltre, a tutela delle esigenze di libera aggregazione tra imprese, il Codice, sempre all'art. 45, chiarisce che le stazioni appaltanti possono legittimamente richiedere agli RTI condizioni per l'esecuzione del contratto che siano diverse da quelle imposte ai partecipanti in forma singola, purché tali condizioni siano proporzionate e

giustificate da ragioni oggettive.

La disciplina dei RTI prosegue all'art. 48 del Codice, che distingue tra raggruppamenti verticali e quelli orizzontali<sup>2</sup> nei diversi casi riguardanti lavori o servizi. Di rilievo la previsione codicistica secondo cui l'offerta degli operatori economici raggruppati

2. V. commi 1 e 2: -"Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

- Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie."

determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. La previsione riguarda anche le società consortili, assimilate ai RTI, a questi fini, nonostante la forma societaria.

Ai fini della costituzione del RTI, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario. Il mandato, gratuito e irrevocabile, deve risultare da scrittura privata autenticata e la relativa procura è conferita al legale rappresentante del mandatario.

In caso di inadempimento dell'impresa mandataria il Codice prevede che, il consenso delle parti, sia ammessa la revoca del mandato al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti in linea con la responsabilità solidale sopra accennata.

Il nuovo Codice conferma, poi, la possibilità che l'offerta sia presentata da parte di RTI non ancora costituiti, prevedendo come accorgimento che l'offerta sia sottoscritta da tutti i membri che costituiranno il detto raggruppamento e contenga l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare sin dalla offerta come mandatario, il quale stipulerà il futuro contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

Quanto ai limiti espressamente previsti dal legislatore in ordine alla operatività del RTI, l'art. 48 del Codice menziona i seguenti:

- è vietata la partecipazione alla gara di una impresa in più di un raggruppamento temporaneo ovvero la partecipazione alla gara di una impresa in forma individuale qualora abbia partecipato alla stessa gara anche in raggruppamento;
- è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei RTI rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, a pena di annullamento dell'aggiudicazione o di nullità del contratto<sup>3</sup>.

Tali limitazioni - sebbene comportino apparentemente una restrizione alla libera partecipazione alle gare - sono ispirate a finalità di garanzia della concorrenza e di contrasto alle distorsioni concorrenziali. Mentre nel caso della modifica della composizione del RTI viene in rilievo il rischio di perdita dei requisiti per



3. Tuttavia, il Codice consente in alcuni casi (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia):

- i) che la stazione appaltante prosegua il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dal contratto;
- ii) che il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Inoltre è consentito il recesso di una o più imprese raggruppate sebbene solo per esigenze organizzative del RTI e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

l'esecuzione del contratto, nel primo caso, relativo al divieto di partecipare in forma singola e contemporaneamente come membro di un RTI ovvero come membro di due diversi RTI, risalta l'esigenza di prevenire possibili turbative connesse alla violazione dei principi di segretezza dell'offerta e par condicio dei concorrenti. E' evidente, infatti, che se lo stesso operatore economico partecipasse in diverse forme alla medesima gara potrebbe influenzare gli esiti della procedura<sup>4</sup>.

Nessun espresso divieto normativo riguarda però i raggruppamenti o le associazioni di impresa «sovrabbondanti».

## 2. Le indicazioni delle Autorità di settore

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici si sono, in più occasioni, occupate di ATI «sovrabbondanti». Dopo un primo orientamento restrittivo ha preso piede un approccio più favorevole all'utilizzo dello strumento dell'ATI.

L'Autorità Garante ha, in origine, invitato le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, a limitare la possibilità di associazione in ATI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. Ciò perché l'ATI, proprio in

quanto strumento di collaborazione tra le imprese, potrebbe facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale, stante la valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella Costituzione<sup>5</sup>.

L'AVCP ha allo stesso modo evidenziato come la costituzione di una ATI dalla connotazione macroscopicamente anticoncorrenziali si ponesse in piena violazione dell'articolo 101 del Trattato dell'Unione Europea, che vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza<sup>6</sup>.

Considerato il diffuso ricorso a clausole di automatica esclusione delle ATI sovrabbondanti da parte delle stazioni appaltanti, nell'incertezza normativa, l'Antitrust si è spinto oltre, tentando di individuare le condizioni di legittimità di simili clausole. E' stato quindi precisato che è legittimo procedere all'esclusione di ATI sovrabbondanti solo a seguito di un'analisi che tenga conto della concreta struttura e del mercato interessato, nonché di qualsivoglia altro elemento da cui potesse desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte<sup>7</sup>.

4. Come osservato in giurisprudenza e nella prassi, peraltro, il divieto in questione non opera nel caso di gara a più lotti: "il presupposto, quindi, per l'applicazione del divieto in esame è l'unicità della gara, a cui il medesimo soggetto concorre più volte, sebbene in forme diverse. Tale divieto, allora, non si applica nell'ipotesi - come quella in esame - in cui la stazione appaltante abbia suddiviso un appalto in lotti distinti ed abbia disciplinato i rispettivi affidamenti in maniera tale che gli stessi siano totalmente indipendenti gli uni dagli altri e privi di qualsivoglia reciproco condizionamento." (AVCP, Parere n. 218 del 21/12/2011).

5. V. AGCM, segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, BANDI PREDISPOSTI DALLA CONCESSIONARIA SERVIZI INFORMATICI PUBBLICI - CONSIP S.P.A..

6. V. AVCP, Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici.

7. V. AGCM, Comunicazione 23 dicembre 2014 Comunicazione avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrabbondanti" dalle gare pubbliche. In relazione all'inserimento di clausole esplicite di esclusione nel bando di gara, nella medesima segnalazione, l'Autorità ha suggerito tuttavia "l'adozione di un approccio più dinamico rispetto a quanto già suggerito in passato alle stazioni appaltanti", ritenendo che "la possibilità di escludere i raggruppamenti temporanei a seguito di un'analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché di qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, appare sicuramente più aderente alla ratio dell'articolo 101 TFUE e all'esigenza di tutelare gli acquisti pubblici dalle inefficienze ricollegabili a possibili comportamenti collusivi delle imprese".

L'ormai consolidato orientamento dell'Autorità pone quindi a fondamento della possibile inclusione di una clausola di esclusione del RTI «sovraabbondante», nonché della sua applicazione da parte della stazione appaltante, il principio di proporzionalità, riconoscendo la possibilità di escludere il raggruppamento solo ove questo, nel caso concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con l'art. 101 TFUE e/o con l'art. 2 L. n. 287/90.

Tentando di garantire un corretto bilanciamento tra i principi imposti dal diritto dell'Unione a tutela della libera concorrenza, da un lato, e la garanzia della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, dall'altro, l'Autorità per la Concorrenza ha quindi enucleato i casi (a suo parere tassativi) in cui l'inserimento nei bandi di gara di clausole escludenti la partecipazione di RTI «sovraabbondanti» deve ritenersi legittimo, quali quelli in cui la stazione appaltante:

- 1) espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto, quali la natura del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento;
- 2) preveda che l'esclusione del RTI non possa essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento;
- 3) disponga che la valutazione della stazione

appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni – in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto – che le imprese partecipanti al RTI forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante.

L'approccio dell'Antitrust è stato fatto proprio dall'ANAC, che ha chiarito come debba ritenersi sempre consentita la possibilità di costituire ATI, anche di tipo «sovraabbondante», e come l'eventuale esclusione della stessa non possa mai operare in via automatica. Qualora la stazione appaltante ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, questa ha l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi

**L'Autorità Antitrust ha chiarito che le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando di gara l'esclusione delle ATI sovraabbondanti solo se giustificata in relazione allo specifico contesto della gara al mercato di riferimento e purché l'esclusione non sia automatica bensì segua ad una dimostrazione del concreto rischio di intesa anticoncorrenziale tra i membri dell'ATI e alla valutazione di eventuali controdeduzioni degli interessati.**



non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento in ragione del valore, della dimensione o della tipologia del contratto. Esaminando tali valutazioni, la stazione appaltante dovrà quindi accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo potrà essere disposta l'esclusione dalla gara<sup>8</sup>.

8. ANAC, Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014, Indicazioni in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovraabbondanti".

### 3. L'orientamento della giurisprudenza

Le segnalazioni dell'Autorità Antitrust e dell'ANAC circa i fenomeni collusivi potenzialmente sottesi allo strumento del RTI hanno parallelamente sollecitato alcuni interventi giurisprudenziali maggiormente sensibili al tema della tutela della concorrenza. Il giudice amministrativo ha ritenuto illegittima la costituzione ex ante di ATI a prescindere da ogni esigenza reale ed effettiva di integrazione dei requisiti previsti dai bandi di gara, laddove parte di un contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e macroaggregazioni aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese per fini anticoncorrenziali più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta<sup>9</sup>.

Secondo la giurisprudenza amministrativa non è il sovradimensionamento dell'ATI in sé ad essere illecito, ma l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'ATI in sé lecito. Nel solco di questo orientamento, il Consiglio di Stato, ha affermato la necessità di una verifica in concreto

**Secondo la giurisprudenza, non è il sovradimensionamento dell'ATI in sé ad essere illecito, ma l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'ATI in sé lecito.**



attraverso l'individuazione dell'effettiva causa dell'accordo di raggruppamento temporaneo, da intendersi non come astratta funzione economico-sociale, ma come giustificazione dell'operazione economica posta in essere<sup>10</sup>.

La giurisprudenza non ha quindi esitato nel richiamare le comunicazioni delle Autorità di settore in merito alle condizioni necessarie ai fini della legittimità delle clausole di gara escludenti le ATI «sovrabbondanti».

In particolare, sul piano processuale, il giudice amministrativo ha rimesso al ricorrente (che contestava la partecipazione alla gara di una

ATI a suo avviso «sovrabbondante») l'onere di provare il carattere «anticoncorrenziale» del raggruppamento, richiedendo che le censure in proposito non fossero meramente generiche ma precise e supportate da una analisi in ordine alle caratteristiche del mercato di riferimento,

ritenuta logicamente preliminare all'individuazione di possibili intese e/o comportamenti vietati<sup>11</sup>.

Il ricorrente, per dare corpo alle proprie

9. V. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067, secondo cui "Nel caso di specie, la costituzione di ATI sovradimensionate rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara, viene ad inserirsi in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e "macroaggregazioni", aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese in vista della stagione di gare attese all'indomani dell'avvio del processo di liberalizzazione nel peculiare settore dei servizi idrici integrati. Di tale interesse industriale, o comunque dell'esistenza di obiettive ragioni di carattere tecnico – organizzativo sottese alla partecipazione in ATI alle gare, tali da vincere la forza probatoria derivante dalla elaborazione di regole di comportamento ex ante, del tutto avulse dalle caratteristiche dei bandi e destinate ad operare indipendentemente dai requisiti di volta in volta richiesti, non è stata data evidenza neanche in sede di ricorso, dato che le dimensioni economiche delle società coinvolte avrebbero consentito il soddisfacimento dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale richieste dai bandi di gara. ....".

10. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047.

11. Cfr. TAR Lazio, sez. II 27/1/2017, n. 1429 nel senso che « ... se è vero che l'ordinamento in generale non vieta il c.d. Rti sovrabbondante, è anche vero che i comportamenti lesivi della concorrenza ben possono essere posti in essere attraverso un uso di facoltà e/o diritti riconosciuti dall'ordinamento dei quali si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale sono attribuiti. In ogni caso, occorre la verifica in concreto del possibile utilizzo del raggruppamento a fini anticoncorrenziali, «attraverso l'individuazione dell'effettiva causa dell'accordo concluso tra le parti, da intendersi non come astratta funzione economico-sociale ma come giustificazione dell'operazione economica posta in essere».

argomentazioni volte ad attaccare la partecipazione del RTI, pertanto dovrebbe, ad avviso del giudice amministrativo, fornire un principio di prova in ordine al fatto che l'aggregazione delle imprese confluite nel raggruppamento sia stata determinata solo da finalità di restrizione della concorrenza e non dallo scopo di formulare una offerta forte dell'apporto di molteplici competenze e professionalità, funzionali all'ottimale espletamento dell'appalto.

Dalla recente giurisprudenza citata si desume quindi la legittimità della partecipazione alla gara di un RTI, sebbene «sovrabbondante», la cui costituzione sia utile al confezionamento di un'offerta competitiva. Tale circostanza è considerata dal TAR come idonea, di per sé, ad escludere la sussistenza della mera finalità anticoncorrenziale del raggruppamento.

#### 4. La conferma del Consiglio di Stato

La controversia all'attenzione del Consiglio di Stato (sez. V, sentenza dello scorso 8/2/2017 n. 560) ha riguardato la procedura di gara indetta dall'Agenzia delle Entrate per l'affidamento triennale (secondo il criterio del prezzo più basso) dei servizi di stampa e recapito della corrispondenza.

All'esito della gara, aggiudicata ad un RTI, il concorrente secondo in graduatoria ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR Lazio, che ha, tuttavia, respinto i motivi di ricorso.

Il ricorrente ha quindi proposto appello al Consiglio di Stato, sostenendo, in particolare, l'illegittimità della composizione del RTI aggiudicatario, che avrebbe dovuto essere escluso sul presupposto che:

i) l'impresa mandante sarebbe in possesso di requisiti di partecipazione (di capacità economico-finanziaria) in misura maggioritaria rispetto alla mandataria nell'ambito del RTI, in asserita violazione di quanto disposto dall'art. 275, comma

2, del D.P.R. n. 207 del 2010 (Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici) e

ii) ciascuno di questi soggetti sarebbe autonomamente in possesso della totalità dei requisiti richiesti dalla lex specialis per partecipare alla gara, dando luogo ad un «raggruppamento sovrabbondante», in violazione del principio di libera concorrenza, di particolare importanza negli appalti nei cd. settori speciali.

Il Consiglio di Stato ha rigettato tale censura, confermando la decisione del TAR e, per l'effetto, l'aggiudicazione in favore del RTI.

Quanto al primo profilo, il Giudice amministrativo osserva invero che l'espressione «in misura maggioritaria» di cui all'art. 275, comma 2, del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici (applicabile ratione temporis) riguarda l'esecuzione delle prestazioni da parte della mandataria, e non anche il possesso dei requisiti. La disposizione infatti è volta ad evitare che la mandataria possa assumere, all'interno del raggruppamento, una posizione secondaria nell'esecuzione della prestazione.

Con riguardo, poi, al raggruppamento «sovrabbondante», il Consiglio di Stato evidenzia come un siffatto raggruppamento non sia vietato in via generale dall'ordinamento, anche in considerazione del favor del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione<sup>12</sup>. La circostanza che i raggruppamenti siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude nel caso specifico la loro contrarietà alle regole di concorrenza allorché risulti che la causa concreta degli stessi sia illecita perché volta a definire un assetto contrario a norme imperative.

Il raggruppamento in questione avrebbe potuto e dovuto essere escluso solo ove il ricorrente avesse dimostrato in concreto che la partecipazione dello stesso raggruppamento nella forma prescelta ha

12. Nello stesso senso in precedenza il Consiglio di Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842.

determinato un effetto anticoncorrenziale (non meramente potenziale o ipotetico). Peraltro, nel caso di specie, la prova della presunta anticoncorrenzialità del RTI aggiudicatario sarebbe stata ardua posto che – come osserva il Supremo Giudice amministrativo – i singoli membri del raggruppamento non sarebbero stati in grado di prendere parte singolarmente alla gara in quanto, pur possedendo ciascuno di essi, in via autonoma, i requisiti di partecipazione, sarebbero incorsi nel divieto di partecipazione previsto dal Codice, intercorrendo tra gli stessi un rapporto di collegamento societario.

Il fatto che la partecipazione da parte di RTI «sovraabbondanti» non fosse nel caso di specie espressamente preclusa dagli atti di gara ha consentito al Collegio di non affrontare la spinosa questione della ammissibilità o meno di clausole di gara che precludano la partecipazione di siffatti RTI.

