

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 2

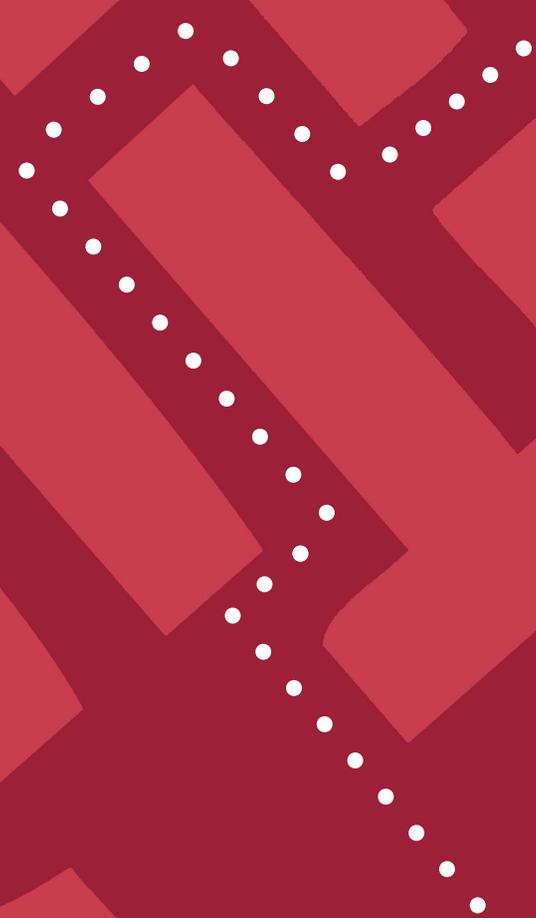
aprile
2018

MEDIA APPALTI

Procedimento contrattuale semplificato nel sottosoglia alla luce delle nuove linee guida n. 4 dell'ANAC

Il rito "superaccelerato" rimesso all'esame della Corte di Giustizia UE

Il nuovo decreto sulla programmazione degli appalti di beni e servizi: una prima lettura e qualche nota critica



"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

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

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

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

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

**Media
Graphic**

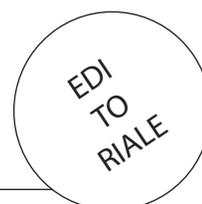




**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

**aprile
2018**



Semplici mobilità intelligenti

Ritardi. Sovraffollamenti. Mezzi inaffidabili. Chi vive ogni giorno l'esperienza del trasporto pubblico, vive tutti questi disagi. Chi può scamparsela li evita senza nemmeno prendere in considerazione la possibilità di viaggiare affidandosi alle linee pubbliche. Chi può muoversi con il mezzo privato, semplicemente, lo fa. Purtroppo, con un costo economico maggiore per le proprie tasche e con un costo ecologico incalcolabile per il benessere di tutti. Ma il tempo è la risorsa più preziosa di cui disponiamo e siamo disposti a sacrificare portafogli e vivibilità pur di poterla gestire nel migliore dei modi.

Un mondo con un trasporto pubblico efficiente sarebbe un mondo felice. Una felicità non del tutto impossibile. Milano apre una speranza. L'Atm, azienda controllata dal comune, che si occupa dei trasporti urbani, ha chiuso il 2017 con un incremento di passeggeri. L'anno scorso è stato registrato un aumento dei biglietti del 4% rispetto al 2016. Una crescita dovuta agli investimenti per l'ammmodernamento della flotta, per l'efficienza del servizio, per la sicurezza. Quando le cose funzionano i cittadini apprezzano e premiano.

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è particolarmente attivo nel rendere più efficiente il sistema dei trasporti pubblici urbani.

Comuni e Città Metropolitane hanno a disposizione fondi per 80 milioni di euro per il triennio 2018-2020 da investire "prioritariamente per la predisposizione dei Piani Strategici Metropolitan (Psm) e dei Piani urbani della mobilità sostenibile (Pums)", si legge sul portale del Mit che, con decreto, destina oltre due miliardi di euro al potenziamento della rete dei trasporti sul ferro (metropolitane, tramvie e filovie) per la realizzazione di nuove linee, o per il prolungamento di quelle esistenti.

"L'obiettivo - dice il Ministro Graziano Delrio - è di un moderno sistema che sia di supporto all'economia e alla crescita, alla qualità della vita nelle città, e che permetta l'accessibilità ai territori e connessioni semplici tra Europa e Mediterraneo".

"Connessioni semplici". Semplificare il groviglio delle linee urbane potrebbe essere la strategia migliore per rendere efficiente il trasporto pubblico. Per renderlo davvero apprezzabile da parte degli utenti. Cosa si intende per "semplificare"? Pensiamo all'operaio che abita nella periferia est della grande metropoli e debba andare a lavorare in un cantiere alla periferia ovest. Di mezzo c'è la città con i suoi ingorghi, i suoi rallentamenti, le metropolitane sovraffollate, le coincidenze perse per poco. Raggiungere il posto di lavoro diventa un'impresa. Semplificare in questo caso si potrebbe tradurre in un collegamento diretto tra le due periferie. Evitando di passare per il centro si risparmierebbe tempo e si risparmierebbero quotidiane dosi stress. Una soluzione semplice ad un problema che da decenni grava sulla mobilità urbana. Il rimedio ad un problema complicato

non deve necessariamente essere anch'esso complicato. "Quando qualcuno presenta una soluzione semplice a un problema mastodontico, o è troppo bello per essere vero, o è un genio", dice l'esperto di innovazione olandese Jim Stolze.

Semplicità, sinonimo di intelligenza. Potrebbe essere questa una chiave di lettura dei requisiti che devono rispettare i progetti presentati dalle Amministrazioni Locali perché possano essere considerati meritevoli di essere appaltati: semplici ed intelligenti. Il Ministero chiede che siano "progetti di qualità, rispondenti a format e tabelle standardizzati, Linee Guida del Mit in materia, analisi costi-benefici e costi-efficacia, che consentiranno di valutare i progetti sulla base degli stessi presupposti oggettivi".

Città metropolitane, comuni capoluogo delle città metropolitane, comuni capoluogo di regione e comuni con oltre 100.000 abitanti hanno tempo fino al 31 dicembre 2018 per presentare istanza per l'assegnazione dei contributi. I comuni con popolazione uguale o inferiore ai 100.000 abitanti potrebbero avere accesso ai fondi se dovessero servire per risolvere gravi criticità della mobilità pubblica relative al trasporto rapido di massa.

Spazio ai progetti. Con intelligenza. Con semplicità.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

4

Semplici mobilità intelligenti

In evidenza

Procedimento contrattuale
semplificato nel sottosoglia alla
luce delle nuove linee guida n. 4
dell'ANAC

7

Sotto la lente

Organismi di diritto pubblico
e P.A. Differenze e analogie
nell'applicazione del Codice
dei contratti pubblici e nelle
conseguenti discipline ed istituti.

14

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

Direttore Responsabile

dott. Enzo de Gennaro

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in
contrattualistica pubblica

Progetto Grafico
Federica Damato

Avv. Armando Lamantia
Componente progetto appalti Ordine Avv.ti Roma

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Il Punto

Il rito "superaccelerato"
rimesso all'esame della Corte di
Giustizia UE

22

La querelle sugli affidamenti dei
servizi legali

29

Il Collaudo quale fase finale
negli appalti pubblici di lavori

38

Accesso agli atti di gara: limiti
alla segretezza dell'offerta

43

Il nuovo decreto sulla
programmazione degli appalti
di beni e servizi: Una prima
lettura e qualche nota critica

50

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

67

Procedimento contrattuale semplificato nel sottosoglia alla luce delle nuove linee guida n. 4 dell'ANAC

IN
EVIDENZA

di Stefano Usai

1. Le linee guida n. 4 - ambito applicativo

Le LG n. 4 dell'ANAC rappresentano – e contengono – la disciplina di dettaglio relativamente ai cc.dd. procedimenti semplificati ad inviti oggi disciplinati nell'articolo 36 del codice che, come noto, si sono sostituiti alle pregresse acquisizioni in economia.

In realtà, la rinnovata esigenza di un regolamento interno – alle stazioni appaltanti – per disciplinare le molteplici implicazioni determinate dalle procedure semplificate (dalle modalità di conduzione delle indagini di mercato all'applicazione del principio di rotazione) rendono le "nuove" procedure, esperibili in ambito sotto soglia, molto simili alle pregresse (ed ora abrogate) acquisizioni in economia.

Le nuove LG, come del resto le pregresse, si applicano – pur trattandosi di indicazioni non vincolanti (il cui scostamento esige comunque una adeguata motivazione da inserire nella determinazione a contrattare, salvo che lo scostamento non avvenga per aderire/utilizzare un procedimento ordinario maggiormente garantista e concorrenziale) - :

Premesse

Con la deliberazione n. 206/2018 (del primo marzo), l'ANAC ha formalizzato le modifiche e gli adeguamenti delle pregresse linee guida n. 4 (nel prosieguo solo LG) alle innovazioni apportate dal decreto legislativo correttivo.

Come si vedrà, di particolare rilievo sono le specificazioni in tema di possibile "depotenziamento" delle rigorose implicazioni del principio di alternanza tra imprese (rispetto al pregresso aggiudicatario ed ai soggetti già invitati alle precedenti procedure di gara semplificata ai sensi dell'articolo 36 del codice) ed in tema di semplificazione dei controlli per "formalizzare" l'aggiudicazione.

- a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all'allegato IX;
- b) nei settori speciali, in quanto compatibili.

Il RUP, in ogni caso, può suggerire il ricorso nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica "alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato

suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale (articolo 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici)".

Ciò che il RUP deve evitare, evidentemente, è una artificioso frazionamento degli importi della base d'asta per cercare di "forzare" l'utilizzo di questi procedimenti semplificati ed aggirare le regole più rigorose dei procedimenti ordinari.

Non si ritenga superfluo precisare che la semplificazione insiste non tanto nella possibilità di "superare" (o non effettuare) fasi tipiche del procedimento contrattuale ma, piuttosto, in un minor rigore formale del procedimento (potendo evitare, ad esempio, la redazione di un autentico bando di gara e i connessi formalismi, si pensi alla produzione delle cauzioni, alla stipula del contratto).

2. I principi regolatori del procedimento

Nelle LG si richiamano i principi generali classici che debbono presidiare la procedura di acquisto come già nelle pregresse linee guida e, pertanto, il principio di economicità, di efficacia, di tempestività, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, di trasparenza e pubblicità e di proporzionalità.

A fronte di questo richiamo – rimasto invariato rispetto al pregresso documento del 2016 -, l'ANAC adegua il richiamo al principio di rotazione ora riferito (per effetto delle modifiche apportate all'articolo 36, comma 1, da parte del decreto legislativo correttivo n. 56/2017) anche agli inviti ed agli affidamenti.

Ulteriori adeguamenti sono quelli innestati con le lett. j) e k) e quindi rispettivamente, il richiamo al necessario ossequio "ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale, la previsione nella

documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti" ed al "principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi, l'adozione di adeguate

misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate, nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall'ANAC,

unitamente ai relativi aggiornamenti, e dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza".

**Le LG n. 4 dell'ANAC
rappresentano – e contengono
– la disciplina di dettaglio
relativamente ai cc.dd.
procedimenti semplificati
ad inviti oggi disciplinati
nell'articolo 36 del codice che,
come noto, si sono sostituiti
alle pregresse acquisizioni in
economia.**



3. La determina semplificata

Le nuove LG si adeguano – anche se lo "spunto" era già presente nelle pregresse – alla previsione normativa (art. 32 del codice) della c.d. determinazione a contrarre a contenuto semplificato.

Oggi, nel nuovo documento, si legge che "nel caso di affidamento diretto, o di lavori in amministrazione diretta, si può altresì procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato".

A sommo parere, la questione in realtà è mal posta in quanto – da una verifica del nuovo dettato normativo (art. 32, comma 2, del codice dei contratti) – l'intento del legislatore (peraltro suggerito dalla stessa ANAC con le LG 4/2016) è quello di superare la fase tecnica della prenotazione di impegno di spesa e di far coincidere l'aggiudicazione (diretta entro i 40mila euro) con l'impegno di spesa. Per una sorta di economia

procedimentale.

Uno degli aspetti non chiari è l'aver associato la determina a contrattare all'amministrazione diretta che, come noto, non è un appalto (si pensi all'avvio del cantiere in economia). Diverso, naturalmente è il caso degli acquisti (forniture) per avviare il lavoro in economia che, chiaramente, è un appalto a tutti gli effetti.

Viene ribadito il contenuto minimo della determina a contrarre (che deve avviare il procedimento - al netto delle ipotesi dell'affidamento diretto -) e che, come si diceva, contiene la prenotazione di impegno di spesa.

Il contenuto minimo si sostanzia nell'indicazione della procedura che si vuole seguire con una sintetica indicazione delle ragioni.

E' interessante il riferimento alle "ragioni" della scelta della procedura.

Non può sfuggire che il legislatore, nel caso in cui si opti per un procedimento semplificato ex art. 36 del codice, non richiede affatto una motivazione nel caso in cui si scelga di procedere con le procedure "semplificate". Pertanto deve ritenersi che la motivazione è in *re ipsa* nel senso che, evidentemente, dovranno ricorrere le ragioni legittimanti ben rilevabili dall'articolo 36 (operare nel sottosoglia per servizi e forniture e nelle fasce di importo previste dalla norma per i lavori).

Il contenuto della determina a contrattare può essere semplificato, per i contratti di importo inferiore a 40.000,00 euro, nell'affidamento diretto.

4. Le verifiche (per appalti fino a 5mila euro)

Importanti semplificazioni vengono previste in tema di verifica sul possesso dei requisiti.

In particolare, per lavori, servizi e forniture di importo fino a 5.000,00 euro - in caso di affidamento diretto - , la stazione appaltante procede comunque, prima della stipula (che può avvenire **sulla base di una dichiarazione sostitutiva non necessariamente effettuata sul modello del documento unico di gara**) del contratto - da effettuarsi nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, del codice dei contratti pubblici - :

- alla consultazione del casellario ANAC,
- **alla verifica del documento unico di regolarità contributiva (DURC),**
- alla verifica della sussistenza dei requisiti speciali ove previsti;
- alla verifica delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (ad esempio ex articolo 1, comma 52, legge n. 190/2012).

Secondo l'ANAC, il contratto deve in ogni caso contenere espresse, specifiche, clausole, che prevedano, in caso di

successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti:

1. la risoluzione dello stesso;
2. il solo pagamento del corrispettivo pattuito con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta;
3. l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10 per cento del valore del contratto.

L'intento del legislatore (peraltro suggerito dalla stessa ANAC con le LG 4/2016) è quello di superare la fase tecnica della prenotazione di impegno di spesa e di far coincidere l'aggiudicazione (diretta entro i 40mila euro) con l'impegno di spesa. Per una sorta di economia procedimentale.



Sulle autodichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini dell'affidamento diretto i RUP sono tenuti ad effettuare idonei controlli ai sensi dell'articolo 71, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

Con uno specifico regolamento – o atto equivalente (ad esempio per i comuni può essere una deliberazione di indirizzi generali) –, andranno definite "una quota significativa minima di controlli a campione da effettuarsi in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti operati, nonché le modalità di assoggettamento al controllo e di effettuazione dello stesso".

5. Le verifiche (per appalti superiori ai 5mila euro e inferiori ai 20mila)

Per lavori, servizi e forniture di importo superiore a 5.000,00 euro e non superiore a 20.000,00 euro, in caso di affidamento diretto, sempre ferma la possibilità di procedere alla stipula del contratto **sulla base di una autodichiarazione in questo caso redatta secondo il modello del documento di gara unico europeo**, il RUP deve però procedere comunque, prima della stipula del contratto da effettuarsi nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, alle verifiche (maggiormente rigorose):

- consultazione del casellario ANAC,
- **alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 80, commi 1, 4 e 5, lettera b) del codice dei contratti pubblici e dei requisiti speciali ove previsti,**
- verifica delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (ad esempio ex articolo 1, comma 52, legge n. 190/2012).

Anche in questo caso il contratto deve contenere espresse, specifiche, clausole, che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti: la risoluzione dello stesso ed il pagamento in tal caso del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle

prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta; l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10 per cento del valore del contratto.

Stesse indicazioni vengono fornite a proposito dell'adozione di un regolamento interno per le verifiche a campione.

6. Le verifiche (per appalti di importo superiore ai 20mila euro)

In caso di acquisizioni per importi superiori a 20.000,00 euro, sempre con l'affidamento diretto, non è prevista più la possibilità di stipulare il contratto sulla base di una autodichiarazione. Infatti il RUP, previamente alla stipula del contratto, nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, del codice dei contratti pubblici, deve procedere alle verifiche:

- **del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici e di quelli speciali, se previsti;**
- alla verifica delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (es. articolo 1, comma 52, legge n.190/2012).

7. Le "novità" in tema di affidamento diretto

Vengono ribaditi alcuni momenti imprescindibili dell'affidamento diretto: il RUP deve motivare la scelta del contraente (diretto) "e al fine di assicurare la massima trasparenza" occorrerà – come in passato – dare conto dettagliato "del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario,

della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione”.

Non appare comprensibile l'intero periodo visto che si tratta più che di motivazione dei controlli sempre necessari. In realtà, sotto il profilo pratico, il RUP deve chiarire in che modo è giunto a scegliere il dato operatore economico piuttosto che uno diverso.

La sostanza delle motivazioni viene maggiormente esplicitata nel passo successivo a quello appena riportato laddove si individuano modelli virtuosi di azione istruttoria che deve compiere il RUP per individuare l'affidatario (in modo diretto).

In questo senso si legge che per individuare l'operatore economico (direttamente) il RUP (nella linee guida si continua ad utilizzare il riferimento impersonale alla stazione appaltante), “può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni”.

In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici – ora espressamente escluso dalla norma per effetto delle modifiche apportate con il decreto legislativo correttivo 56/2017 – “rappresenta una *best practice* anche alla luce del principio di concorrenza”. Rimane ferma, naturalmente, la questione del rispetto del principio di rotazione.

Ulteriori semplificazioni sono previste – sempre nel caso dell'affidamento diretto -, con la facoltà tecnica del RUP di non prevedere la cauzione provvisoria e corrispettiva facoltà di esonerare l'affidatario dalla cauzione definitiva in casi specifici, e alle condizioni dettate dal comma 11

del citato articolo 103.

Nell'ambito dei micro acquisti (entro i mille euro) “o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici”, la motivazione “**può essere**” espressa in forma sintetica, “anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato”.

8. Un regolamento interno per disciplinare l'indagine di mercato

Il richiamo al regolamento interno viene ripetuto – come già nelle pregresse linee guida – per l'esigenza di disciplinare (ed al contempo assicurare uniformità di azione amministrativa):

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione.

E' proprio sulla rotazione che le linee guida cercano di fornire modelli di azione. In primo luogo, viene chiarito che l'alternanza opera solo nel caso di successione di appalti aventi ad oggetto o la stessa commessa o commesse appartenenti allo stesso settore merceologico.

Nell'affidamento diretto, in ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici – ora espressamente escluso dalla norma per effetto delle modifiche apportate con il decreto legislativo correttivo 56/2017 – rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza



La successione implica l'utilizzo delle procedure derogatorie e non nel caso in cui il RUP operi con i procedimenti ordinari (con bando).

Ulteriore, nuova, specifica è che la rotazione non deve essere applicata nel caso in cui il RUP pubblici l'avviso a manifestare interesse – per lo stesso oggetto appalto ad oggetto che rientra nello

stesso settore merceologico - senza preclusione alcuna sulla partecipazione ovvero non ponendo limiti al numero degli inviti (in sostanza, tutti i soggetti che chiedono di partecipare vengono invitati al procedimento).

Da notare però, secondo recentissima giurisprudenza (**Tar Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza n. 354/2018**) che, in ogni caso, l'invito al pregresso affidatario (e, si ritiene, ai soggetti già invitati) deve sempre essere motivato altrimenti, come emerge dalla sentenza citata, il principio di rotazione verrebbe oggettivamente vanificato. E questo non sembra l'intento del legislatore. Da notare che, nel caso di specie trattato dal giudice bresciano, la stazione appaltante procedeva con un avviso pubblico aperto al mercato (senza limiti di partecipazione), il giudice ha annullato l'aggiudicazione effettuata al pregresso affidatario il cui invito non risultava motivato.

Nuova possibilità - ma in realtà già paventata dall'ANAC - è quella di veicolare la rotazione nell'ambito di fasce di importo (determinate seriamente ed oggettivamente).

In particolare, nelle linee guida si legge che "il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a:

- arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce;
- ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto;
- alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto

di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici (collegamento tra imprese).

Ulteriori aspetti che il regolamento interno può disciplinare riguardano:

- b) le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici, che possono essere distinti per categoria e fascia di importo;
- c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato oppure attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A. o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

Circa lo svolgimento di indagine di mercato o di redazione degli elenchi dei fornitori, poco muta rispetto alle pregresse linee guida.

L'ANAC comunque ribadisce l'esigenza assoluta di assicurare trasparenza - attraverso adeguata pubblicità - e rispetto di pari condizioni di accesso ai procedimenti di acquisto (o agli elenchi dei fornitori/prestatori).

9. Il contenuto della lettera di invito

La connotazione fondamentale dei procedimenti disciplinati dall'articolo 36 - in cui si può distinguere l'affidamento diretto e la procedura ad inviti - è quello del contenuto della lettera di invito. Le nuove linee guida, come già quelle precedenti, si soffermano sul contenuto minimo a cui il RUP si deve attenere.

L'invito, secondo l'ANAC, deve contenere tutti gli elementi che **consentono alle imprese di formulare un'offerta informata** e dunque seria, tra cui almeno:

- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato;

b) i requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara o, nel caso di operatori economici selezionati da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali sono stati inseriti nell'elenco;

c) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;

d) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;

e) il criterio di aggiudicazione prescelto, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 95 del codice dei contratti pubblici.

Nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;

f) la misura delle penali;

g) l'indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;

h) l'eventuale richiesta di garanzie;

i) il nominativo del RUP;

j) nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo, che esige alla motivazione chiara – da inserire nella determinazione a contrattare –, rimane ferma la possibilità di utilizzare il sistema dell'esclusione automatica "purché pervengano almeno

dieci offerte valide, con l'avvertenza che in ogni caso la stazione appaltante valuta la conformità di ogni offerta, che in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa";

Nella lettera k), novità rispetto alle pregresse linee guida, si chiarisce la questione dell'applicazione dei criteri

per l'anomalia nel caso di utilizzo del minor prezzo.

