

Rivista mensile - Anno VII, Numero 3

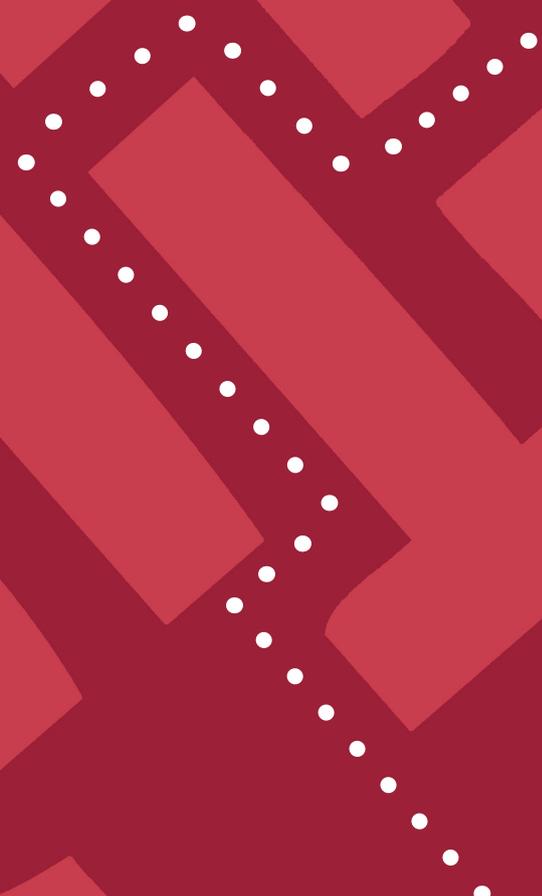
maggio
2017

MEDIA APPALTI

**Le procedure negoziate
semplificate dopo le
modifiche apportate con
il decreto correttivo**

**Costi di sicurezza
aziendali: soccorso
istruttorio si o no?**

**Rito "super accelerato"
o meglio ipercompresso
contro gli atti
(positivi o negativi)
di ammissione alle
procedure di gara**



**"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

Medi
Graphic



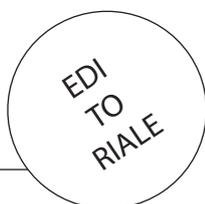


approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**maggio
2017**



Correre e crescere

18 aprile 2016, 13 aprile 2017.

Prima l'entrata in vigore del Nuovo Codice degli Appalti Pubblici, poi l'approvazione della riforma dello stesso Nuovo Codice. A distanza di un anno sono stati modificati 131 articoli su 220. Un anno di consultazioni, di lavori incrociati, di pareri. Bianchetto e penna per correggere quelle disposizioni che nel passaggio dal mondo delle idee alla realtà si sono rilevate inadeguate. Il mercato degli appalti aveva manifestato, da subito, qualche perplessità nei confronti del primo prodotto. E il legislatore ha dimostrato intelligenza nell'aprire il dibattito sulle possibili correzioni, senza alzare barricate, senza difendere a tutti i costi il proprio Codice, divulgando un messaggio che suonava in questi termini: "abbiamo portato a termine il nostro lavoro, ma non è detto che sia il miglior risultato possibile. Prendetelo, sfogliatelo, annotate le vostre considerazioni, proponete alternative, miglioriamolo". Ci hanno lavorato le due Camere, il Governo, il Consiglio di Stato, operatori economici ed Istituzioni, l'ANAC. E' stato un lavoro che ha dimostrato che le norme non sono esclusiva di chi risiede nei palazzi, che si possono avviare sinergie positive anche con chi sta fuori. Con chi è tenuto a rispettare quelle norme. E non perché è più bravo del legislatore ma semplicemente perché vive ogni giorno l'esperienza di un determinato lavoro, ne conosce la realtà, possiede quel bagaglio di esperienze che gli permette di avere chiaro come certi aspetti possano essere migliorati, cosa si debba aggiungere e cosa può essere potato.

Il correttivo al nuovo codice degli appalti sembra essere un buon lavoro. Le "pagelle" de IISole24Ore sono positive. Sull'edizione del 14 aprile vengono presi in esame 12 novità. 6 sono qualificate con efficacia alta, 3 media e 3 bassa.