**Il raggruppamento «sovraabbondante», secondo il Consiglio di Stato, non è vietato in via generale dall'ordinamento, anche in considerazione del favor del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica dei soggetti riuniti, salvo che se ne dimostri in concreto il carattere anticoncorrenziale.**



## 5. Conclusioni

Lo stato della attuale normativa e prassi giurisprudenziale non consente di dedurre l'esistenza, nell'ordinamento, di un divieto generalizzato di partecipazione a carico delle ATI sovraabbondanti, né riconosce in capo alla stazione appaltante il potere di escludere automaticamente dalla gara un'ATI di questo tipo<sup>13</sup>.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte appare quindi arduo sostenere la legittimità di una clausola di gara che contempra l'esclusione automatica delle

ATI sovraabbondanti, la quale sarebbe certamente esposta al rischio di impugnativa giurisdizionale. L'assenza sul punto di un divieto di legge in ordine alla partecipazione delle ATI «sovraabbondanti» potrebbe, peraltro, contrastare con il principio di tassatività delle cause di esclusione confermato anche dal nuovo Codice, ai

sensi del quale i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti, a pena di nullità<sup>14</sup>.

13. Nello specifico settore dei servizi pubblici, in passato, il legislatore si è dimostrato sensibile al tema consentendo espressamente agli enti affidanti di porre un limite alla ATI sovraabbondanti: il comma 3 lett. d) del D.P.R. n. 168 del 2010 - attuativo dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008 – è stato tuttavia abrogato e non si rinvencono norme di analogo tenore nell'ordinamento. Esso consentiva alle stazioni appaltanti di "prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento".

14. V. art. 83, comma 8 "Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle."

Le perplessità riguardano allora la legittimità di clausole di gara che prevedano l'operatività di un simile divieto di partecipazione laddove si dimostri, in concreto, l'effetto anticoncorrenziale dell'ATI «sovrrabbondante»<sup>15</sup>. Tali clausole appaiono, da un lato, formalmente in linea con quanto espresso dalle Autorità di settore e dal Consiglio di Stato; dall'altro, ancorandosi a concetti di rischio «potenziale» di distorsione del mercato e a valutazioni prognostiche (forse non propriamente rientranti nelle competenze della stazione appaltante o dei concorrenti, ma, piuttosto, dell'Autorità Antitrust), rischiano di determinare giudizi scarsamente oggettivi, la cui attendibilità, in quanto presumibile fonte di contenzioso, in ultima istanza è rimessa al giudice amministrativo.

---

15. Si veda, ad esempio, la clausola prevista al par. 21.5 della Normativa generale inerente il sistema di qualificazione adottato dalla Agenzia per il trasporto pubblico di Torino dal seguente tenore: "La presentazione di offerte in forma raggruppata da parte di soggetti qualificati, già in possesso, singolarmente, dei requisiti di partecipazione, potrà, tuttavia, essere vietata dalla lettera d'invito, qualora per le particolari condizioni di mercato, possa di fatto comportare una limitazione della concorrenza."

# L'onere di suddividere in lotti gli appalti pubblici "incastrato" tra obblighi e discrezionalità. La giurisprudenza definisce i contorni del nuovo art. 51

di Giuseppe Totino ed Emanuela Pellicciotti

IL  
PUN  
TO

## Premesse

L'art. 30, comma 1, del Nuovo Codice, analogamente a quanto era previsto dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006, oltre ad indicare che le procedure d'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni debbano garantire la qualità delle prestazioni, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo in termini di efficienza ed efficacia delle risorse pubbliche), ha altresì specificato che le stazioni appaltanti debbano rispettare i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché di pubblicità

(principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Queste le due anime del Codice, entrambe protese verso un comune denominatore: la tutela dell'interesse pubblico.

Uno degli strumenti di concreta attuazione dei principi anzi espressi e condivisi dal Nuovo Codice è la suddivisione in lotti degli appalti di maggiori dimensioni, già prevista dal comma 1-bis del citato art. 2 del vecchio codice, a mente del quale le stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, dovevano suddividere gli appalti in lotti funzionali.

**Le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139.**



L'art. 51 del nuovo codice stabilisce non solo che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ... in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture", ma anche che "nel caso di suddivisione

in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro imprese, piccole e medie imprese".

La norma oggi vigente, pertanto, rende evidente quale sia lo scopo ultimo, secondo la *ratio* che permea la norma medesima, della ripartizione in lotti degli appalti di maggiori dimensioni: favorire l'accesso al mercato delle commesse pubbliche anche alle piccole e medie imprese, in coerenza con il considerando 78 della Diretta 24/2014 che chiaramente indicava che: *A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti.*

D'altro canto, come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione, anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità (cfr. sul punto, con riguardo alla suddivisione in lotti: Cons. Stato, III, 23 gennaio 2017, n. 272), oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria; non mancando conseguentemente interpretazioni divergenti che, solo di recente, hanno mostrato invece di tracciare un orientamento condiviso.

Come avremo modo di intuire dall'esegesi della più recente giurisprudenza, il punto di approdo ermeneutico dell'art. 51 del Nuovo Codice cui la stesa è giunta, sembra rinvenirsi nella circoscrizione del grado di discrezionalità anzi

citato, da qualificarsi meno esteso rispetto a quello vigente durante la vigenza del vecchio codice.

### 1. Le posizioni dell'Antitrust e dell'Autorità Anticorruzione

Da tempo, ormai, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha definito la propria posizione in ordine alla suddivisione in lotti delle gare pubbliche, già a partire dal 28 ottobre 2011, con il convegno sul tema "Concorrenza e partecipazione negli appalti pubblici".

Negli atti congressuali, infatti, si evidenzia che la tutela della concorrenza deve *presiedere l'intera genesi della procedura competitiva, sin dall'organizzazione della gara*, consapevole che *la legislazione abbia difficoltà nel garantire rigore, concorrenza ed allo stesso tempo flessibilità e celerità* (intervento prof. Clarich e prof. Fiorentino).

Il Presidente Antonio Catricalà, ricordava che *il Libro Verde discute diverse possibili misure per facilitare l'accesso al mercato alle PMI, quali: l'obbligatorietà della suddivisione in lotti e l'introduzione di limiti massimi al fatturato richiesto alle imprese per dimostrare la capacità finanziaria (la posizione dell'Autorità è, a riguardo, quella di evitare requisiti di fatturato ingiustificatamente restrittivi).*

*La prassi dell'antitrust è favorevole alla suddivisione in lotti ma tuttavia con due limitazioni: i) il numero dei lotti dovrebbe essere sempre inferiore al numero di imprese che si presume potranno partecipare alla gara; ii) l'introduzione nei bandi di una clausola tale da vincolare le imprese a presentarsi nei vari lotti sempre nella stessa*

**Le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139.**



forma, associata o singola, come strumento utile ad evitare comportamenti strategici concordati tra le imprese partecipanti alla gara.

Ancor prima, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la segnalazione 31 gennaio 2001, AS226 aveva osservato che: "la procedura ad evidenza pubblica, nell'ottica comunitaria, è il meccanismo attraverso il quale viene soddisfatta l'esigenza concorrenziale. In termini generali si parla di concorrenza nel mercato per indicare la situazione ottimale nella quale le imprese possono competere liberamente nella produzione del bene o nell'erogazione di un servizio. Quando - come nelle commesse delle pubbliche amministrazioni, caratterizzate di regola dall'unicità del fornitore - ciò è irrealizzabile, l'esigenza concorrenziale può essere perseguita regolando attraverso la procedura ad evidenza pubblica l'accesso al mercato dell'unico operatore possibile. Si parla in questo caso di concorrenza "per" il mercato. Nell'ottica di evitare ostacoli alla concorrenza, diventa, dunque, cruciale la strutturazione della gara (la cd. auction design) da parte della singola

stazione appaltante che deve individuare l'oggetto della gara, la procedura di affidamento, i requisiti di ammissione e il criterio di aggiudicazione. Questa attività è presidiata anzitutto dalle regole generali ed astratte del Codice dei contratti pubblici. La regolazione di rango primario lascia però fisiologicamente spazi di intervento discrezionale alla stazione appaltante, dalla quale dipenderà dunque, in ultima analisi, la corretta conformazione pro concorrenziale di ciascuna procedura di gara".

In tal senso, sempre l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la segnalazione AS187 del 17 dicembre 1999, ricorda che: "la definizione dell'oggetto contrattuale è funzionale

alla individuazione del bene, servizio o opera che possa in modo ottimale rispondere alle esigenze della pubblica amministrazione e, quindi, della collettività. Una scorretta - o a volte consapevolmente subdola - definizione di esso può condurre, in un'ottica concorrenziale, ad una delimitazione impropria del mercato rilevante, ossia dell'ambito merceologico o geografico entro il quale gli operatori economici competono per aggiudicarsi la gara."

In tempi più recenti, con il provvedimento AS1197/2015, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è pronunciata in ordine ai contenuti dei bandi di gara e dei contratti di servizio per il trasporto pubblico locale, focalizzandosi su alcune criticità che comprendono anche la mancanza di suddivisione in lotti che, ad avviso dell'A.G.C.M., ostacola l'espletamento di procedure competitive imparziali ed efficienti.

Infatti, la prima criticità evidenziata nel parere dell'Autorità sta nel fatto che, in molti casi, gli obiettivi di miglioramento delle condizioni concorrenziali nelle gare del Tpl

rischiano di essere vanificati per le criticità concorrenziali connesse con lo svolgimento di gare a lotto unico, soprattutto laddove il lotto è particolarmente ampio poiché coincidente con l'intero bacino regionale.

Tale configurazione organizzativa - che nel trasporto pubblico locale non è giustificata da ragioni di efficienza, per le ridotte economie di scala che detta scelta comporta - si traduce il più delle volte in un indebito vantaggio per l'incumbent, e agevola fenomeni di aggregazione tra gli operatori.

In relazione a ciò, l'Autorità ha osservato che l'individuazione di un numero di lotti superiore al

**La prassi dell'antitrust è favorevole alla suddivisione in lotti ma tuttavia con due limitazioni: i) il numero dei lotti dovrebbe essere sempre inferiore al numero di imprese che si presume potranno partecipare alla gara; ii) l'introduzione nei bandi di una clausola tale da vincolare le imprese a presentarsi nei vari lotti sempre nella stessa forma, associata o singola, come strumento utile ad evitare comportamenti strategici concordati tra le imprese partecipanti alla gara.**



*bacino di programmazione è condizione necessaria (...) per garantire la più ampia contendibilità delle gare, che sarebbero altrimenti riservate a pochissimi partecipanti»; di qui l'auspicio che l'atto di regolazione predisposto dall'Autorità dei trasporti riconsideri la tematica dei lotti in rapporto ai bacini di programmazione.*

A tal riguardo va rilevato che in passato l'AGCM ha evidenziato che - in alcuni casi - la suddivisione in lotti può avere effetti positivi per la concorrenza. In particolare, ciò si verifica se il numero dei lotti sia determinato in modo tale da risultare sempre inferiore al numero dei partecipanti alla gara. Ciò, peraltro, pone a carico della stazione appaltante l'onere di una attenta considerazione delle caratteristiche e della struttura dei mercati di riferimento, volta ad una determinazione del numero dei lotti che tenga conto, caso per caso e nei limiti delle informazioni disponibili, del numero e delle dimensioni degli operatori che prenderanno parte alle gare (vds. A.G.C.M. segnalazione AS251 del 7 febbraio 2003).

Anche l'Autorità Nazionale Anti Corruzione si è pronunciata a più riprese sul tema della suddivisione in lotti delle commesse pubbliche, in coerenza con i principi enunciati dalle norme e dalla giurisprudenza comunitarie.

Nel parere AG 18/12 del 13 settembre 2012, l'allora A.V.C.P. ricordava - quanto alle norme che, nel tempo, hanno disciplinato le condizioni di ammissibilità e l'ambito di applicazione della suddivisione in lotti dell'appalto pubblico - che la suddivisione in lotti di un appalto, dunque, afferisce all'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, ma il concreto esercizio di tale potere deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti nella procedura di affidamento degli appalti pubblici e non deve determinare una sostanziale violazione

dei principi di libera concorrenza, par condicio e non discriminazione, posti dall'art. 2 del Codice (Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101)

L'istituto della suddivisione dell'appalto in lotti è stato oggetto di recenti interventi legislativi che, nell'intento di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche, hanno dato allo stesso un nuovo impulso.

In particolare, l'art. 13, comma 2, lett. a) della L. 11 novembre 2011, n. 180, recante "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese" prevede che le stazioni appaltanti provvedono a suddividere gli appalti in lotti o lavorazioni "nel rispetto di quanto previsto dall'art. 29 del Codice dei contratti pubblici". Tale norma costituisce uno degli strumenti ideati dal legislatore italiano per garantire la piena applicazione della Comunicazione della Commissione europea COM (2008) 394

**Il frazionamento dell'appalto è qualificato come doveroso se diretto a favorire l'accesso alla commessa pubblica delle piccole e medie imprese, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà motivare anche con riferimento a tale aspetto, valorizzando la suddivisione in lotti sotto il profilo teleologico.**



definitivo, del 25 giugno 2008, diretta a costituire una "corsia preferenziale per la piccola impresa" (Small Business Act per l'Europa).

In attuazione delle linee programmatiche dettate dallo Statuto delle imprese, l'art. 44, comma 7 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella L. 22 dicembre 2011, n. 214, ha aggiunto il comma 1-bis all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, imponendo alle stazioni appaltanti, al fine di favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, di suddividere gli appalti in lotti funzionali, "ove possibile ed economicamente conveniente" e comunque nel rispetto della disciplina comunitaria.

Tale norma, significativamente collocata tra i principi che presiedono all'affidamento e alla esecuzione dei contratti pubblici, esprime tutto il favor del legislatore per il frazionamento degli appalti, evidenziato da una previsione operante

*nel settore dei lavori, dei servizi e delle forniture.*

*La suddivisione in lotti, poi, è stata formulata in termini di doverosità se diretta a favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese. ... 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 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 norma in esame, quindi, da un lato favorisce la suddivisione in lotti e dall'altro intensifica l'onere motivazionale delle stazioni appaltanti, che dovranno espressamente giustificare l'articolazione dell'appalto con riferimento alle condizioni poste dal Codice.*

*Il frazionamento dell'appalto è qualificato come doveroso se diretto a favorire l'accesso alla commessa pubblica delle piccole e medie imprese, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà motivare anche con riferimento a tale aspetto, valorizzando la suddivisione in lotti sotto il profilo teleologico.*

*Aggiunge l'Autorità che: La stazione appaltante assume che l'esigenza di suddividere l'appalto in lotti dipende dalla natura dei beni oggetto della fornitura (alimenti freschi), dalla tempistica delle consegne (un'ora dall'ordine), dalla volontà di favorire le piccole imprese. Il Comune istante riferisce che tali piccole imprese sarebbero le uniche a poter fornire i prodotti freschi, ma si troverebbero nell'impossibilità di eseguire tempestivamente le consegne in tutti gli asili comunali, essendo essi dislocati in una vasta estensione territoriale.*

*E' interessante, inoltre, segnalare quanto stigmatizzato in tempi assai vicini dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione con il Comunicato del 14 settembre 2016, avente ad oggetto "Indicazioni*

*operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in materia di affidamento di servizi sociali".*

*Come già evidenziato dall'Autorità con la determinazione n. 32/2016 recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", l'esigenza di soddisfare bisogni complessi dell'utenza non giustifica la scelta di affidare l'intero servizio a un unico operatore. Il rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione impone, infatti, l'adozione di accorgimenti che consentano, in ogni caso, la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. Ciò anche nei casi in cui sia previsto lo svolgimento contestuale di una molteplicità di prestazioni (es. accoglienza dei richiedenti protezione internazionale), oppure la medesima prestazione debba essere eseguita con modalità differenziate per adeguarla ai bisogni di diverse tipologie di utenti finali (es. assistenza domiciliare rivolta ad anziani, disabili, malati terminali).*

*Sulla base di tali considerazioni, per consentire il superamento delle criticità emerse nell'affidamento di servizi sociali complessi, si ribadisce la necessità che le stazioni appaltanti provvedano alla suddivisione dell'appalto in lotti funzionali o prestazionali, rammentando l'obbligo statuito in tal senso dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016. Inoltre, si richiama l'attenzione sull'efficacia, ai fini dell'apertura alla concorrenza, di ulteriori strumenti, utili ad agevolare la partecipazione degli operatori alle procedure di affidamento, quali l'avvalimento dei requisiti di partecipazione, il ricorso al subappalto e la partecipazione in forma raggruppata.*

## **2. La recente giurisprudenza sull'art. 51 del Nuovo Codice**

*Ribadisce il TAR Firenze, 12.12.2016 con la sentenza n. 1755, che l'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha mantenuto e in parte rafforzato il principio della "suddivisione in lotti", posto in essere "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e*

medie imprese" alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Deve tuttavia evidenziarsi che, anche nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti e inderogabili, giacché il medesimo art. 51, al comma 1, secondo periodo, afferma che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera d'invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139".