In particolare, si chiarisce che "per l'ipotesi in cui sia sorteggiato uno dei metodi di cui alle lettere a), b) ed e) dell'articolo 97, comma 2 del codice dei contratti pubblici:

a) che il così detto taglio delle ali, che consiste nel tralasciare e non considerare le offerte estreme nella misura percentuale indicata dalla legge, si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti. Successivamente il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media si effettua esclusivamente prendendo in considerazione i ribassi delle offerte che sono residue dopo il suddetto taglio delle ali;

b) che, in caso di sorteggio del metodo di cui alla all'articolo 97, comma 2, lettera b), del codice dei contratti pubblici, una volta operato il così detto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi;

c) che le offerte con identico ribasso percentuale avranno, ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e saranno pertanto considerate come un'offerta unica; d)

a prescindere dal metodo sorteggiato, il numero di decimali per il ribasso offerto da considerare per il calcolo dell'anomalia".

Lett. l), alla lettera di invito andranno allegati lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti;

Infine, nella lett. m) occorrerà dar conto della data, l'orario e il luogo di svolgimento della prima seduta pubblica,

nella quale il RUP o il seggio di gara procedono all'apertura dei plichi e della documentazione amministrativa.

La connotazione fondamentale dei procedimenti disciplinati dall'articolo 36 – in cui si può distinguere l'affidamento diretto e la procedura ad inviti – è quello del contenuto della lettera di invito. Le nuove linee guida, come già quelle precedenti, si soffermano sul contenuto minimo a cui il RUP si deve attenere.



Organismi di diritto pubblico e P.A. Differenze e analogie nell'applicazione del Codice dei contratti pubblici e nelle conseguenti discipline ed istituti.

di Beatrice Corradi

SOTTO
LA
LENTE

1. La qualifica di "organismo di diritto pubblico" e le disposizioni in materia di appalti

La qualifica di "organismo di diritto pubblico" è legata a tre concomitanti condizioni: il possesso di personalità giuridica, il finanziamento maggioritario da parte dello Stato od altri enti pubblici (ovvero soggezione al controllo di gestione di detti enti) e l'essere stato istituito per il soddisfacimento di "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale".

I tre requisiti, come precisa la Giurisprudenza della Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, causa C-393/06, Sez. Quarta, pres. K. Lenaerts, Avv. gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer, parti Ing. Aigner / Fernwarme Wien GmbH hanno natura cumulativa, di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi esclude lo status di organismo di diritto pubblico (con la disapplicazione, quindi, della normativa comunitaria sugli appalti pubblici). Si tratta di requisiti generici la cui applicazione ha creato non poche difficoltà di interpretazione, a fronte delle quali ha assunto importanza il ruolo dei giudici, soprattutto comunitari.

La giurisprudenza nazionale ha equiparato la nozione di organismo di diritto pubblico a quella di pubblica amministrazione al fine di estendere all'organismo di diritto pubblico la disciplina pubblicistica in materie del tutto estranee alle

procedure di evidenza pubblica, non limitandosi, quindi, ad individuare gli organismi di diritto pubblico al solo fine dell'applicazione della normativa in tema di appalti pubblici. Un Ente va qualificato organismo di diritto pubblico, in ogni caso, con conseguente soggezione al diritto comunitario degli appalti, anche se svolge attività promiscue e molteplici, vale a dire sia attività volte a soddisfare un bisogno di interesse generale di carattere non commerciale o industriale, sia attività con tale carattere.

Per "bisogni di interesse generale" come precisato, tra l'altro, dalla Suprema Corte di Cassazione. SS.UU. n. 97/2000 e 2637/06, devono intendersi quelli riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione. Le principali conseguenze derivanti dalla qualificazione di un soggetto all'interno della categoria degli organismi di diritto pubblico consistono:

- nell'obbligo di conformarsi alle direttive comunitarie in tema di appalti e a ciò che ne consegue, in termini di istituti connessi;
- nella sottoposizione alla disciplina sul diritto di accesso agli atti ex art. 22 L. 241/1990;
- all'applicazione della disciplina penale della P.A., con riferimento all'attività svolta nella qualità di stazione appaltante che indice o

gestisce una procedura di gara.

Nel settore degli appalti pubblici, ad esempio, ciò che fa dell'organismo di diritto pubblico, un soggetto equiparato alla pubblica amministrazione (e, quindi, sostanzialmente e funzionalmente un ente pubblico) è proprio la disciplina legislativa che espressamente lo sottopone al regime dell'evidenza pubblica.

L'organismo di diritto pubblico diviene pubblica amministrazione (in maniera fissa e immutabile), solo nello svolgimento di "quel tratto di attività esplicitamente sottoposto ad una disciplina di diritto amministrativo. Il che, peraltro, consente di giustificare, anche sul piano costituzionale, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che non avrebbe spazio se dovesse predicarsi la natura privatistica dell'organismo di diritto pubblico, perché si avrebbe una controversia tra due soggetti (il partecipante alla gara e la stazione appaltante) entrambi privati" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/7/2016 n. 3043).

L'equiparabilità dell'organismo di diritto pubblico alla pubblica amministrazione non vale sempre e comunque. Si tratta al contrario, "di una equiparazione settoriale, funzionale e dinamica, perché strettamente legata all'affidamento dei contratti. Quando svolge altre attività, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace di regola al diritto

privato. Esso è, quindi, un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante. Questa connotazione funzionale non caratterizza soltanto l'organismo di

diritto pubblico, ma rappresenta ormai un connotato di molti altri soggetti. Quando un ente viene dalla legge sottoposto a regole di diritto pubblico, quell'ente, limitatamente allo svolgimento di quell'attività proceduralizzata, diviene, di regola, "ente pubblico" a prescindere dalla sua veste formale. Deve essere ribadito che lo diviene non in maniera statica

ed immutabile, ma dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre attività non proceduralizzate" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/7/2016 n. 3043).

Una volta acclarata la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, deve sempre ritenersi dovuto il rispetto della normativa comunitaria in tema di appalti, non solo per le attività volte a soddisfare un bisogno generale di carattere non commerciale o industriale, ma anche per le eventuali ulteriori attività propriamente commerciali o industriali.

Infatti, gli organismi di diritto pubblico sono obbligati, nell'esercizio della propria attività contrattuale (anche al di fuori del limitato settore

degli appalti pubblici) al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica. Infatti la Commissione europea ha chiarito che le regole e i principi dell'evidenza pubblica, in quanto principi generali

Le principali conseguenze derivanti dalla qualificazione di un soggetto all'interno della categoria degli organismi di diritto pubblico consistono: nell'obbligo di conformarsi alle direttive comunitarie in tema di appalti e a ciò che ne consegue, in termini di istituti connessi; nella sottoposizione alla disciplina sul diritto di accesso agli atti ex art. 22 L. 241/1990; all'applicazione della disciplina penale della P.A., con riferimento all'attività svolta nella qualità di stazione appaltante che indice o gestisce una procedura di gara.



Quando svolge attività diverse dalla gestione dell'attività contrattuale, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace di regola al diritto privato. Esso è, quindi, un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante.



direttamente desumibili dalle disposizioni del Trattato, trovano applicazione non solo nelle ipotesi in cui una puntuale prescrizione del diritto comunitario derivato ne renda obbligatorio l'utilizzo ma, più in generale, in tutti i casi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l'attribuzione di un'*utilitas* di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato (CdS n. 2280/2008 cit.).

2. Organismo di diritto pubblico e contenzioso

Le Sezioni unite hanno chiarito che «nelle procedure di evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella successiva fase contrattuale riguardante l'esecuzione del rapporto la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario» (Cass. Sez. U, 23/07/2013, n. 17858; conf.: Cass. Sez. U, 09/11/2012, n. 1939; 08/07/2015, n. 14188; 13/03/2009, n. 6068; 05/04/2012, n. 5446).

Principi analoghi si sono affermati nella giurisprudenza regolatrice delle Sezioni unite laddove si è ripetutamente affermato che l'azione di risarcimento del danno per responsabilità in relazione ad una procedura di affidamento di appalto di opere pubbliche per attività amministrativa non conforme a buona fede appartiene alla giurisdizione del comparto TAR - Consiglio di Stato, avendo pur essa per oggetto atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonché relativi all'individuazione del contraente a seguito dell'aggiudicazione, e comunque inerenti alla

fase antecedente alla stipulazione del contratto di appalto (Cass., Sez. U, 30/07/2008, n. 20596; conf.: Cass., Sez. U, 27/02/2008, n. 5084; Cons. Stato, Ad. Plen., 05/09/2005, n. 6). Sono, dunque, comprese nella giurisdizione amministrativa anche le liti concernenti il risarcimento del danno da responsabilità). Pertanto, anche gli organismi di diritto pubblico, sono sottoposti a tali disposizioni. In forza dall'art. 6 della legge n. 205/2000 sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *"tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavoro, di servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale"*.

Da questa norma è chiaro come sia stato superato il binomio provvedimento amministrativo - giudice amministrativo. Ciò che rileva ai fini della giurisdizione, quindi, non è più la natura del provvedimento emesso dal soggetto. Se la procedura di affidamento è seguita da un soggetto, anche formalmente privato, che rientri nella nozione di amministrazione aggiudicatrice, allora le controversie saranno

Ciò che rileva ai fini della giurisdizione, quindi, non è più la natura del provvedimento emesso dal soggetto. Se la procedura di affidamento è seguita da un soggetto, anche formalmente privato, che rientri nella nozione di amministrazione aggiudicatrice, allora le controversie saranno decise dal giudice amministrativo.



decise dal giudice amministrativo. Con tale legge si supera quindi la tendenza secondo cui la procedura di evidenza pubblica sarebbe oggettivamente pubblica, chiunque la ponga in essere.

La possibilità di riconoscere carattere pubblicistico agli atti promananti da soggetto formalmente privato, o comunque di regola operante in base a canoni di diritto privato (enti pubblici economici), è stata ammessa dalla Corte di Cassazione (a partire dal notissimo arresto già diversi anni fa, di cui alla sentenza delle Sezioni unite 29 dicembre 1990, n. 12221), nell'ipotesi in cui lo stesso rivesta, ad esempio, i panni di concessionario (in particolare

di concessionario di opera pubblica nelle plurime forme di concessione di committenza, di costruzione e gestione e di sola costruzione).

Va riconosciuta dignità sostanzialmente amministrativa agli atti posti in essere dall'organismo di diritto pubblico, nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

Nell'ambito di detti atti vanno per certo annoverate le determinazioni pertinenti alla procedura per l'assegnazione degli appalti, trattandosi di una "tipica funzione dell'ente pubblico competente per la realizzazione della singola opera pubblica". Di qui la conclusione, sul versante della natura oggettivamente amministrativa, relativa all'emersione di "un caso tipico di esercizio privato di pubbliche funzioni", nel quale le funzioni non cessano di essere pubbliche per il solo fatto di essere assolte da privati (principio espresso già in CdS sez. VI n. 1478 1998).

La fungibilità delle forme giuridiche è fornita proprio dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990. L'articolo che apre la disciplina generale del procedimento amministrativo prevede, infatti, al comma 1-bis, che: "La pubblica amministrazione, nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente" e al comma 1-ter, quasi simmetricamente, l'attività amministrativa proceduralizzata svolta da soggetti privati: "I soggetti preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1".

La fungibilità delle forme giuridiche è fornita proprio dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990. L'articolo che apre la disciplina generale del procedimento amministrativo prevede, infatti, al comma 1-bis, che: "La pubblica amministrazione, nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente" e al comma 1-ter, quasi simmetricamente, l'attività amministrativa proceduralizzata svolta da soggetti privati: "I soggetti preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1".



3. Organismo pubblico e trasparenza: Linee Guida Anac

Il campo di applicazione soggettivo dei regimi pubblicistici previsti dal legislatore è puntualmente delineato. In alcuni casi, infatti, il legislatore, anziché indicare analiticamente i soggetti sottoposti al campo di applicazione della relativa disciplina, fa rinvio ad una nozione generale di pubblica amministrazione. Ciò ha creato, tra l'altro, alcuni dubbi sull'applicazione del d.lgs. 33/2016 in tema di obblighi sulla trasparenza, con riferimento agli organismi di diritto pubblico.

Il campo di applicazione soggettivo degli obblighi in materia di trasparenza dettati dal decreto legislativo n. 33 del 2013 è, infatti, delineato dall'art. 11, comma 1, il quale fa rinvio alle pubbliche

amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, a sua volta, stabilisce: "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed

amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al

decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300”.

Quando il legislatore menziona l’ente pubblico come destinatario di una disciplina pubblicistica, senza fornire espliciti criteri per stabilire in che misura possano considerarsi, a quei fini, enti pubblici anche soggetti che, sebbene formalmente privati, presentano alcuni indici di pubblicità, sorgono le maggiori incertezze interpretative.

A tal fine risulta utile richiamare nuovamente la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/7/2016 n. 3043:

“Un approccio meramente formalistico non pare adeguato all’evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato la nozione di pubblica amministrazione. Risulta, al contrario, preferibile un criterio che, valorizzando opzioni ermeneutiche che hanno trovato spesso riscontro nella giurisprudenza comunitaria, nell’ambito della quale la nozione di “pubblica amministrazione” (spesso invocata dai trattati anche per delimitare il campo di operatività delle libertà fondamentali) si allarga e si restringe in funzione dalla ratio dell’istituto e dell’esigenza sostanziale da soddisfare, privilegiando più la sostanza che la forma e risolvendo i casi incerti dando rilievo centrale ai criteri teleologico e sistematico.

Senza che in ciò debba rilevarsi alcuna violazione in questo del principio di legalità sancito dall’ancora vigente art. 4 della legge n. 70 del 1975, perché tra i criteri di interpretazione della legge l’art. 12 delle preleggi richiamano espressamente, specie per sopperire a carenze del dato testuale/letterale, proprio il criterio teleologico (“l’intenzione del legislatore”) e il sistema normativo nel suo complesso (“secondo la connessione di esse”).

Da quanto sopra ne discende l’applicabilità agli organismi di diritto pubblico delle disposizioni in materia di trasparenza, tenuto conto che il principio medesimo, inteso come «accessibilità totale» alle informazioni che riguardano l’organizzazione e l’attività, è già presente nel Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, recante norme in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Tale finalità si realizza attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all’utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell’attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, ciò allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità.

L’articolo 2 – bis del decreto legislativo 33/2016 stabilisce che: *“1. Ai fini del presente decreto, per “pubbliche amministrazioni” si intendono tutte le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione. 2. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche; (lettera così sostituita dall’art. 27, comma 2-ter, d.lgs. n. 175 del 2016, introdotto dall’art. 27 del d.lgs. n. 100 del 2017) c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell’ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell’organo d’amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.*

3. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all’attività di pubblico interesse

disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici".

L'art. 2 bis fissa una disciplina organica (obblighi di pubblicazione e accesso generalizzato) applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni. Estende questo stesso regime anche ad altri soggetti di natura pubblica (enti pubblici economici e ordini professionali) e privata (società e altri enti di diritto privato in controllo pubblico). Stabilisce una diversa disciplina, meno stringente, per gli enti di diritto privato (società partecipate e altri enti) che svolgono attività di pubblico.

Con la delibera n. 1134 dell'8 novembre l'Autorità anticorruzione, in esito a un'apposita consultazione on line e dopo il parere favorevole del Cons. di Stato n. 1257 del 29 maggio 2017, ha approvato le nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, da parte degli organismi partecipati e degli enti pubblici economici.

L'Autorità ha elaborato le nuove Linee Guida, di cui alla delibera n. 1134 dell'8 novembre, al fine di adeguare le indicazioni fornite con la determinazione n. 8/2015, alle modifiche introdotte dal d.lgs. 25

L'Autorità ha elaborato le nuove Linee Guida, di cui alla delibera n. 1134 dell'8 novembre, al fine di adeguare le indicazioni fornite con la determinazione n. 8/2015, alle modifiche introdotte dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97. Esse rispondono, quindi, all'esigenza di considerare il nuovo ambito soggettivo di applicazione della disposizioni in tema di trasparenza delineato all'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013, introdotto dal d.lgs. 97/2016, che individua accanto alle pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le società a partecipazione pubblica, le associazioni, le fondazioni e altri enti di diritto privato



maggio 2016, n. 97. Esse rispondono, quindi, all'esigenza di considerare il nuovo ambito soggettivo di applicazione della disposizioni in tema di trasparenza delineato all'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013, introdotto dal d.lgs. 97/2016, che individua accanto alle pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le società a partecipazione pubblica, le associazioni, le fondazioni e altri enti di diritto privato, qualora ricorrano alcune condizioni. Con la formulazione dell'art. 2-bis vengono risolti

in gran parte i dubbi interpretativi sorti in merito alle previgenti disposizioni, seppure limitando il perimetro applicativo del decreto.

La trasparenza per gli organismi di diritto pubblico si esprime nella pubblicazione sui siti web dei dati e dei documenti soggetti a pubblicazione obbligatoria e nell'esercizio del diritto di accesso civico. La trasparenza deve essere assicurata, infatti, sia sull'attività, limitatamente a quella di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea, sia sull'organizzazione

Ai fini dell'attuazione del d.lgs. n. 33 del 2013, è quindi nominato il Responsabile della trasparenza, di norma coincidente con il Responsabile della prevenzione della corruzione.

Si richiama, inoltre, la Legge n. 124/2017 al comma 125-129 dell'art.1, la quale ha disposto che a decorrere dal 2018 gli enti - incluse tutte le Associazioni e le Onlus - che ricevono sovvenzioni e contributi, incarichi retribuiti e vantaggi economici di ogni genere da parte di pubbliche amministrazioni

o da altri soggetti pubblici devono pubblicare sul proprio sito internet entro il 28 febbraio le informazioni (non meglio specificate) relative ai contributi pubblici ricevuti nell'anno precedente. L'obbligo di pubblicazione non sussiste solo nel caso in cui l'importo dei contributi pubblici ricevuti nella annualità precedente sia inferiore a 10.000 euro.

Il nuovo ambito di applicazione assume rilievo anche ai fini dell'adozione delle misure di prevenzione della corruzione di cui alla legge n. 190/2012, laddove al comma 2-bis dell'art. 1 si specifica che sia le pubbliche amministrazioni sia gli altri soggetti di cui all'art. 2-bis, co. 2, del d.lgs. 33 del 2013 sono destinatari delle indicazioni contenute nel Piano nazionale anticorruzione (PNA), seppure con un regime differenziato.

Sono tenuti ad integrare i modelli di organizzazione e gestione adottati ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 (secondo il modello 231, un modello organizzativo di gestione e controllo consistente in un sistema di gestione preventivo dei rischi), i seguenti

soggetti: enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico, associazioni, fondazioni e enti di diritto privato comunque denominati anche prive di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo

maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo, sia designata da pubbliche amministrazioni.

Sono tenuti ad integrare, ai fini del raggiungimento delle finalità in materia di prevenzione della corruzione, i modelli di organizzazione e gestione adottati ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 (secondo il modello 231, un modello organizzativo di gestione e controllo consistente in un sistema di gestione preventivo dei rischi), tra l'altro, le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato.



Software per la Gestione on line Albo Fornitori e Gare Telematiche



Area Software



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

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

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

FUNZIONALITA'

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

VANTAGGI

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

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

Ci contatti per maggiori informazioni

0883.310504



www.mediaconsult.it

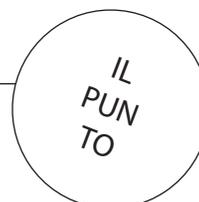


info@mediaconsult.it



Il rito “superaccelerato” rimesso all’esame della Corte di Giustizia UE

di Riccardo Gai



1. L’introduzione nel nostro ordinamento del rito “superaccelerato”

L’art. 120, co. 2 bis, del Codice del Processo Amministrativo, introdotto dall’art. 204 del nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. n. 50/2016) ha introdotto nel nostro ordinamento processuale un rito del tutto peculiare, comunemente definito “superaccelerato”, costituente una sub-specie del rito - già speciale - relativo al contenzioso in materia di appalti pubblici.

A questo rito super-speciale (disciplinato ai commi 2 bis e 6 bis dell’art. 120 c.p.a.), dunque,

soggiacciono le impugnazioni dei provvedimenti che - all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali dei concorrenti ad opera della commissione - dispongano le ammissioni e/o le esclusioni dalla

gara. L’omessa tempestiva impugnazione di questi provvedimenti preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. I provvedimenti in questione debbono essere impugnati nel termine di 30 giorni

dalla relativa pubblicazione sul profilo della stazione appaltante, nella sezione “Amministrazione

Nel rito superaccelerato, la contestazione in ordine all’illegittima ammissione di un concorrente è sottoposta al termine decadenziale di trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento che dispone le ammissioni e le esclusioni, precludendo la facoltà di successiva impugnazione dell’aggiudicazione per invalidità derivata, anche con ricorso incidentale



Trasparente”, ai sensi dell’art. 29, co. 1, del Codice Appalti. Agli interessati è, quindi, imposto un onere di immediata impugnazione di tali provvedimenti. Una volta decorso il termine suddetto, questi ultimi, infatti, non possono più essere contestati.

In altri termini, la selezione dei partecipanti alla procedura di gara diviene definitiva, indipendentemente e in un momento anteriore, rispetto alla conclusione della procedura medesima. Ne deriva, così, che il successivo provvedimento di aggiudicazione sopraggiunto in corso di causa debba essere necessariamente censurato con ricorso autonomo oppure, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, anche con motivi aggiunti. Le peculiarità del rito in esame hanno già spinto la giurisprudenza a delinearne un’interpretazione restrittiva, coerentemente con il carattere speciale e derogatorio dello stesso, ritenendo estranei all’ambito di applicazione dei summenzionati commi 2 bis e 6 bis i provvedimenti di esclusione che non dipendano dalla mancanza dei requisiti soggettivi (come letteralmente indica la norma), ma da altri motivi. A titolo esemplificativo, si pensi alle ipotesi afferenti alla riscontrata carenza di elementi formali dell’offerta tecnica o economica, o al mancato esercizio del potere di soccorso istruttorio.

L’istituto processuale in commento, sin dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, ha suscitato un ampio di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in special modo riguardante il principio dell’interesse ad agire concreto ed attuale, tanto da condurre, come vedremo, alla remissione alla Corte di Giustizia UE del vaglio circa la legittimità della disciplina sul rito super-accelerato rispetto al diritto di difesa in giudizio. Ciò in quanto, secondo i principi generali del processo, l’interesse a far valere vizi di partecipazione dei concorrenti dovrebbe concretizzarsi in capo all’operatore economico non aggiudicatario soltanto con il concretizzarsi della lesione del bene della vita, e quindi soltanto a seguito dell’aggiudicazione in favore di altro concorrente. Con la nuova disciplina, invece, la contestazione in ordine all’illegittima ammissione di un concorrente è sottoposta al termine decadenziale di trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento che dispone le ammissioni e

le esclusioni, precludendo la facoltà di successiva impugnazione dell’aggiudicazione per invalidità derivata, anche con ricorso incidentale. La ratio della previsione è indubbiamente quella di porre rimedio alla prassi della sovrapposizione di censure incrociate sulla fase iniziale della procedura di gara quando essa sia già giunta a conclusione.