“Mettersi insieme è un inizio, rimanere insieme è un progresso, lavorare insieme è un successo” diceva Henry Ford. Ed è quello che è accaduto: insieme, le diverse parti hanno lavorato per ottenere un risultato migliore, più in linea con la realtà del mercato, delle esigenze delle stazioni appaltanti e degli operatori economici. Ognuno ha avuto la possibilità di esprimere il proprio parere e di essere ascoltato. Questo processo ricorda ciò che Alain de Botton dice del rapporto di coppia: “Un buon rapporto dovrebbe essere un dialogo in cui i due partner si insegnano molte cose a vicenda, con piacere”. Con il piacere dell’apprendere e dell’insegnare. Con il piacere di ascoltare e parlare. Di fare in modo che mondi diversi si incontrino e trovino il modo di migliorarsi reciprocamente. E’ quello che lo scrittore svizzero si augura per le coppie, ma questo approccio al dialogo farebbe bene in ogni contesto nel quale più persone condividono porzioni della propria vita. Le amicizie, il rapporto tra colleghi. Ne gioverebbero i rapporti interpersonali, ne trarrebbe vantaggio l’azienda, ci sarebbe un miglioramento complessivo del benessere sociale.

L’esperienza di quest’anno, con le oltre 700 proposte di modifica che sono state presentate, ha dimostrato che il paese è vivo, che vuole contribuire al miglioramento. Basta saperlo coinvolgere, nei momenti e con le metodologie giuste. In un settore come gli appalti pubblici il coinvolgimento non è ristretto a cerchie limitate di persone. Un dibattito, o meglio un dialogo continuo porterebbe ad una sana condivisione di idee, pareri, proposte. Gli appalti pubblici non sono qualcosa che si consuma nel rapporto tra un committente e un soggetto economico.

Coinvolgono le comunità: dovremmo imparare ad ascoltare. Si pensi a quante opportunità in più potrebbero avere, ad esempio, le piccole amministrazioni pubbliche se ci fossero spazi e tempi per dare voce alle idee delle comunità di riferimento. E’ possibile che nell’epoca in cui tutto è social non si riesca a fare questo? Ci potrebbe essere contestato che si avrebbe il caos, con più voci che si sovrappongono, che litigano per ottenere il miglior risultato per il proprio torna conto. Per evitare che questo avvenga ci dovrebbe essere qualcuno che gestisca le voci. Che dia ad ognuno lo spazio e la dignità opportuna, che sappia scindere il buono dal cattivo. Anche in televisione accade: trasmissioni nelle quali tutti parlano contemporaneamente, strillano senza ascoltarsi e non dicono niente ed altre trasmissioni nelle quali si ragiona pacatamente, con vivacità ma senza prevaricazioni. La differenza? La fa il conduttore. E’ tutto nelle sue mani. Nella sua capacità di bloccare i suoi ospiti quando escono dal solco del reciproco rispetto. Nella sua capacità di rendere il confronto costruttivo.

Costruttivo come chi si è messo alla scrivania con il proposito di contribuire ad identificare i possibili errori contenuti nella prima stesura del Nuovo Codice e ad individuare le soluzioni. Questo paese ha bisogno del contributo di ogni cittadino per mettersi in marcia, con vigore, a testa alta. “Questo paese - scriveva Giorgio Santilli su *IlSole24Ore* del 14 aprile - ha bisogno di correre. L’auspicio è che il segnale di ieri [...] rimetta in moto quello che si è fermato e aiuti tutti i soggetti di buona volontà a correre e crescere”.

di Enzo de Gennaro

sommario

Editoriale

Correre e Crescere

4

In evidenza

Le procedure negoziate semplificate dopo le modifiche apportate con il decreto correttivo

7

Sotto la lente

Subappalto, al via il primo decreto correttivo al Nuovo Codice dei Contratti. Il limite del 30 per cento resiste

15

Hanno collaborato a questo numero:

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

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

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

L'affidamento dei servizi legali nel nuovo Codice: l'interpretazione dell'ANAC

21

L'Affidamento diretto negli appalti. La motivazione e la consultazione. Analisi e confronto anche tenuto conto del nuovo correttivo al Codice degli appalti

30

Modifiche alla disciplina delle garanzie nel «Correttivo» al Codice

35

Costi di sicurezza aziendali: soccorso istruttorio sì o no?

44

Rito "super accelerato" o meglio ipercompresso contro gli atti (positivi o negativi) di ammissione alle procedure di gara

52

Pareri & Sentenze

60

A Domanda Rispondiamo

65

In pillole

68

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Le procedure negoziate semplificate dopo le modifiche apportate con il decreto correttivo



di Stefano Usai

Premessa

Il decreto correttivo – nel momento in cui si scrive, in attesa di pubblicazione – modifica profondamente, tra gli altri, anche l'apparato normativo del decreto legislativo 50/2016 (nel prosieguo solo codice dei contratti come previsto nella modifica della rubrica apportata dall'articolo 1 del decreto correttivo) dedicato agli acquisti nell'ultra e sotto soglia comunitario e, segnatamente, in tema di procedure negoziate semplificate che avrebbero dovuto costituire un tratto caratterizzante del nuovo corpus normativo.