Il principio della "suddivisione in lotti" può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata; residua tuttavia la necessità di comprendere le indicazioni che l'ordinamento fornisca in ordine ai valori o interessi nel perseguimento dei quali la deroga può avvenire, giacché la regolamentazione procedimentale (obbligo di motivazione), pur significativa e importante, non copre lo spazio ancor più rilevante della legalità sostanziale e cioè della scelta del temperamento degli interessi pubblici contrapposti.

Continua il TAR Firenze: la risposta al quesito pare rinvenibile dall'esame della disciplina europea, di cui quella nazionale costituisce recepimento. Il n. 78 della direttiva 2014/24/UE, occupandosi della questione, dopo aver posto in evidenza la necessità di garantire la partecipazione delle PMI alle gare pubbliche e il correlato strumento della suddivisione in lotti, si occupa anche della possibile scelta della stazione appaltante di non procedere all'articolazione in lotti e, oltre a prevedere la necessità di motivazione, si spinge anche a considerare le possibili ragioni giustificative di una tale scelta: evidenzia quindi 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".

Tra gli interessi che possono essere valorizzati

dalle stazioni appaltanti per non procedere alla suddivisione in lotti vi è dunque anche quello dei costi cui la suddivisione in lotti può condurre. Ecco che già a livello europeo compare la tensione tra i due contrapposti obiettivi costituiti, da un lato, dalla finalità di garantire la partecipazione delle PMI alle gare d'appalto, con conseguente loro suddivisione in lotti di importo limitato, e, dall'altro, della finalità di garantire razionalizzazione e contenimento della spesa attraverso la centralizzazione e aggregazione delle gare medesime.

In coerenza con tale preoccupazione, il Consiglio di Stato da sempre ha ricordato che: la suddivisione in lotti prospettata appare legittima, ma la stazione appaltante dovrà curare con molta attenzione il corredo motivazionale della determina a contrarre. ... Il frazionamento in più lotti, infatti, può essere legittimamente previsto anche per ragioni puramente organizzative, ma comunque nel sostanziale rispetto delle regole della concorrenza e di apertura delle gare al più ampio numero di partecipanti (Cons. St., sez. V, 10 maggio 2005, n.2346).

Sotto altro profilo è stato poi chiarito che l'amministrazione dovrà, tuttavia, valutare con prudenza la suddivisione in lotti, in considerazione dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'estensione del territorio comunale non costituisce un ostacolo alla gestione unitaria dell'appalto e non può di per sé sola giustificare il frazionamento (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2803).

Infatti, come ricordato in premessa, la giurisprudenza ha ritenuto che la norma affida alla discrezionalità dell'Amministrazione la scelta in ordine alla suddivisione in lotti, censurabile solo ove emerga che l'appalto non assuma un carattere unitario (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16/3/2016 n. 1081: "D'altra parte, costituisce orientamento consolidato, da cui non sussistono giustificati motivi per qui discostarsi (cfr. Cons. St., sez. VI, n. 2682 del 2015), che l'opzione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è espressiva di scelta discrezionale non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui - come quello in esame - l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto ...").

Ad avviso del TAR Napoli, 01.12.2016 n. 5550, tale conclusione deve essere mantenuta ferma e va ribadita con riferimento alla nuova norma, non essendovi ragioni per ritenere che il d.lgs. n. 50 del 2016 abbia inteso limitare la discrezionalità della P.A. (trattandosi in sostanza della riformulazione della stessa norma, nella quale peraltro scompare la proposizione assertiva – “devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali” – che contraddistingueva la norma previgente).

### 3. Conclusioni

Sono quindi evidenti le due “anime” della normativa sostanziale che governa la suddivisione in lotti: il contingentamento della spesa pubblica e la tutela della concorrenza.

In linea di massima, tali due principi possono e devono essere perseguite contemporaneamente, atteso che la massima partecipazione alla gara è funzionale alla realizzazione di entrambe le finalità.

In definitiva, la matrice volta a stimolare la concorrenza, sia attraverso la massima partecipazione possibile alle gare sia anche garantendo una più elevata possibilità che le imprese di piccole e medie dimensioni possano risultare aggiudicatarie, caratterizza tutta la normativa europea in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, il nuovo codice nazionale degli appalti pubblici e delle concessioni.

D’altro canto il <considerando> n. 78 della direttiva 2014/24/UE, sottolinea come la scelta di non procedere alla suddivisione debba essere motivata adeguatamente ed evidenzia quindi 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”*.

Pertanto a livello europeo compare la tensione tra i due contrapposti obiettivi costituiti, da un lato, dalla finalità di garantire la partecipazione delle PMI alle gare d’appalto, con conseguente loro suddivisione in lotti di importo limitato, e, dall’altro, della finalità di garantire razionalizzazione e contenimento della spesa attraverso la centralizzazione e aggregazione delle gare medesime.

All’interno di questo crinale si insinua la discrezionalità dell’amministrazione appaltante, onerata di un congruo bilanciamento tra gli interessi contrapposti anzi descritti, cui deve fare da specchio una istruttoria e motivazione coerenti con la decisione adottata.

Cionondimeno, nonostante la connaturata contrapposizione di esigenze e principi che permea la materia, appare chiaro come la suddivisione in lotti debba essere considerato ormai come principio generale, derogabile esclusivamente in casi adeguatamente motivati da circostanze ben identificabili.

Sarà onere della singola amministrazione, pertanto, rendere immune da illogicità e manifeste incongruenze l’iter logico che ha condotto alla scelta di non procedere alla suddivisione, in difetto, il bando di gara potrebbe essere paritorito con un vizio di legittimità originario impugnabile dinanzi al G.A. direttamente, qualificandosi, tale vizio, come direttamente escludente di PMI che intendessero partecipare alla gara non suddivisa.

# Le modalità applicative del D.P.R. 642/1972 ai rapporti formalizzati in base alle modalità previste dal Codice dei Contratti pubblici. L'imposta di bollo applicata alla produzione, richiesta o presentazioni di determinati documenti

di Beatrice Corradi

## 1. L'imposta di bollo. Inquadramento

L'imposto di bollo rappresenta una fonte di entrate di notevole importanza. Secondo quanto risulta dal Bollettino delle Entrate tributarie del MEF, per il periodo gennaio - dicembre 2014, l'introito di questo tributo ammontava, ad esempio, a 7.933 milioni di Euro. L'imposta di bollo colpisce il documento e non l'atto, la stessa è dovuta anche quando l'atto risulta viziato, annullabile o addirittura nullo. La relativa importanza è anche connessa alle disposizioni codicistiche in materia di tenuta dei libri giornale e degli inventari.

Le istanze ed il conseguente rilascio di un provvedimento o di una certificazione sono

assoggettate all'imposta di bollo, la quale è dovuta fin dall'origine per gli atti ed i documenti amministrativi. Per gli atti e documenti soggetti a bollo solo in caso d'uso (la legge elenca i casi, nella parte seconda della tariffa allegata al decreto istitutivo, ad esempio ricevute e documenti concernenti ricevimento di denaro, scritture private che non abbiano per oggetto locazioni, ecc.), l'imposta è dovuta al momento in cui si fa uso dell'atto.

**Secondo l'art. 1 del dpr 642/72 sono soggetti all'imposta di bollo, gli atti, i documenti e i registri indicanti nella annessa tariffa. Secondo l'art. 2, l'imposta di bollo è dovuta fin dall'origine, per gli atti, i documenti e i registri indicati nella parte prima della tariffa, se formati nello Stato, ed in caso d'uso, per quelli indicati nella parte seconda. L'articolo 22 enuncia un principio di solidarietà rispetto all'assolvimento dell'imposta.**



Sulle istanze che prevedono "l'emanazione di un provvedimento amministrativo" deve essere apposta una marca da bollo da 16 €, così come previsto dal Decreto del Presidente della Repubblica 26/10/1972, n. 642 e dall'articolo 7-bis del Decreto Legge 26/04/2013. Per "apporla" occorre

semplicemente acquistare una marca da bollo destinata esclusivamente alla presentazione dell'istanza:

*“Sono soggetti all’imposta di bollo gli atti, i documenti e i registri indicati nell’annessa tariffa. Le disposizioni del presente decreto non si applicano agli atti legislativi e, se non espressamente previsti nella tariffa, agli atti amministrativi dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni e loro consorzi.”*

L’articolo 22 del citato decreto, enuncia un principio di solidarietà rispetto all’assolvimento dell’imposta.

Sono obbligati in solido per il pagamento dell’imposta e delle eventuali sanzioni amministrative:

1) *tutte le parti che sottoscrivono, ricevono, accettano o negoziano atti, documenti o registri non in regola con le disposizioni del presente decreto ovvero li enunciano o li allegano ad altri atti o documenti;*

2) *tutti coloro che fanno uso, ai sensi dell’art. 2, di un atto, documento o registro non soggetto al bollo fin dall’origine senza prima farlo munire del bollo prescritto.*

È da precisare che la parte a cui viene rimesso un atto, un documento o un registro non in regola con le disposizioni del decreto, alla formazione del quale non abbia partecipato è esente da qualsiasi responsabilità derivante dalle violazioni commesse ove entro quindici giorni dalla data di ricevimento lo presenti all’ufficio del registro e provveda alla sua regolarizzazione con pagamento della sola imposta.

L’articolo 6 della tabella annessa al DPR n 642 del 1972, prevede una deroga nel caso di documenti emessi in relazione a corrispettivi assoggettati ad IVA, alla disposizione recata dall’articolo 13 della tariffa che, in via generale, assoggetta all’imposta di bollo, tra l’altro, anche le quietanze rilasciate dal

creditore.

Inoltre, l’articolo 16 della Tabella allegata al DPR n. 642 del 1972, stabilisce l’esenzione dal tributo per gli *“Atti e documenti posti in essere da Amministrazioni dello Stato, regioni, province, comuni, loro consorzi e associazioni, nonché comunità montane sempreché vengano tra loro scambiati”*.

## 2. L’esenzione dall’imposta di bollo

L’esenzione prevista da tale disposizione può trovare applicazione solo con riferimento agli atti scambiati tra i soggetti esplicitamente individuati dal legislatore.

Sono esenti dall’imposta di bollo, gli atti, i documenti, le istanze, i contratti nonché le copie, anche se dichiarate conformi, estratti, certificazioni, dichiarazioni e attestazioni posti in essere o richiesti da organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), dalle federazioni sportive ed enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI e dalle organizzazioni di volontariato ai sensi della

**Le istanze ed il conseguente rilascio di una certificazione o di un provvedimento sono assoggettate all’imposta di bollo. In deroga a tale principio, l’articolo 16 della Tabella allegata al DPR n. 642 del 1972, stabilisce l’esenzione dal tributo per gli “Atti e documenti posti in essere da Amministrazioni dello Stato, regioni, province, comuni, loro consorzi e associazioni, nonché comunità montane sempreché vengano tra loro scambiati”.**



L. 266/91 (ODV), (gli organismi che dichiarano di essere esenti dovranno, in tal caso, indicare il numero di iscrizione al registro cui dichiarano di essere iscritti).

Le norme agevolative non ammettono però interpretazioni analogiche o estensive *“con la conseguenza che i benefici in esse contemplati non possono essere estesi oltre l’ambito di applicazione come rigorosamente identificato in base alla definizione normativa”* (Corte di Cassazione, sez . V, 7 maggio 2008, n . 11106).

Si rileva, che le norme di carattere eccezionale, quali sono quelle che introducono agevolazioni od esenzioni, esigono un'esegesi ispirata al criterio di stretta interpretazione. Esse non ammettono "(...) interpretazioni analogica o estensiva (...) con la conseguenza che i benefici in esse contemplati non possono essere estesi oltre l'ambito di applicazione

come rigorosamente identificato in base alla definizione normativa" (cfr. Corte di Cassazione, sez. V, 7 maggio 2008, n. 11106). Né può assumere rilievo la circostanza che le attività svolte da detti soggetti privati siano connotate da un carattere pubblicistico; la Corte di Cassazione con la sentenza del 16 gennaio 2009, n. 938 ha, infatti, avuto modo di affermare che, per gli organismi di diritto pubblico che hanno natura di soggetti

privati sono sottoposte ad un regime pubblicistico solo le attività per le quali tale regime sia previsto da una specifica norma giuridica, mentre "per la restante parte prevalgono, come per tutti i soggetti privati, le norme generali, ivi comprese le norme tributarie". Alla luce di tali considerazioni, si ritiene, pertanto, che la previsione di esenzione non possa trovare applicazione con riferimento ai soggetti che hanno personalità giuridica privata (cfr. risoluzione Agenzia delle Entrate del 2011 n. 50).

**Non assume rilievo la circostanza che le attività svolte da soggetti privati siano connotate da un carattere pubblicistico; la Corte di Cassazione con la sentenza del 16 gennaio 2009, n. 938 ha, infatti, avuto modo di affermare che, per gli organismi di diritto pubblico che hanno natura di soggetti privati sono sottoposte ad un regime pubblicistico solo le attività per le quali tale regime sia previsto da una specifica norma giuridica, mentre "per la restante parte prevalgono, come per tutti i soggetti privati, le norme generali, ivi comprese le norme tributarie".**



**Nel quadro della semplificazione, come indicato, gli articoli 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000 consentono al cittadino di produrre, in luogo della certificazione, una dichiarazione sostitutiva di certificazione - riguardanti stati, qualità personali e fatti - ovvero di atto di notorietà con la quale attestare, quindi, stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o pubblici registri.**



### 3. Semplificazione ed imposta di bollo negli appalti. Imposta di bollo su fatture

Il decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 ha introdotto alcune disposizioni volte a garantire una semplificazione ed uno snellimento delle norme in materia di documentazione amministrativa.

Nel quadro di tale semplificazione, come indicato, gli articoli 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000 consentono al cittadino di produrre, in luogo della certificazione, una dichiarazione sostitutiva di certificazione ovvero di atto di notorietà con la quale attestare stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o pubblici registri. Ai sensi dell'articolo 37

del medesimo decreto in materia di imposta di bollo, dette dichiarazioni sostitutive sono esenti dall'imposta di bollo:

"Le dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47 sono esenti dall'imposta di bollo. 2. L'imposta di bollo non è dovuta quando per le leggi vigenti sia esente da bollo l'atto sostituito ovvero quello nel quale è apposta la firma da legalizzare"

Tutte le istanze rivolte alla pubblica amministrazione - tendenti ad ottenere l'emanazione di un provvedimento amministrativo, di un atto sono soggette all'apposizione dell'imposta di bollo,

come previsto dall'art. 3 della tariffa di cui al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642, indipendentemente dal regime previsto per la sottoscrizione delle istanze medesime, salvo che non sia prevista una specifica, quindi, ipotesi di esenzione.