Al fine di tutelare la stabilità della gara, dunque, il ricorso incidentale escludente, sarà precluso qualora con esso si voglia contestare la mancanza di requisiti in capo al ricorrente principale.

2. Le criticità applicative del nuovo rito: la struttura “bifasica” e l’effetto deflattivo sul contenzioso giurisdizionale

L’introduzione, nel rito appalti, dell’onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri concorrenti, ha costituito, per tutti gli operatori nel settore, un onere difficilmente comprensibile se non con la volontà da parte del legislatore di deflazionare al massimo il contenzioso ed alla pressoché totale elisione del controllo giurisdizionale. In effetti, il contenzioso in materia di appalti pubblici, prima dell’introduzione delle novità processuali in commento, era costituito prevalentemente da ricorsi aventi ad oggetto l’aggiudicazione che contestavano la carenza dei requisiti dell’aggiudicatario. Eliminando – di fatto – la possibilità di contestare l’ammissione degli altri concorrenti, il contenzioso è inevitabilmente destinato a contrarsi, con conseguente impatto negativo sulla garanzia di effettività della tutela giurisdizionale.

A questo punto, come da intento del legislatore, il contenzioso in materia di gare pubbliche viene distinto in due fasi distinte e separate: 1) una prima fase concernente la contestazione dei requisiti dei requisiti soggettivi di partecipazione dei concorrenti, da esperire entro 30 giorni dalla pubblicazione dell’elenco degli ammessi e degli esclusi; 2) una seconda fase involgente profili sostanziali relativi alla gara ed all’aggiudicazione della stessa (quali l’attribuzione dei punteggi ecc...).

L'aspetto maggiormente critico, e per certi versi paradossale di tale disciplina processuale è che ciascun concorrente, durante la fase di ammissione delle offerte, sarebbe chiamato a far valere i vizi di ammissione degli altri concorrenti, con la deleteria conseguenza dell'esponenziale moltiplicazione dei ricorsi mossi da un concorrente verso l'altro: in pratica un "tutti contro tutti". Ed il paradosso è proprio qui: una normativa processuale teleologicamente rivolta alla deflazione del contenzioso, viene in realtà ad essere un vero e proprio moltiplicatore del contenzioso stesso.

Non a caso tale disciplina ha subito suscitato notevoli critiche in dottrina. E' stato, infatti, subito rilevato che - alla luce dei realistici profili applicativi sopra ipotizzati (che poi si sono effettivamente concretizzati nei due anni di applicazione di essa) - la reale finalità della normativa (piuttosto che l'esigenza dichiarata di dare un ordine logico bifasico al contenzioso-appalti) era costituita esclusivamente dalla eliminazione di tutto il contenzioso relativo alla contestazione requisiti di partecipazione alla gara (tipologia di contenzioso, peraltro, estremamente rilevante, non solo dal punto di vista statistico, come sopra accennato, ma anche e soprattutto dal punto di vista della garanzia di legalità di sistema, in quanto volto ad evitare che le gare fossero aggiudicate a soggetti privi dei requisiti).

L'idea di fondo di tutti gli operatori era che il principio in questione - per il carattere sostanzialmente preclusivo del contenzioso sui requisiti nel settore degli appalti pubblici cui esso conseguiva - non avrebbe potuto superare il vaglio del parere del Consiglio di Stato, il quale ne avrebbe rilevato la evidente illegittimità per violazione dei superiori principi costituzionali ed europei (diritto alla tutela giurisdizionale, nei suoi corollari di effettività e di

pienezza, diritto ad una buona amministrazione, diritto al lavoro, diritto di impresa, tutela della concorrenza, ragionevolezza, proporzionalità ecc.). Sorprendentemente, tuttavia, il Consiglio di Stato - nel parere della Commissione Speciale 1 aprile 2016, n. 885 - non ha rilevato alcun profilo di criticità di tale disciplina rispetto ai superiori principi costituzionali ed europei, ma, anzi, ha dato il via libera al recepimento della stessa nel Codice degli appalti. In particolare, con tale parere, il Consiglio di Stato si è limitato a fare appena un cenno alla possibile eccessiva onerosità della duplicazione del contenzioso (visto l'onere di impugnare prima le ammissioni altrui e poi, eventualmente, l'aggiudicazione) e ha segnalato soltanto l'opportunità di dimezzare il contributo unificato

relativo alla contestazione dell'aggiudicazione (peraltro, senza considerare affatto che la gravosità in questione sarebbe stata determinata non da una semplice duplicazione del contributo, ma piuttosto da una moltiplicazione indiscriminata di esso nella fase dei ricorsi avverso le ammissioni, dovendosi versare un contributo unificato per ognuna di tali impugnazioni).

3. La rimessione del rito superaccelerato al vaglio della Corte di Giustizia UE

Una prima "crepa" nel sistema del rito superaccelerato è stata creata dal TAR Lazio con la sentenza n. 9379 del 22 agosto 2017 con la quale, nel tentativo di offrire un'interpretazione dell'istituto processuale in esame non violativa del diritto di difesa, aveva rigettato un'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, affermando che l'art. 120, co. 7, del Codice del Processo Amministrativo, dovesse essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà

L'aspetto maggiormente critico, e per certi versi paradossale del rito superaccelerato è che ciascun concorrente, durante la fase di ammissione delle offerte, sarebbe chiamato a far valere i vizi di ammissione degli altri concorrenti, con la deleteria conseguenza dell'esponenziale moltiplicazione dei ricorsi mossi da un concorrente verso l'altro: in pratica un "tutti contro tutti"



(e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, eventualmente sopraggiunto nel corso del non ancora esaurito giudizio sull'ammissione/esclusione di un concorrente, sussistendo comunque la possibilità o di un'impugnativa congiunta o della proposizione successiva di motivi aggiunti.

La I Sezione del Tar Piemonte – con ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018 – ha invece individuato una violazione dei principi europei in materia di diritto di difesa e di presupposti dell'azione rimettendo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti:

1) "se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 c. 2 bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti";

2) "se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale

quale l'art. 120 c. 2 bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato".

La concreta applicazione del rito super-speciale comporta – secondo l'impostazione del TAR Piemonte – gravi conseguenze in relazione all'insussistenza dell'interesse ad agire, il quale viene

irrimediabilmente a mancare sia quando venga censurata l'ammissione/mancata esclusione di un concorrente che, conclusa la gara, non si riveli poi aggiudicatario; sia nell'ipotesi in cui lo stesso ricorrente, una volta definita la graduatoria, si collochi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione.

La concreta applicazione del rito super-speciale comporta – secondo l'impostazione del TAR Piemonte – gravi conseguenze in relazione all'insussistenza dell'interesse ad agire, il quale viene irrimediabilmente a mancare sia quando venga censurata l'ammissione/mancata esclusione di un concorrente che, conclusa la gara, non si riveli poi aggiudicatario; sia nell'ipotesi in cui la stessa ricorrente, a graduatoria definita, si collochi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione



Evidente è la lesione del principio di effettività della tutela della tutela giurisdizionale, tutelato a livello costituzionale e comunitario, che impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione. In tal senso, il TAR Piemonte richiama anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia che, da ultimo, con la nota sentenza resa nel caso Puligienica (Corte Giust., C-689/13 cit.), richiede che l'operatore economico abbia e conservi sempre un interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

L'attuale conformazione del rito in esame impone, dunque, ai partecipanti alla gara: a) di impugnare

il provvedimento di ammissione di tutte le altre ditte partecipanti; b) di proporre il relativo ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è ostacolata, per non dire preclusa, dalla disciplina dettata nell'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, che al comma terzo vieta di comunicare o comunque di rendere noti gli atti di gara, l'accesso ai quali è differito all'aggiudicazione e, al comma quarto, rende punibile, ai sensi dell'art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d'ufficio), la condotta del pubblico ufficiale o degli incaricati di pubblico servizio inosservante del divieto. La cogenza di tale incondizionato divieto, oltre a porre questioni di coordinamento con l'art. 29 del Codice Appalti sulla pubblicazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi, lascia prevedere una giustificata ritrosia dei soggetti responsabili della procedura a rendere ostensibile, oltre al provvedimento di ammissione, la documentazione amministrativa dei concorrenti, costringendo gli operatori a proporre ricorsi "al buio" ovvero, come confermato dalle già numerose pronunce intervenute sul punto, a presentare ulteriori ricorsi per l'accertamento del diritto di accesso alla documentazione necessaria per la proposizione del ricorso ex art. 120, c. 2 bis, c.p.a.; c) di formulare censure avverso ogni atto di ammissione, per evitare di incorrere nell'inaffidabilità di un ricorso cumulativo.

Il panorama così descritto dal TAR Piemonte tratteggia un quadro processuale che contrasta palesemente con i consolidati principi in forza dei quali l'interesse all'azione deve rispondere ai requisiti di attualità e concretezza, nella misura in cui il ricorrente deve aver subito una lesione certa ed effettiva in conseguenza dell'atto amministrativo impugnato. E se, nel caso di specie, l'anticipazione della tutela ad una fase antecedente

l'aggiudicazione della gara, rende sicuramente più oneroso l'esercizio del diritto di difesa, a fini di riequilibrio – come ritenuto dal Consiglio di Stato nel cit. parere n. 855/2016, reso sullo schema originario del nuovo codice dei contratti - dovrebbe essere sufficiente un intervento del legislatore ordinario volto a ridurre il contributo unificato per il contenzioso a valle e, in ogni caso, a garantire la tempestiva conoscenza degli atti e della relativa motivazione (cfr., anche, al riguardo, il parere n. 782 del 30 marzo 2017, reso sul correttivo al codice). (TAR Lazio, sez. II n. 8577/2017)

Diversamente, a detta del TAR Piemonte, rischia di verificarsi una sostanziale paralisi dei procedimenti di gara a causa della probabile proliferazione dei ricorsi nella fase di ammissione delle imprese negli appalti di maggiore rilevanza economica, ove gli

operatori economici potrebbero essere più propensi ad accettare l'aleatorietà di un ricorso "al buio", mentre negli appalti di minore rilevanza economica, al contrario, il rito super-speciale risulta potenzialmente idoneo a dissuadere i concorrenti dall'intraprendere iniziative processuali

anticipate, con un evidente preclusione all'accesso alla giustizia ed alla tutela giurisdizionale, in spregio al principio di effettività della tutela nonché del principio dell'interesse a ricorrere.

Il panorama così descritto dal TAR Piemonte tratteggia un quadro processuale che contrasta palesemente con i consolidati principi in forza dei quali l'interesse all'azione deve rispondere ai requisiti di attualità e concretezza, nella misura in cui il ricorrente deve aver subito una lesione certa ed effettiva in conseguenza dell'atto amministrativo impugnato



4. Considerazioni e prospettive

Alla luce dell'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, da ultimo esitato nella rimessione alla Corte di Giustizia UE da parte del TAR Piemonte, si attende a questo punto con una certa enfasi l'esito della relativa decisione. Ciò che maggiormente preme agli operatori del diritto è, in effetti, tornare a concepire il principio dell'interesse ad agire in modo maggiormente

univoco e non frammentato come invece accade da quando è in vigore la disciplina del rito in esame. Inoltre, vi è anche da considerare che la sostanziale preclusione alla tutela giurisdizionale nella fase delle ammissioni e delle esclusioni, rischia di alimentare un sistema pro corruttivo che si giova del fatto che tale fase delle gare d'appalto si configura, al momento, come una sorta di "zona franca".

Alla luce delle criticità già ampiamente emerse, vi è la prospettiva che la Corte di Giustizia UE ravvisi la totale incompatibilità di tale normativa con principi fondamentali di matrice comunitaria - quali il diritto ad una tutela effettiva ed il principio di proporzionalità - nonché le gravi ricadute dirette (sul sistema della Giustizia in materia di appalti) ed indirette (sulla legalità nel settore degli appalti), così chiaramente esposte dall'ordinanza di rimessione.

In relazione ai principi di matrice europea gli artt. 6 e 13 della CEDU riconoscono infatti il diritto ad un giusto ed effettivo processo garantendo una tutela per il tramite di "un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere" ed una tutela processuale basata sulle tre componenti fondamentali del principio di effettività: pienezza, completezza della tutela e ragionevole durata del processo. Infine, l'art 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea prevede il diritto ad "un ricorso effettivo davanti ad un giudice" allorquando vengano violati i propri diritti e le proprie libertà.

Il TAR Piemonte, nell'ordinanza in commento, è stato evidentemente ispirato dai principi di matrice comunitaria per i quali il legislatore non potrebbe mai imporre al privato cittadino di azionare lo strumento processuale prima che detta lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo sia reale ed effettiva. Non

vi sarebbe rispetto del principio di effettività sostanziale allorquando la possibilità di contestare le decisioni delle amministrazioni giudicatrici sia affidata all'iniziativa di soggetti che non hanno alcuna garanzia di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia o che addirittura potrebbero correre il rischio di favorire propri concorrenti, come potrebbe accadere qualora il ricorso contro l'atto di ammissione alla gara sia

stato proposto da uno dei concorrenti poi collocati in posizione non utile ai fini dell'aggiudicazione.

La tutela offerta dall'art. 120 comma 2-bis c.p.a. potrebbe essere inquadrata come tutela oggettiva poiché l'azione non si fonda su un interesse attuale e su una lesione concreta della situazione giuridica soggettiva.

Al soggetto viene imposto l'azionamento della tutela giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità, onerando così anche colui il quale avesse presentato un'offerta rivelatasi poi non competitiva al termine della selezione.

Il contenzioso generato dalla presente normativa, qualificandosi come oggettivo, è dunque contrario ai principi comunitari richiamati. In quest'ottica la normativa si presenta, inoltre, potenzialmente idonea a dissuadere i concorrenti da iniziative processuali anticipate rispetto al verificarsi della lesione concreta; il contrasto con il principio di effettività sostanziale appare netto allorquando la normativa nazionale stabilisce la decadenza di motivi di ricorso deducibili nel momento in cui l'esigenza di tutela soggettiva diviene concreta ed attuale (ovvero con l'aggiudicazione).

Il TAR Piemonte ha altresì ravvisato violazione del principio di proporzionalità secondo cui la normativa nazionale non deve eccedere i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti da ciascuno

Il TAR Piemonte, nell'ordinanza in commento, è stato evidentemente ispirato dai principi di matrice comunitaria per i quali il legislatore non potrebbe mai imporre al privato cittadino di azionare lo strumento processuale prima che detta lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo sia reale ed effettiva

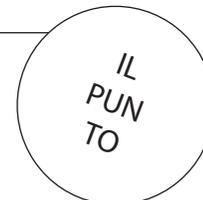


Stato. La scelta adottata dal legislatore è tutt'altro che quella più appropriata nonché meno restrittiva e penalizzante: questa infatti genera il rischio una proliferazione dei ricorsi nella fase di qualificazione oppure la rinuncia alla scelta di proporre ricorso nell'ipotesi di appalti di non elevatissimo importo.

L'auspicio è che, dunque, la Corte di Giustizia UE possa, una volta e per tutte, definire con nettezza i confini dell'interesse a ricorrere garantendo il rispetto del principio di effettività rispetto al rischio che il rito superaccelerato sembra porre a rischio.

La querelle sugli affidamenti dei servizi legali

di Adriana Presti



Premessa

Al centro della questione sugli affidamenti dei servizi legali vi è un acceso dibattito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito anche "Autorità" ovvero "ANAC") e il Consiglio Nazionale Forense (di seguito anche "CNF").

Il CNF, nella seduta del 15 dicembre 2017, ha adottato ed espresso, in qualità di *stakeholder*, un Parere sullo Schema di "Linee guida per l'affidamento dei servizi legali" (di seguito "Linee guida" o "Schema") dell'ANAC ed in relazione all'art. 17, comma 1, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito solo "Codice").

L'ANAC, nell'ambito della già avviata consultazione online, infatti, aveva inviato al CNF - su espresso invito dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato (con Parere interlocutorio 6.10.2017, n. 2109) - lo Schema, al fine di acquisire il relativo parere dal CNF, quale ente pubblico di rappresentanza istituzionale dell'avvocatura italiana ed in considerazione della natura fiduciaria, anche se non esclusiva, dei servizi legali e del divieto di *goldplating*. Il tutto al fine ultimo di acquisire il Parere definitivo dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato che, ad oggi, non è stato ancora adottato.

1. La disciplina vigente

La disciplina vigente è dettata, a livello nazionale, dal nuovo Codice dei contratti pubblici e, per la precisione:

- dall'articolo 17, comma 1, lett d), che menziona alcune specifiche ipotesi di esclusione di applicazione del Codice;
- dal combinato disposto dell'allegato IX al Codice e degli artt. 140 e ss., che include i "servizi legali nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett d)": si tratta dei servizi "diversi" da quelli disciplinati dal medesimo art. 17.

L'art. 17, comma 1, esclude che il Codice sia applicabile ad alcune fattispecie e, tra di esse, appunto la lettera d) contiene il seguente elenco: "d)... uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

- 1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni:
 - 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'UE, un Paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale;
 - 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi

giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;

- 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni;
- 3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;
- 4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;
- 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;"

Come rammentato dal CNF, in funzione dell'interpretazione proposta dall'ANAC, l'art. 4 del Codice, intitolato ai "Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi", stabilisce

che: "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Come si è anticipato, il combinato disposto di cui all'allegato IX e degli articoli 140 e ss. del Codice, riferendosi appunto ai "servizi legali nella misura in

cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)", detta per questi servizi un regime procedimentale di evidenza pubblica semplificato finalizzato all'affidamento del servizio.

Si tratta di disposizioni che costituiscono il recepimento di altrettante disposizioni del pacchetto di direttive comunitarie del 2014 e, in particolare, della direttiva 2014/24/UE dedicata agli appalti affidati nei settori ordinari e della direttiva 2014/25/UE dedicata ai c.d. settori speciali.

Le direttive del 2014 delineano un quadro giuridico più puntuale di quello che era presente nelle direttive precedenti del 2004, posto che in quest'ultime i c.d. servizi legali erano considerati solo negli allegati recanti l'elenco dei servizi per i quali era previsto un regime semplificato per il procedimento

di c.d. evidenza pubblica (cfr. All. II-B). Mentre le direttive del 2014 introducono una netta divisione, collocando (i) da un lato le prestazioni che per talune caratteristiche sono del tutto esclusi dal campo di applicazione della direttiva; (ii) e, dall'altro, gli "altri" servizi legali, per i cui affidamenti, se riferibili ad una specifica soglia quantitativa meritevole di

attenzione, è invece ribadita l'obbligatorietà di un procedimento amministrativo di selezione dell'affidatario, pur se con delle regole notevolmente semplificate.

Sicché il Legislatore europeo con le Direttive del 2014, per la prima volta, chiarisce che vi sono alcuni servizi legali che sono del tutto estranei alla disciplina sulla c.d. evidenza pubblica comunitaria. Tali servizi esclusi dagli obblighi procedurali sono previsti dall'art. 10 della direttiva 2014/24/UE e dall'art. 21 della direttiva 2014/25/UE e corrispondono alle categorie riprese in diritto interno nell'art. 17, comma 1, lett. d), del Codice. Il che è ben spiegato dal considerando 25 della direttiva 2014/24/UE.



2. Lo Schema di Linee guida dell'ANAC

Nello Schema, l'Autorità ritiene che dalla disciplina testé descritta si debba trarre una regola innovativa per l'ordinamento: l'eliminazione della distinzione tra la categoria di incarichi sottoposti alla disciplina procedimentale di gara ed la categoria invece

esente.

Si finisce dunque per indicare alle P.A. che intendano affidare ad avvocati gli incarichi previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d) cit. - e dunque anche quelli di natura giudiziale e pre-giudiziale - un vero e proprio procedimento comparativo di gara. Anche gli incarichi dichiarati esenti dall'applicazione del codice, infatti, secondo l'Autorità, "non possano essere affidati come se si trattasse di un incarico *intuitu personae*, in cui è sufficiente dimostrare il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, dovendo invece seguire alcune regole minime, espresse dai principi generali individuati dal richiamato art. 4".

Il punto cruciale - come evidenziato dal CNF - è proprio nel citato passaggio dello schema di Linee guida, "perché qui si segna la distanza tra due scenari profondamente diversi":

- 1) una situazione in cui la P.A., nel conferire un incarico ad un avvocato, debba osservare solo i principi generali dell'azione amministrativa, potendo effettuare comunque una scelta diretta e fiduciaria dell'avvocato medesimo;
- 2) ed una situazione nella quale invece debba essere avviato un vero e proprio procedimento di gara, imperniato sul principio di par condicio dei partecipanti, nel quale si prevede la pubblicazione di un bando/avviso ad offrire, una verifica dei requisiti di partecipazione previsti dall'articolo 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, ed un giudizio di terzietà portato a compimento dalla stazione appaltante mediante la valutazione comparativa delle offerte.

L'adozione di quest'ultimo modello - si badi secondo l'ANAC - non sarebbe il frutto eventuale di una libera scelta che, in singole vicende, la P.A. ritenga in ogni caso di fare, bensì **un vero e proprio obbligo presidiato da norme di diritto pubblico**.

Secondo ANAC:

- (i) si dovrebbe attribuire al diritto europeo il superamento della situazione che sia era determinata nel diritto vivente e nella prassi,

in considerazione del fatto che sarebbe ormai definitivamente "superata" la distinzione tra il contratto d'opera professionale e l'appalto, con l'attrazione di tutte le prestazioni rese dall'avvocato in questo secondo ambito;

- (ii) la necessità di leggere l'art. 17 in combinato disposto con l'art. 4 del Codice, il quale stabilisce che anche i contratti esclusi dal codice restano comunque sottoposti ad alcuni principi generali, dalla cui applicazione, in via derivata, discenderebbe l'assoggettamento ad una serie di regole che formano, nella sostanza, un classico procedimento di gara per la selezione del contraente della P.A.

3. La posizione del CNF

Il CNF non condividendo l'impostazione adottata dalle Linee Guida in commento ha ritenuto di concludere, sulla base di un'articolata disamina di cui si riporterà una sintesi nel prosieguo, che in conformità alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE ed alla disciplina contenuta nel Codice, **i servizi legali elencati all'art. 17, comma 1, lett. d), del medesimo Codice possono essere affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici in via diretta, secondo l'intuitu personae e su base fiduciaria**, e nel rispetto dei principi generali che sempre guidano l'azione amministrativa, **mentre gli altri servizi legali, ai sensi del combinato disposto dell'allegato IX al Codice e degli artt. 140 e ss., devono essere affidati mediante un procedimento comparativo di evidenza pubblica semplificato nei termini e secondo i presupposti identificati da tali ultime disposizioni**. Il che è coerente con quanto sottolineato il giudice amministrativo in una recentissima decisione (TAR Puglia, sez. II, sentenza 11 dicembre 2017, n. 1289), confermando la posizione del Consiglio di Stato espressa nella sentenza n. 2730 del 2012.