In tema il riferimento normativo centrale è costituito dall'articolo 36 del codice dei contratti e, per la prassi, dalle linee guida n. 4/2016 dell'ANAC – in attesa di una loro revisione – che non costituiscono un elemento istruttorio vincolante per il RUP ma semplicemente riassumono dei modelli virtuosi finalizzati a guidare la conduzione del procedimento di affidamento nell'ambito degli importi indicati dall'articolo citato.

Linee guida, la cui previsione, già nel parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato – espresso sullo schema di codice dei contratti – che non hanno persuaso il Collegio.

Non a caso nel parere si legge che "si segnala che

l'art. 36 comporta un rinvio ad un altro testo ed una sostanziale moltiplicazione delle fonti normative, non attenendosi al criterio contenuto nella lett. e) dell'art. 1 della legge delega, che ha imposto una "semplificazione e riordino del quadro normativo vigente".

In tal modo, si prevede un passaggio da una disciplina unitaria, applicabile a tutte le stazioni appaltanti in coerenza con i principi di trasparenza

e di buon andamento, ad un assetto normativo nel quale gli appalti sottosoglia sarebbero disciplinati da alcune norme di rango primario e

Il decreto correttivo modifica profondamente l'apparato normativo del decreto legislativo 50/2016 dedicato agli acquisti nell'ultra e sotto soglia comunitario e, segnatamente, in tema di procedure negoziate semplificate.

dalle linee guida che, in quanto volte a 'supportare' le stazioni appaltanti, in assenza di uno stringente quadro normativo porterebbe a loro possibili scelte eterogenee, anche limitative della concorrenza. Una possibile soluzione potrebbe essere rinvenuta nel conferire all'ANAC il potere di adottare linee guida vincolanti, previa fissazione di chiari criteri direttivi, tesi ad ottenere un corpus snello, organico e chiaro di norme applicabili agli appalti sottosoglia".

La molteplicità di fonti viene, poi, addirittura acuita se si rammenta che proprio le linee guida n. 4/2016 invitano le stazioni appaltanti all'adozione di uno specifico regolamento in grado di disciplinare gli

ulteriori dettagli sul procedimento contrattuale nel sottosoglia in relazione, soprattutto, allo svolgimento delle indagini di mercato per individuare gli operatori da invitare alle procedure negoziate ed alla redazione degli elenchi di fornitori.

E, paradossalmente, il regolamento interno – sulla falsariga del pregresso regolamento che disciplinava le acquisizioni di beni, servizi e lavori in economia – a fronte di diversi riferimenti istruttori applicabili e, tutto sommato, non completi, appare effettivamente opportuno per condurre ad unità i procedimenti contrattuali semplificati ed assicurare comportamenti uniformi e trasparenti all'interno delle singole stazioni appaltanti.

Regolamento che potrebbe essere sostituito con delle linee operative del direttore generale (es. nelle ASL) e o del segretario negli altri enti locali (comuni etc).

1. La sintesi delle modifiche previste con il decreto correttivo

Le modifiche di maggior impatto – in relazione alle procedure negoziate semplificate – sono rinvenibili nell'articolo 25 del decreto correttivo, che incide in modo significativo sull'articolo 36, ma anche nell'articolo 22 del testo correttivo che incide, forse fuori sede come ha annotato il Consiglio di Stato con il parere 782/2017 (sullo

schema di decreto), che introduce nell'ambito dell'articolo 32 del codice dei contratti la "nuova" fattispecie della determinazione a contrattare semplificata dedicata, espressamente, alle ipotesi di affidamento diretto infra i 40 mila euro come (ora) disciplinata dall'articolo 36, comma 2, lett. a) del codice.

Le nuove linee guida dell'ANAC in materia di contratti sotto soglia comunitaria dovranno anche disciplinare le specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale



Disposizioni hanno rilevanza sia rispetto ai principi applicabili – i cui riferimenti vengono ampliati –, ed anche in tema di principio di rotazione; su una nuova nozione/configurazione di affidamento diretto e sul numero minimo di appaltatori da invitare nelle procedure negoziate semplificate per importi pari o superiori ai 40 mila euro (per servizi e forniture) e per importi pari o superiori ai 150 mila euro per i lavori.

Ulteriori semplificazioni/chiarimenti si prevedono in tema di verifica sui requisiti del solo aggiudicatario (importante la specifica anche in relazione alle acquisizioni attraverso il mercato elettronico) e sul contenuto delle linee guida dell'ANAC di disciplina dei procedimenti negoziati nel sottosoglia comunitario.

2. L'ambito di norme e principi applicabili agli affidamenti del sottosoglia comunitario

L'articolo 25 del decreto correttivo, comma 1, lett. a), come si sintetizzava, amplia il riferimento dei principi che il RUP nella sua istruttoria del procedimento contrattuale è tenuto a rispettare.