Nell'ambito degli appalti, rispetto alla procedura amministrativa, è considerata illegittima la clausola del bando che prevede l'esclusione dalla procedura concorsuale nel caso in cui le domande siano presentate prive della marca da bollo; l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'imposta di bollo si sostanzia, infatti, in una mera irregolarità formale, sanabile senza pregiudizio per l'andamento della gara in quanto non inficia il principio della par condicio dei concorrenti non rientrando nel novero delle prescrizioni sostanziali del bando la cui violazione può giustificare l'esclusione dalla gara, ma afferendo esclusivamente all'esigenza che venga assolto l'obbligo inerente al pagamento dell'imposta di bollo (T.A.R. Puglia Bari, Sezione III, 13 ottobre 2010).

La recente sentenza del Tar Lazio n.3137 del 6 marzo 2017 afferma che: *"ai sensi dell'articolo 19 del DPR n. 642/72, la Stazione appaltante non avrebbe potuto rifiutare la ricezione dell'atto mancante del bollo, salva solo la necessità di assoggettarlo a regolarizzazione"* (cfr. T.A.R. Molise, sentenza n. 182 del 21 marzo 2014; T.A.R. Brescia Sez. II, sentenza n. 905 del 24 maggio 2012; TAR Lazio, Latina, sentenza n. 354 del 16 aprile 2003; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1724 del 26 marzo 2001). Ciò in considerazione del fatto che *"la prescrizione della lex specialis di gara, relativa alla presentazione dell'offerta economica su carta legale, con marca da bollo di € 16,00, non è*

*volta a garantire la par condicio dei concorrenti, ma è esclusivamente inerente all'obbligo di corrispondere il pagamento dell'imposta di bollo"*.

*"Appare utile ricordare che l'articolo 2 della tariffa, Parte Prima, allegata al DPR 26 ottobre 1972, n. 642, stabilisce l'applicazione dell'imposta di bollo, fin dall'origine, per le "Scritture private contenenti convenzioni o dichiarazioni anche unilaterali con le quali si creano, si modificano, si estinguono, si accertano o si documentano rapporti giuridici di ogni specie, descrizioni, constatazioni e inventari destinati a far prova tra le parti che li hanno sottoscritti"*.

A seguito della presentazione delle offerte, la pubblica amministrazione individua quella che risulta conforme alle proprie richieste, procedendo alla conclusione del contratto, tramite apposito "documento di stipula".

Tale documento di stipula, benché firmato digitalmente solo dall'amministrazione, è sufficiente ad instaurare il rapporto contrattuale. La controparte non è, infatti, tenuta a manifestare ulteriormente la propria volontà in tal senso, in quanto tale

volontà si è già resa palese con l'inserimento dell'offerta nel sistema.

Il contratto tra la pubblica amministrazione ed un fornitore abilitato è dunque stipulato per scrittura privata e lo scambio di documenti digitali tra i due soggetti concretizza una particolare procedura prevista per la stipula di detta scrittura privata.

Si richiama per completezza, l'art. 32 del Codice degli appalti: *"Il contratto è stipulato, a pena di*

**La recente sentenza del Tar Lazio n.3137 del 6 marzo 2017 afferma che: "ai sensi dell'articolo 19 del DPR n. 642/72, la Stazione appaltante non avrebbe potuto rifiutare la ricezione dell'atto mancante del bollo, salva solo la necessità di assoggettarlo a regolarizzazione". Ciò in considerazione del fatto che "la prescrizione della lex specialis di gara, relativa alla presentazione dell'offerta economica su carta legale, con marca da bollo di € 16,00, non è volta a garantire la par condicio dei concorrenti, ma è esclusivamente inerente all'obbligo di corrispondere il pagamento dell'imposta di bollo".**



*nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri".*

Gli oneri da sostenere per l'aggiudicatario sono i seguenti: l'imposta di bollo, dovuta per qualunque forma di stipula del contratto (quindi anche nel caso di scrittura privata non registrata) mediante apposizione sull'atto originale di una marca da bollo ogni 4 facciate, secondo quanto previsto dal DPR n. 642/1972; l'imposta di registro, dovuta in misura fissa solo nel caso in cui il contratto sia registrato (quindi per gli atti pubblici notarili, le forme pubbliche amministrative e le scritture private registrate in caso d'uso), secondo quanto previsto dal DPR n. 131/1986.

L'art. 6 del D.M. 17 giugno 2014, stabilisce che:

*"... L'imposta di bollo sui documenti informatici fiscalmente rilevanti è corrisposta mediante versamento nei modi di cui all'art. 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, con modalità esclusivamente telematica...Il pagamento dell'imposta relativa alle fatture, agli atti, ai documenti ed ai registri emessi o utilizzati durante l'anno avviene soluzione entro 120 giorni dalla chiusura dell'esercizio. Le fatture elettroniche per le quali è obbligatorio l'assolvimento dell'imposta di bollo devono riportare specifica annotazione di assolvimento dell'imposta ai sensi del presente decreto..."*

Per documento informatico rilevante ai fini tributari, si intende il documento che ha caratteristiche di: immodificabilità; integrità; autenticità; leggibilità e utilizza i formati previsti dal Codice dell'Amministrazione Digitale e dai decreti attuativi.

Per quanto riguarda la marca da bollo sulla fattura,

la medesima è a carico del debitore, sebbene per il pagamento dell'imposta e per eventuali sanzioni amministrative sono obbligatoriamente solidali entrambi le parti, cioè, sia chi emette la fattura e sia chi la riceve senza la corretta applicazione della marca da bollo, tenuto conto dell'esenzione in caso di fatture riguardanti il pagamento di corrispettivi di operazioni assoggettate ad imposta sul valore aggiunto.

#### **4. Imposta di bollo virtuale**

L'articolo 15 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, stabilisce che l'imposta di bollo può essere assolta in modo virtuale, su richiesta degli interessati, per determinati atti e documenti, definiti con appositi decreti ministeriali (decreti 7 giugno 1973, 25 luglio 1975, 31 ottobre 1981, 10 febbraio 1988 e 24 maggio 2012).

Come prevede l'art. 2712 del Codice Civile: *"Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai dei fatti o alle cose medesime".* Ciò tenuto conto che per la forma ed efficacia del documento informatico è necessario fare riferimento agli artt. 21, 23ter, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale); e anche al d. P. R. 11 febbraio 2005, n. 68 (Posta elettronica certificata).

L'articolo 1, comma 596, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 ha previsto che, al fine di consentire a cittadini e imprese di assolvere per via telematica a tutti gli obblighi connessi all'invio di una istanza a una Pubblica Amministrazione o a qualsiasi ente o autorità competente, con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, d'intesa con il Capo del Dipartimento della funzione pubblica, sono stabilite le modalità per il pagamento per via telematica dell'imposta di bollo dovuta per le istanze e per i relativi atti e provvedimenti, anche

attraverso l'utilizzo di carte di credito, di debito o prepagate.

In attuazione di tale disposizione, il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 19 settembre 2014 ha disciplinato le modalità del Servizio @e.bollo. Il Servizio consente l'acquisto della Marca da bollo digitale per l'assolvimento dell'imposta di bollo sulle richieste trasmesse in via telematica alla Pubblica Amministrazione e sui relativi atti rilasciati tramite canali telematici.

Gli utenti coinvolti nel Servizio @e.bollo sono:

- i cittadini e le imprese che devono assolvere l'imposta di bollo sulle istanze trasmesse in via telematica alla Pubblica Amministrazione e sui relativi atti;
- le Pubbliche Amministrazioni o qualsiasi Ente o Autorità competente che ricevono un'istanza per via telematica ed emettono i relativi atti o provvedimenti;
- i prestatori di servizi di pagamento convenzionati con l'Agenzia delle entrate per lo svolgimento del Servizio, che devono consentire il pagamento on line, assicurando la massima trasparenza per quanto riguarda, in particolare, gli strumenti di pagamento utilizzabili e gli eventuali costi connessi all'operazione di pagamento.

# Piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e obblighi degli Enti Locali

di Emilia Giulia di Fava

## 1. Finalità del d.lgs. 19 Agosto 2016, n. 175 e riorganizzazione delle Società a partecipazione pubblica

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 19 Agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di Società a partecipazione pubblica si è proceduto a sistematizzare in un unico corpo normativo le disposizioni rivolte alla regolazione delle partecipazioni societarie collegate alla Pubblica Amministrazione.

Il provvedimento si inquadra nell'ambito della generale riorganizzazione delle norme finalizzate alla riduzione delle società a partecipazione pubblica: di fatto, per quanto attiene alla realizzazione di opere pubbliche e alla gestione di servizi si è passati da un atteggiamento di *favor* verso il ricorso alla forma societaria e alla cooperazione tra soggetti pubblici e privati, ad un atteggiamento di sostanziale sfavore.

Ciò è avvenuto progressivamente, in particolare

nel corso dell'ultimo decennio, con l'introduzione di disposizioni rivolte alla diminuzione del numero di società a partecipazione pubblica, considerate causa della lievitazione della spesa pubblica: si sono così susseguiti nel tempo provvedimenti finalizzati ad incentivare l'aggregazione o la dismissione delle partecipazioni, in un'ottica di *spending review*.

Con il T.U. in materia di Società a partecipazione pubblica si è confermata la tendenza alla circoscrizione della legittima detenibilità di partecipazioni societarie per la P.A., che da una parte deve giustificare con motivazioni specifiche e analitiche la costituzione o l'acquisto di partecipazioni societarie, dall'altra deve procedere alla ricognizione delle partecipazioni in essere con finalità di razionalizzazione.

Procedendo in questa logica, la riforma è stata dunque principalmente finalizzata a definire un quadro il più possibile chiaro ed organico delle regole in un testo normativo unico, allineato alle definizioni di matrice comunitaria e ai contenuti delle Direttive UE del 2014, nel rispetto – in particolare - dei principi di semplificazione e di tutela della concorrenza.

Nell'ambito del d.lgs.175/2016 si è così proceduto a definire le modalità di costituzione, dei acquisto, di mantenimento e di gestione delle partecipazioni dirette ed indirette della P.A., con lo scopo di ottenere un efficientamento gestionale, una generale razionalizzazione delle partecipazioni societarie e, dunque, la riduzione della spesa pubblica.

Dopo l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 251 del 25 Novembre 2016, il testo del d.lgs. 175/2016 è attualmente in fase di modifica: il Consiglio dei Ministri in data 17 Febbraio 2017 ha approvato uno schema di Decreto Correttivo, per il quale dovranno essere acquisiti l'intesa della Conferenza Unificata Stato-Regioni e i pareri delle Commissioni Parlamentari.

Nell'analisi di seguito proposta si darà conto delle indicazioni riportate dallo Schema di Decreto Correttivo in discussione.

## **2. Casistica delle partecipazioni societarie della P.A.: finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche**

Il punto centrale della nuova regolazione introdotta dal T.U. di cui al DLgs. 175/2016 è l'introduzione di criteri di selezione delle società a partecipazione pubblica.

Questo concetto sta alla base di una serie di disposizioni, principalmente concentrate nell'ambito degli artt. 4 "Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di

partecipazioni pubbliche", 20 "Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche" e 24 "Revisione straordinaria delle partecipazioni".

Se dunque la P.A. è chiamata a razionalizzare le proprie partecipazioni societarie, lo dovrà fare nell'alveo delle prescrizioni del T.U., che riguardano:

- la casistica delle partecipazioni detenibili
- le modalità con cui queste dovranno essere periodicamente valutate
- le modalità con cui si dovrà procedere alla loro revisione straordinaria.

Preliminarmente viene quindi indicata una macro-casistica delle partecipazioni dirette o indirette che possono fare

capo alla P.A.; allo scopo l'art. 4 del T.U. prescrive al c. 1 che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Questa disposizione è di grande rilievo, dal momento che sottolinea ancora una volta come a monte di ogni scelta della P.A. vi deve essere la vera e propria necessità di operare per il tramite di partecipazioni societarie che, quindi, devono - ancor prima di essere inquadrare nelle categorie individuate dal T.U.

- essere strettamente necessarie e finalizzate al perseguimento dei propri fini istituzionali.

Per legittimare la scelta della P.A. non basta

**Con il T.U. in materia di Società a partecipazione pubblica si è confermata la tendenza alla circoscrizione della legittima detenibilità di partecipazioni societarie per la P.A., che da una parte deve giustificare con motivazioni specifiche e analitiche la costituzione o l'acquisto di partecipazioni societarie, dall'altra deve procedere alla ricognizione delle partecipazioni in essere con finalità di razionalizzazione.**

**Il punto centrale della nuova regolazione introdotta dal T.U. di cui al DLgs. 175/2016 è l'introduzione di criteri di selezione delle società a partecipazione pubblica.**

dunque la generica appartenenza alle categorie di società individuate dal T.U., ma occorre la specifica dimostrazione della stretta necessità del modulo societario per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

E' pur vero che permangono spazi di discrezionalità amministrativa che non possono che essere ricondotti all'Amministrazione, ma la necessità di analiticamente motivare ogni scelta in materia riduce sensibilmente le aree di autonomia.

Dunque, nei limiti sopra indicati è possibile per le amministrazioni pubbliche - direttamente o indirettamente - costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni secondo quanto indicato all'art. 4, c. 2 del T.U., ovvero in società esclusivamente finalizzate allo svolgimento delle attività di:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del d.lgs. n. 50 del 2016;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2 del T.U.

(cd. gara a doppio oggetto);

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti (o alle loro funzioni, secondo quanto indicato dallo schema di Correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri del 17 Febbraio scorso), nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;

e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del

d.lgs. n. 50 del 2016.

In estrema sintesi la P.A. - in linea generale, fatte salve le eccezioni espressamente previste dallo stesso art. 4 - per detenere legittimamente partecipazioni societarie ne deve dimostrare la stretta necessità, la finalizzazione al perseguimento dei propri scopi istituzionali e l'appartenenza alle categorie individuate dal T.U., art. 4, c. 2.

**Per legittimare la scelta della P.A. non basta dunque la generica appartenenza alle categorie di società individuate dal T.U., ma occorre la specifica dimostrazione della stretta necessità del modulo societario per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.**



**Permangono spazi di discrezionalità amministrativa che non possono che essere ricondotti all'Amministrazione, ma la necessità di analiticamente motivare ogni scelta in materia riduce sensibilmente le aree di autonomia.**



**3. Pianidirezionalizzazione periodica e Revisione straordinaria delle partecipazioni**

Al fine di ottenere da una parte la sostanziale riduzione delle società a partecipazione

pubblica, dall'altro il loro efficientamento, il d.lgs. 175/2016 ha poi previsto due disposizioni strettamente collegate fra loro: l'art. 20 "Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche" e l'art. 24 "Revisione straordinaria delle

partecipazioni”.

La *ratio* delle due disposizioni è la medesima: la razionalizzazione di cui all’art. 20 T.U. opera a regime, mentre la revisione straordinaria di cui all’art. 24 T.U. deve operare da subito, con un primo termine fissato dal T.U. a 6 mesi dalla sua entrata in vigore, data per la quale è stato proposto lo slittamento al 30 giugno 2017 dallo schema di Correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 17 Febbraio.

Per quanto attiene ai Piani di razionalizzazione periodica, l’art. 20 del T.U. prevede che le Amministrazioni pubbliche effettuino annualmente un’analisi dell’assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette.

Se da questa analisi emergono gli elementi di criticità che lo stesso T.U. all’art. 20, c. 2 individua, dovrà essere predisposto un piano di riassetto delle partecipazioni, finalizzato alla loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione.

Dunque l’obbligo di adozione dei Piani di razionalizzazione scatta solo se la P.A. verifica la sussistenza delle specifiche situazioni di criticità di cui all’art. 20, c.2:

- a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all’articolo 4 T.U.;
- b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
- d) partecipazioni in società che, nel

triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro (questo tetto economico risulta essere attualmente in discussione, con l’ipotesi di abbassamento a 500.000. Euro);

e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d’interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;

f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;

g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all’articolo 4 T.U.