Sicché in un'ottica di collaborazione istituzionale, il CNF ha auspicato che i rilievi espressi nel proprio Parere possano essere oggetto di adeguata considerazione da parte dell'Autorità al fine dell'adozione di una versione definitiva delle Linee guida coerente con il quadro normativo

conferente, e utile a favorire il buon andamento dell'azione amministrativa, in conformità all'art. 97 della Costituzione.

4. Le ragioni del dissenso del CNF

Il CNF nel proprio Parere ha sottolineato la particolare dimensione processuale dell'attività dell'avvocato. L'avvocato chiamato alla rappresentanza del suo assistito opera in quel campo che consiste nella amministrazione della giustizia e che rimane profondamente distinto da quello che invece è interessato dall'esecuzione di un appalto. L'avvocato che assume la rappresentanza in giudizio dà vita, insieme al giudice, al processo, concorre alla tutela dei diritti, contribuisce ineliminabilmente a dar vita allo Stato di diritto. Questo non può non distinguerlo da un appaltatore, in Italia così come negli altri Stati membri dell'Unione Europea, e, in verità, ne specifica le funzioni anche nell'ambito del contratto d'opera professionale. Di tal ché:

- (i) nei casi di difesa in giudizio il contratto di patrocinio **non è un comune contratto d'opera professionale**, perché contiene uno **specialissimo potere di rappresentanza che ne enfatizza il profilo fiduciario**, in uno con quello che concerne i poteri esclusivi di svolgimento dell'attività processuale, nonché i doveri e la responsabilità del difensore;
- (ii) l'attività del difensore munito del patrocinio **si svolge in un contesto del tutto diverso sia** da quello che riguarda sia il contratto di appalto sia, in verità, da quello che riguarda **il contratto d'opera professionale** di per sé, ed essa, attuando valori primari dell'ordinamento, garantisce la protezione di diritti costituzionali fondamentali.

Il CNF in particolare non ha ritenuto condivisibile il primo dei due passaggi cruciali delle Linee guida "quello con cui si attribuisce al diritto europeo e, segnatamente, alla direttiva 2014/24/UE e

2014/25/UE il superamento della distinzione stabilizzatasi nel diritto interno nel recente passato tra contratto d'opera professionale e appalto e le relative ricadute", posto che:

- (iii) appare lontano dal tenore e dallo spirito delle direttive del 2014;
- (iv) non sembra esatto l'assunto secondo il quale proprio quegli incarichi che il Consiglio di Stato nella sentenza n. 2370 del 2012 riportava nell'ambito della facoltà di scelta fiduciaria e personale debbano oggi, e per volontà del diritto europeo, essere assoggettati a un regime più formale e imperniato addirittura su altrettanti procedimenti di gara.

Il diritto europeo ha, infatti, isolato proprio gli incarichi di assistenza in giudizio, quelli di assistenza comunque collegata o collegabile a un giudizio e quelli connessi all'esercizio di pubblici poteri, allo **scopo di escluderli completamente**

dall'applicazione della disciplina sugli appalti e, segnatamente, dai procedimenti di evidenza pubblica (artt. 10 della direttiva 2014/24/UE e 21 della direttiva 2014/25/UE cit.).

Il CNF ha dunque affermato che le direttive del 2014 sono più "liberali" delle precedenti a proposito dei servizi legali e che le direttive del 2014 si saldano col "diritto vivente" italiano.

Secondo il CNF l'assetto voluto nel 2014 dal legislatore europeo:

- per un verso, (i) segna una novità rispetto al passato in senso più "liberale" e meno restrittivo: in passato la disciplina europea si limitava a menzionare i servizi legali tra gli appalti sottoposti ad un regime di evidenza pubblica semplificato, senza aggiungere radicali esclusioni per altre tipologie di servizi legali, il che avrebbe potuto far sorgere allora (e non oggi) dei dubbi. Tali dubbi sono stati superati, dato che la giurisprudenza nazionale e la prassi hanno ritenuto che, in ogni caso, i rapporti professionali **imperniati sull'intuitus personae** - e, tra essi, soprattutto quelli legati alla rappresentanza in giudizio - **dovessero essere considerati "altra cosa" rispetto a tali servizi legali menzionati nella vecchia**

direttiva del 2004 e quindi svincolati dagli obblighi dei procedimenti di gara e unicamente attratti nell'ambito dell'osservanza dei principi generali di ogni azione amministrativa.

Nel dettare la nuova disciplina il legislatore europeo ha chiarito il fatto che alcuni rapporti tra amministrazione ed avvocato sono indelebilmente contrassegnati da *intuitus personae* e dal tratto fiduciario, sicché sono necessariamente aperti alla scelta diretta e non possono essere irrigiditi nell'insieme di regole che compongono i procedimenti ad evidenza pubblica (anche nella forma più semplificata che di essi si possa immaginare). Il che è espressamente detto nel considerando 25 cit.: "... Tali servizi legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva".

- e, per altro verso, (ii) si spiega con delle evidenti ragioni che si saldano con la prassi seguita nel diritto italiano sino ad oggi: si è voluto escludere dai procedimenti di gara obbligatori grosso modo i medesimi "servizi legali" che il diritto vivente aveva già esentato dall'evidenza pubblica stessa.

Il diritto europeo non ha inteso "superare" la distinzione che nell'esperienza italiana – comune agli altri Stati membri – aveva distinto tra facoltà di scelta fiduciaria e diretta per gli incarichi di difesa e rappresentanza in giudizio, da un lato, e l'obbligo di un procedimento di gara per gli altri incarichi, dall'altro lato. Anzi, se si guardano le categorie che le direttive hanno voluto escludere dal campo dell'evidenza pubblica (difesa in giudizio, assistenza collegata a tale difesa e assistenza connessa direttamente all'esercizio di poteri pubblici), emerge una sintonia evidente con gli orientamenti già fatti propri dal Consiglio di Stato nel 2012. La rappresentanza in giudizio, il rapporto di mandato, la potenziale proiezione processuale di una certa attività legale sono ciò che fa di una prestazione qualcosa di infungibile, di personale e strettamente fiduciario, di non predeterminabile, di non confrontabile sulla base di giudizi comparativi né tantomeno di formule matematiche.

Pertanto, la lettura delle direttive e la fedele

trasposizione fatta nell'art. 17 più volte citato ha indotto il CNF a non condividere l'affermazione delle Linee guida dell'ANAC, secondo cui il diritto europeo avrebbe reso oggi non più "attuale" la distinzione di diritto interno tra contratto d'opera e appalto e le relative ricadute sul regime di scelta dell'avvocato. Anzi, sembra proprio che la conclusione debba essere opposta: le direttive hanno, pur se con parole lievemente diverse, voluto confermare questa distinzione e il contenuto sostanziale della disciplina connessa. Il CNF d'altra parte ha escluso che la **nozione comunitaria di appalto nelle direttive del 2014 giustifichi il superamento del diritto vivente.**

- Quanto al secondo passaggio centrale delle Linee guida, che tocca più direttamente l'interpretazione del diritto interno ed è basato sulla predetta "saldatura" interpretativa tra l'art. 17, comma 1, lett. d) e l'art. 4 del Codice, il CNF ha osservato che l'art. 17 reca solo la volontà di escludere dall'applicazione del Codice gli affidamenti dei servizi legali nei casi in cui è più marcato il carattere fiduciario dell'attività svolta dall'avvocato (difesa e rappresentanza in giudizio, attività a questa ultima connesse, assistenza connessa all'esercizio di pubblici poteri). Pertanto solo il collegamento con l'art. 4 che, secondo l'ANAC, condurrebbe a delineare e ad imporre un procedimento di evidenza pubblica proprio anche di questa categoria di contratti. Ma a ben vedere l'art. 4 sottopone i contratti esclusi dal campo di applicazione del codice soltanto ai seguenti principi generali: "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

- Ebbene secondo l'ANAC, l'efficacia di questo combinato disposto sarebbe tale che gli incarichi ad avvocati che pure sono esclusi dal codice "non possano essere affidati come se si trattasse di un incarico *intuitus personae*, in cui è sufficiente dimostrare il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa", ossia non possono essere più trattati così come il Consiglio di Stato aveva ritenuto nel 2012. I detti principi generali esprimerebbero infatti alcune "regole minime" ritenute vincolanti. Tali regole,

sebbene definite "minime", sono in realtà tali da formare un corpus di norme procedurali che tracciano una vera e propria gara, che parte da un "avviso pubblico", si snoda attraverso "offerte" fatte da "concorrenti" in par condicio che devono possedere altrettanti "requisiti di partecipazione", sino ad una "valutazione comparativa" ed alla "aggiudicazione".

- Sennonché questa interpretazione, secondo il CNF, oltre a non combaciare con le origini dell'art. 4 e col suo tenore letterale confrontato con l'art. 27 del d.lgs. 163/2006 non persuade per altre ragioni, vuoi sul piano letterale vuoi sul piano teleologico e finisce per porsi, in realtà, in contrasto con la stessa fonte primaria costituita dal combinato disposto degli artt. 17 e 4 del Codice. In particolare, il CNF, dopo un'attenta riflessione sulle radici della disciplina di "principi" per i

contratti esclusi dal Codice, ha fermamente osservato che le origini ed i lavori preparatori dell'art. 4 non confortano una interpretazione che aumenti rispetto al diritto vivente gli oneri procedurali per incarichi come quelli elencati nell'art. 17, comma 1, lett. d). E ciò perché:

- l'art. 4 – da cui l'ANAC ritiene di poter trarre un vincolo procedimentale innovativo e restrittivo per gli incarichi disciplinati dall'art. 17, comma 1, lett. d), i quali corrispondono a quelli che in diritto vivente erano, a loro volta, già considerati esenti dai procedimenti ad evidenza pubblica – è la norma che sostituisce l'art. 27 del precedente codice di cui al d.lgs. 163/2006, a sua volta ispirato ad alcuni precedenti di diritto europeo;
- durante la vigenza dell'art. 27 del precedente

codice, non si riteneva di dover assoggettare gli incarichi ad avvocati corrispondenti a quelli oggi disciplinati dall'art. 17, comma 1, lett. d) ad un vincolo procedimentale così restrittivo;

- la disciplina dell'art. 4, che sostituisce l'art. 27, è meno restrittiva e più "liberale" di quella contenuta nell'art. 27.

Queste circostanze fanno dubitare della fondatezza della lettura che le Linee guida propongono in merito all'effetto precettivo dell'art. 4 rispetto agli incarichi disciplinati dall'art. 17, comma 1, lett.

d), in quanto, pur partendo da una nuova scelta legislativa meno "intensa" in punto di oneri procedurali rispetto alla norma previgente, approdano a un assetto addirittura molto più "oneroso" di quello richiesto da quest'ultima.

Del resto, era questa la posizione espressa dal Consiglio di Stato nel precedente del n. 2730 del 2012: la circostanza che fosse

legittimo l'affidamento diretto non escludeva affatto la contemporanea applicazione di tali principi generali, restando "... inteso che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare".

Il richiamo ai principi certamente esiste, ma esso è perfettamente compatibile col rispetto delle regole generali dell'azione amministrativa. Il fatto che non sia imposta una gara come modello di scelta dell'avvocato non esclude ovviamente che la p.a. debba fare una scelta oculata, in linea

Le ragioni per le quali l'art. 4 non impone un procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) risiedono dunque nella genesi della disposizione di cui all'art. 4. Il richiamo ai principi, ivi contenuto, intende evocare nel nostro caso proprio (e soltanto) il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa senza mettere in discussione la facoltà di affidamento diretto intuitu personae.



ad esempio con i principi di efficienza, efficacia ed economicità, e dandone conto con apposita motivazione. L'acquisizione del curriculum dell'avvocato e l'indicazione del perché ad esso ci si rivolge sono peraltro anche presidi di trasparenza amministrativa, per certi aspetti persino superiori a quelli assicurati dalla gara, per quanto semplificata essa sia. Non si vede perché, dunque, i "principi" richiamati dall'art. 4 debbano essere una cosa diversa, al punto tale da stilare un modello di gara non esente da complicazioni.

D'altra parte, il codice dei contratti pubblici, in perfetta aderenza alle direttive del 2014, ha introdotto una distinzione tra due regimi diversi: (i) i servizi legali previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d), sono esclusi *tout court* dall'applicazione del Codice; (ii) gli altri servizi legali, invece, per effetto del combinato disposto tra l'allegato IX e gli artt. 140, 141 e 142, sono sottoposti ad un procedimento di gara semplificato.

Ebbene, questa distinzione sembra assottigliarsi sino forse a sfumare del tutto nella proposta fatta dallo schema di Linee guida, perché anche la prima categoria di servizi legali viene attratta in un procedimento di gara vincolante e molto articolato e questo per via di un'interpretazione per così dire forzata dell'art. 4 del Codice.

L'interpretazione dell'art. 4 proposta dallo Schema non tiene conto della diversità di tenore dell'art. 4 rispetto all'art. 27 del precedente codice e già tale circostanza è un elemento significativo per inficiarne l'attendibilità. E se pure si potesse assumere che tra le righe dell'art. 4 sia incluso il rinvio alla comparazione di almeno cinque preventivi, nondimeno sarebbe da ricordare che tale passaggio era comunque richiesto dal medesimo art. 27 solo se "compatibile con l'oggetto del contratto".

Alla compatibilità della comparazione "a gara" con l'oggetto del contratto di patrocinio legale, in verità, l'ANAC non dedica particolari considerazioni, restando ferma all'affermazione di esordio, secondo la quale la distinzione tra contratto d'opera intellettuale e appalto deve ritenersi ormai "superata".

L'interpretazione proposta dall'ANAC, nell'imporre la celebrazione di un procedimento di gara anche per l'affidamento degli incarichi previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d), non combacia, si è già detto, col contenuto delle direttive del 2014.

Queste ultime, come si è visto, per tali incarichi hanno nettamente escluso l'applicazione dell'impianto normativo della c.d. evidenza pubblica, motivando proprio in base all'inadeguatezza e incompatibilità delle norme previste per l'aggiudicazione degli appalti.

Questa distonia, di per sé, potrebbe non determinare necessariamente una reazione dell'ordinamento dell'UE nei confronti della Repubblica italiana qualora quest'ultima avesse effettivamente deciso di orientarsi in questa più onerosa direzione.

Esiste infatti la teorica possibilità che gli Stati membri scelgano la via di una "discriminazione a rovescio", quando si detta una disciplina nazionale che si distacca dalle regole europee. In tali casi, quando non sia disatteso il livello di base di adeguamento richiesto dalla disciplina di diritto europeo e sempre che non sussista, per altro verso, l'adozione di misure che, proprio in quanto eccessive, siano in violazione del principio di proporzionalità (cfr., ad es., Corte di giustizia UE, 22 ottobre 2015 in causa C-425/14), la UE potrebbe non ravvisare in senso proprio una violazione del diritto comunitario.

Tuttavia, nel caso di specie questa diversità dalla disciplina di diritto comunitario, laddove impone dei procedimenti di evidenza pubblica anche agli incarichi previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d), innovando il diritto vivente e la prassi sino ad oggi seguita, si scontrerebbe comunque contro il divieto di *gold plating*, stabilito dall'art. 1, comma 1, lettera a), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che ha posto il "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'art. 14, comma 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246".

Nel caso in esame infatti la proposta delle Linee guida attribuisce un'interpretazione al combinato disposto degli artt. 17, comma 1,

lett. d), e 4 del d. lgs. n. 50 del 2016 tale da introdurre livelli di regolazione superiori di quelli minimi. In verità, secondo il CNF, qui forse non vi sarebbe neppure quel caso di *gold plating*, di più complesso accertamento, nel quale emergano particolari oneri che possano essere eccedenti rispetto a quelli pur stabiliti nelle direttive, casi nei quali sussisterebbe comunque l'esigenza di misurare bene tale eccedenza. Infatti qui si registra l'inserimento di misure e procedimenti che le direttive stesse hanno voluto esplicitamente escludere. Oltretutto, è anche stato affermato che il divieto di *gold plating* deve operare "sia come indicazione per l'introduzione di una nuova disciplina, sia come regola di eliminazione di quella già esistente": in questa vicenda, viceversa, si passerebbe addirittura da un recente passato nel quale questo tipo di vincoli non erano previsti ad una innovazione che inserisce la predetta disciplina procedimentale.

5. Conclusioni

Da quanto sopra emerge che lo Schema di Linee Guida predisposto da ANAC sia il frutto di un eccesso per così dire di regolazione il cui risultato finale rischia di tradursi in una sostanziale assimilazione dei procedimenti di scelta dei contraenti nei settori esclusi a quelli comuni.

L'interpretazione del combinato disposto degli artt. 17, comma 1, lett. d) e 4 citati si espone così a un duplice rilievo:

- finisce per porre il Codice in una posizione di netta distonia con la legge delega a proposito del divieto di *gold plating* e quindi con l'art. 76 Cost., qualificandosi allora oltretutto come interpretazione non costituzionalmente orientata;
- pone le medesime Linee guida in una condizione di contrasto con la fonte primaria, suscitando per altro verso dei problemi di conformità alla legge.

La posizione assunta dal Consiglio Nazionale Forense è netta e orientata non tanto a sindacare le modalità con cui ANAC ha declinato a livello procedimentale i principi dell'articolo 4. Ciò che infatti il CNF ha confutato, con una esegesi delle norme rigorosa ed articolata, è quella "saldatura interpretativa tra l'articolo 17, comma 1) lettera d) e l'articolo 4 del d.lgs. 50 del 2016" che secondo ANAC conduce a delineare ed a imporre un procedimento di evidenza pubblica proprio anche di questa categoria di contratti.

Il che, unitamente al carattere di *soft law* rivestito dalle Linee Guida, potrebbe comportare ad un vero e proprio revirement da parte dell'Autorità. È indubbio che giocherà un ruolo determinante il Parere demandato alla Commissione speciale del Consiglio di Stato, il quale fungerà da arbitro in questa *querelle* interpretativa e non solo. Sarà dunque interessante valutare in che modo il Consiglio di Stato valuterà l'intera vicenda avuto riguardo anche al ruolo di ANAC.

APP ISTITUZIONALI

I migliori strumenti per una comunicazione veloce e interattiva tra l'amministrazione e i cittadini



Area Software



PRONTO URP

Nell'ottica di un sempre maggior coinvolgimento del cittadino nelle attività dell'Ente, lo strumento di gestione dell'URP online è fondamentale per dare la possibilità, a chiunque, di mettersi facilmente in contatto con l'Amministrazione.

Il cittadino, tramite un sistema di comunicazione e segnalazione integrato anche con i dispositivi mobili, può facilmente inviare segnalazioni o quesiti all'Ufficio URP dell'Ente tramite il portale dedicato.

Il software può, infatti, essere facilmente integrato all'interno di una pagina nel sito web dell'Ente oppure utilizzato nell'ambito del Portale Istituzionale.

INFORM@CITTADINO

La nostra app Inform@Cittadino è la soluzione definitiva all'integrazione fra il web e la Comunicazione Istituzionale con un servizio costantemente aggiornato ed accessibile 24h su 24.

L'App unifica la Comunicazione Istituzionale attraverso l'integrazione del Mobile con il Web superando la frammentazione delle informazioni erogate ai cittadini, turisti e operatori economici.

Informacittadino è in grado di erogare e supportare la comunicazione istituzionale su ulteriori canali: Web, Social Networks, Newsletter, in modo da raggiungere capillarmente la più ampia fascia di utenti possibile.

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

Ci contatti per maggiori informazioni

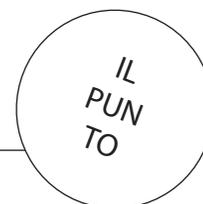
☎ 0883.310504

🌐 www.mediaconsult.it

✉ info@mediaconsult.it

 **MEDIA**
CONSULT

Il Collaudo quale fase finale negli appalti pubblici di lavori



di Armando Lamantia

Premesse

L'appalto pubblico di un lavoro conosce diverse fasi che vanno dall'atto di indizione della procedura di gara culminante con l'atto di aggiudicazione (fase pubblicitica stante la natura degli interessi in gioco) cui segue la fase negoziale con la stipula del contratto di appalto (fase esecutiva) e si conclude, appunto con l'atto di collaudo che segna la fase finale dell'opera pubblica.

Il Collaudo è atto significativamente importante per il Committente, che nell'ambito degli appalti pubblici assume il ruolo di Stazione appaltante, il quale, attraverso il *collaudo*, verifica la rispondenza dell'opera eseguita agli elaborati progettuali e contrattuali attestando la piena collaudabilità dell'opera sotto ogni profilo tecnico-economico. Al tempo stesso l'atto di collaudo è importante anche per l'impresa esecutrice in quanto è liberata, salvo residue responsabilità come si dirà avanti, da ogni responsabilità inerente i lavori eseguiti.

1. Riferimenti normativi

Nel vigente Codice degli appalti, di cui al d.lgs. n.50/2016 entrato in vigore a decorrere da aprile 2016,, la norma che disciplina il collaudo è l'art.102 che riprende la disciplina relativa all'attività di collaudo di cui agli articoli 120-141 del previgente d.lgs. n.163/2006 (codice De Lise). Per gli appalti di lavori sino ad un milione di euro, il certificato di collaudo può essere sostituito dal Certificato di regolare esecuzione da redigersi da parte del direttore dei lavori

2. Soggetti preposti al collaudo

Per l'effettuazione dell'attività di collaudo, le stazioni appaltanti possano nominare da uno a tre dipendenti, anche appartenenti ad altre amministrazioni pubbliche, che siano in possesso di adeguati titoli ed iscritti all'albo dei collaudatori secondo modalità da contenersi in un decreto del Ministro delle infrastrutture. La norma, e ciò costituisce un "*novus*" rispetto la previgente normativa, chiarisce che l'incarico di effettuare il collaudo non può essere affidato a: magistrati ordinari, amministrativi e contabili, nonché agli avvocati dello Stato in attività di servizio ovvero, per quelli in quiescenza, limitatamente agli appalti

superiori alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 del codice, nelle regioni dove hanno svolto il servizio. Opportunamente la nuova disciplina ha inteso escludere dall'incarico di collaudo alcune categorie di soggetti al fine di evitare possibili situazioni di conflitto e quindi garantire la *terzietà del collaudatore* e quindi massima trasparenza nell'effettuazione di un'attività particolarmente importante..