Il testo con **le modifiche (in grassetto)** è il seguente
 "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui **agli articoli 30, comma 1, e 34 e 42,**

nonché nel rispetto del principio di rotazione **degli inviti e degli affidamenti** e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.

Come si può notare, in primo luogo, rimane confermato il richiamo al comma 1 dell'articolo 30, comma 1 ovvero all'esigenza che nell'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice **garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.**

Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, **i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.** Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

I principi richiamati hanno una chiara declinazione nelle linee guida ANAC n. 4 (delibera 1097/2016) che in relazione a questo aspetto, evidentemente, mantiene la propria validità di modello virtuoso di riferimento.

Nel documento ANAC si legge che nell'espletamento delle procedure semplificate di cui al citato art. 36 d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti garantiscono l'aderenza:

- a) al principio di economicità, e quindi il RUP deve perseguire un uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;
- b) al principio di efficacia, e quindi una congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;
- c) al principio di tempestività, ovvero l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;
- d) al principio di correttezza che impone al RUP l'obbligo di esprimere una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;
- e) al principio di libera concorrenza assicurando l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte

dei soggetti potenzialmente interessati;

f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, e quindi effettua delle valutazioni eque ed imparziali dei concorrenti garantendo l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;

g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;

h) al principio di proporzionalità, che implica l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento.

E' bene annotare che il decreto correttivo, con la norma citata, adegua anche il riferimento alla rotazione espresso nella norma del decreto legislativo 50/2016 senza alcun ancoraggio agli inviti o all'affidamento tanto da ingenerare moltissime perplessità e dubbi sulla concreta applicazione.

Del resto, lo stesso Consiglio di Stato, o meglio la Commissione speciale incaricata del parere sullo schema di decreto correttivo (n. 782/2017) ha rilevato come non risulti ancora chiaro se il divieto di invitare alla procedura negoziata del pregresso affidatario costituisca un autentico obbligo o semplicemente un facoltà.

La modifica, invece, collega la rotazione sia agli inviti sia agli affidamenti.

Ovviamente nulla si dice sulla portata/intensità del principio ovvero se la rotazione debba essere applicata anche sul pregresso affidatario che si sia aggiudicato l'appalto (precedentemente) assegnato con una procedura ordinaria. Circostanza che si deve escludere per il fatto, evidente, che in questo modo l'operatore economico subirebbe un danno.

In termini recenti, sulla questione si è pronunciata la CGA della regione Sicilia (sentenza n. 188/2017) che restringe l'applicazione del principio di rotazione ai soli soggetti che abbiano partecipato (ed al soggetto che sia risultato aggiudicatario) a precedenti procedure derogatorie.

In relazione al "significato" del principio di rotazione, piuttosto evidente, valgono anche in

questo caso le puntualizzazioni espresse dalle linee guida ANAC n. 4/2016 in cui si rileva che effettuare la rotazione significa evitare il consolidamento di "rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico".

Alle modifiche predette si deve collegare anche l'inciso inserito nel comma 7 dell'articolo 36 del codice (art. 25, comma 1, lett. a) del decreto correttivo) in cui, alla iniziale previsione relative alle linee guida ANAC e quindi alla esigenza di disciplinare le "modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Il nuovo innesto prevede che con nelle stesse **"linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale"**.

L'ambito e la stessa portata della modifica non appare chiarissimo.

Di certo, il primo riferimento alla rotazione obbliga – probabilmente dopo i dubbi esternati dal Consiglio di Stato nel parere 782/2017 – l'autorità anticorruzione a chiarire

definitivamente come operi e come si applica il principio di rotazione sia in relazione all'aspetto degli inviti sia in relazione all'affidamento.

Alcuni dubbi sembrano emergere dalla necessità che nelle linee guida si specifichino elementi/modalità di "attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza" la procedura negoziata e quindi con l'affidamento diretto considerato, che già la norma richiama la necessità della verifica dei requisiti sul

solo aggiudicatario.

Il dubbio è che il riferimento voluto con la modifica possa preludere a chiarimenti sull'affidamento diretto che, nella nuova formulazione voluta dal correttivo, come si dirà più avanti, può avvenire anche senza confronto tra preventivi.

L'ultimo richiamo – inviti ed esclusione automatica dell'offerta anomala – sembra abbastanza chiaro per ogni RUP visto che al fine di potersi avvalere delle semplificazioni determinate dall'esclusione automatica risulterà necessario assicurare una partecipazione alla procedura negoziata di almeno 10 operatori economici.

Il decreto correttivo (con l'articolo 25, comma 1, lett. a)) innesta, sempre nel comma 1 dell'articolo 36 il richiamo sull'applicazione dei criteri ambientali di cui all'articolo 34 del codice.