I Piani di razionalizzazione devono essere adottati entro il 31 dicembre di ogni anno e devono essere corredati da un’apposita relazione tecnica, che dovrà in particolare specificare le modalità ed i tempi per la loro attuazione: l’Amministrazione dovrà poi

curarne la trasmissione alla sezione di controllo della Corte dei conti competente e alla struttura finalizzata al controllo ed al monitoraggio dell’attuazione del T.U., istituita ex art. 15 T.U. presso il Ministero dell’economia e delle finanze.

Sugli atti adottati dall’Amministrazione verrà poi esercitato il controllo anche per quanto attiene alla fase attuativa: ai sensi di quanto previsto dallo stesso art. 20, c.4, entro il 31 dicembre dell’anno successivo le pubbliche amministrazioni devono approvare una relazione sull’attuazione del Piano di razionalizzazione, evidenziando i risultati conseguiti; la relazione dovrà poi essere trasmessa ai medesimi soggetti cui è stato inviato preventivamente il Piano stesso.

Va poi segnalato che la mancata adozione degli atti indicati comporta sanzioni amministrative (da 5.000 a 50.000 Euro) salvo l’eventuale danno rilevato dalla Corte dei conti.

**La ratio a cui rispondono i provvedimenti da adottarsi da parte delle Amministrazioni pubbliche è sempre quella dell’efficientamento: la razionalizzazione di cui all’art. 20 T.U. opera a regime, mentre la revisione straordinaria di cui all’art. 24 T.U. deve operare nell’immediato**



E' inoltre importante sottolineare che dal mancato adempimento delle disposizioni sopra descritte derivano conseguenze anche sotto il profilo societario: in proposito il c. 7 dell'art. 20 T.U. prevede il rinvio all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 24, c. 5, 6, 7, 8 e 9, ovvero a quanto disposto per i casi di revisione straordinaria delle partecipazioni.

Dunque in caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo, o di mancata alienazione nei termini indicati dal T.U., il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società.

Inoltre la partecipazione è alienata o liquidata in denaro ex art. 2437 – ter, c. 2 Codice Civile, con procedimento ex art. 2437-quater C.C.. Per quanto attiene alla determinazione del valore delle partecipazioni e all'iter procedurale di alienazione o liquidazione si fa dunque riferimento ai criteri civilistici: il valore di liquidazione è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni.

Per quanto poi attiene all'iter procedurale, il T.U. fa riferimento al procedimento disposto dall'art. 2437-quater C.C., che può essere sintetizzato come di seguito:

- gli amministratori offrono in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci, in proporzione alle azioni possedute;
- se le azioni non vengono acquistate gli amministratori possono collocarle presso terzi;
- in caso di mancato collocamento, le azioni vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società;
- in caso di mancanza di utili e riserve disponibili deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale ovvero lo scioglimento della società.

Per quanto poi attiene alla Revisione straordinaria

delle partecipazioni (che, secondo quanto previsto allo stato dallo Schema di Correttivo del 17 Febbraio 2017, dovrebbe essere effettuata entro il prossimo 30 Giugno), l'art. 24 del T.U. fa riferimento alle partecipazioni dirette e indirette delle amministrazioni pubbliche, e provvede a definire le tipologie di società che sono soggette a tale operazione:

- società non riconducibili alle categorie dell'art. 4 T.U., ovvero che non rientrano nelle tipologie ivi indicate;
- società che non soddisfano i requisiti di cui all'art. 5, c. 1 e 2 T.U. (mancanza o insufficienza della motivazione analitica nell'adozione dei provvedimenti relativi alle partecipazioni);
- società che rientrano nelle stesse condizioni previste per i Piani di razionalizzazione periodica (ovvero per le quali a regime sarebbe necessario provvedere con Piano di razionalizzazione ex art.20, c.2 T.U.).

Le Amministrazioni sono quindi tenute a procedere all'alienazione di queste partecipazioni o all'adozione delle misure indicate all'art. 20, c.1 e 2 T.U., ovvero a procedere alla loro razionalizzazione, fusione, soppressione, liquidazione o cessione, definendo anche in questo caso un Piano di razionalizzazione.

La P.A. dovrà quindi procedere ad effettuare la ricognizione di tutte le partecipazioni, dirette ed indirette ad essa facenti capo, individuando le partecipazioni da alienare. L'esito di tali operazioni dovrà essere comunicato alla Sezione competente della Corte dei conti e alla struttura per il controllo e il monitoraggio presso il Ministero dell'economia e delle finanze, per la verifica del puntuale adempimento degli obblighi di cui al T.U..

Si dovrà poi procedere all'alienazione delle partecipazioni non conformi ai requisiti indicati dal T.U. entro 1 anno dalla ricognizione, secondo principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione: in casi eccezionali, debitamente motivati, si potrà procedere anche a trattativa diretta con un singolo acquirente.

Va comunque sottolineato che per tutte queste operazioni l'Amministrazione dovrà procedere sostenendo i provvedimenti con adeguata motivazione analitica sulla convenienza economica e sulla congruità del prezzo. E' in ogni caso fatto salvo il diritto di prelazione dei soci, eventualmente previsto da legge o statuto.

In coordinamento con quanto previsto al c. 7 dell'art. 20 per i casi di Razionalizzazione periodica delle partecipazioni, per le ipotesi di Revisione straordinaria si applicano le disposizioni di cui all' art. 24, c. 5, 6, 7, 8 e 9 che richiamano l'applicazione dei criteri e delle procedure civilistiche di liquidazione delle partecipazioni, ex artt. 2437-ter, c.2 e 2437-quater Codice Civile.

# I “gravi illeciti professionali” che rendono dubbia l’integrità o l’affidabilità dell’operatore economico

di Paola Cartolano

## Premesse

L’art. 80 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito “Nuovo Codice”), rubricato “Motivi di esclusione”, reca l’elenco dei c.d. requisiti di carattere generale (o di idoneità morale) che devono possedere sia i concorrenti che i subappaltatori. Come il previgente art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, l’art. 80 del Nuovo Codice reca l’elenco di molteplici requisiti, la cui carenza costituisce “motivo di esclusione”: tra questi, ai fini del presente contributo, rileva la causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lettera c), consistente nel “grave illecito professionale”.

Il Nuovo Codice all’art. 80, comma 5 dispone, infatti, che «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti

situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all’articolo 105, comma 6 qualora:

[...]

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di **gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità**. Tra questi rientrano: le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

Il Legislatore del Nuovo Codice, a differenza di quanto avveniva sotto la vigenza del codice previgente, con l’art. 80, comma 5 lettera c) ha “tipizzato” le fattispecie rilevanti e attribuito un filtro sugli episodi di “grave illecito professionale” dell’impresa partecipante, la quale è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante

ogni episodio che possa incidere sulle decisioni di quest'ultima in ordine all'esclusione o all'aggiudicazione<sup>1</sup>.

Nonostante, dunque, sia la stessa lettera c) del comma 5 dell'art. 80 ad individuare alcune fattispecie esemplificative ritenute idonee a incidere sul rapporto fiduciario che deve sussistere tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'impresa esecutrice che, se dimostrati dalla stazione appaltante con "mezzi adeguati" possono comportare l'esclusione dell'operatore economico, il comma 13 del medesimo art. 80 ha attribuito all'ANAC la facoltà di emanare delle linee guida volte a precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione in esame e individuare quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto possano considerarsi significative ai fini della medesima disposizione<sup>2</sup>.

L'ANAC con la **delibera n. 1293 del 16 novembre 2016** ha approvato le cd. **Linee Guida n. 6**, precedentemente poste in consultazione, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»<sup>3</sup>.

**Con l'art. 80 comma 5 lettera c) del D.Lgs. n. 50/2016, a differenza di quanto avveniva sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, sono "tipizzate" le fattispecie rilevanti il "grave illecito professionale" Con l'art. 80 comma 5 lettera c) del D.Lgs. n. 50/2016, a differenza di quanto avveniva sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, sono "tipizzate" le fattispecie rilevanti il "grave illecito professionale"**



Si precisa che le predette Linee Guida n. 6, sulle quali si tornerà nel prosieguo del presente contributo, costituiscono esercizio della facoltà attribuita all'ANAC dal Legislatore, da ricondursi al novero delle linee guida a carattere non vincolante: si tratta, infatti, di atti amministrativi di carattere generale con lo scopo di fornire indirizzi ed istruzioni operative alle stazioni appaltanti.

### 1. Portata e finalità della norma

Come noto, il Nuovo Codice reca l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

In termini generali, sulle cause di esclusione per difetto dei requisiti morali il Nuovo Codice all'art. 80 si è attenuto alle cause di esclusione previste dalla normativa comunitaria.

Sul tema si rileva, infatti, che **l'art. 57, paragrafo 4 della direttiva UE 24/2014** prevede l'esclusione dell'operatore economico:

«c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti

1. L'impresa partecipante «è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio che possa "influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" ovvero a non omettere "le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"» (cfr. **Tribunale Amministrativo Regionale CAMPANIA - Napoli, Sezione 7 Sentenza 14 febbraio 2017, n. 902**).

2. Testualmente, il richiamato **comma 13** prevede che «Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)».

3. <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/ Atto?ca=6670>

professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

[...]

g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;

h) se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59;

i) se l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione».

La lettera c) del comma 5 dell'art. 80 del Nuovo Codice non contempla pertanto un numero chiuso di illeciti professionali ma raggruppa nei "gravi illeciti professionali", fattispecie meramente esemplificative di una categoria aperta, le singole situazioni previste dal legislatore comunitario quali specifiche cause di esclusione.

Si evidenzia, ancora, che anche il **D.Lgs. n. 163/2006, all'art. 38, comma 1, lettera f)** individuava come causa ostativa, oltre alla

circostanza della grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, anche la commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante (crf. «1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante»).

**L'art. 80, comma 5 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 ha una portata molto ampia in quanto fa riferimento in generale all'illecito professionale che abbraccia molteplici fattispecie**



Come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere rilasciato sulle Linee Guida n. 6 dell'ANAC (Consiglio di Stato Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2016 – parere n. 02286/2016 del 3 novembre 2016) «Nella nuova disciplina la previsione ha **una portata molto più ampia**, in quanto,

da un lato, non si opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, e, dall'altro lato, non si fa riferimento solo alla negligenza o errore professionale, ma, più in generale, all'**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., V, 21.7.2015 n. 3595], ma anche in fase di gara (le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante). Peraltro, già una parte della giurisprudenza formatasi nella previgente disciplina aveva dato una lettura allargata dell'"errore professionale", ritenuto comprensivo di qualsiasi comportamento scorretto che incidesse

sulla credibilità professionale dell'operatore, e non soltanto delle violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartenesse tale operatore [Cons. St., IV, 11.7.2016, n. 3070]».

In ogni caso, i reati commessi nell'esercizio della professione che siano idonei ad incidere in maniera sostanziale sul rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'operatore economico, quando non più previsti espressamente quali autonome cause di esclusione (non essendo, infatti, riprodotto il testo dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006), possono comunque rilevare sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Nuovo Codice.

In merito alle **finalità della norma** in commento

i Giudici amministrativi hanno di recente osservato che «L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta quando chiara è la rilevanza delle situazioni accertate. La disposizione richiamata persegue come finalità quella di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità e quindi, per addivenire

all'esclusione, occorre che il comportamento illecito attribuito all'operatore economico sia concretamente valutabile come ostativo alla considerazione positiva circa l'affidabilità dell'operatore medesimo. Quindi l'esclusione da una gara di appalto, motivata con esclusivo riferimento ad asserite negligenze poste in essere dalla ditta interessata, nel caso in cui, in ordine a dette negligenze, sussista una situazione di conflittualità e di reciproche contestazioni tra le parti è illegittima. La suddetta situazione di conflittualità non può ritenersi da sé idonea a giustificare l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c)» (cfr. **Tribunale Amministrativo Regionale SARDEGNA - Cagliari, Sezione 1 Sentenza 23 febbraio 2017, n. 124**).

Come già osservato, il concorrente è tenuto a

portare a conoscenza della stazione appaltante **ogni episodio** che possa influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero a non omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione: il concorrente ha, infatti, l'obbligo di procedere all'autodichiarazione del requisito in questione, unitamente agli altri richiesti dal bando, mediante compilazione del Documento di Gara unico Europeo (**DGUE**).

In merito alla valutazione sulla sussistenza del requisito in questione non è, tuttavia, necessario un accertamento delle responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, come accade per l'esercizio del potere sanzionatorio, ma **è sufficiente una**

**motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine all'idoneità della carenza accertata a far venir meno la fiducia della stazione appaltante nell'impresa.** Si ricorda che tale potere, in quanto **discrezionale**, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

***Per la valutazione sulla carenza del requisito ex art. 80, comma 5 lett. c) è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine all'idoneità della carenza accertata a far venir meno la fiducia nell'impresa***



Sul punto la giurisprudenza ha rilevato che « ... come esemplarmente chiarito dal Consiglio di Stato con la sentenza della V Sezione n. 122/2016 "Deve, infatti, essere rilevato che le stazioni appaltanti dispongono di una sfera di discrezionalità nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull'affidabilità di chi aspira a essere affidataria di suoi contratti. E' agevole affermare, di conseguenza, che tale discrezionalità può essere esercitata solo se l'Amministrazione dispone di tutti gli elementi che consentono di formare compiutamente una volontà. Deve poi essere ulteriormente rilevato come tale valutazione sia di stretta spettanza della stazione appaltante, per cui non è ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo

di segnalarli con la prescritta dichiarazione. La concorrente che adotti tale comportamento viola palesemente, ad avviso del Collegio, il principio di leale collaborazione con l'Amministrazione"» (cfr. **Tribunale Amministrativo Regionale VENETO - Venezia, Sezione 3 Sentenza 16 febbraio 2017, n. 171**).

È bene, inoltre, evidenziare che la verifica, da parte delle stazioni appaltanti, della sussistenza della causa ostativa in esame, deve essere effettuata secondo le modalità indicate dagli **artt. 81 e 86 del Nuovo Codice** e, in particolare, mediante la consultazione del casellario informatico presso l'ANAC.

## 2. Le Linee Guida n. 6 dell'ANAC

Al fine di individuare i mezzi di prova adeguati, l'ANAC ha circostanziato le fattispecie esemplificative individuate in via generica dalla norma e fornito indicazioni interpretative e operative anche sullo svolgimento delle valutazioni discrezionali rimesse alle stazioni appaltanti, nel rispetto della discrezionalità riconosciuta alle stesse nello svolgimento delle valutazioni di competenza.

In particolare, passando all'esame delle Linee Guida n. 6, con riferimento all'**AMBITO DI APPLICAZIONE** si rileva che la causa di esclusione del «grave illecito professionale» opera con riferimento a tutte le procedure di gara relative ad appalti e concessioni, sopra e sotto la soglia comunitaria, bandite dai committenti che agiscono nei settori ordinari.

Per ciò che concerne i settori speciali, essa vale per i committenti che sono amministrazioni aggiudicatrici, mentre per le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi vi è una facoltà di farla valere ai fini dell'operatività dei relativi sistemi di qualificazione.

Inoltre, come chiarisce il comma 11 dell'art. 80 «Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento».

### **A. L'AMBITO OGGETTIVO**

La norma prevede che i «*gravi illeciti professionali*» devono essere tali da incidere su due elementi: l'integrità del concorrente o la sua affidabilità.

Le Linee guida dell'ANAC specificano che l'**integrità** attiene alla moralità professionale mentre l'**affidabilità** alla capacità tecnico professionale di eseguire correttamente le prestazioni.