3. Beni di pregio storico ed artistico

Stante la peculiarità dei Beni di interesse artistico e/o storico, il nuovo codice (art.102 ultimo comma) prescrive che, al termine del lavoro, venga redatto dal Direttore dei lavori: un consuntivo scientifico (una sorta di relazione di carattere tecnico-scientifico); l'aggiornamento del piano di manutenzione, una relazione particolareggiata (redatta da professionisti restauratori) con la indicazione dei risultati eventualmente raggiunti (ove per esempio fossero emersi rilievi di interesse storico-artistico etc).Le prescrizioni anzidette rispondono all'oggettiva esigenza di garantire una maggiore tutela nel caso di opere aventi determinate caratteristiche quali sono gli immobili di pregio storico e/o artistico.. Alla stessa "ratio" risponde la prescrizione di effettuare il collaudo in corso per i lavori eseguiti su beni aventi la medesima tipologia così come è prescritto dall' art. 150 del nuovo codice.

4. Termini per il collaudo

L'art. 102 del nuovo codice detta una disciplina analoga a quella già prevista nel previgente codice di cui al D.lgs 163/2006:Il collaudo deve concludersi in mesi sei dall'ultimazione dei lavori salvo i casi di particolare complessità, da definirsi con decreto del Ministro delle infrastrutture, per i quali il termine viene elevato ad un anno. Il certificato di collaudo, emesso in esito alle operazioni di collaudo, ha carattere provvisorio ed assume carattere definitivo quando sono decorsi due anni dalla sua emissione. Vi è, invero, una forma di tacita approvazione allorchè siano decorsi due anni e due mesi dall'emissione del certificato

di collaudo provvisorio senza che sia intervenuto l'atto formale di approvazione; in siffatta ipotesi il legislatore ha configurato, per il solo decorso dei termini, il silenzio assenso al pari di altre situazioni nelle quali la legge equipara il silenzio della p.a. all'atto vero e proprio riconoscendo, pertanto, ogni effetto collegato.

Nell'ambito degli appalti pubblici di lavori vi sono altre situazioni, come nel caso del subappalto, nelle quali il silenzio viene equiparato all'adozione dell'atto; nel subappalto, infatti, il silenzio diventa *silenzio-assenso* laddove siano decorsi giorni trenta dalla richiesta di autorizzazione senza che la stazione appaltante comunica la sua determinazione.

Come vedremo avanti, gli effetti giuridici che circoscrivono la responsabilità dell'impresa esecutrice sono distinti a seconda se è intervenuto il solo collaudo *provvisorio* ovvero *definitivo*.

5. Effetti del collaudo

Come premesso sopra, gli effetti giuridici in capo all'impresa esecutrice, sono diversificati a seconda se è intervenuto il solo collaudo provvisorio ovvero quello definitivo. Il collaudo c.d. provvisorio ed il collaudo c.,d. definitivo rappresentano momenti salienti nel contesto del collaudo delle opere pubbliche, diversificando per ciascuna fase, effetti e risultati.

Prima di entrare nel merito degli effetti, occorre sottolineare che il collaudo può essere di segno positivo il che comporta che l'opera è *collaudabile* nella sua interezza; ma può essere di segno negativo in quanto il Collaudatore ha ritenuto, per esempio, l'opera collaudabile in parte: in siffatta ipotesi saranno effettuate delle penali (tecnicamente detrazioni) a danno dell'impresa esecutrice in rapporto al disvalore dell'opera realizzata.

Entriamo nel merito dei distinti effetti a seconda del momento della fase di collaudo. Se emesso il certificato *provvisorio*, fatto salvo il pagamento della rata di saldo entro gg. 90 dalla sua emissione

dietro garanzia fideiussoria, restano a carico dell'impresa esecutrice l'eventuale eliminazione di tutti i vizi e le difformità dell'opera, ancorchè riconoscibili, a condizione che gli stessi siano denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo *provvisorio* diventa *definitivo*.

Pertanto, qualora nel biennio decorrente dalla data di emissione del certificato di collaudo *provvisorio* dovessero emergere vizi o difetti dell'opera realizzata, il responsabile del procedimento, per conto della stazione appaltante, denuncerà tali evenienze all'impresa esecutrice che sarà tenuta ad intervenire ed in caso di suo rifiuto, la stazione appaltante farà eseguire gli interventi, da altra ditta, in danno della impresa esecutrice. Giuridicamente, quindi, il *pagamento della rata di saldo non costituisce accettazione* dell'opera da parte del committente il quale resta titolare di azioni di garanzia contro l'impresa esecutrice qualora emergessero vizi e/o difformità nell'opera eseguita e quindi sussiste sempre una responsabilità dell'impresa esecutrice pur in presenza dell'intervenuto collaudo *provvisorio*.

La sola condizione cui è subordinata l'esercizio dell'azione da parte della stazione appaltante è che la stessa provveda a denunciare i vizi e/o le difformità entro i due anni dall'emissione del certificato di collaudo *provvisorio*. Ovviamente si aprirà un contraddittorio con l'impresa esecutrice che, secondo i canoni delle obbligazioni di fare ex art.1218 codice civile, potrà provare la sua estraneità ai fatti contestati, laddove, riuscisse a dimostrare che i fatti denunciati siano da imputare a cause di "forza maggiore" e non imputabili al suo operato

Tecnicamente per *difformità* si intende una divergenza tra quanto previsto contrattualmente e quanto, invece, realizzato; per *vizi* si intende, invece, la violazione delle regole dell'arte nella realizzazione dell'opera.

Situazione ben differente e significativamente complessa si porrà allorchè si è in presenza di un certificato di collaudo *definitivo*: evenienza che si concretizza sia in caso di esplicito atto formale di approvazione che nell'ipotesi di semplice decorso

del tempo (due anni e due mesi dalla data di emissione del certificato di collaudo *provvisorio*) c.d. tacita approvazione.

Dopo che il collaudo è diventato definitivo, è esperibile da parte della stazione appaltante l'azione di cui all'art.1669 del codice civile. la quale stabilisce una responsabilità a carico dell'appaltatore, qualora nel corso di dieci anni dal compimento dell'opera, dovessero verificarsi gravi danni e/o difetti. L'azione è esperibile a condizione che la stazione appaltante denunci i gravi vizi entro un anno dalla loro scoperta.

6. Elementi costitutivi dell'azione ex art. 1669 del codice civile

L'azione ex art 1669 del c.c. poggia su una pluralità di elementi che sono riferibili alla natura dell'intervento realizzato: deve trattarsi di immobili unitamente alla gravità del danno verificatosi; a tal riguardo la Giurisprudenza, (Cassazione civ. 11 04 2012 n.5135) nel corso degli anni, ha elaborato la nozione di danni gravi compatibili con l'esercizio dell'azione "de qua" tali da compromettere la staticità ovvero da comportare un consistente deprezzamento dell'uso dell'opera: sono stati considerati gravi difetti per esempio le persistenti infiltrazioni di acqua per rottura di tubature o per cattiva realizzazione del tetto.

In relazione alla circostanza che i gravi vizi devono essere denunciati, a pena di decadenza dell'azione, entro un anno dallo loro scoperta, la Giurisprudenza ha evidenziato che la scoperta, quindi il suo momento, coincide con un apprezzabile grado di conoscenza del vizio e che, ove per la scoperta sia necessario un accertamento tecnico, il termine decorrerà dal compimento dell'accertamento stesso. Si ritiene che l'azione di cui all'art.1669 del c.c. abbia natura *pubblicistica*: ciò implica un allargamento dei soggetti legittimati ad esperire l'azione con inclusione, oltre che al committente, anche di soggetti privati comunque danneggiati dall'evento dannoso.

Riguardo i rimedi esperibili, è riconosciuto alla stazione appaltante il diritto di chiedere all'impresa

esecutrice la riduzione in pristino dell'immobile, previa eliminazione dei difetti riscontrati, fatta salva la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni. Giuridicamente, quindi, è riconosciuta alla stazione appaltante, quale committente, la domanda di esecuzione in forma specifica.

7. La responsabilità concorrente del progettista e del direttore dei lavori

Accanto alla responsabilità dell'appaltatore in tema di azione ex art. 1669 c.c. ma lo stesso discorso vale anche in riferimento alla responsabilità per vizi riscontrabili prima del collaudo definitivo, può configurarsi responsabilità del progettista dei lavori. Oggi, comunque, è pacifico che anche quando il progetto è fornito dal committente, l'impresa esecutrice è corresponsabile con il progettista non essendo più il suo ruolo di "*nudus minister*".

Ciò comporta che l'impresa esecutrice, qualora ravvisasse durante l'esecuzione dei lavori lacune progettuali tali da pregiudicare il prosieguo dell'intervento, è tenuta a denunciare i fatti pregiudizievoli al Committente ed in prima battuta alla direzione dei lavori la quale a sua volta dovrà redigere apposita relazione da trasmettere al RUP: responsabile del procedimento, perché provveda a definire la situazione anche attraverso la redazione di perizie di variante.

Pertanto è riconosciuta la responsabilità solidale di appaltatore e progettista e conseguente azione di regresso tra loro; il che significa che l'appaltatore chiamato a rispondere per vizi connessi ad un deficit sul piano progettuale può chiamare in garanzia il progettista delle opere o rivalersi nei suoi confronti.

Trova applicazione il disposto dell'art. 2055 del c.c. secondo il quale se il fatto dannoso è imputabile a più soggetti, tutti sono obbligati in solido al risarcimento dei danni; fatta salva, appunto, l'azione di regresso che consiste nel diritto, di chi ha risarcito il danno, di agire contro gli altri obbligati nella misura in cui ciascuno è responsabile in base alle rispettive colpe.

In sede di giudizio civile sarà quindi il Giudice a graduare le colpe di ciascun coobbligato con l'ausilio, ove necessario, di una consulenza tecnica conferita ad un professionista che abbia le competenze del caso.

Analogo principio in tema di responsabilità e quindi di coobbligazione vale nei rapporti tra direttore dei lavori ed impresa esecutrice. Si è evidenziato sopra come gli effetti del collaudo sono diversificati a seconda se è intervenuto il solo certificato *provvisorio*: fattispecie nella quale resta a carico dell'impresa esecutrice, comunque, la responsabilità per vizi e/o difformità a condizione, tuttavia, che la stazione appaltante titolare della relazione azione denunci i vizi o le difformità prima che il certificato diventi *definitivo*; una volta che il certificato diventa *definitivo* (fattispecie, quest'ultima che può verificarsi, pur in presenza di inerzia della stazione appaltante), l'azione esperibile dal Committente è quella (complessa) prevista dall'art.1669 del c.c ed il cui onere probatorio è a carico della stazione appaltante che, in pratica, dovrà provare non solo il verificarsi di un grave danno ma la imputabilità ad un vizio occulto come tale non conosciuto o non conoscibile secondo i canoni dell'ordinaria diligenza

8. Responsabilità della stazione appaltante in caso di ritardi ed Orientamenti Giurisprudenziali

Ulteriori effetti, parimenti importanti, sono invece connessi al ritardo nell'effettuazione del collaudo da parte della stazione appaltante.

La stessa Giurisprudenza, anche quella datata (Corte Cassazione Sezioni Unite 28/10/1995 n.11312) ha stabilito che il collaudo costituisce *atto dovuto* annoverando l'attività di collaudo tra tutte le obbligazioni contrattuali a carico della stazione appaltante: il principio della duplice natura è presente in pronunciamenti recenti: Cassazione. Civ sez 1 del 24 05 2012 n.8242; Cassazione Civ. Sez. 1 del 07 06 2015 n. 7425. Sulla stessa scia e cioè sulla l'obbligatorietà del collaudo nel rispetto dei termini previsti, si collocano diverse Deliberazioni dell'Autorità del mercato degli appalti

pubblici: oggi ANAC; si segnalano per tutte le Deliberazioni n.48/2007 e n.81/2012.

Denominatore comune degli Atti è costituito dal principio che la stazione appaltante non può ritardare "sine die" le sue Determinazioni sul collaudo, cogliendo la duplice natura del collaudo: *diritto-dovere* della medesima. Non si può che condividere appieno l'assunto stante, senza enfatizzare ovviamente la tesi, che l'attività di collaudo negli appalti pubblici, ed in specie con riferimento ai lavori, costituisce sicuramente una fase molto importante ed estremamente delicata in considerazione alla molteplicità degli effetti che produce.

Pertanto in caso di ritardo nell'emissione del certificato di collaudo si configura una responsabilità a carico della stazione appaltante nella sua veste di committente.

Sul piano giuridico, quindi, nell'ipotesi che il ritardo nell'emissione del certificato di collaudo e/o della sua approvazione nei termini prescritti, sia imputabile al comportamento (colposo) della stazione appaltante, si delinea una fattispecie di inadempimento contrattuale come tale suscettibile di risarcimento danni in favore dell'impresa esecutrice secondo i criteri civilistici in materia con riferimento alle prescrizioni dettate dagli artt. 1374 e 1375 del codice civile.

La stessa Autorità, nelle citate Deliberazioni, ha addirittura ipotizzato *danno erariale* in presenza di un comportamento di una commissione di collaudo che ritardi, oltre il termine di mesi sei dalla data di ultimazione dei lavori, l'emissione del certificato di collaudo laddove il suddetto ritardo comporti la corresponsione all'appaltatore di interessi moratori.

Quanto ai danni risarcibili, gli stessi sono circoscritti

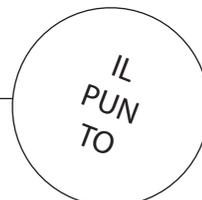
all'aumento di spese generali e di minore utile; in verità, sulla scorta di decisioni Arbitrali, il parametro maggiormente utilizzato quantifica i danni, da ritardo del collaudo, nella misura del 2/3 per cento annuo dell'importo netto contrattuale, al netto delle spese generali ed utile, e rapportato al tempo di ritardo. La logica di riconoscere una sorta di risarcimento-danni ovvero di indennizzo, oltre ad essere strettamente connessa alla fattispecie generale di inadempimento contrattuale a carico di una delle parti; per quel che rileva la stazione appaltante, risiede nell'indennizzare l'altra, cioè l'impresa esecutrice, dai maggiori oneri economici subiti in conseguenza del ritardo nell'effettuazione del collaudo.

E' indubbio, stante la peculiarità della fase del collaudo unitamente a tutte le implicazioni che l'esito di un collaudo possa provocare nei rapporti tra stazione appaltante ed impresa esecutrice, che il collaudo rappresenta una delle cause frequenti di contenzioso tra le parti da incardinarsi nell'ambito della Giurisdizione ordinaria e quindi innanzi al Giudice civile competente per territorio in considerazione del fatto, come esposto in premessa, che il collaudo rappresenta l'atto finale della fase negoziale dell'appalto nella quale la stazione appaltante agisce, sia pure con prerogative speciali, "iure privatorum" spogliandosi della sua veste autoritativa, diversamente da quello che accade nella fase della procedura di gara connotata da rilevanti aspetti pubblicistici e la cui tutela, in caso di controversie, è demandata al Giudice amministrativo.

Il contenzioso, come accennato, può insorgere per carenze esecutive che la stazione appaltante ha inteso denunciare nei confronti dell'impresa esecutrice; ovvero per istanze risarcitorie avanzate da quest'ultima nei confronti della stazione appaltante in relazione dai gravi ritardi nell'effettuazione del collaudo.

Accesso agli atti di gara: limiti alla segretezza dell'offerta

di Paola Cartolano



Premesse

Il delicato rapporto tra accesso e riservatezza in materia di documentazione prodotta in sede di partecipazione a procedure ad evidenza pubbliche per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture continua ad essere un nodo centrale anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016 ("Nuovo Codice Appalti").

Anche nel nuovo impianto normativo è confermato il rapporto di specialità che lega la *lex specialis* di cui all'art. 53 dello stesso Nuovo Codice Appalti alla *lex generalis* di cui alla Legge n. 241/1990

Vige un rapporto di specialità tra la *lex specialis* di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016 e la *lex generalis* di cui alla Legge n. 241/1990 sull'accesso agli atti



sull'accesso agli atti: ciò comporta, di conseguenza,

la prevalenza della prima sulla seconda. Il comma 1 dell'art. 53 del Nuovo Codice Appalti dispone, infatti, che «*Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*».

Detta "specialità"¹ della disciplina di cui all'art. 53 del Nuovo Codice Appalti è ammessa poiché in termini generali il diritto di accesso, quale «*principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione*

e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza»



1. Sul punto si evidenzia il principio secondo cui «il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non va posto in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di complementarietà, nel senso che le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della legge n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvencono disposizioni derogatorie (...) nel Codice dei contratti (...). A tale conclusione si perviene d'altronde da un'analisi testuale, prima che sistematica, delle disposizioni normative delle quali qui si discorre, atteso che l'art. 13 d.lgs. 163/06 esordisce appunto specificando che "salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni" (cfr. Cons. St., VI, 30 luglio 2010, n. 5062). Analoga disposizione si rinviene ora nell'art.53 del D.Lgs. 50/2016» (cfr. TAR Sicilia – Palermo, Sez. III, sentenza 23 marzo 2017 n. 831)

(art. 22, comma 2, Legge n. 241/1990), può subire limitazioni nei soli casi indicati dalla legge – costituenti eccezione in attuazione di un bilanciamento di valori tutti costituzionalmente tutelati – e non già sulla base di unilaterali valutazioni dell'amministrazione in ordine alla maggiore o minore utilità dell'accesso ai fini di una proficua tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive dell'istante.

Il comma 3 dell'art. 22 della Legge n. 241/1990 dispone infatti che «*Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6*».

Qui rileva, in particolare, l'art. 24 comma 6 lett. d), a mente del quale, il diritto d'accesso può essere escluso «*quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitari o, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono*».

Per il legislatore l'esigenza di riservatezza delle imprese in ordine all'interesse commerciale è dunque idoneo, in astratto, a giustificare esclusioni o limitazioni del diritto d'accesso. E' evidente che deve trattarsi di esigenza oggettivamente apprezzabile, lecita e meritevole di tutela in quanto collegata a potenziali pregiudizi derivanti dalla divulgazione.

Un punto di equilibrio tra esigenze di riservatezza e trasparenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica finalizzata alla stipula di contratti di appalto si rinviene nella disciplina di settore dettata dall'art. 53 del Nuovo Codice Appalti. Il riferimento al "segreto" commerciale, contenuto nell'art. 53 del Nuovo Codice Appalti,

più rigoroso e stringente dell'art. 24 della Legge n. 241/1990 che invece parla di "riservatezza" commerciale, si spiega in relazione allo specifico contesto dell'evidenza pubblica.

Come vedremo nel prosieguo, l'ordinamento conosce una specifica disciplina dell'accesso per i casi in cui l'attività dell'amministrazione si sostanzia nell'esperienza di una procedura ad evidenza pubblica, caratterizzata da un rigida inaccessibilità in pendenza della procedura, strumentale alla garanzia della leale competizione, e da una tendenziale accessibilità di tutti gli atti della serie negoziale, ad aggiudicazione avvenuta, salvo che in relazione ad alcuni specifici aspetti per i quali vengano in rilievo, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, "segreti tecnici o commerciali".

1. Vecchia e nuova disciplina in materia di accesso agli atti nelle gare pubbliche

Nel previgente codice degli appalti, l'**art. 13 del D. Lgs n. 163/2006**, stabiliva che

– fatti salvi i casi di appalti segretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, vige un generale principio di accessibilità agli atti di gara, accesso che, nelle ipotesi di cui al comma 2, può essere differito ma non escluso;

– nei casi di cui al comma 5, in via di eccezione, l'accesso può essere escluso;

– in particolare, nel caso di informazioni fornite dagli offerenti che costituiscono «*segreti tecnici e commerciali*», l'accesso può essere escluso sempre che il concorrente, in sede di offerta, dichiarò preventivamente che talune informazioni costituiscono i detti segreti tecnici e commerciali, e sempre che l'amministrazione, cui pervenga una istanza di accesso, ritenga fondatamente motivata e comprovata tale dichiarazione in precedenza resa²;



2. Testualmente, l'art. 13, comma 5, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 stabiliva che erano sottratti all'accesso e ad ogni forma di divulgazione, tra gli altri documenti, «le informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali»

– infine, la tutela del segreto tecnico o commerciale è tuttavia esclusa in presenza del diritto alla tutela giurisdizionale cui l’istanza di accesso inerisce, ma – giova precisare – solo per il diritto alla tutela giurisdizionale «in relazione alla procedura di affidamento del contratto»³.

La giurisprudenza formatasi sulla citata disposizione era orientata a ritenere che:

a) la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, per la prima volta, in sede di opposizione all’istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta, b) compete all’amministrazione aggiudicataria, in sede di valutazione dell’istanza di accesso e v e n t u a l m e n t e pervenuta, valutare, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dalla offerente poi risultata a g g i u d i c a t a r i a , se l’inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale si fonda su una “motivata e comprovata dichiarazione”.

La nuova disciplina di cui all’art. 53 del D.Lg. n. 50/2016, di recepimento dell’art. 21 della direttiva 2014/24/UE, riproduce sostanzialmente quella prevista dall’art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006

Nel **Nuovo Codice Appalti**, l’**art. 53**, di recepimento dell’art. 21 della direttiva 2014/24/UE, è sostanzialmente riprodotta la disciplina dell’art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006: dopo aver previsto che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della Legge n. 241/1990, contiene una serie di prescrizioni specifiche in materia di procedure di aggiudicazione, sovrapponibili – per quanto qui interessa – a quelle di cui all’art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006. Pertanto, anche nel nuovo contesto normativo risultano utilizzabili le precedenti

acquisizioni giurisprudenziali (cfr. TAR Puglia – Bari, sez. III, sentenza 27 giugno 2017 n. 741). Più precisamente l’art. 53 sancisce che, in relazione alle offerte, il diritto di accesso è differito fino all’aggiudicazione.

I **commi 2 e 3** dell’art. 53 del Nuovo Codice Appalti dispongono testualmente che:

«2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all’elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all’elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all’elenco dei soggetti che sono stati invitati a

presentare offerte e all’elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l’accesso all’elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all’aggiudicazione;

d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell’offerta, fino all’aggiudicazione.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti».

3. Testualmente, l’art. 13, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006 prevedeva che l’accesso è comunque consentito al «concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso».

Il legislatore ha inoltre previsto alcune ipotesi di in cui l'accesso può essere **negato**. Ai sensi del **comma 5** dell'art. 53 infatti è disposto che:

«5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono **esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:**

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, **segreti tecnici o commerciali;**
- b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale».

Tuttavia, il successivo comma 6 consente l'accesso al concorrente, ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento, con riferimento «alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, **segreti tecnici o commerciali**». Testualmente infatti il **comma 6** dell'art. 53 prevede che «6. In

relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al **concorrente** ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto».