In questo caso, il legislatore ha tenuto in debita considerazione l'indicazione del Consiglio di Stato sul rispetto dei criteri ambientali anche nel sottosoglia comunitario ed in questo senso – come recita il primo comma dell'articolo 34 anch'esso adeguato in più parti dall'articolo 23 del decreto correttivo -, "le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno

delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro

Per effetto del decreto correttivo l'affidamento diretto – nell'ambito dei 40 mila euro – risulterà consentito alle stazioni appaltanti anche senza consultare preventivi di operatori economici.



dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144" del codice.

Ulteriore adeguamento, anch'esso innestato su indicazione contenuta nel parere 782/2017 ha

riguardato la questione del conflitto di interesse di cui all'articolo 42 del codice (norma non modificata dal correttivo) che impone alle stazioni appaltanti (da adottarsi a cura del responsabile della prevenzione e i dirigenti/responsabili di servizio) una serie di cautele per evitare/prevenire che fenomeni di collusione possano condizionare.

Il RUP, come recita il comma in commento – secondo una previsione già presente nel decreto legislativo 50/2016 (e già nota anche nel pregresso decreto) - è tenuto ad "assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese".

Dal punto di vista pratico/operativo – e quindi dal punto di vista istruttorio del RUP - è logico chiedersi quale possa essere la distinzione tra il passaggio procedura appena letto (inserito nel primo comma dell'articolo 36) e quello invece rinvenibile in tema di principi di aggiudicazione (valido nel sopra soglia comunitario) di cui all'articolo 30 comma 7 a mente del quale "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese".

Considerato che nel sotto soglia comunitario risulta utilizzabile – purché a certe condizioni e con debita motivazione – il criterio del prezzo più basso (e quindi non si pone neppure una necessità di elaborare criteri di tipo qualitativo), si è indotti a ritenere che in tale ambito la declinazione pratica del principio di partecipazione si risolva nel rispetto di principi classici quali l'oggettività, la trasparenza e la pubblicità degli affidamenti in modo da consentire la partecipazione alle micro imprese.

Nel secondo caso, la valenza della statuizione sembra essere ben più intensa esigendo dal RUP, in fase di predisposizione dei criteri qualitativi per consentire l'aggiudicazione – presumibilmente – secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una particolare attenzione verso la suddivisione in lotti in modo da non escludere la micro partecipazione alla gara ed in ogni caso, la mancata utilizzazione di criteri che possano consentire tale partecipazione dovrà trovare adeguata motivazione già a monte del procedimento e non ex post (in questo senso,

in tempi recentissimi, il **Tar Lazio, Roma, sez. I quater, n. 4293/2017**).

Il decreto correttivo, sempre con l'articolo citato, introduce nel primo comma dell'articolo 36 un nuovo (l'ultimo) periodo del comma in commento. Anch'esso risulta inserito su indicazione del Consiglio di Stato (espressa nel parere 782/2017) ed è relativo all'applicazione facoltativa della clausola sociale anche negli appalti sotto la soglia comunitaria.

Il periodo in parola puntualizza che **"le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50"**.

L'aspetto di rilievo è che proprio l'articolo 50 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi) risulta profondamente modificato dal correttivo considerato che negli appalti sopra soglia comunitaria sffi passa dalla facoltà all'obbligo di applicare la clausola sociale.

Nella versione modificata dell'unico comma dell'articolo 50 si legge pertanto che "per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto **di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono**, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81).

I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto".

Il fatto che, negli appalti sotto la soglia comunitaria, l'applicazione della clausola sia solo facoltativa farà emergere una disparità di comportamenti anche foriera di contenziosi. In ogni caso, si deve ritenere che nel caso in cui il RUP non intenda suggerire l'inserimento della clausola in parola negli appalti sotto la soglia, la circostanza dovrà risultare comunque motivata anche per evitare

comportamenti difformi all'interno della stessa stazione appaltante.

3. L'affidamento diretto

La modifica, probabilmente, di maggior rilievo si deve registrare nel comma 2, lett. a) del codice dei contratti in cui alla originaria formulazione secondo cui la stazione appaltante "per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro" può procedere "mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato (...)", il decreto correttivo (art. 25, comma 1, lett. b) punto 1) all'inciso "adeguatamente motivato" sostituisce il riferimento "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici".

Pertanto, il testo voluto dal decreto correttivo sarà che l'affidamento diretto – nell'ambito dei 40 mila euro – è consentito alle stazioni appaltanti anche senza consultare preventivi di operatori economici. La modifica si è imposta per la difficoltà di conciliare il riferimento all'affidamento diretto alla adeguata motivazione.

E' fuori di dubbio che da un punto di vista pratico/operativo, conciliare i due richiami è praticamente impossibile non a caso la stessa ANAC con la deliberazione n. 4/2016 si è limitata ad affermare la costante esigenza di confronto tra almeno due preventivi; confronto che ha per effetto quello di supportare l'assegnazione diretta ammettendola solamente per importi davvero residui.