La nuova norma non distingue più in maniera netta tra negligenza o malafede nell'esecuzione di un precedente contratto (con

il medesimo ente appaltante) e errore professionale generico. Entrambe le fattispecie vengono infatti ricomprese nella più generale nozione di «grave illecito professionale», che le Linee Guida n. 6 declinano secondo **tre macro aree**, le prime due desunte dalla previsione legislativa e la terza individuata in via autonoma dall'ANAC stessa:

- significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto;
- gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara;
- altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico.

***Le Linee guida dell'ANAC specificano che l'integrità attiene alla moralità professionale mentre l'affidabilità alla capacità tecnico professionale di eseguire correttamente le prestazioni***



### **A.1. Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto**

Ai fini dell'esclusione la stazione appaltante deve valutare i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni «che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:

a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio<sup>4</sup>;

b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina».

Ad avviso dell'ANAC assumono rilevanza a titolo esemplificativo:

«1. l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;

2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto;

3. l'adozione di comportamenti scorretti;

4. il ritardo nell'adempimento;

5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;

6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;

7. nei contratti misti di progettazione

ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06);

8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 102, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06)».

A tale riguardo si rileva che affinché si possa valutare l'esclusione per gravi illeciti professionali del concorrente facendo riferimento alle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto,

- per contratti stipulati con la stessa amministrazione che bandisce la gara, la sussistenza del motivo di esclusione potrà essere accertata mediante la consultazione della documentazione già esistente presso la medesima amministrazione

- per contratti stipulati con altre amministrazioni, le carenze nell'esecuzione accertate da altre stazioni appaltanti possono risultare dall'annotazione nel casellario dell'ANAC, oppure essere accertate con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, risultare anche da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale e da fatti attestati o resi noti attraverso altre modalità.

4. Sul punto, « ... la predetta innovativa norma [art. 80 comma 5, lettera c)] introdotta dal Codice degli appalti del 2016 (in vigore dal 19 Aprile 2016) - interpretata alla stregua dei consueti ortodossi canoni ermeneutici -, a differenza della previgente similare disciplina dettata dall'art. 38 primo comma lett. f) del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 e ss.mm., rende irrilevante - ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara indette dalla P.A. - la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione ancora "sub iudice" (pur in presenza di una pronuncia cautelare negativa da parte dell'adito Tribunale Civile). Il Collegio è dell'avviso meditato che vada disattesa la tesi interpretativa sostenuta dalla difesa della Società controinteressata secondo cui le espressioni letterali adoperate dal legislatore nell'art. 80 quinto comma lett. c) del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50 possono portare al risultato pratico (esplicitamente precluso, invece, dalla stessa norma) di consentire alla stazione appaltante di escludere dalla gara anche l'operatore economico nei cui confronti sia stata disposta dalla P.A. una risoluzione contrattuale anticipata, in ragione di ravvisate significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, contestata in sede giurisdizionale e non confermata - con sentenza (ancorchè non definitiva) - all'esito del relativo giudizio, ovvero contestata in un giudizio non ancora concluso (nemmeno in primo grado), ma nel quale l'istanza cautelare del privato sia stata non accolta dal giudice. Né si ravvisa l'allegato contrasto dell'art. 80 quinto comma lett. c) del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016 n° 50 - così inteso - con l'art. 57 punto 4 della Direttiva 2014/24/UE (recepito dal legislatore italiano con tale norma) che, peraltro, non avendo carattere puntualmente completo e dettagliato, non è "self executing"» (cfr. Tribunale Amministrativo Regionale PUGLIA - Lecce, Sezione 3 Sentenza 22 dicembre 2016, n. 1935).

**A.2. Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara**

Ai fini dell'esclusione la stazione appaltante deve valutare i comportamenti «*idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente*».

Ad avviso dell'ANAC assumono rilevanza a titolo esemplificativo:

- per l'ipotesi del «*tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante*», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all'adozione di provvedimenti di esclusione e all'attribuzione dei punteggi;

- per l'ipotesi del «*tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio*» i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine al nominativo degli altri concorrenti, al contenuto delle offerte presentate; inoltre, ad avviso dell'ANAC acquista rilevanza la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

- per le ipotesi del «*fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*» e dell'«*omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione*», rilevano i comportamenti posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. Rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo:

«1. la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;

2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;

3. l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa».

Inoltre, ad avviso dell'ANAC assumono rilevanza anche tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Nuovo Codice.

***Nelle Linee Guida n. 6 l'ANAC declina il «grave illecito professionale» secondo tre macro aree, le prime due desunte dalla previsione legislativa e la terza individuata in via autonoma dall'ANAC***



**A.3. Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico**

Ai fini dell'esclusione la stazione appaltante deve valutare:

«1. i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 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.

2. i provvedimenti sanzionatori divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omissso, senza giustificato

*motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri».*

## **B. L'AMBITO SOGGETTIVO**

Come chiarisce l'ANAC, i gravi illeciti professionali da tenere in considerazione ai fini dell'esclusione dalla gara fanno riferimento:

*«- all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica;*

*- ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3<sup>5</sup>, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche;*

*- al subappaltatore nei casi previsti dall'art. 105, comma 6, del Codice<sup>6</sup>».*

Con riferimento ai **MEZZI DI PROVA** adeguati a comprovare le circostanze di esclusione in esame, per maggior chiarezza nelle Linee Guida n. 6 vengono elencati i provvedimenti che le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare tempestivamente all'ANAC stessa ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico di cui all'art. 213, comma 10 del Nuovo Codice da utilizzare, quindi, quali mezzi di prova ai fini della valutazione ex art. 80 comma 5 lettera c), fermo restando che la sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del **DGUE** il quale *«ha ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione»<sup>7</sup>.*

5. Art. 80, comma 3 *«L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima».*

6. Art. 105, comma 6 *«E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35».*

7. Sul punto, *«... al di là di ogni considerazione sul giudizio poi comunque espresso a posteriori dalla stazione appaltante, a nulla rileva - come sostenuto dalla ricorrente - che i precedenti professionali "negativi" non dichiarati sarebbero inconferenti ai fini delle valutazioni in ordine alla sua integrità e affidabilità ai sensi della norma di legge dianzi indicata, essendo evidente che la valutazione in ordine alla loro gravità e rilevanza compete alla (sola) stazione appaltante sulla base della piena cognizione di tutte le circostanze fattuali, nessuna esclusa, che potrebbero assumere rilievo e l'operatore economico non ha facoltà di scegliere quali dichiarare. In tal senso confortano, invero, i precedenti giurisprudenziali invocati dalla difesa della controinteressata, laddove affermano, per l'appunto, la legittimità dell'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che ha omesso di dichiarare di essere stata destinataria, in passato, di provvedimenti di risoluzione contrattuale, in quanto la dichiarazione "attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante" (C.d.S., V, 27 luglio 2016, n. 3375; 11 dicembre 2014, n. 6105; Tar Sardegna, I, 25 giugno 2016, n. 529), nonché le stesse Linee Guida dell'ANAC n. 6 sull'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, approvate con delibera 16 novembre 2016, n. 1293, ove, al § 4.2, affermano che la dichiarazione sostitutiva resa*

In conformità al disposto del comma 7 dell'art. 80<sup>8</sup>, l'ANAC nelle Linee Guida n. 6 prevede inoltre la possibilità che l'operatore economico dimostri di aver adottato le cd. **MISURE DI SELF-CLEANING**: l'operatore economico può, dunque, «provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione».

A tale riguardo l'ANAC chiarisce che l'operatore economico, al fine di evitare l'operatività del motivo di esclusione, può sempre dimostrare, nell'ambito del procedimento di accertamento avviato alla stazione appaltante, di aver adottato le richiamate misure di *self-cleaning* le quali devono essere state adottate «entro il termine fissato per la presentazione delle offerte. Nel DGUE l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate».

Secondo le indicazioni dell'ANAC, possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:

- «1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso

*interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;*

3. la rinnovazione degli organi societari;
4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;
5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo».

**L'operatore economico, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione per grave illecito professionale, può dimostrare alla stazione appaltante di aver adottato delle misure di self-cleaning.**

È bene rilevare che la valutazione dell'idoneità della misura adottata dal concorrente spetta alla stazione appaltante la quale, se ritiene le misure insufficienti nell'ambito della propria discrezionalità, è tenuta a motivare adeguatamente la decisione di esclusione che verrà assunta nei confronti dell'operatore economico.

*in sede di presentazione dell'offerta deve avere "ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione"» (Tribunale Amministrativo Regionale FRIULI VENEZIA GIULIA - Trieste, Sezione 1 Sentenza 15 marzo 2017, n. 96).*

8. Art. 80, comma 7 «Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti».

# Come si utilizza la clausola del rinnovo contrattuale

di Stefano Usai

## Premessa

Una delle questioni pratico/applicative di particolare rilievo – che con il nuovo codice, a sommosso parere, si debbono ritenere ampiamente chiarite – attiene alla possibilità di procedere al rinnovo del contratto d'appalto. Fattispecie che ben si può attagliare, in particolare, alle forniture ed ai servizi.

La fattispecie, ed è abbastanza noto, risulta in parte avversata dalla dottrina e, in passato, anche dalla giurisprudenza.

In tempi, neanche, recentissimi la possibilità di utilizzare le opzioni di durata, espressamente previste negli atti di gara regolarmente aggiudicata viene considerata assolutamente legittima.

La correttezza dell'utilizzo delle opzioni in argomento, in particolare la proroga e il rinnovo, risulta evidentemente fondamentale ed appare opportuno, pertanto, soffermarsi sulle corrette modalità operative che il RUP è chiamato ad espletare.

## 1. La base d'asta

Riferimento fondamentale in tema di opzione di durata e di rinnovo è il 4° comma dell'articolo 35 del nuovo codice degli appalti.

Articolo, come noto, in realtà abbastanza diverso rispetto all'omologa disposizione contenuta nell'articolo 29 del pregresso codice.

Il secondo periodo del primo comma dell'articolo appena citato evidenziava per che il calcolo del valore stimato dell'appalto pubblico si dovesse tener conto "dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto".

L'attuale formulazione, contenuta nel comma 4 dell'articolo 35 puntualizza invece - sempre nel secondo periodo - che "il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto **esplicitamente stabiliti nei documenti di gara**".

Non v'è dubbio che la norma risulta profondamente più chiara rispetto alla pregressa, pur vero che, implicitamente, veniva interpretata nello stesso modo.

Da qui, senza che possa essere revocato in dubbio, si può trarre una prima considerazione ovvero che le opzioni, e quindi la possibilità di prolungare la durata del contratto, per un breve periodo (proroga) o per un periodo anche uguale alla pregressa durata (rinnovo) è si praticabile ma i documenti di gara e quindi il bando, il disciplinare di gara devono chiaramente esplicitare tale prerogativa/possibilità la cui attuazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

## 2. La previsione esplicita

Perché sia necessaria la previsione negli atti di gara appare abbastanza evidente: i competitori

e prima ancora i soggetti interessati a partecipare alla competizione devono essere posti in grado di ben comprendere che l'appalto ha una durata certa ed una potenziale/possibile caratterizzata dal periodo di proroga o rinnovo già predefinito.

Perché la previsione sia esplicita, il RUP deve precisare quali siano le condizioni a cui la stazione appaltante si atterrà per esercitare tale prerogativa. In sostanza, si tratterà di chiarire se la proroga può essere decisa per particolare esigenze o che il rinnovo è rimesso ad una valutazione oggettiva ma discrezionale da parte del RUP e deve essere espressa entro un certo periodo (ad esempio, tre mesi prima della scadenza del contratto).

La circostanza che la disposizione risulti differente rispetto all'omologa del pregresso codice dovrebbe portare il RUP ad interrogarsi circa la possibilità di utilizzare le opzioni di durata anche in relazione alle procedure ad inviti.

**Le opzioni sono praticabili se i documenti di gara e quindi il bando, il disciplinare di gara esplicitano chiaramente tale prerogativa/possibilità**



A parere di chi scrive occorre distinguere due differenti ipotesi.

Se la procedura "ristretta", si pensi - per semplificare - ad una procedura negoziata ad inviti preceduta da una seria

pubblicizzazione attraverso un "avviso" pubblico per consentire le manifestazioni di interesse in cui si puntualizza che la "gara" ad inviti comprende una proroga di dati mesi o il rinnovo per un dato periodo, è possibile ipotizzarne la praticabilità sempre che il rinnovo o la proroga non costituisca in realtà un espediente per "superare" arbitrariamente i vincoli normativi collegati a limiti di importo (si pensi, in particolare, alle procedure semplificate di cui all'articolo 36 del codice).

E' da escludere, invece, che le prerogative in argomento possano essere utilizzare in caso di lettera di invito a soggetti scelti dal RUP in modo informale e senza che le opzioni risultino oggettivamente pubblicizzate.

Il senso, pertanto, della previsione esplicita è almeno duplice.

Da un lato, si porta a conoscenza di ogni soggetto/operatore che il contratto che si andrà a stipulare consente un ulteriore periodo e prestazioni eventuali oltre il dato certo e, soprattutto, consente un regolare controllo sulla stazione appaltante ovvero se questa stia o meno rispettando le disposizioni sul sopra soglia comunitario.

Il pericolo infatti, è che (soprattutto) il rinnovo possa essere utilizzato per superare arbitrariamente il rigore normativo previsto nel sopra soglia comunitario.

### 3. Le opzioni sono legittime se vengono aggiudicate

La particolarità delle opzioni di durata ovvero delle possibilità di prolungare la durata del contratto o se si preferisce, di prolungare il rapporto con lo stesso contraente, quindi, è che le prerogative in argomento vengano aggiudicate con una specifica gara.

In sostanza, dalla esplicita previsione di cui si è appena detto, discende una consapevole partecipazione dei competitori alla gara che fanno di partecipare per la stipula di un contratto che può essere prolungato oltre la sua data certa evidenziata negli atti di gara.

Sono consapevoli, altresì, che la possibilità di prorogare la durata (o di rinnovare il contratto) è rimessa ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante e che, pertanto, la presenza delle opzioni, pur legittimamente aggiudicate non determina la nascita di un diritto soggettivo a beneficiarne ma sarà la stessa amministrazione a valutare, caso per caso, la fattibilità o meno.

L'unico vincolo che può ritenersi gravante sulla stazione appaltante è che il suo comportamento sia corretto e, sotto il profilo amministrativo, leale. E' evidente, però, che in nessun modo la stazione

appaltante può essere obbligata a prorogare o a rinnovare il contratto.

### 4. La determinazione del valore dell'appalto

La previsione delle opzioni esige che il RUP tenga conto del valore di queste per "sommarlo" alla base d'asta ai fini della verifica se l'appalto si trovi o meno nell'ambito normativo del sotto soglia (che prevede una disciplina semplificata) o giunga a superare le soglie comunitarie con conseguente applicazione di una normativa di maggior rigore.

E' questa, probabilmente, la precauzione di maggior rilievo che tende ad impedire che il RUP cerchi di utilizzare le opzioni in modo arbitrario per non espletare, per semplificare, una gara applicando le norme del sopra soglia comunitario.

**Il comportamento in buona fede e la correttezza amministrativa devono essere intesi nel senso che il primo soggetto a cui rivolgersi per la proroga del contratto è proprio il pregresso affidatario**



### 5. Le differenze tra proroga e rinnovo

La differenza tra proroga e rinnovo risultava chiaramente esplicitata in uno degli schemi del codice

dei contratti sottoposti a parere del Consiglio di Stato.

Consiglio di Stato che si è espresso, come noto, con il parere 855/2016 con considerazioni che legittimavano, come detto sopra, il rinnovo ma che scontava il fatto di trovarsi, la fattispecie, in una norma non congrua dedicata alla disciplina delle modifiche del contratto.

Nel testo dello schema di codice, inizialmente l'articolo 106 nei commi 11 e 12 disciplinava espressamente sia la fattispecie della proroga sia quella, poi espunta, del rinnovo.