2. L'accesso differito in relazione alle offerte ma non per la documentazione amministrativa

Come ha avuto modo di chiarire l'ANAC, il differimento riconosciuto dall'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006 all'epoca e dall'art. 53 del Nuovo Codice Appalti fino al momento dell'aggiudicazione (definitiva) risponde all'esigenza di «*impedire la conoscenza del contenuto delle offerte da parte dei concorrenti in un momento in cui non è ancora divenuta definitiva la scelta della migliore offerta, con il più precipuo fine di impedire turbative delle operazioni di gara e delle valutazioni di competenza della commissione aggiudicatrice*» (cfr. ANAC, Delibera n. 317 del 29 marzo 2017).

La giurisprudenza si è però soffermata nel chiarire come non possa accedersi all'interpretazione secondo cui l'accesso alla documentazione amministrativa di gara, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c), del Nuovo Codice Appalti, è differito fino al momento dell'aggiudicazione.

Come visto, la norma citata – che prevede il differimento dell'accesso «*in relazione alle offerte fino all'aggiudicazione*» – concerne esclusivamente il contenuto delle offerte, ed è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa contenuta normalmente nella busta A, relativa ai

requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'imputazione

immediata delle ammissioni e delle esclusioni (sul punto cfr. TAR Veneto-Venezia, ordinanza 26 maggio 2017 n. 512; TAR Lazio-Roma, Sez. III, sentenza 28 marzo 2017 n. 3971; TAR Lazio-Roma, sez. I-ter, sentenza 27 luglio 2017 n. 8944).

Il differimento dell'accesso in relazione alle offerte fino all'aggiudicazione è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa

Proprio il nuovo regime diversificato di impugnazione previsto dal citato art. 120, comma 2-bis del c.p.a., introdotto nel 2016, infatti, impone una tale interpretazione, nel senso cioè che l'operatore economico possa accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti, già nella fase iniziale della procedura selettiva (senza attendere cioè quella finale di aggiudicazione, come era previsto nel vecchio regime di cui al D.Lgs n. 163/2006) e che il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del Nuovo Codice Appalti sia ormai limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche.

3. Riservatezza dell'offerta tecnica: limiti all'esclusione dell'accesso

La partecipazione ad una gara pubblica comporta che l'**offerta tecnico-progettuale** fuoriesca dalla sfera di dominio riservata dell'impresa per porsi sul piano della valutazione comparativa rispetto alle offerte degli altri concorrenti, con la conseguenza che in termini generali la concorrente non aggiudicataria che vi abbia interesse può accedere alla documentazione afferente le offerte presentate in vista della tutela dei propri interessi.

L'accesso può essere inibito, come visto, solo in presenza di dati «*che costituiscono, secondo **motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali***»: ciò significa che sarà da considerarsi illegittimo il rifiuto opposto sulla base di una mera dichiarazione del controinteressato o della stazione appaltante che non faccia alcun puntuale riferimento a tali esigenze.

In altre parole, occorrerà che la documentazione sia oggetto di una dimostrata necessità di preservazione e deve contenere «*un'indicazione concreta, comprovata e comprensibile di quale possa essere il danno da divulgazione dei dati tecnici*

richiesti, pertinendo gli stessi a caratteristiche dei prodotti che devono poter essere oggetto di valutazione oggettiva nel quadro istruttorio di una gara pubblica. La deroga all'accesso costituisce eccezione che va debitamente comprovata dall'interessato e indubbiamente non è idonea motivazione la circostanza che trattasi di elaborati costituenti opera dell'ingegno e contenenti informazioni e dati frutto del patrimonio di conoscenze ed esperienze aziendali. Questi caratteri, infatti, sono propri dell'offerta tecnica di qualunque impresa e non giustificano di per sé il divieto di divulgazione» (cfr. TAR, Calabria-Catanzaro, sez. II, sentenza 11 settembre 2015 n. 1467).

Il legislatore, pertanto, se ha inteso escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il **know-how industriale e commerciale** contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, così da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso

non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale

L'accesso può essere inibito solo in presenza di dati «che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali»



all'interno del mercato, in pari tempo, tuttavia, ha subordinato il funzionamento dell'indicata causa di esclusione all'adempimento, da parte dell'impresa cui si riferiscono i documenti, dello specifico onere di fornire motivata dichiarazione comprovante che effettivamente siano in questione informazioni integranti segreti tecnici o commerciali (cfr. Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 23 settembre 2016 n. 324).

Potrà quindi essere la stessa stazione appaltante a limitare, legittimamente, l'ostensione delle offerte tecniche alle sole parti che ricadono nella previsione in parola, previo giudizio che essa dovrà espletare (cfr. TAR Lombardia-Milano, Sez.

I, sentenza 20 aprile 2015 n. 963; TAR Marche-Ancona, Sez. I, sentenza 6 febbraio 2015 n. 116, ove si legge «*spetta all'Amministrazione investita della richiesta valutare, nella decisione finale se e come la presenza di segreti tecnici e commerciali incida sulla richiesta di accesso e se sia comunque possibile, nel bilanciamento degli interessi in conflitto, concedere l'accesso agli atti*» e TAR Campania-Napoli, Sez. VI, sentenza 27 maggio 2015 n. 2934, secondo cui «*nella fattispecie l'esistenza di segreti tecnici e industriali è genericamente affermata dall'amministrazione come pure dalla difesa della controinteressata. Secondo condivisibile giurisprudenza (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 26.2.2013, n. 2106) l'amministrazione richiesta ha l'onere di rappresentare quali sono le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custoditi negli atti di gara, in riferimento a precisi dati tecnici. Sicchè in assenza di tale dimostrazione, l'accesso deve essere consentito*»).

Ciò detto, la domanda corretta da porsi è: quali sono i "segreti tecnici o commerciali" che possono effettivamente motivare un corretto diniego d'accesso?

Non qualsiasi dato aziendale può essere secretato, ma solo quelle informazioni che effettivamente rappresentano quel *quid pluris* in grado di differenziare un operatore economico rispetto agli altri e, solo qualora sia dimostrata l'effettiva sussistenza di tale differenza, la pubblica amministrazione potrà allora legittimamente negare l'accesso, in tutti gli altri casi dovendo diversamente sempre consentirlo.

Sul punto, è stato chiarito come «*La qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico [...] in grado di differenziare*

Non qualsiasi dato aziendale può essere secretato, ma solo quelle informazioni che effettivamente rappresentano quel quid pluris in grado di differenziare un operatore economico rispetto agli altri



La prevalenza dell'accesso è strettamente collegato alla sola esigenza di difesa in giudizio



il valore del servizio offerto, solo a condizione che i concorrenti non ne vengano a conoscenza» (cfr. TAR Lombardia – Brescia, Sez. I, sentenza 7 gennaio 2015 n. 2).

Con riferimento alla "finalità" di detto accesso, già in ordine all'art. 13, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006, oggi art. 53, comma 6 del Nuovo Codice Appalti, la giurisprudenza aveva chiarito che **l'accesso cd. difensivo prevale sulle**

contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale

(cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 19 ottobre 2009 n. 6993), ma ciò solo laddove l'accesso sia azionato «*in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito*

della quale viene formulata la richiesta di accesso».

L'accesso eccezionalmente consentito è strettamente collegato alla sola **esigenza di difesa in giudizio** e «*presuppone un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una prova di resistenza, e non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente*» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 9 gennaio 2008, n. 6121; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 30 dicembre 2011, n. 6969).

Sempre in ambito giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 luglio 2016 n. 3431) è stato inoltre chiarito che – alla luce della formulazione

letterale della norma e della interpretazione sistematica del bilanciamento di valori attuata dall'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006, oggi art. 53 del Nuovo Codice

Appalti – la prevalenza dell'accesso deve essere individuata nei soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, ai fini di ottenerne l'annullamento e, comunque, il risarcimento del

danno, anche in via autonoma (artt. 29, 30 e 120 c.p.a.).

Da ciò consegue che l'accesso cd. defensionale non può prevalere "ex se" sulla tutela del segreto tecnico o commerciale nelle ipotesi in cui:

- esso inerisce ad interessi diversi, quali il diritto di azione in sede civile nei confronti di soggetti privati per risarcimento danno da concorrenza sleale o per illecito extracontrattuale ovvero anche per sollecitare meramente l'intervento del giudice penale (essendo ciò escluso dal riferimento normativo ai casi relativi «alla *procedura di affidamento del contratto*»);
- ovvero per sollecitare poteri di autotutela dell'amministrazione (essendo ciò escluso dal riferimento alla «*difesa in giudizio*»).

La giurisprudenza ha avuto inoltre modo di affermare che il soggetto ricorrente quale secondo classificato in graduatoria riveste «*una posizione particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara*» e solo per questo «*il diritto di accesso dal medesimo esercitato si configura strumentale ad un'eventuale azione giudiziaria, così da dover essere in ogni caso assentito*» (TAR Lombardia - Milano, Sez. III, 15 gennaio 2013, n. 116; TAR Puglia - Bari, Sez. III, 20 giugno 2017 n. 679).

4. Conclusioni

Da quanto sopra, emerge che il legislatore ha negato l'esercizio del diritto di accesso nei confronti della documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, così sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. Resta, tuttavia, consentito l'accesso per detta documentazione in vista della difesa in giudizio degli interessi del richiedente.

Il legislatore ha pertanto individuato un punto di equilibrio tra due configgenti, e cioè quello della trasparenza dei procedimenti e degli atti della pubblica amministrazione e quello della segretezza delle informazioni tecniche e commerciali fornite a corredo delle offerte, principi che devono poi essere coniugati con un altro principio di rango costituzionale, ovvero la difesa in giudizio degli interessi dei soggetti coinvolti.

Considerate le difficoltà e le incertezze che tanto i concorrenti alle procedure di gara quanto gli operatori della pubblica amministrazione spesso incontrano rispettivamente nel predisporre le istanze di accesso riguardanti le offerte tecniche acquisite e nel curarne le relative istruttorie, sempre più spesso il Giudice Amministrativo è stato chiamato per chiarire sia la portata delle predette istanze sia i principi da seguire nelle relative istruttorie della pubblica amministrazione di volta in volta interessata, alla quale dunque è bene far riferimento onde garantire la piena tutela dei suddetti principi alla base della disciplina dell'accesso nelle procedure di gara.

Il nuovo decreto sulla programmazione degli appalti di beni e servizi: Una prima lettura e qualche nota critica

di Ilenia Filippetti

IL
PUN
TO

Premesse

Con il recente decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 14 del 16 gennaio 2018 è stato approvato il nuovo Regolamento per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, nonché del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi e aggiornamenti annuali.

Con il presente breve contributo si cercherà di analizzare, in prima lettura, i tratti salienti delle disposizioni volte a disciplinare le nuove procedure ed i nuovi schemi tipo che le stazioni appaltanti dovranno utilizzare ai fini della necessaria programmazione per le acquisizioni di beni e servizi. Trattandosi di una prima lettura, ci si limiterà a sottolineare esclusivamente gli aspetti di maggiore impatto "operativo", tentando di focalizzare, in particolare, gli obblighi e le scadenze introdotti dalla nuova disciplina.

1. I contenuti delle nuove norme

Come ormai noto, l'articolo 21, comma 8 del decreto legislativo n. 50 del 2016, recante il codice dei contratti pubblici, ha demandato ad un apposito decreto ministeriale il compito di definire le modalità di aggiornamento dei programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi e dei programmi triennali dei lavori pubblici e dei relativi elenchi annuali: tra i compiti del decreto ministeriale vi era, in particolare, quello di procedere all'individuazione dei seguenti elementi:

- i criteri per la definizione degli ordini di priorità nella realizzazione degli interventi;
- l'eventuale suddivisione in lotti funzionali;
- le condizioni che consentono di modificare la programmazione e di procedere a un acquisto che non era stato previsto nell'elenco annuale;
- gli schemi tipo e le informazioni minime che essi devono contenere, individuate anche in coerenza con gli standard degli obblighi informativi e di pubblicità relativi ai contratti;
- le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti delegano la procedura di affidamento.

A sua volta, l'articolo 216, comma 3 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016 ha previsto che, nelle more dell'adozione del predetto decreto, si applicano gli atti di programmazione già adottati ed efficaci, all'interno dei quali le amministrazioni aggiudicatrici individuano un ordine di priorità degli interventi.

Con il decreto n. 14/2018 è stata introdotta la disciplina di attuazione delle predette norme contenute nel codice dei contratti¹, con la previsione, in particolare, dell'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di adottare - nel rispetto dei rispettivi ordinamenti - il programma biennale degli acquisti di forniture e servizi nonché i relativi elenchi e aggiornamenti annuali sulla base di appositi schemi-tipo (art. 6, comma 1)².

I nuovi schemi-tipo per la programmazione biennale degli acquisti di forniture e servizi sono costituiti, in particolare, dalle seguenti schede:

Il decreto definisce le modalità di aggiornamento dei programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi

- Scheda A: quadro delle risorse necessarie alle acquisizioni previste dal programma, articolate per annualità, con l'indicazione della specifica fonte di finanziamento; non è chiaro, peraltro, se a tali fini la norma imponga che, per la realizzazione degli interventi programmati, sia stata già acquisita una vera e propria prenotazione di impegno a carico del bilancio, ai sensi del d.lgs. n. 118/2011, o se sia invece sufficiente una mera previsione di massima, non collegata a specifici impegni contabili;

- Scheda B: elenco degli acquisti del programma con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione. Nella scheda sono indicati le forniture e i servizi connessi ad un lavoro, riportandone il relativo CUP, sempre obbligatorio in caso di appalto di lavori;

- Scheda C: elenco degli acquisti presenti nella precedente programmazione biennale ma non riproposti nella programmazione successiva. Ogni appalto di forniture e servizi riportato nel programma è individuato univocamente dal codice unico di intervento (CUI), che viene attribuito in occasione del primo inserimento nel programma (art. 6, comma 5 ed art. 2, comma 1, lett. c).

In aggiunta al CUI, dovrà essere riportato anche il CUP, che identifica ogni progetto di investimento pubblico³. Entrambi i codici vengono mantenuti nei programmi biennali nei quali l'acquisto è riproposto,

salvo modifiche sostanziali del progetto che ne alterino la possibilità di precisa individuazione. Non è chiaro, peraltro, se ai fini dell'approvazione degli atti di gara, la stazione appaltante debba in essi indicare, oltre al CIG ed al CUP, anche il nuovo CUI.

Il proliferare di sempre nuovi e diversi sistemi di monitoraggio - con le annesse banche dati, non sempre caratterizzate da quella tanto attesa ed inattuata interoperabilità - non facilita certo né il lavoro degli operatori del settore degli

1. L'art. 21, comma 1, secondo periodo del codice precisa che i programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatici ed in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti.

2. La norma precisa che la programmazione avviene, in ogni caso, fatte salve le competenze legislative e regolamentari vantate in materia dalle regioni e dalle province autonome.

3. Dopo un'espressione lievemente tautologica - "per ogni acquisto per il quale è previsto, è riportato il CUP" - il decreto rinvia, quale fonte per la necessità di acquisire il Codice Unico di Progetto, all'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3. In realtà, al di là della fonte normativa, la maggiore difficoltà delle stazioni appaltanti, soprattutto per le acquisizioni di beni, è identificare le forniture che costituiscano un vero e proprio investimento: può quindi essere utile fare ricorso, ai fini dell'esatta individuazione della nozione di investimento pubblico, alla deliberazione adottata dal CIPE n. 143 del 2002.

appalti, né i soggetti che, a vario titolo, sono chiamati dall'ordinamento a controllare l'effettiva trasparenza e conoscibilità dei dati sugli appalti.

Probabilmente, sarebbe stato utile, pertanto, utilizzare quale codice identificativo dell'intervento il codice CIG rilasciato dall'Autorità anticorruzione ai fini dell'obbligatoria tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dagli appalti pubblici⁴. Tanto più che con le nuove norme contenute nel decreto potrebbe assistersi ad un vero e proprio "intreccio" di codici identificativi: ed infatti, il programma biennale contiene anche i servizi esterni di architettura ed ingegneria di cui all'art. 23, comma 1 del codice e, più in generale, tutte le ulteriori acquisizioni di forniture e servizi connessi alla realizzazione di lavori previsti nella programmazione triennale dei lavori pubblici o di altre acquisizioni di forniture e servizi previsti nella programmazione biennale, che devono essere individuate da un proprio CUI ma vanno comunque associate al CUI - ed al CUP, ove previsto - del lavoro o dell'acquisizione al quale sono connessi.

In tale contesto, francamente poco incoraggiante, si può dunque solo auspicare che i nuovi oneri informativi - che certamente non semplificano l'azione amministrativa, a tutto scapito della trasparenza e dell'immediata intelleggibilità degli elementi essenziali dell'appalto - possano comunque avere, in qualche modo insperato, l'effetto finale di consentire un maggiore tracciamento dell'attività di committenza pubblica.

Come ormai noto, l'art. 21, comma 6 del codice prevede che il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali debbano indicare gli acquisti di beni e di servizi di importo

unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro: il decreto ministeriale prevede, pertanto, che nel programma debbano essere riportati gli importi degli acquisti di forniture e servizi risultanti dalla stima del valore complessivo, oppure, per gli acquisti di forniture e servizi ricompresi nell'elenco annuale, gli importi del prospetto economico delle acquisizioni medesime.

È questo, probabilmente, il vero nodo centrale delle nuove disposizioni, nella misura in cui con esse si impone alla stazione appaltante di allungare lo sguardo da un orizzonte annuale ad uno almeno biennale, con i conseguenti effetti in tema di contrasto al fenomeno del frazionamento artificioso del contratto.

Sempre sotto il profilo operativo che connota la nuova attività di programmazione, il decreto prevede che nei programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi, per ogni singolo acquisto, debba essere riportata l'annualità nella quale si intende dare avvio alla procedura di affidamento. Per quanto concerne la definizione delle caratteristiche dei beni e dei servizi da acquisire, il decreto dispone inoltre che le amministrazioni indicano nel programma le caratteristiche tipologiche, funzionali e tecnologiche delle acquisizioni e la relativa quantificazione economica: nel caso di suddivisione in lotti funzionali, tali indicazioni possono essere fornite anche con riferimento all'appalto considerato nel suo complesso, ovvero sia quale somma dei diversi lotti (art. 6, comma 9).

Il programma biennale, inoltre, dovrà riportare l'ordine di priorità degli acquisti di forniture e servizi e, nell'ambito della definizione dei predetti ordini di priorità, le amministrazioni individuano

Non paghi di CIG e CUP, occorre acquisire anche un CUI

Nel programma va descritto ciascun appalto con la previsione della precisa copertura economica

4. Si vedano, a tale proposito, gli articoli 3 e 6 della legge n. 136 del 2010 e la deliberazione adottata dall'Autorità Anticorruzione n. 556 del 2017, recante l'aggiornamento alle linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

come necessariamente prioritari i servizi e le forniture che:

- siano necessari in conseguenza di calamità naturali;
- siano finalizzati a garantire gli interessi pubblici primari;
- costituiscano acquisti aggiuntivi per il completamento di precedenti forniture o servizi;
- siano cofinanziati con fondi europei;
- per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario.

Il decreto aggiunge che le amministrazioni tengono conto delle priorità liberamente definite nel programma, fatte salve le modifiche dipendenti da eventi imprevedibili o calamitosi oppure da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari o, ancora, da atti amministrativi adottati a livello statale o regionale (art. 6, comma 11).

Al di là delle predette categorie di acquisizioni, che la norma stessa definisce de iure come sempre prioritari, le stazioni appaltanti mantengono la facoltà di individuare discrezionalmente quali siano gli interventi che ritengano di maggior rilievo, in relazione agli interessi pubblici alle stesse attribuite e tenuto conto delle politiche pubbliche che le medesime amministrazioni intendono porre in agenda e poi implementare operativamente.

Ci si può chiedere, peraltro, quale sia, all'interno delle varie amministrazioni che possa essere considerato come l'organo effettivamente deputato alla definizione delle priorità in termini di programmazione: a tale proposito, il decreto si limita a disporre, un po' laconicamente, che le amministrazioni individuano, nell'ambito della propria organizzazione, la struttura e il soggetto

referente per la redazione del programma biennale degli acquisti di forniture e servizi (art. 6, comma 13)⁵.

I programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, qualora tali modifiche riguardino:

- a) la cancellazione di uno o più acquisti già previsti nell'elenco annuale;
- b) l'aggiunta di uno o più acquisti in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale;
- c) l'aggiunta di uno o più acquisti per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie;
- d) l'anticipazione alla prima annualità dell'acquisizione di una fornitura o di un servizio ricompreso nel programma biennale;
- e) la modifica del quadro economico degli acquisti già contemplati nell'elenco annuale, per la quale si rendano necessarie ulteriori risorse.

Per quanto concerne le modalità di redazione, il decreto aggiunge che il programma dovrà essere predisposto ogni anno scorrendo l'annualità pregressa ed aggiornando i programmi precedentemente approvati, nei quali, tuttavia, non andranno riproposte le acquisizioni di beni e servizi per le quali la procedura di affidamento sia stata nel frattempo avviata. Può essere utile anche sottolineare che nella scheda C dovrà essere riportato l'elenco degli acquisti presenti nella prima annualità del precedente programma e non riproposti nell'aggiornamento del programma:

I programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi sono modificabili nel corso dell'anno



5. Il referente per la programmazione di beni e servizi, peraltro, può coincidere con il referente unico individuato da ciascuna l'amministrazione per la banca dati delle amministrazioni pubbliche, di cui al decreto legislativo n. 229 del 2011.

nella predetta scheda non andranno invece inserite le acquisizioni per le quali la procedura sia stata già avviata oppure quelle per le quali la stazione appaltante abbia rinunciato a procedere all'acquisizione.

Quando la procedura di approvazione dell'aggiornamento annuale del programma biennale sia stata avviata (ancorché non conclusa) le regioni e gli enti locali possono, motivatamente, autorizzare l'indizione delle procedure relative previsto in un programma biennale già approvato (art. 7, comma 7). Dal tenore letterale della norma sembrerebbe potersi evincere che la facoltà di autorizzare l'avvio di una gara prima dell'aggiornamento del programma sia consentita esclusivamente alle regioni ed agli enti locali, ma non alla generalità delle amministrazioni aggiudicatrici: tale facoltà non sembrerebbe essere quindi consentita – piuttosto inspiegabilmente – alle amministrazioni dello Stato, agli enti pubblici non economici, agli organismi di diritto pubblico ed alle associazioni, alle unioni ed ai consorzi, comunque denominati, costituiti dai predetti soggetti (art. 3, comma 1, lett. a, del codice dei contratti).

Un servizio o una fornitura non inseriti nella prima annualità del programma, infine, potranno essere realizzati sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione.