La portata della modifica richiede una analisi attenta considerato, altresì, che non risultava nello schema di decreto correttivo sottoposto all'attenzione della Commissione speciale – e per questo non se ne parla nel parere 782/2017 e, per lo stesso motivo, neppure negli studi degli uffici legislativi delle Camere – soprattutto in relazione all'approccio del RUP al conseguente procedimento contrattuale.

In sostanza si tratterebbe di chiarire se il riferimento normativo è di per sé sufficiente a consentire al responsabile unico del procedimento di suggerire l'affidamento diretto senza confronti

e con un richiamo stereotipato alla norma o se invece la questione della "motivazione" rimane.

E' chiaro che i due estremi, a differenza della (oramai) pregressa versione oggi possono essere meglio conciliati e chiariti.

Nella versione precedente, come detto la motivazione dell'affidamento diretto risultava complicata e si imponeva, appunto, il confronto tra preventivi nel senso che il richiamo stereotipato al dato normativo, nelle determinazioni di affidamento, non è (era) da ritenersi sufficiente.

L'attuale dato normativo, invece, potrebbe indurre a ritenere che considerato l'espressione letterale sia esso stesso il presupposto sufficiente a giustificare l'affidamento diretto.

E' chiaro poi, che occorre ricercare eventuali fonti interne della stazione appaltante che possano contenere indicazioni sul modus agendi dei vari responsabili di procedimento in questa particolare fascia di importi. L'inciso "anche" sta ad intendere che il RUP possa suggerire procedimenti contrattuali maggiormente articolati in ossequio ai principi della trasparenza e dell'economicità dell'azione amministrativa e per ciò stesso l'atto (la determinazione) richiede quindi un minimo di motivazione.

Si pensi al caso in cui procedere con la richiesta di preventivi da confrontare possa determinare detrimento sulle esigenze della stazione appaltante.

In questo caso il RUP avrà cura di indicare le conseguenze negative (il tempo necessario e quindi il ritardo nella soddisfazione dell'esigenza) che scaturirebbero nel caso in cui ci si determinasse ad avviare un procedimento maggiormente complesso.

Più facile, naturalmente, giustificare l'acquisizione per un importo davvero irrisorio proprio per l'assoluta non necessità di avviare un procedimento complesso.

La facoltà posta dalla norma, proprio ora, dovrebbe quindi giustificare, per una sua migliore specificazione, l'adozione di un regolamento o indirizzi generali interni alla stazione appaltante

magari con una frammentazione di importi nell'ambito dei 40 mila euro su cui innestare una consultazione di preventivi (attraverso il mercato elettronico) e similari.

4. La determinazione a contrattare semplificata

Alla disposizione appena rammentata si collega una ulteriore modifica (apportata con il decreto correttivo, articolo 22, comma 1, lett. a)) che fornisce ulteriori elementi istruttori al RUP su come gestire (con quali atti) la procedura dell'affidamento diretto di cui all'articolo 36, comma 2, lett. a)) modificato dal testo correttivo.

In questo senso, l'articolo 25 del decreto correttivo prevede che al comma 2 dell'articolo 32 del codice dei contratti debba essere inserito, in fine, il seguente periodo "nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti."

La previsione – che secondo il Consiglio di Stato (parere 782/2017) avrebbe trovato migliore e più adeguata collocazione nell'articolo 36 - esplicita le precisazioni già fornite dall'ANAC con le linee guida n. 4/2016 e dello stesso Consiglio di Stato nel parere 1903/2016 (sullo schema di linee guida n. 4 dell'autorità anticorruzione) paventando un atto dal contenuto semplificato coerente con un procedimento di affidamento, a sua volta, semplificato (l'affidamento diretto nell'ambito dei

40 mila euro).

Dal punto di vista pratico/operativo, sia consentito, emerge chiaramente che esprimersi in termini di determina a contrattare nel caso dell'affidamento diretto è, evidentemente, una affermazione non corretta.

Nel caso di specie, infatti, meglio si attaglierebbe direttamente la determina di affidamento con cui viene assunto l'impegno di spesa (ed il cui contenuto è proprio quello declinato nella norma).

L'inciso "anche" sta ad intendere che il RUP possa suggerire procedimenti contrattuali maggiormente articolati in ossequio ai principi della trasparenza e dell'economicità dell'azione amministrativa e per ciò stesso l'atto (la determinazione) richiede quindi un minimo di motivazione.

Non si può non segnalare, inoltre, che il nuovo periodo innestato al comma 2 dell'articolo 32 del codice richiama l'affidamento diretto come

ipotesi facoltativa della stazione appaltante ("nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto (...").