Secondo il comma 11 – norma riportata anche nel testo definitivo – "la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se prevista nel bando e nei documenti di

gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante".

Pertanto, la proroga può essere utilizzata con un'unica "funzionalità" ovvero assicurare il passaggio tra il pregresso affidatario ed il contraente reperito con la nuova gara.

L'aleatorietà, per l'appaltatore (o se si preferisce la discrezionalità della stazione appaltante se prorogare o meno), è evidente e risulta strettamente condizionata dalla tempistica del nuovo appalto e dipende, pertanto, dall'individuazione del nuovo affidatario.

E' chiaro che se il RUP riesce a rispettare le tempistiche della gara rispetto all'assegnazione dell'appalto, la proroga non sarà necessaria né il pregresso affidatario, come detto, potrà pretendere la prosecuzione dell'appalto.

E' interessante, dal punto di vista pratico/operativo, considerare la valutazione discrezionale della stazione appaltante (e del RUP) rispetto alla necessità che venga tenuto, da parte di questa, un comportamento leale e corretto.

Si pensi al caso in cui, pur avviata per tempo, la gara non riesca ad essere conclusa prima della scadenza del precedente contratto, ponendosi concretamente la necessità di avviare una proroga del pregresso affidamento.

Il comportamento in buona fede e la correttezza amministrativa devono essere intesi nel senso che il primo soggetto a cui rivolgersi per la proroga del contratto è proprio il pregresso affidatario. Se si verifica l'esigenza della proroga questi, ed avrebbe legittime aspettative, dovrebbe essere prescelto. Ciò nonostante, l'amministrazione potrebbe valutare come opportuno procedere con un affidamento diretto – per un tempo contingentato – ad altro operatore economico.

Si ritiene che anche in questo caso, il pregresso

affidatario non abbia possibilità di far valere la propria prerogativa innanzi al giudice considerata la discrezionalità della stazione appaltante.

In ogni caso, la decisione di non prorogare – e di procedere con un affidamento diretto ad altri – deve essere adeguatamente motivata. A titolo esemplificativo, potrebbe trovarsi una ragione plausibile la possibilità di ottenere la stessa prestazione ad un prezzo più vantaggioso sempre che – per legittimare l'affidamento diretto – si operi nell'ambito delle ipotesi di cui al comma 2, lett. a) dell'articolo 36 del codice.

A titolo esemplificativo, l'utilizzo della procedura negoziata ex art. 63 non sembra rientrare nell'ipotesi in esame e potrebbe concretarsi in un abuso da parte del RUP.

A differenza della proroga il rinnovo ha altra funzione, che travalica la mera contingenza determinata dalla necessità di espletare la nuova gara d'appalto.

Quanto emergeva chiaramente dal comma 12, dell'articolo 106, presente negli schemi di codice ma non ripetuto nella versione definitiva.

La disposizione in parola prevedeva che il "contratto di appalto può essere, nei casi in cui sia stato previsto nei documenti di gara, rinnovato per una sola volta, per una durata e un importo non superiori a quelli del contratto originario. A tal fine le parti stipulano un nuovo contratto, accessorio al contratto originario, di conferma o di modifica delle parti non più attuali, nonché per la disciplina del prezzo e della durata".

Nell'utilizzo del rinnovo, pertanto, il RUP può comunque servirsi di tale disposizione anche se non ripetuta dalla versione definitiva.

## 6. Il parere del Consiglio di Stato

Con il parere n. 855/2016 espresso sullo schema di codice, la commissione speciale del Consiglio di Stato – soffermandosi proprio sulla fattispecie in commento – rilevava come fosse inappropriato che

il legislatore prevedesse la fattispecie del rinnovo nella disciplina sulla modifica del contratto (per la prima volta inserita nel codice) affermandone, però al contempo l'assoluta validità come strumento che può essere utilizzato dalla stazione appaltante in luogo di un contratto pluriennale che determina non poche complicazioni nel caso di non congrua gestione.

Nel parere si legge che "in base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin *ab origine*, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali). In altri termini, se vi è la modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara".

Per concludere, proprio a dimostrazione della legittimità dell'istituto, il Consesso puntualizzava che "non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto "rinnovato" ma andrebbero – dal testo posto al proprio esame – "soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il contenuto del contratto rinnovato".

In sostanza, il Consiglio di Stato non ha chiesto la eliminazione della fattispecie del rinnovo ma una sua più puntuale motivazione anche al fine di evitare ulteriori arbitri sui rinnovi pluriennali e reiterati.

### **7. Il rinnovo come strumento di trasparenza del comportamento contrattuale della stazione appaltante**

Se le opzioni vengono utilizzate secondo le, invero scarse, disposizioni codicistiche e quindi pubblicizzate al momento del bando, viene stabilito con una durata contenuta rispetto alla durata certa del contratto, a titolo esemplificativo, potrebbe

ipotizzarsi che a fronte di una durata biennale del contratto il rinnovo possa essere di un altro anno, raramente il rinnovo dovrebbe superare l'anno ed in ogni caso non può essere di durata superiore rispetto a quella del contratto concluso.

Se la base d'asta risulta correttamente calcolata e il RUP non agisce per fini elusivi, risultano rispettati tutti i canoni della trasparenza e della correttezza.

In questo senso il rinnovo si fa preferire anche rispetto alla stipula di un contratto pluriennale che rende complicato, e comunque conflittuale, la possibilità di recesso per le evidenti reazioni del contraente.

Con il rinnovo come detto, questi problemi non si pongono.

### **8. Comportamenti da evitare**

Un classico comportamento arbitrario del RUP – e del responsabile del servizio – rispetto al rinnovo è la tentazione di inserire la clausola nel contratto anche qualora non sia stato previsto con il bando di gara.

Un simile comportamento verrebbe immediatamente censurato dal giudice ed in ogni caso è un comportamento assolutamente scorretto.

L'inserimento della clausola nel solo contratto non per questo rende l'opzione esplicita o trasparente ed il suo inserimento deve discendere dalla circostanza, come detto, che l'appaltatore si sia aggiudicato l'opzione correttamente.

In questo senso, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Siciliana, sentenza del 2 marzo 2017 n. 72 che evidenzia che il rinnovo deve essere previsto nel bando di gara e solo in questo modo si rispettano i canoni della trasparenza ed imparzialità.

Altra esigenza è che per il rinnovo è necessaria una espressa manifestazione di volontà ovvero il RUP

**Le opzioni sono praticabili se i documenti di gara e quindi il bando, il disciplinare di gara esplicitano chiaramente tale prerogativa/possibilità**



deve proporre al dirigente/responsabile del servizio la fattibilità o meno del rinnovo, sempre che siano state rispettate le regole predette, attraverso una specifica relazione in cui si declini anche il comportamento "contrattuale" dell'affidatario.

A quanto appena evidenziato, seguirà la valutazione del responsabile del servizio e l'adozione della determinazione di impegno di spesa con l'approvazione del nuovo schema di contratto con un nuovo CIG come ripetutamente precisato dall'ex AVCP (ora ANAC) nelle indicazioni sull'adozione del codice identificativo della gara.

Ciò implicherà anche il pagamento, se dovuto, della tassa sulla gara salvo che ciò sia già avvenuto a monte (all'atto della partecipazione alla prima gara), sempre fermo restando, evidentemente, che l'affidatario mantenga il possesso dei requisiti generali.

In caso di rinnovo, a differenza della proroga, come costante giurisprudenza ha evidenziato non compete alcun adeguamento del prezzo di contratto proprio perché tra contratto originario e nuovo contratto (che scaturisce dal rinnovo) non insiste quella continuità che legittima(va) l'adeguamento.

Norma come noto prevista nel pregresso art. 115 ma non ribadita nel nuovo codice degli appalti.

## Pareri & Sentenze



### **TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 4/4/2017, n. 791**

*Giudizio sulla legittimità delle scelte della commissione di gara*

“...giova dapprima richiamare il diffuso orientamento della giurisprudenza amministrativa – al quale aderisce anche questa Sezione IV – per il quale il giudizio sulla legittimità delle scelte della commissione di gara chiamata a valutare le offerte tecniche non può estendersi sino a valutare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non in caso di deliberazioni illogiche o arbitrarie da parte della commissione medesima (cfr. sul punto, fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, 3.2.2017, n. 476 e 25.11.2016, n. 4994).

Tale orientamento giurisprudenziale appare tanto più apprezzabile nella presente fattispecie, nella quale l’attribuzione dei punteggi qualitativi si caratterizza per l’elevata discrezionalità tecnica da riconoscersi in capo alla commissione di gara, atteso il particolare tecnicismo della materia...”

### **Consiglio di Stato, Sez. III, 3/4/2017, n. 1527**

*I chiarimenti resi dalla stazione appaltante sono inidonei a modificare la lex specialis*

“...Con riguardo, poi, ai chiarimenti resi dalla stazione appaltante in corso di gara in esito a quesiti inoltrati dagli stessi concorrenti, va innanzi tutto richiamato il pacifico indirizzo giurisprudenziale in ordine all’inidoneità di detti chiarimenti a determinare modifica o disapplicazione di prescrizioni della lex specialis di gara (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. III, 20 dicembre 2016, nr. 5393; id., 26 agosto 2016, nr. 3708)...”

**Consiglio di Stato, Sez. III, 3/4/2017, n. 1521**

*"La proroga, anzi, come giustamente evidenziato dal primo giudice, costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali"*

"...è certamente vero che l'Amministrazione deve assicurare la fornitura dei pasti presso i diversi plessi organizzativi che da essa dipendono, ma questo non significa certo che il servizio debba essere assicurato mediante proroga del contratto precedentemente in essere. La proroga, anzi, come giustamente evidenziato dal primo giudice, costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali..."

**TAR Toscana, Sez. I, 31/03/2017, n. 496**

*L'iscrizione ad albi o registri rileva quale requisito di esecuzione dell'appalto*

"...La lex specialis di gara non prevede, quale requisito di partecipazione, la qualificazione richiesta dal d.p.r. n. 43/2012; inoltre, la legislazione vigente non contempla norme integrative del bando tese ad imporre, quale requisito di partecipazione alla gara, l'adempimento degli obblighi di certificazione e di iscrizione contemplati nel d.p.r. n. 43/2012.

Pertanto, l'invocata qualificazione rileva soltanto quale requisito di esecuzione dell'appalto, ovvero quale requisito indispensabile da dimostrare in fase esecutiva, qualora l'appalto riguardi lavori o interventi su impianti di cui al citato d.p.r.. Invero, in presenza di norme di settore che prevedono una specifica idoneità per l'esecuzione di determinate prestazioni richieste dall'appalto, quale ad esempio l'iscrizione ad albi o registri, la richiesta del relativo possesso rileva esclusivamente come requisito da dimostrare in fase di esecuzione e non come condizione per la partecipazione alla gara (in tal senso è, ad esempio, il parere dell'ANAC n. 30 del 12.3.2015)..."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 30/3/2017, n. 1456**

*Sulla inammissibilità del soccorso istruttorio in caso di contratto di avvalimento invalido*

"... risulta evidente dai trascritti brani dei contratti di avvalimento (gli unici rilevanti ai fini della questione di cui si controverte) come questi ultimi presentassero un oggetto privo delle necessarie caratteristiche di determinatezza o determinabilità, atteso che dal complesso del regolamento pattizio non è possibile ricavare quali fossero mezzi e personale messi a disposizione...le riscontrate lacune dei contratti di avvalimento non potevano essere colmate attraverso il soccorso istruttorio, dovendo essere i detti contratti (...) validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume (Cons. Stato, Sez. III, 29/1/2016, n. 346 e 22/1/2014, n. 294)."

**TRGA, Sezione Autonoma di Bolzano, 14/03/2017, n. 99**

*In tema di avvalimento infragruppo societario ai sensi dell'art. 89 D. Lgs. 50/2016 (art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006), non è necessaria la stipulazione di un contratto di avvalimento, ma è sufficiente che l'impresa capogruppo dimostri il legame societario intercorrente tra essa stessa e l'impresa ausiliaria*

"...avvalimento infragruppo societario ai sensi dell'art. 89 D. Lgs. 50/2016 (art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006),

per il quale è pacifico che non è necessaria la stipulazione di un contratto di avvalimento, ma è sufficiente che l'impresa capogruppo dimostri il legame societario intercorrente tra essa stessa e l'impresa ausiliaria. nell'attuale sistema normativo in materia di appalti pubblici ed in coerenza con le disposizioni comunitarie in tema di avvalimento, non sussistono limiti di tipo soggettivo in ordine all'impresa ausiliaria e ai legami tra essa e l'impresa ausiliata ed è consentito l'avvalimento all'interno del gruppo, qualunque sia la posizione nel gruppo, controllata o controllante." (Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377; idem Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764).La ragione di questa semplificazione è chiara. Nell'ambito dell'avvalimento infragruppo, infatti, l'obbligo dell'impresa ausiliaria controllata di mettere a disposizione dell'impresa concorrente controllante le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, è dovuto proprio al controllo direzionale societario tra capogruppo e partecipata, che può essere comprovato da una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo..."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 93 DEL 8 febbraio 2017 PREC 15/17/S**

*La cauzione provvisoria mancante dell'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva è suscettibile di soccorso istruttorio*

"...la circostanza che il concorrente non abbia prodotto, contestualmente alla presentazione dell'offerta, la cauzione provvisoria con l'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva, non costituisce di per sé legittima causa di esclusione, potendo tale elemento essere suscettibile di soccorso istruttorio, in ragione dell'orientamento sia della giurisprudenza amministrativa sia di questa Autorità (determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 punto 2.2), per cui, qualora il concorrente produca l'impegno nei termini indicati dall'amministrazione e la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, lo stesso non può essere escluso dalla procedura di gara senza incorrere nella violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici;"

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 56 DEL 1 febbraio 2017 PREC 91/16/L**

*"legittima l'esclusione del concorrente che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi prestati in concreto"*

"La questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'Autorità con l'istanza di parere in epigrafe presuppone la necessità di definire quali caratteristiche deve avere il contratto di avvalimento ai sensi dell'articolo 89 del d.lgs. n. 50/2016, con particolare riferimento alla necessità che in esso sia dimostrata l'effettiva messa a disposizione delle risorse dell'impresa ausiliaria in favore dell'impresa ausiliata. Al riguardo, fermo restando il principio per cui l'offerente può partecipare ad una gara facendo affidamento sulle capacità di un altro soggetto, è infatti necessario che sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il concorrente disporrà effettivamente dei mezzi, messi a disposizione dall'impresa ausiliaria, di cui non è in possesso e che sono tuttavia indispensabili per eseguire l'appalto, non potendo l'offerente far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare i requisiti su un piano meramente formale.....Sul punto, si rappresenta

anche quanto sostenuto dal TAR Liguria, sez. II, nella sentenza n. 1201 del 2 dicembre 2016 in cui, richiamando il recente arresto dell'Adunanza Plenaria sopra citato, ha rimarcato la necessità di indicare nel contratto di avvalimento, con appropriato grado di determinatezza o determinabilità, i mezzi concreti che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, evidenziando altresì che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto dell'avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico negli articoli 1325, 1346 e 1418 del codice civile, che configurano quale causa di nullità del contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche. Il TAR, sulla base di tali principi, ha conseguentemente ritenuto insufficiente la mera riproduzione tautologia della formulazione legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o espressioni analoghe, e pertanto legittima l'esclusione del concorrente che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi prestati in concreto".