2. Il raccordo con le centrali di committenza: qualcosa non torna

Negli elenchi annuali le amministrazioni debbono indicare l'obbligo – ove normativamente imposto – oppure l'intenzione di ricorrere ad una centrale di committenza o ad un soggetto aggregatore per l'espletamento della procedura di affidamento.

Tale indicazione deve essere formulata, in particolare:

- previa consultazione della pianificazione dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza; a corollario di tale

previsione, l'art. 6, comma 1, dispone che le amministrazioni, ai fini della predisposizione del proprio programma biennale dei relativi elenchi annuali, consultano, ove disponibili, le pianificazioni delle attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza, anche ai fini del rispetto degli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa; il successivo comma 8 impone poi alle singole amministrazioni di riportare, per ogni singolo acquisto, l'annualità nella quale si intende ricorrere ad una centrale di committenza o ad un soggetto aggregatore, al fine di consentire il raccordo con la pianificazione dell'attività degli stessi; è importante sottolineare che l'ordinamento non prevede, per i soggetti obbligati a ricorrere alle centrali di committenza, l'obbligo di preventivo raccordo con l'attività di pianificazione da parte delle centrali stesse;

- previa acquisizione del preventivo assenso della centrale di committenza;
- previa verifica della capienza della convenzione quadro per il soddisfacimento del proprio fabbisogno (art. 8, comma 1).

Dalla norma sembrano emergere alcune importanti novità rispetto a ciò che il quadro normativo previgente disponeva (anche con fonte di rango superiore a quella regolamentare, propria del decreto ministeriale in argomento); in particolare, sembra potersi evincere che:

- i soggetti aggregatori e le centrali di committenza dovrebbero procedere, a rigor di logica, ad una pianificazione generale preventiva rispetto agli enti aderenti; se ciò tuttavia è possibile per i soggetti aggregatori (che hanno già a disposizione una prima rilevazione dei fabbisogni, e sono tenuti all'approvvigionamento soltanto di una serie di specifici beni e servizi), il discorso cambia completamente per le altre centrali di committenza, che, ad esempio, non hanno una preventiva conoscenza di tutte le diverse acquisizioni necessarie ai comuni del proprio territorio e, pertanto, non hanno la materiale possibilità di programmare la relativa attività di committenza; in particolare, si noti che l'art. 6, comma 12 prevede che

l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi di importo stimato superiore ad 1 milione di euro che le amministrazioni prevedono di inserire nel programma biennale, sono comunicate dalle medesime amministrazioni, entro il mese di ottobre, al Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, e che tale comunicazione deve avvenire mediante la trasmissione al portale dei soggetti aggregatori nell'ambito del sito acquisti in rete del Ministero dell'economia e delle

finanze anche tramite sistemi informatizzati regionali (art. 7, comma 5): un simile sistema di rilevazione obbligatoria manca radicalmente per le altre centrali di committenza – ad es. quelle deputate ad indire le gare per i comuni non capoluogo di provincia – e ciò rischia di costituire un grave ostacolo all'effettiva implementazione delle nuove disposizioni contenute nel decreto in esame; le nuove norme sembrano esser state insomma ideate con la collaborazione dei soggetti aggregatori, dato che ne rispecchiano strettamente l'esperienza ed il *modus operandi*, senza considerare le problematiche tipiche delle altre centrali di committenza;

- la soluzione ipotizzata dal decreto è dunque quella di sottoporre il ricorso alla centrale di committenza al preventivo assenso di quest'ultima; senonché, è dubbio che in presenza di un obbligo normativo specifico (si pensi, a tale proposito, a quanto disposto all'art. 37, comma 4 del codice) sia legittimo, da parte della centrale, esprimere un proprio dissenso, esonerando così – con un semplice provvedimento amministrativo, ancorché ben motivato – il comune non capoluogo dall'obbligo imposto da una fonte di rango primario;
- in alternativa, il decreto impone all'ente aderente di verificare "la capienza" – che, sia pur nel silenzio della norma, può essere ragionevolmente tradotta soltanto nella capienza

L'indizione dell'appalto diventa subordinato al preventivo assenso della centrale di committenza



delle convenzioni quadro da aggiudicare ex art. 26 della legge n. 488 del 1999 – ma tale opzione operativa impone, come già osservato, che vi sia una programmazione a monte, obbligatoria per quanto concerne i soggetti aggregatori ed inesistente, in punto di diritto ed in termini di fatto, per quanto concerne la grandissima parte delle centrali di committenza.

Insomma, un bel pasticcio normativo ed applicativo, ennesima dimostrazione che, per poter scrivere bene le

norme (se si vogliono evitare *impasse* o, peggio, fragorosi buchi nell'acqua) occorrerebbe sempre poter contare su di una conoscenza sicura dei flussi di attività sui quali le norme stesse vanno ad intervenire: e ben diversa è l'attività dei soggetti aggregatori rispetto a quella delle centinaia di centrali di committenza chiamate quotidianamente a far fronte ai bisogni dei piccoli e piccolissimi comuni del territorio.

3. Gli obblighi di trasparenza

La programmazione biennale ed il relativo elenco annuale sono soggetti a pubblicazione, da parte di ciascuna amministrazione, sul proprio sito istituzionale, all'interno della sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013 e dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016.

Può essere utile ricordare che l'elenco completo dei provvedimenti soggetti a pubblicazione all'interno della sezione "Amministrazione trasparente" – unitamente al dettaglio dei relativi tempi di pubblicazione – sono stati riepilogati e sintetizzati dall'Autorità Anticorruzione all'interno della deliberazione n. 1310/2016.

In aggiunta a ciò, al fine di assicurare la piena trasparenza e la libera consultazione dei dati afferenti la programmazione, l'art. 6 comma 3

Il programma biennale va pubblicato nella sezione "Amministrazione trasparente"



del nuovo decreto dispone che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le regioni e le provincie autonome assicurano la disponibilità del supporto informatico per la compilazione online degli schemi-tipo allegati al decreto⁶.

L'art. 7, comma 4 dispone infine che, nei casi in cui le amministrazioni non provvedano alla redazione del programma biennale a causa dell'assenza di acquisti di forniture e servizi, ne devono dare comunque comunicazione sul proprio profilo del committente all'interno della sezione «Amministrazione trasparente» di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, nonché sui siti informatici gestiti dal MITT, dalle regioni e dalle provincie autonome. Parimenti, anche le modifiche apportate alla programmazione già approvate sono soggette ai medesimi obblighi di pubblicazione (art. 7, comma 10).

Le nuove norme si applicano per il periodo di programmazione 2019-2020



4. L'entrata in vigore dei nuovi obblighi

Per quanto concerne l'entrata in vigore delle nuove norme, l'art. 11 dispone che il decreto⁷ entra in vigore il quindicesimo giorno successivo alla predetta pubblicazione, ovverosia, nella specie, il 24 marzo 2018.

La norma va tuttavia letta in combinato disposto con il precedente art. 9, ai sensi del quale le nuove norme trovano applicazione per la formazione

o l'aggiornamento dei programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi effettuati a decorrere dal periodo di programmazione 2019-2020.

Non è chiaro se tale prescrizione debba trovare applicazione anche per le amministrazioni che abbiano già intrapreso un percorso di programmazione su base, per così dire, volontaria, o se le stesse amministrazioni debbano, in tali ipotesi, provvedere obbligatoriamente ad assicurare la programmazione (in coerenza ed in continuità con gli atti programmatici già adottati) anche per l'anno 2018.

Con due norme di non solare chiarezza, peraltro, viene disposto, da un lato, che il decreto del MIT 24 ottobre

2014 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo decreto in commento e, dall'altro, che il predetto decreto del 2014, unitamente all'articolo 216, comma 3 del codice continuano ad dover essere applicati sino "alla data di operatività" del decreto in esame.

Si tratta, insomma, di nuove norme già entrate in vigore ma non ancora operative, con la conseguenza che le norme previgenti vengono sì abrogate ma, ciò nonostante, debbono esser ancora applicate: una classica soluzione, per così dire, all'italiana, in attesa di un prevedibile, ennesimo, balletto delle proroghe e dei rinvii.

Nulla di nuovo, purtroppo, sotto il sole del nostro bellissimo Paese.



6. Così come sino ad oggi effettuato, ad esempio, dal MITT, mediante la messa a disposizione del "servizio contratti pubblici" accessibile al seguente link: <https://www.serviziocontrattipubblici.it/> .

7. Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.57 del 9 marzo 2018.

WHISTLEBLOWING

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



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

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

FUNZIONALITA'

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

Il segnalante o whistleblower può:

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

Il Responsabile Anticorruzione può:

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

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

Ci contatti per maggiori informazioni

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. III, 27/3/2018, n. 1902

Sulla decorrenza dei termini impugnatori a seguito della pubblicazione ex art. 29 del codice e principio della piena conoscenza del provvedimento

“...ai sensi dell’art. 120, n. 2-bis, cod. proc. amm. «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionale, va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’art. 29, co. 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11 l’applicabilità del principio della piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, presuppone un particolare rigore nell’accertamento della sussistenza di tale requisito (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018 n. 394).... in base al comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a., infatti, il termine inizia a decorrere solo dopo la pubblicazione, ex art. 29 del codice degli appalti, della determinazione sulle ammissioni/esclusioni dei concorrenti, pubblicazione che assicura la piena ed effettiva conoscenza degli atti di gara. Da ciò consegue che, il principio della piena conoscenza acquisita aliunde, può applicarsi solo ove vi sia una concreta prova dell’effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura di gara. Pertanto, non può ritenersi sufficiente a far decorrere l’onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l’ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni.”

TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, 23/3/2018, n. 3288

"l'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 non esclude espressamente né impedisce operativamente alla stazione appaltante di sollecitare ulteriori elementi giustificativi rispetto alle prime spiegazioni richieste"

"...l'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, anche nel raffronto con la precedente formulazione dell'art. 88, comma 1-bis, secondo periodo, del d.lgs. n. 163/2006, non esclude espressamente né impedisce operativamente alla stazione appaltante di sollecitare ulteriori elementi giustificativi rispetto alle prime spiegazioni richieste. Piuttosto, proprio il carattere di maggior deformalizzazione che innerva la nuova disposizione rende coerente e funzionale il riconoscimento della possibilità per la s.a., nell'esercizio delle proprie valutazioni tecnico-discrezionali, di chiedere ulteriori puntualizzazioni, secondo scadenze che – come nella specie – siano comunque rispettose sia dei tempi della gara, sia dell'obiettivo finale di ricerca del miglior offerente."

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/3/2018, n. 1810

Il contratto di avvalimento e la dichiarazione dell'ausiliaria sono atti di natura diversa

"Il documento di cui la ricorrente lamenta la asserita omessa valutazione non è affatto una dichiarazione negoziale integrativa del contenuto del contratto di avvalimento, bensì la dichiarazione formulata dall'ausiliaria all'amministrazione appaltante ai sensi dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Si tratta di atti diversi per natura, contenuto e finalità, atteso che la dichiarazione costituisce un atto di assunzione unilaterale delle obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, mentre il contratto di avvalimento costituisce l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria: non essendo nemmeno sovrapponibili i relativi contenuti, non può postularsi, come sostenuto dalla ricorrente, che è dal loro combinato disposto che avrebbe dovuto ricavarsi l'effettivo contenuto del contratto di avvalimento."

TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 19/3/2018 n. 3081

Sulla verifica dei costi della manodopera

"...la giurisprudenza ha chiarito che le tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, evocate ai fini della giustificazioni da rendere in sede di verifica dell'anomalia dall'art. 97, comma 5, lett. d), del medesimo decreto, esprimono soltanto il costo medio della manodopera quale parametro di riferimento né assoluto né inderogabile e che, svolgendo esso una funzione meramente indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità dei costi inferiori, è ben possibile discostarsi da tali valori, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa (ex multis, Tar Lazio, Roma, I 30 dicembre 2016, n. 12873).

L'unico valore non modificabile è costituito invece dai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate, secondo quanto stabilito dall'art. 97, comma 6, del medesimo d.lgs. n. 50/2016."

TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 14/3/2018, n. 226

Sul cumulo delle funzioni di RUP e di Presidente della Commissione di gara

"...la giurisprudenza ha avuto già modo di osservare che non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella stessa persona, delle funzioni di Presidente della Commissione valutatrice e di responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai principi sulla responsabilità dei funzionari degli enti locali, come delineati dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000 (V, 12 novembre 2012, n. 5703; 22 giugno 2010, n. 3890)>>. Analogamente TAR Marche n. 108/2017.

Tutti questi precedenti sarebbero applicabili anche dopo l'entrata in vigore del "correttivo" (D.L.vo 19.4.2017 n. 56 in vigore dal 20.5.2017) che ha abrogato l'art. 77 comma 12 (solo in quanto inutile duplicato dell'art. 216 comma 12, D.L.vo 50/2016 avente il medesimo contenuto).

In conclusione, anche nell'attuale situazione transitoria di cui all'art. 77, comma 12 (e art. 216 comma 12) del D.L.vo 50/2016, dovrebbe trovare applicazione il principio affermato dalla prevalente giurisprudenza, avente portata generale, della cumulabilità/compatibilità della funzione di RUP e di Presidente della Commissione giudicatrice."

TAR Molise, Sezione I, 6/3/2018, n. 122

Le norme sull'incompatibilità tra il ruolo di Presidente della Commissione di gara e quello di Commissario non si applicano nel periodo transitorio

"La dedotta violazione della disciplina sull'incompatibilità tra il ruolo di Presidente di gara e quello di componente il Gruppo di Progettazione dei lavori messi in gara, secondo quanto previsto dall'art. 77, comma 4 del d. lgs. n. 50/2016, è insussistente in quanto, non essendo ancora stato istituito alla data di pubblicazione del bando l'Albo nazionale dei Commissari di gara, di cui all'art. 78 del D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi della disciplina transitoria di cui all'art. 216, comma 12, del nuovo codice dei contratti trova ancora applicazione l'art. 84, comma 4, del previgente d. lgs. n. 163/2006 che esclude espressamente da tale regime di incompatibilità il Presidente della commissione (TAR Lazio, Roma sez. I- quater n. 10034/2017; TAR Lazio Roma, Sez. II, 15 maggio 2017, n. 5780; TAR Sicilia Catania, Sez. III, 6 dicembre 2016, n. 3165; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 19 dicembre 2016, n. 1757)."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 1340 DEL 20 dicembre 2017
PREC 313/17/S**

"la restituzione dello schema di convenzione debitamente sottoscritto in calce in ogni sua pagina dal legale rappresentante della società o presidente dell'associazione a pena di esclusione" contiene una limitazione alla partecipazione non prevista dalla legge e relativa a un adempimento meramente formale che nulla aggiunge ai requisiti di capacità professionale, organizzativa ed economica richiesti all'impresa, quindi si pone in contrasto con il sopracitato comma 8 dell'art. 83.." del d.lgs. 50/2016

"l'art. 83 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a proposito dell'interpretazione delle clausole ambigue della lex

specialis, ribadisce e codifica i principi affermati dalla giurisprudenza di divieto di aggravio del procedimento di evidenza pubblica e di massima partecipazione alle gare di appalto. Dal tenore della citata disposizione si evince che il legislatore ha inteso con essa evitare esclusioni per violazioni meramente formali, giacché costituiscono "cause di esclusione" soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge. Nella fattispecie in oggetto, la clausola del bando che prevede "la restituzione dello schema di convenzione debitamente sottoscritto in calce in ogni sua pagina dal legale rappresentante della società o presidente dell'associazione a pena di esclusione" contiene una limitazione alla partecipazione non prevista dalla legge e relativa a un adempimento meramente formale che nulla aggiunge ai requisiti di capacità professionale, organizzativa ed economica richiesti all'impresa, quindi si pone in contrasto con il sopracitato comma 8 dell'art. 83 che dispone "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. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. 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".

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 1338 DEL 20 dicembre 2017 PREC 317/17/S

"la prescrizione dell'obbligo, posto nella legge di gara, di presentare offerta per tutti i lotti, è in contrasto con la normativa di settore e con la ratio della suddivisione in lotti, che ha la funzione di consentire una più ampia partecipazione anche di imprese medio-piccole"

"Il legislatore, quindi, si è conformato alle indicazioni della Direttiva 2014/24/UE, Considerando 79, secondo cui «Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente», e art. 46 (Suddivisione degli appalti in lotti).

La ratio pro-concorrenziale della citata disciplina caratterizza tutta la normativa europea in materia di appalti pubblici nonché il nuovo codice degli appalti pubblici, e mira a garantire la massima partecipazione possibile alle gare ed una più elevata possibilità che le imprese di piccole e medie dimensioni possano risultare aggiudicatrici, grazie anche alla possibilità di inserire il c.d. vincolo di aggiudicazione, dato dalla facoltà della stazione appaltante di limitare il numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente.

Nel caso di specie, la prescrizione dell'obbligo, posto nella legge di gara, di presentare offerta per tutti i lotti, è in contrasto quindi con la normativa di settore e con la ratio della suddivisione in lotti, che ha la funzione di consentire una più ampia partecipazione anche di imprese medio-piccole. Tale vincolo, unitamente al fatto che i primi due lotti, e soprattutto il primo, sono di importo molto ingente, limitano fortemente la

concorrenza, come è dimostrato dalla partecipazione di soli due concorrenti e dalla successiva esclusione di uno dei due per non aver presentato offerta per tutti i lotti in gara.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 1179 DEL 15 novembre 2017
PREC 332/17/S**

Sulla possibilità di sanare la carenza della sottoscrizione dell’offerta tecnica

“Sull’argomento, l’Autorità ha evidenziato (Parere n.24 del 5/08/2014; Delibera n. 953 del 7 settembre 2016; Parere di precontenzioso n. 10 del 4 febbraio 2015) la giurisprudenza secondo cui «nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell’offerta è quella di renderla riferibile al presentatore dell’offerta vincolandolo all’impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell’Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara» (Cons. Stato sez. V 3 maggio 2016 n. 1687).

La Determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015, nella vigenza del precedente codice degli appalti, considerava quindi la sottoscrizione un elemento essenziale, e tuttavia sanabile, ferma restando la riconducibilità dell’offerta al concorrente in modo da assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l’affidabilità dell’offerta stessa (V. anche Parere n. 161 del 23 settembre 2015);

E’ possibile affermare quindi che, ferma restando la riconducibilità dell’offerta al concorrente (che escluda l’incertezza assoluta sulla provenienza), anche ai sensi dell’articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio del soccorso istruttorio, è sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità, ivi incluso l’elemento della sottoscrizione» (Delibera n. 432 del 27 aprile 2017).”

Autorità Nazionale Anticorruzione

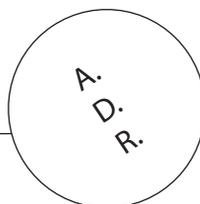
**DELIBERA N. 1173 DEL 15 novembre 2017
PREC 108/17/S**

Il requisito relativo all’iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali è requisito speciale di idoneità professionale

“...in merito al requisito dell’iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali, si è di recente espressa l’ANAC con il Comunicato del Presidente del 27.7.2017 (pubblicato in data 29.8.2017), nel quale si legge che “In considerazione dei recenti approdi giurisprudenziali e, in particolare, della sentenza n. 1825 del 19 aprile 2017 del Consiglio di Stato, sezione V, nella quale è stato precisato che è l’ordinamento delle pubbliche commesse a specificare quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara e che, conseguentemente, il requisito in questione è «un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell’articolo 39 d.lgs. n. 163 del 2006; e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità»”;

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1 Una modifica di un contratto durante il periodo di efficacia necessita di forme di pubblicità?

Si. L'art 106 del D.Lgs 50/2016 stabilisce al comma quinto che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) (per lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale,) e c) (modifica determinata da circostanze impreviste e imprevedibili che non altera la natura generale del contratto) pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 del Codice, la pubblicità avviene in ambito nazionale.

2 Sono previsti ulteriori adempimenti a carico della Stazione Appaltante in caso di modifiche contrattuali ex art. 106 comma 1, lettera b) ovvero nel caso in cui vengano affidati al contraente originale in corso di esecuzione del contratto lavori, servizi o forniture supplementari resi necessari e non inclusi nell'appalto iniziale?

Si. La stazione appaltante deve comunicare all'Autorità Nazionale Anticorruzione le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per ogni giorno di ritardo.

3

Cosa si intende per "Spazi Finanziari"?

L'articolo 10, della legge 24 dicembre 2012, n. 243 consente il ricorso all'indebitamento da parte degli enti territoriali; e al comma 5 ha stabilito che con Decreto Del Presidente Del Consiglio Dei Ministri (21 febbraio 2017, n. 21) vengono stabilite le modalità operative per il ricorso all'indebitamento. Gli spazi finanziari rappresentano, quindi, la possibilità, per gli enti territoriali di ricorrere all'indebitamento o di utilizzare l'avanzo di esercizi precedenti per realizzare degli investimenti attraverso gli strumenti "intese regionali" o "patti di solidarietà nazionale" come disciplinati dal DPCM sopra richiamato.

4

Che rapporto c'è tra l'utilizzo degli "Spazi Finanziari" e la trasmissione dei dati relativi alle opere pubbliche alla BDAP?

Per il corretto utilizzo degli spazi finanziari, quando gli stessi sono diretti a finanziare opere pubbliche, i beneficiari sono tenuti a comunicare l'evoluzione dell'opera. Infatti il DPCM 21/2017 ha stabilito che, sia se vengono utilizzate le Intese Regionali, sia per i Patti di Solidarietà Nazionale "Gli enti beneficiari degli spazi finanziaritrasmettono le informazioni relative agli investimenti effettuati a valere sui predetti spazi al sistema di monitoraggio opere pubbliche della Banca dati delle Amministrazioni pubbliche (BDAP-MOP), ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229"

5

In cosa consiste la "sanzione" applicata agli enti che hanno utilizzato gli spazi finanziari, ma non hanno rispettato l'iter di comunicazione dei dati?

La Legge di Bilancio, Legge 11 dicembre 2016 n. 232, al comma n. 508 ha stabilito che: "Qualora l'ente territoriale beneficiario di spazi finanziari concessi in attuazione delle intese e dei patti di solidarietà previsti dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 10, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243, non effettui la trasmissione delle informazioni richieste dal medesimo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, non può procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto, fino a quando non abbia adempiuto". Pertanto per non incorrere in tale sanzione, è necessario innanzitutto trasmettere i dati alla BDAP ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, ma bisogna inoltre fare attenzione, a quei dati specificatamente richiesti per il monitoraggio dell'utilizzo degli spazi finanziari. E' sottinteso, che la sanzione viene applicata solo se gli spazi finanziari sono richiesti al sol fine di finanziare un'opera pubblica e, contestualmente non si procede alla trasmissione dei dati alla BDAP; se invece l'investimento è rivolto ad altro, la sanzione non viene applicata, purchè si specifichi nella sede opportuna, a cosa è destinato l'investimento, altrimenti viene automaticamente destinato ad opere pubbliche. La situazione è comunque sanabile con una celere trasmissione dei dati mancanti. Il 30 aprile 2018 il Mef effettuerà un ulteriore controllo delle informazioni, e laddove riscontrerà coerenza sospenderà l'applicazione della sanzione.