Il fatto stesso, come appena sintetizzato nel precedente paragrafo, che ovviamente insista una facoltà di procedere all'affidamento diretto implica un minimo di motivazione a sostegno della scelta di tale modus operandi.

5. Il numero minimo degli operatori da invitare

L'articolo 25 del decreto correttivo, infine, aumenta il numero minimo degli operatori da invitare prevedendo che nel caso di procedure negoziate fino al sotto soglia per forniture e servizi e per importi inferiori ai 150 mila per i lavori, gli appaltatori da invitare devono essere almeno 10 (la disposizione originaria prevedeva 5); nelle procedure per i lavori tra i 150 mila ed il milione di euro (importi inferiori) almeno 15 (la disposizione originaria prevedeva 10).

Da notare che nella lett. c) comma 2, articolo 36 del codice viene soppresso lo scorretto riferimento alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando di cui all'articolo 63 che costituisce differente fattispecie di procedure derogatoria che deve essere supportata da precise motivazioni declinate nella stessa norma. L'aumento del numero degli operatori da invitare, ovviamente, rende più articolato il procedimento di gara - ed in questo senso alcune perplessità vengono espresse dallo stesso Consiglio di Stato (nel parere 782/2017) ma, d'altra parte, valgono a rendere maggiormente trasparente ed oggettivo il procedimento di gara e, soprattutto, a responsabilizzare maggiormente l'attività istruttoria del RUP.

La selezione, e le norme sono rimaste immutate, nel rispetto del principio di rotazione potranno avvenire da albi di fornitori o attraverso reali indagini di mercato come declinate nelle linee guida n. 4/2016 dell'ANAC che, evidentemente, sul punto mantengono la propria validità.

6. La verifica dei requisiti dell'aggiudicatario

Si è rilevato sopra che il decreto correttivo - sempre con l'articolo 25 - riscrive il comma 5 dell'articolo 36 chiarendo che le verifiche circa il possesso dei requisiti devono essere effettuati, se si utilizzano le procedure negoziate semplificate, solo sull'aggiudicatario ed ulteriori controlli sugli altri invitati sono facoltativi. Si impone la verifica sui requisiti speciali tecnico/professionali se questi sono stati richiesti con le lettere di invito.

Negli acquisti nel mercato elettronico il controllo sui requisiti (e sui motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del codice) - stabilisce il nuovo comma 6-bis dell'articolo 36 "è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico" pur restando ferma, per il RUP, la verifica sull'aggiudicatario.

Subappalto, al via il primo decreto correttivo al Nuovo Codice dei Contratti. Il limite del 30 per cento resiste

SOTTO
LA
LENTE

di Giuseppe Totino

Premesse

Con buona pace della Commissione Europea, il Consiglio dei Ministri, nell'approvare il primo decreto correttivo al D.lgs. 50/2016, in forza della delega conferita all'Esecutivo a mezzo della stessa Legge di delega n. 11/2016, non ha proceduto all'eliminazione del limite del 30% per il ricorso al subappalto da parte degli affidatari di commesse pubbliche.

Ma facciamo un passo indietro.

Con lettera (DG GROW) n. 1572232 del 23 marzo 2017 inviata da Lowri Evans indirizzata alla Repubblica Italiana per il tramite del proprio ambasciatore presso la Commissione, il Commissario per il Mercato Interno aveva invitato il nostro Stato a rivedere, o quanto meno limare, la posizione ribadita nel Nuovo Codice dei Contratti di limitare il ricorso al subappalto nel limite del 30%, soglia consolidata sin dagli anni '90 nell'ordinamento pubblicistico italiano.

A detta del Commissario, l'imminente approvazione del decreto correttivo sarebbe stata una buona occasione per apportare le modifiche auspiccate.

Nel motivare la propria raccomandazione, il Commissario ricorda quali siano alcuni dei principi

che hanno ispirato la riforma della Direttiva 18/2004 in tema di aggiudicazione esecuzione degli appalti pubblici, sottolineando come l'assetto generale ritraibile dalla nuova e vigente Direttiva 24/2014 in materia di appalti pubblici, di cui il D.lgs. 50/2016 ne è implementazione interna, sia improntato sulla massima libertà circolazione dei requisiti tra gli operatori economici, come mezzo di apertura del mercato e di favor nei confronti delle PMI.

Porre un limite al ricorso al subappalto, appare, a detta della UE, un "preoccupante" *vulnus* a tali principi comunitari.