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 51 DEL 1 febbraio 2017**

##### **PREC 55/16/F**

*"E' legittima l'esclusione disposta in danno della concorrente che abbia indicato gli oneri della sicurezza, da specificare come richiesto in apposita clausola del bando a pena di esclusione con la presentazione dell'offerta, per un importo pari a zero"*

"...la società odierna istante giustifica la propria indicazione di oneri pari a zero in virtù della certificazione di qualità di cui è in possesso e del tipo di fornitura oggetto dell'appalto che avviene tramite corrieri e non richiederebbe pertanto "adeguamenti o costi aggiuntivi per la sicurezza";...la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2015 ha affermato il principio di diritto secondo il quale l'obbligo di indicare i costi per la sicurezza in sede di offerta vale non soltanto per gli appalti di lavori, ma anche per quelli di forniture e di servizi;...il Consiglio di Stato sez. V, nella sent. n. 1481 del 16 aprile 2016 ha precisato: "sebbene l'importo degli oneri sia irrisorio rispetto all'ammontare complessivo dell'offerta, un'indicazione di quest'ultimi pari a zero si traduce nella formulazione dell'offerta stessa come priva di un elemento essenziale per la sua valutazione" e quindi viola oltre che gli artt. 46, 86 e 97 D.lgs. 163/2006, anche la lex specialis che contenga la previsione dell'obbligo;...la giurisprudenza ha ritenuto l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale in un importo pari a "zero" equivalente alla mancata indicazione degli stessi..."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 50 DEL 1 febbraio 2017**

##### **PREC 1/17/F**

*La stazione appaltante deve attivare il soccorso istruttorio per la produzione della dichiarazione mancante (non tempestivamente rilevata) anche nella fase successiva all'aggiudicazione definitiva*

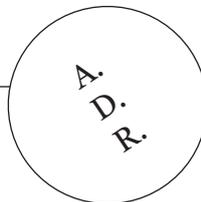
"...Il soccorso istruttorio, come formalizzato nella novella introdotta con il comma 2-bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, ha segnato il recepimento normativo del principio secondo cui «occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle dichiarazioni rese

dai concorrenti) e, dunque, l'esclusione dalla gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito» (determinazione n. 1 del 8 gennaio 2015). Nel caso de quo, l'esame della completezza della documentazione alla luce delle prescrizioni della lex specialis di gara non è stato condotto efficacemente dalla stazione appaltante che, in sede di verifica della documentazione amministrativa, non ha rilevato l'assenza della dichiarazione di un Consigliere con poteri di rappresentanza che è risultato essere cessato dalla carica il giorno successivo alla pubblicazione del bando e non ha dunque messo l'operatore economico nella condizione di sanare tutte le irregolarità dichiarative.

Non si ravvisano ragioni che ostino alla possibilità, rectius all'obbligo, per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio per la produzione della dichiarazione mancante (non tempestivamente rilevata) anche nella fase successiva all'aggiudicazione definitiva..."

# A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea  
e Mariarosaria di Canio



# 1

**Può un operatore economico indicare in fase di presentazione delle offerte quale subappaltatore di alcune prestazioni, un concorrente alla medesima procedura di gara?**

Nessuna norma di legge prevede espressamente il divieto, per una ditta partecipante ad una gara di appalto, di dichiarare di voler subappaltare una parte dei lavori ad un'altra ditta partecipante alla medesima procedura. Il Tar Piemonte, della sezione II di Torino con la sentenza del 17 marzo 2017 n. 395 afferma che se l'appaltatore, in fase di offerta, indica quale potenziale soggetto a cui subappaltare parte delle prestazioni, un concorrente della stessa competizione non per questo e' automaticamente ravvisabile un collegamento sostanziale ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. m del D.lgs. n. 50/2016. Soprattutto, la stazione appaltante non può procedere - senza approfondita verifica - con l'immediata esclusione dalla gara delle due imprese interessate, ritenendo la loro partecipazione finalizzata ad alterare la competizione.

# 2

**E' possibile l'esecuzione anticipata dell'appalto durante il periodo di stand still?**

Ai sensi dell'art. 32 comma 13 del D.Lgs. n. 50/2016 "L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8 della medesima norma".

Divenuta efficace l'aggiudicazione, l'esecuzione d'urgenza è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Il comma 9 art. 32 del codice dispone che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione; il comma 10 prevede alcune eccezioni alla predetta regola, tra le quali quella di cui alla lettera b): «nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b).

### **3** Quando la figura del RUP può coincidere con il ruolo di direttore dei lavori?

Stando alle Linee Guida n.3, le funzioni di RUP, progettista e direttore dei lavori possono generalmente coincidere tranne nel caso di lavori di speciale complessità o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico, nonché nel caso di progetti integrali ovvero di interventi di importo superiore a 1.500.000 di euro.

**Ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del D.lgs n. 50/2016 le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Cosa deve intendersi per "grave illecito professionale"?**

### **4**

Nella previgente disciplina si dava rilevanza, da un lato, alla grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di precedenti contratti con la medesima stazione appaltante, e, dall'altro lato, al grave errore professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante, intercorso anche in rapporti contrattuali con diverse amministrazioni; nella nuova disciplina la previsione ha una portata molto più ampia, in quanto, da un lato, non si opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, e, dall'altro lato, non si fa riferimento solo alla negligenza o errore professionale, ma, più in generale, all'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, ma anche in fase di gara quali le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante.

### **5** Quali sono le modalità di fatturazione e pagamento in caso di ATI?

Generalmente, tali modalità vengono dettagliate nell'atto costitutivo dell'ATI, in mancanza:

- in merito alla fatturazione, se l'opera è scindibile, le imprese associate fatturano al committente in base alle ordinarie modalità di applicazione dell'Iva; se l'opera è inscindibile gli obblighi di fatturazione debbono essere posti in capo alla capogruppo.
- in merito ai mandati di pagamento emessi dalla S.A., questi ultimi o potranno essere intestati alle singole mandanti e, quietanzati dalla capogruppo; o per l'intero importo a favore della capogruppo che provvederà poi a rimettere alle singole imprese la propria quota.

### **6** E' legittimo il mancato invito, ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi sotto soglia, del gestore uscente?

Ai sensi dell'art. 36 comma 1 del codice "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese". La Stazione appaltante dunque, non ha alcun obbligo di invitare il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione.

# Offerta economicamente più vantaggiosa e criteri di valutazione delle offerte una questione sempre aperta tra motivazione in *re ipsa* e motivazione pretesa!

di Giuseppe Croce

IN  
PIL  
LOLE

Nel consueto *iter* ricognitivo del panorama giurisprudenziale attuale, ritornano questioni storiche connesse all'esigenza di operare la valutazione delle offerte in ambito di economicamente più vantaggioso, non potendo prescindere dalla ponderazione di una gamma di criteri e sub criteri che devono essere predeterminati e portati a conoscenza degli offerenti. Si è pronunciato in tal senso il TRGA Trento con la sentenza n. 71 del 27/02/2017 ove richiamando un condiviso insegnamento giurisprudenziale secondo cui, nelle procedure da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni devono enunciare i criteri di aggiudicazione da applicarsi nelle valutazioni delle offerte e che, alla luce dei principi della par condicio e della trasparenza dell'azione amministrativa, tutti gli elementi da prendersi in considerazione per l'aggiudicazione della procedura, ed il peso assegnato per la

valutazione, devono essere resi noti ai partecipanti al momento della presentazione delle offerte, non potendo la stazione appaltante applicare regole di ponderazione o sottocriteri che non siano stati preventivamente portati a conoscenza degli offerenti (cfr. Cons. di Stato, sez. III, 1.2.2012 n. 514; idem 22.3.2011 n. 1749; Tar Lombardia Milano, sez. I, 29.7.2009 n. 4551; deliberazione ANAC n. 1264/2016). A tal riguardo va ribadito l'insegnamento giurisprudenziale (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 20.4.2012 n. 2343 e 18.8.2010 n. 5844; idem, sez. VI, 16.11.2000 n. 6128) secondo cui la fissazione dei criteri selettivi di valutazione delle offerte deve sempre precedere l'apertura delle buste contenenti le offerte medesime ed essere effettuata in una fase anteriore alla conoscenza delle soluzioni proposte dai concorrenti.

Medesima questione affrontata dallo stesso tribunale di Trento con la sentenza n. 90 del 20/03/2017 dove i giudici facendo un passo in più, hanno focalizzato l'attenzione sulla valutazione espressa dalla Commissione esaminatrice quale espressione piena del potere discrezionale della stessa, sottratto alla valutazione del giudice amministrativo, fatte salve le macroscopiche irrazionalità e incongruenze.

Preliminarmente il Collegio rammenta che, per costante insegnamento giurisprudenziale (Cons. di Stato, sez. IV, 12.3.2015 n. 1320 e sez. III, 18.10.2013, n. 5051; Tar Lazio Roma, sez. II, 23.12.2014, n. 13119; Tar Lombardia Milano, sez. III, 8.1.2014, n. 14), le valutazioni espresse dalle Commissioni esaminatrici, nelle gare d'appalto da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione di un potere discrezionale che si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, sempre che siano in linea con i criteri definiti nella lex specialis e fatte salve le ipotesi di macroscopiche irrazionalità e incongruenze, queste nei limiti di una rilevabilità *ictu oculi* e peraltro non essendo sufficiente che le determinazioni assunte siano meramente opinabili, posto che il giudice amministrativo non può sostituire, in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri, le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica (Cons. di Stato, sez. V, n. 882/2015; T.r.g.a. di Trento n. 268/2015).

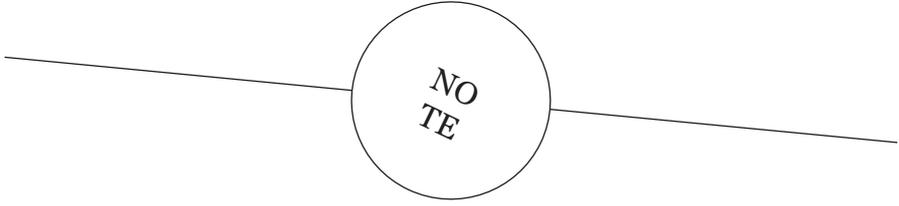
Da ultimo e sulla scia delle pronunce qui evidenziate e loro principi, si inserisce interessante anche la sentenza a firma del TAR Piemonte n. 414 del 27/03/2017 che invece focalizzando l'attenzione sull'obbligo di motivazione nelle valutazioni espresse dalla commissione, rammenta l'importanza della presenza dei sub criteri o di griglie di valutazione particolarmente dettagliate che sopperiscono alla motivazione.

In termini generali va osservato che, secondo la concorde giurisprudenza di primo e secondo grado, il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione allorché siano prefissati con chiarezza e adeguato grado di dettaglio i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo; in questo caso, infatti, sussiste comunque la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo e quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico (cfr., T.A.R. Umbria, sez. I, 11 settembre 2015, n. 365; T.A.R. Salerno, sez. II, 12 marzo 2014, n. 567; T.A.R. Piemonte, sez. II, 15 novembre 2013, n. 1207; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2011 n. 222; sez. V, 16 giugno 2010 n. 3806; 11 maggio

2007 n. 2355; 9 aprile 2010 n. 1999).

Viceversa, in assenza della predisposizione di subcriteri o di griglie di valutazione particolarmente dettagliate, la Commissione di gara può supplire al deficit motivazionale, insito nel punteggio numerico abbinato a criteri preventivi di giudizio non sufficientemente specifici, esplicitando le ragioni dell'attribuzione del punteggio stesso: sicché, pur ammettendosi che la mancata predeterminazione di parametri precisi e puntuali possa far sì che l'assegnazione dei punteggi in forma esclusivamente numerica determini un deficit motivazionale, nondimeno si ammette che a tale carenza la stazione appaltante possa rimediare illustrando le ragioni della valutazione effettuata, in relazione ai vari elementi in cui si articola ciascun criterio (Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332 e 18 aprile 2013, n. 2142; TAR Milano, III, 16 ottobre 2012, n. 2537; TAR Umbria, 2 novembre 2011, n. 355).

In senso conforme a questa impostazione si pongono sia le previsioni contenute all'art. 95, commi 8 e 9, d.lgs. 50/2016; sia le "Linee Guida n. 2 dell' ANAC "di attuazione del D.lgs 18 aprile 2016 n. 50 recanti offerta economicamente più vantaggiosa" del 21 settembre 2016 n. 1005", le quali prevedono che "in relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta. Con riferimento a ciascun criterio o subcriterio devono essere indicati i relativi descrittori che consentono di definire i livelli qualitativi attesi e di correlare agli stessi un determinato punteggio, assicurando la trasparenza e la coerenza delle valutazioni".



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

# SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

## MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

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

MEDIAAPPALTI

[www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)

**Pubblicità:** [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)

**Servizio abbonamenti:** [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

Medi  
Graphic

**Redazione:** Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

**Telefono:** 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

[redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)





**arrivederci  
al prossimo numero**

# i seminari in programma

SEMINARI

## APPALTI

### **Il nuovo codice dei contratti pubblici alla luce delle linee guida ANAC e della recente giurisprudenza**

14 marzo 2017 Trieste, 16 marzo 2017 Napoli, 21 marzo 2017 Roma, 28 marzo 2017 Genova, 28 marzo 2017 Torino, 28 marzo 2017 Bari, 04 aprile 2017 Pescara, 04 aprile 2017 Potenza, 11 aprile 2017 Verona, 11 aprile 2017 Olbia, 11 aprile 2017 Trento, 20 aprile 2017 Palermo.

### **Il Responsabile Unico del Procedimento**

09 marzo 2017 Torino, 14 marzo 2017 Pescara, 16 marzo 2017 Genova, 21 marzo 2017 Olbia, 23 marzo 2017 Ancona, 23 marzo 2017 Milano, 28 marzo 2017 Napoli, 30 marzo 2017 Bolzano, 06 aprile 2017 Roma, 06 aprile 2017 Trieste, 11 aprile 2017 Bologna, 13 aprile 2017 Cagliari.

### **Gli appalti sottosoglia alla luce delle Linee Guida n. 4 dell'ANAC**

14 marzo 2017 Potenza, 14 marzo 2017 Trento, 16 marzo 2017 Torino, 21 marzo 2017 Bologna, 28 marzo 2017 Catania, 28 marzo 2017 Cagliari, 04 aprile 2017 Milano, 11 aprile 2017 Napoli, 11 aprile 2017 Firenze, 13 aprile 2017 Bari, 20 aprile 2017 Trieste, 30 maggio 2017 Palermo.

### **Le nuove procedure del MePA alla luce del d.lgs. 50/2016**

14 marzo 2017 Roma, 27 aprile 2017 Napoli.

### **Gli adempimenti obbligatori post-aggiudicazione delle Stazioni Appaltanti nei confronti dell'ANAC e del MEF-RGS**

16 marzo 2017 Milano, 09 maggio 2017 Pescara, 16 maggio 2017 Napoli, 25 maggio 2017 Roma.

### **Appalti nel Settore Energia e Energy Performance Contract**

11 aprile 2017 Torino, 20 aprile 2017 Pescara, 27 aprile 2017 Bologna.

## II DGUE

20 aprile 2017 Potenza.

## CORSI ONLINE AREA APPALTI

### **IL MEPA alla luce del nuovo Codice degli Appalti VIII edizione in fad**

07 aprile 2017, 13 aprile 2017 e 21 aprile 2017.

### **Contratti sotto soglia: la documentazione**

24 marzo 2017, 31 marzo 2017.

## TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE

### **La redazione del regolamento unico di accesso e la nuova Amministrazione Trasparente**

28 marzo 2017 Bologna, 11 aprile 2017 Milano, 11 aprile 2017 Genova, 20 aprile 2017 Palermo, 20 aprile 2017 Torino.

## CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

### **L'Anticorruzione dopo la Legge Madia**

03 aprile 2017, 10 aprile 2017, 19 aprile 2017.

## PERSONALE

### **L'attribuzione degli incarichi esterni da parte delle PA nel 2017**

30 marzo 2017 Pescara, 06 aprile 2017 Torino, 20 aprile 2017 Roma.

## SOCIETA' PARTECIPATE

### **Le società a partecipazione pubblica nel d.lgs. n. 175 del 2016**

28 marzo 2017 Trieste, 06 aprile 2017 Cagliari, 13 aprile 2017 Roma.

Da quest'anno 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!**