6

E' legittima la procedura di gara indetta da una Stazione Appaltante in assenza di iscrizione all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA)?

Il TAR Veneto, Venezia, con sentenza n. 275 del 9 marzo 2018, ha dichiarato l'illegittimità di una procedura di gara indetta da una stazione appaltante non iscritta all'AUSA. Ai sensi dell'art. 216 comma 10 del Codice dei Contratti Pubblici fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti, istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, a cui, appunto, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di richiedere l'iscrizione. In assenza di iscrizione la Stazione Appaltante risultando priva di qualificazione non ha la capacità di agire e, pertanto, non può spendere all'esterno la propria capacità di autorganizzazione indicendo gare.

7

Per quali importi scatta la verifica Equitalia?

Dal 1° marzo 2018 le Amministrazioni Pubbliche prima di procedere a pagamenti superiori a 5.000 euro devono effettuare il controllo sulla regolarità fiscale. Il nuovo limite operativo è stato introdotto dalla Legge di Bilancio 2018, in luogo del precedente limite di 10.000 euro.

8

I Comunicati del Presidente dell'ANAC sono vincolanti?

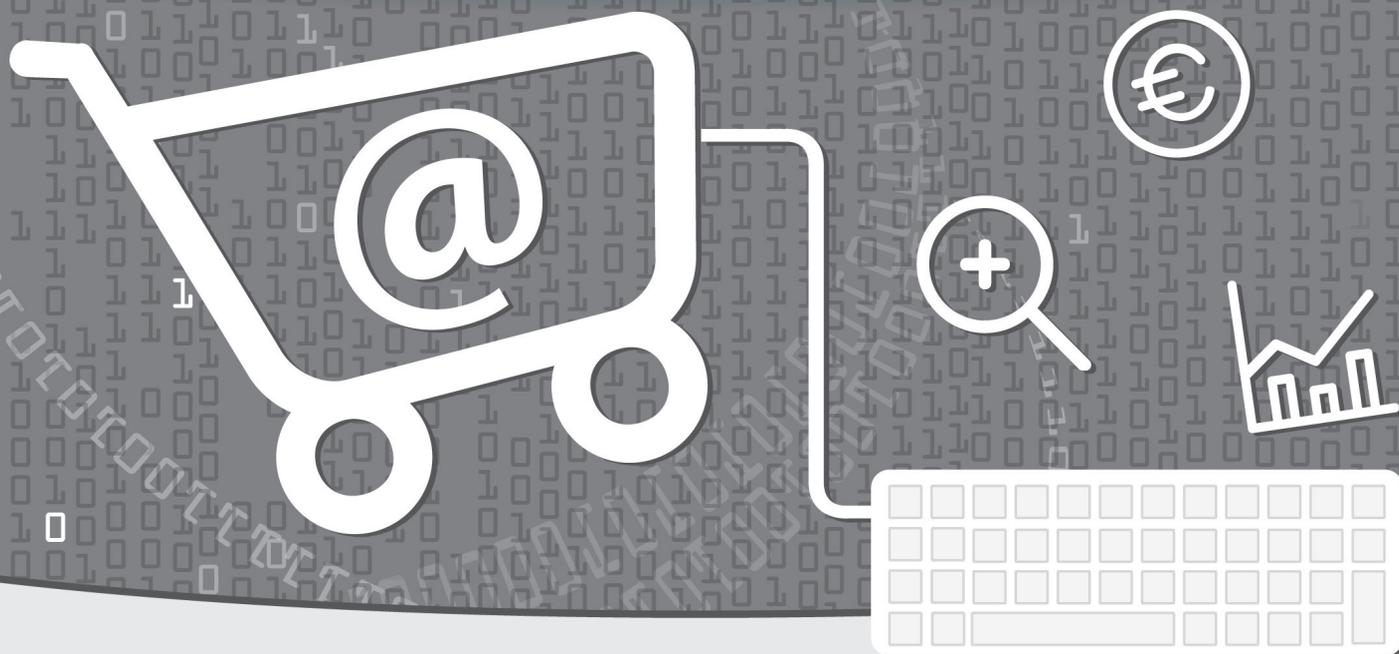
Per quanto a norma dell'art. 213 del D.lgs. 50 del 2016 siano stati affidati all'Autorità Nazionale Anticorruzione poteri e compiti di vigilanza penetranti ed estesi, ciò a presidio della più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e della prevenzione della corruzione, non può tuttavia ammettersi nel vigente quadro costituzionale, che un organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente abbia un generale vincolante potere interpretativo con effetto erga omnes. I comunicati del Presidente dell'ANAC - per quanto autorevoli - sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici e pertanto possono essere disattesi.

"Se, infatti, le linee guida si distinguono in vincolanti (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e non vincolanti e quest'ultime, invero molto più frequenti, sarebbero assimilabili - secondo una tesi - alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. "soft law"(Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure - seconda altra opzione - alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016), la non vincolatività del Comunicato del Presidente dell'ANAC è incontestata" (Cfr. TAR Lazio, Roma, n. 9195/2017; TAR Umbria, 428/2017).

I Comunicati sono riconducibili al novero di quegli atti, atipici e non vincolanti, con i quali l'Autorità si limita ad esprimere, in funzione collaborativa e di supporto alle stazioni appaltanti, il proprio orientamento in ordine all'applicazione ed interpretazione della normativa di settore.

MERCATO ELETTRONICO LOCALE

La soluzione per razionalizzare processi e costi delle P.A.



Nell'ambito dell'acquisto di beni e servizi sottosoglia comunitaria, l'utilizzo di una piattaforma telematica che faciliti l'incontro tra il fornitore e l'ente, è la migliore soluzione dal punto di vista sia dei risparmi economici diretti (confronto concorrenziale tra offerte, scelta tra più fornitori) sia di quelli indiretti (dematerializzazione, risparmio di risorse amministrative).

Sulla base di questa esigenza, da anni, **Mediaconsult** fornisce soluzioni evolute di e-procurement.

FUNZIONALITA'

- ◆ Accesso a diverse tipologie di albi informatizzati rispondenti alle vere necessità dell'Ente Pubblico
- ◆ Possibilità di generare qualsiasi tipologia di procedura di acquisto
- ◆ Repository documentale fornitori
- ◆ Sistema di rotazione casuale degli invitati a presentare offerta
- ◆ Gestione seduta di gara telematica con verbalizzazione e calcolo automatico della graduatoria, seduta di gara pubblica da remoto, gestione post aggiudicazione

VANTAGGI

- ◆ Autonomia gestionale dell'Ente o Centrale di
- ◆ Acquisto sia di carattere locale che regionale
- ◆ Trasparenza delle procedure e pubblicazione automatizzata dei dati in adempimento alla Legge 190/2012
- ◆ Rispetto della normativa vigente
- ◆ Minor numero di fornitori ma più aderenti ai bisogni dell'Ente e, quindi, offerta più qualificata
- ◆ Recupero dei rapporti con gli operatori del territorio
- ◆ Possibilità per gli operatori economici di avere assistenza

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

Ci contatti per maggiori informazioni

L'incompatibilità del RUP nella Commissione di Gara

di Mariarosaria di Canio

IN
PIL
LOLE

Tra le svariate modifiche introdotte dal correttivo al codice degli appalti, vi sono le competenze associate alla figura del Responsabile del Procedimento, soprattutto all'interno delle commissioni di gara.

Il dato normativo, all'art. 77 comma 4 del D.Lgs. 50/2016, cita testualmente che: "la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara, è valutata con riferimento alla singola procedura".

Tralasciando l'articolazione letterale del dato normativo, in particolare sull'incompatibilità evidenziata solo in merito ai commissari e non al Presidente di gara, già altre sentenze si sono espresse sulla legittimità del cumulo delle due figure, compatibile, tra l'altro, con i principi sulla responsabilità dei funzionari degli locali.

Ferma restando l'incompatibilità tra il ruolo di commissario e lo svolgimento di altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto da affidare, anche le linee guida n. 3 dell'Anac, nell'adeguarsi alle modifiche introdotte dal correttivo, hanno previsto la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara previa valutazione della singola procedura e, quindi, a discrezione della stazione appaltante.

Sul punto, una recente sentenza del Tar Emilia Romagna, Sezione II, n. 227/2018, avrebbe sancito la cumulabilità della figura di Responsabile del Procedimento con quella del Presidente di gara, intendendo tale cumulo non lesivo dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

Nel caso di specie, la società ricorrente risultata lamentava, la violazione dell' articolo 77, comma 4, del Codice dei contratti pubblici in quanto, secondo la medesima, il Presidente della commissione, aveva assunto tale qualifica nonostante avesse redatto e sottoscritto il bando disciplinare di gara: le due funzioni di dirigente e Presidente della commissione dovrebbero essere infatti incompatibili.

Più precisamente, ai sensi dell'articolo 77 comma 4 «i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»; tuttavia, l'articolo prosegue affermando che «la nomina del Rup a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura», modifica introdotta con il correttivo al Codice degli appalti, D.lgs. n. 56/2017.

La decisione del TAR Emilia Romagna, seguendo l'orientamento giurisprudenziale, di alcuni altri importanti precedenti tribunali (Tar Sardegna-Cagliari, n. 32/2018; Tar Marche, n. 108/2017; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5299/2015), è avvenuta alla conclusione secondo la quale nei Comuni vi è generale coincidenza tra dirigente dell'Ente e presidenza delle commissioni di gara, e che tale duplice ruolo non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella stessa persona, delle funzioni di Presidente della commissione valutatrice e di Responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai principi sulla responsabilità dei funzionari degli Enti locali di cui all' articolo 107 del TUEL.

Il problema della inderogabile incompatibilità tra commissari di gara e Responsabile del Procedimento rimane assoggettato ad una «concreta dimostrazione della stessa sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al Rup e alla Commissione». La decisione è anche confortata dalla modifica delle Linee guida n. 3 da parte dell' Anac, con la quale è stata eliminata la previsione che ribadiva l'incompatibilità del ruolo di Rup con le funzioni di commissario di gara e di Presidente della commissione giudicatrice e

manteneva ferme le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza, attesa la modifica all' articolo 77, comma 4, introdotta dal correttivo al Codice degli appalti.

Di certo la conclusione a cui sono avvenuti gli interventi di modifica al codice degli appalti, non hanno creato un clima di certezza sull'applicazione della norma in questione, lasciando intendere dopo svariati tira e molla normativi, che non sussiste automatismo nel verificarsi della tanto temuta incompatibilità rivestita dal Rup in qualità di Presidente di Commissione, tanto che si rimette alla stazione appaltante la valutazione in merito alla possibilità che il Rup possa influenzare le operazioni di gara, con conseguente possibile coincidenza. La stessa Autorità, inoltre nella determinazione n. 1007 del 11/10/2017, condivide in proposito l'osservazione che nei Comuni vi sia generale coincidenza tra dirigente dell'ente e presidenza delle commissioni di gara.

In tal senso si è espressa l'Anac con la deliberazione n. 193/2018, secondo la quale *“Il Consiglio ritiene, che spetti alla stazione appaltante valutare la sussistenza di un'incompatibilità in concreto a carico del RUP relativamente allo svolgimento della funzione di Presidente della commissione di gara, verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito e che la valutazione delle offerte tecniche effettuata all'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, non appare viziata da illogicità, irrazionalità e irragionevolezza.”*

Anche in questa decisione l'Autorità non ha preso una posizione definitiva in merito, limitandosi a ribadire la discrezionalità della stazione appaltante nella risoluzione della questione, non ritenendo *“sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte”*.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

MEDIAAPPALTI

www.mediappalti.it

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

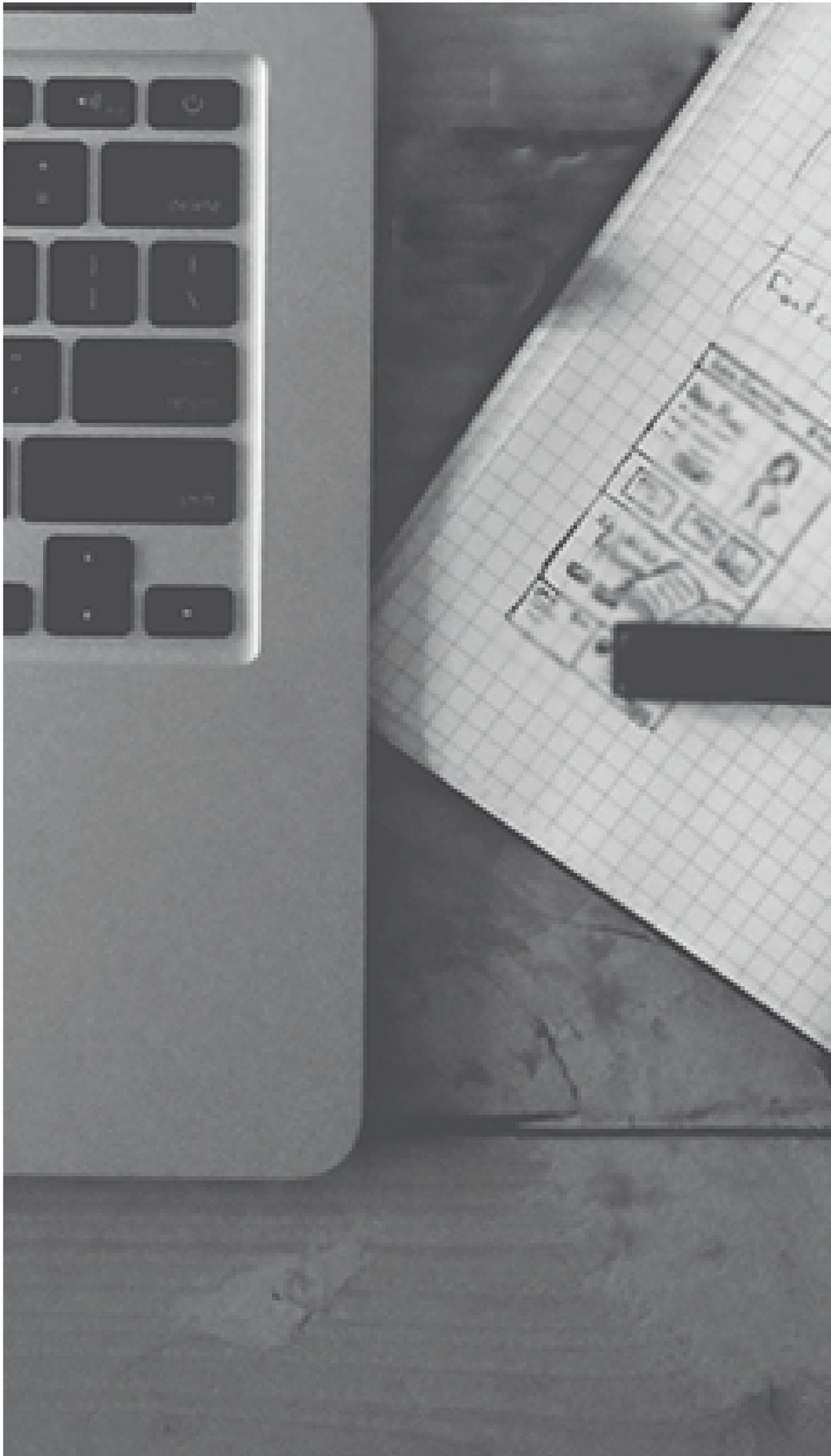
Mediagraphic

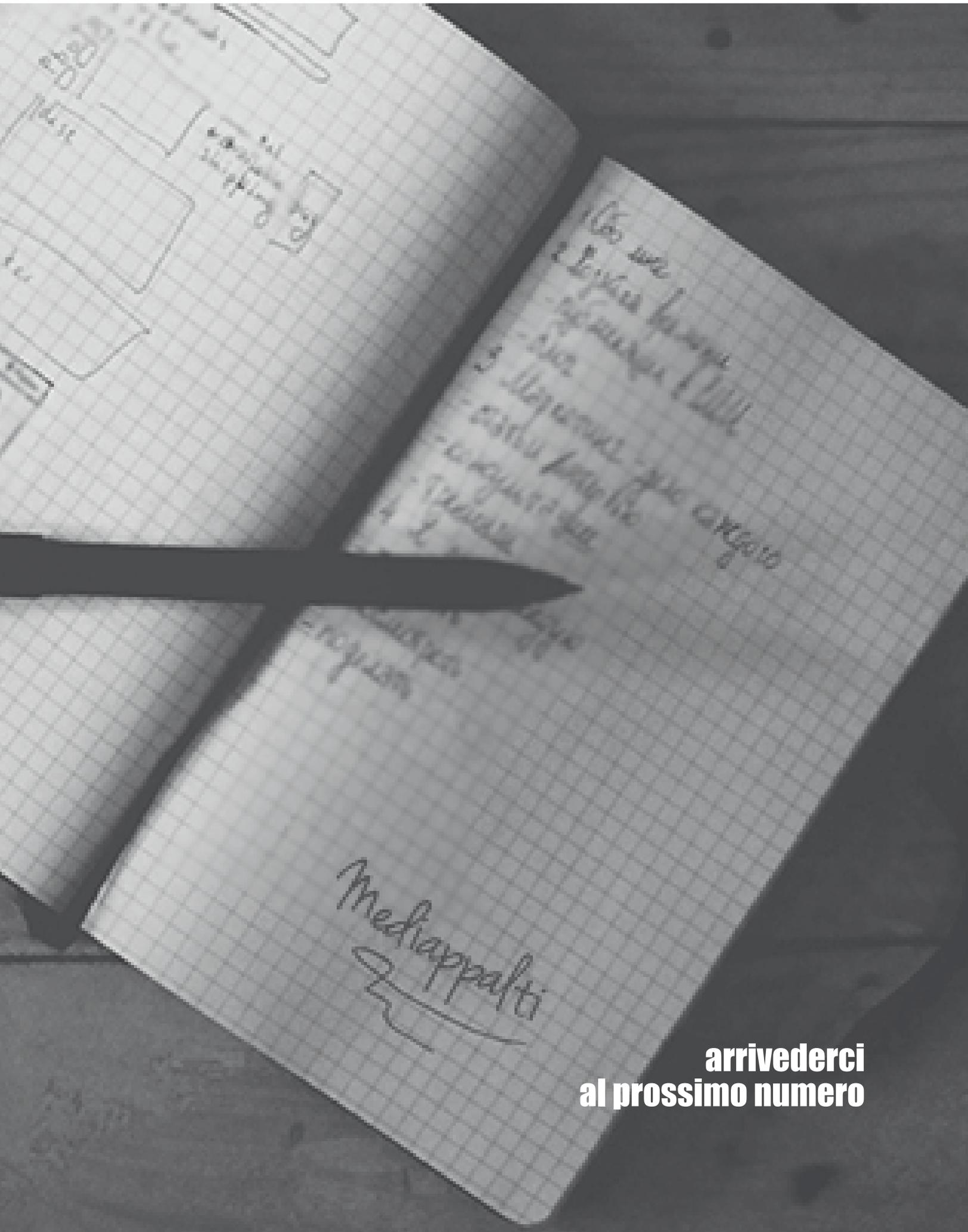
Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it





Mediappalti

**arrivederci
al prossimo numero**

i seminari in programma

SEMINARI

APPALTI

La figura del RUP

19 aprile 2018 Bari, 03 maggio 2018 Napoli, 10 maggio 2018 Roma, 22 maggio 2018 Torino, 28 Giugno Palermo

Corso di Project Management ISIPM-Base® per i RUP

(corso di tre giornate)

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

Esercitazione sul NUOVO MePA 2018

10 aprile 2018 Bologna, 19 aprile 2018 Milano, 08 maggio 2018 Cagliari, 09 maggio 2018 Cagliari, 15 maggio 2018 Trieste, 24 maggio 2018 Verona, 29 maggio 2018 Ancona, 07 giugno 2018 Napoli, 14 giugno 2018 Roma, 19 giugno 2018 Parma, 26 giugno 2018 Pescara

Come gestire senza errori gli affidamenti sotto soglia

10 aprile 2018 Bari, 10 aprile 2018 Cagliari, 17 aprile 2018 Genova, 19 aprile 2018 Palermo, 15 maggio 2018 Potenza, 12 giugno 2018 Verona, 19 giugno 2018 Bolzano, 28 giugno 2018 Bologna

Profili legati all'esecuzione dei contratti pubblici e

Direzione Lavori

17 aprile 2018 Trieste, 08 maggio 2018 Torino, 22 maggio 2018 Napoli

L'esecuzione del contratto negli appalti di beni e servizi

10 aprile 2018 Trieste, 08 maggio 2018 Genova, 12 giugno 2018 Cagliari

Gli adempimenti obbligatori post-aggiudicazione delle Stazioni Appaltanti

10 aprile 2018 Napoli, 10 maggio 2018 Trieste, 03 luglio 2018 Torino

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

11 aprile 2018 Roma, 17 aprile 2018 Pescara, 03 maggio 2018 Palermo, 08 maggio 2018 Trento, 27 giugno Verona

Gli Appalti Pubblici di lavori dopo il Decreto Correttivo

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

La procedura di affidamento di beni e servizi step by step

(corso di tre giornate)

24, 25 e 31 maggio 2018 Bari

Il punto della situazione sugli atti attuativi del codice dei contratti

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

La redazione della documentazione di gara

10 aprile 2018 Potenza, 29 maggio 2018 Pescara

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

17 maggio 2018 Milano, 31 maggio 2018 Bolzano

Come gestire correttamente una gara di forniture e servizi

07 giugno 2018 Palermo, 12 giugno 2018 Torino, 21 giugno 2018 Napoli, 28 giugno 2018 Trieste, 03 luglio 2018 Genova

Gli affidamenti dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria - Aggiornamento Linea Guida n. 1

03 luglio 2018 Roma, 05 Luglio 2018 Bari, 10 Luglio 2018 Bologna

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

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

(corso di due giornate)

10 e 16 aprile 2018

AREA AMMINISTRAZIONE

Privacy e nuovo Regolamento 2016/679

19 aprile 2018 Roma, 08 maggio 2018 Bolzano

Tecniche di redazione dei provvedimenti amministrativi.

Le responsabilità dei dipendenti pubblici

26 giugno 2018 Milano

CORSI ONLINE AREA AMMINISTRAZIONE

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

(corso di due giornate)

17 e 26 aprile 2018

URBANISTICA

La Pianificazione e gestione del demanio marittimo. Profili tecnico-giuridici nella prospettiva di riordino della materia

19 giugno 2018 Bari, 28 giugno 2018 Roma

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!