1. La lettera della Commissione

La Commissione, nella propria lettera, ha sottolineato come "la disciplina di cui all'articolo 105 del Codice Italiano dei contratti pubblici sembra creare un sistema in cui il subappalto è, in linea generale, vietato. Il subappalto è infatti consentito

unicamente dietro espressa autorizzazione della stazione appaltante, e in ogni caso nel limite massimo del 30% dell'importo

dell'opera.... L'introduzione di quello che appare come un divieto generale di subappaltare i contratti, eccetto nei casi specificati nell'articolo 105, e la previsione di limiti quantitativi generali

Lowri Evans: la disciplina di cui all'articolo 105 del Codice Italiano dei contratti pubblici sembra creare un sistema in cui il subappalto è, in linea generale, vietato

e astratti applicabili laddove il subappalto è consentito, sembrano in netto contrasto con le norme e la giurisprudenza UE".

Dunque la disciplina nazionale si porrebbe in contrasto con la Direttiva 2014/24/UE, la quale non pone alcun limite al subappalto e, anzi, pone una disciplina volta a favorire la partecipazione delle PMI, mentre le "norme di recepimento dichiaratamente restrittive in materia di subappalto, come quelle adottate dall'Italia, sono in contraddizione con tali obiettivi".

La Corte di Giustizia - si legge nella nota della direzione generale Ue - ha ripetutamente censurato i limiti imposti dagli Stati Membri al subappalto.

Citando la sentenza con cui i giudici europei hanno bocciato le norme

polacche che impongono alle imprese di eseguire in proprio almeno il 25% dell'appalto (sentenza Wroclaw, pubblicata lo scorso 14 luglio) la direzione generale segnala che «secondo la Corte il ricorso al subappalto ai sensi della stessa Direttiva è, "in linea di principio (...) illimitato" ».

Il precedente della Corte di Giustizia citato¹, infatti, chiariva che "la direttiva 2004/18/Ce del

parlamento europeo e del consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (Ce) 2083/2005 della commissione, del 19 dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie".

Il principio espresso nel precedente della Corte, seppur riferibile alla sola lex specialis di gara, atto tecnicamente qualificabile come provvedimento amministrativo seppur a carattere normativo, e pertanto direttamente impugnabile

solo in determinate condizioni, secondo l'interpretazione della Direzione Generale del Mercato Interno, appare estendibile anche nei riguardi di un atto avente forza di legge che imponga limiti di medesima guisa, come in effetti stabilisce l'art. 105 del Nuovo Codice dei Contratti.

Invero, il precedente giurisprudenziale polacco non è l'unico citato dalla Commissione. Viene infatti

“Ricordo peraltro che la normativa UE sugli appalti ha come principale obiettivo quello di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

Inoltre, le nuove Direttive in materia hanno anche l'esplicita finalità di facilitare la partecipazione delle PMI nelle procedure di appalto (considerando 2 nella Direttiva 2014/24/UE).

Norme di recepimento chiaramente restrittive in materia di subappalto, come quelle adottate dall'Italia, sono in contraddizione con tali obiettivi. Esse potrebbero infatti risultare fortemente penalizzanti nei confronti di molte imprese, le quali vedrebbero ridotte le loro possibilità di partecipazione e accesso alle procedure di appalto come potenziali aggiudicatari o subappaltatori.

Gli stessi acquirenti pubblici potrebbero inoltre precludersi l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate.”

1. Corte di Giustizia - sezione III; sentenza 14 luglio 2016, causa C-406/14

citata anche la sentenza della Corte Giustizia CE, 18 marzo 2004, nella causa C-314/01 Siemens.

A tal riguardo appare utile rammentare quanto ripercorreva sul tema il Consiglio di Stato in ordine a tale precedente.

Palazzo Spada nel 2008 ricordava come "A seguito della procedura di infrazione di cui alla nota della Commissione C (2008) 0108 del 30 gennaio 2008, secondo la quale l'ordinamento italiano violava la disciplina di fonte comunitaria nella misura in cui per le opere specializzate vietava il subappalto ed imponeva una forma giuridica determinata per le imprese partecipanti alle gare, ossia il raggruppamento temporaneo di tipo verticale, è stato introdotto per effetto dell'art. 1, comma 1, lettera h), del D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152 un nuovo testo che integralmente sostituisce l'art. 37, comma 11, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163. In tal modo è stata sostanzialmente equiparata la disciplina della subappaltabilità delle opere

specializzate a quella della categoria prevalente, laddove nella precedente formulazione dello stesso comma 11 il subappalto era comunque vietato per lavorazioni specializzate superiori al 15 % dell'importo totale dei lavori" [...] e che in tema di subappalto di opere specializzate ex art. 37, comma 11, cod. contratti, "la sussistenza di un limite quantitativo percentuale alla facoltà di collaborazione tra imprese nell'ambito del subappalto nelle opere specializzate o della categoria prevalente risponde ad un opportuno contemperamento delle esigenze di controllo

dell'Amministrazione circa il possesso dei requisiti dei concorrenti alla gara con le necessità proprie della libertà degli operatori economici di organizzazione e di collaborazione, tutelate in linea di principio dalla disciplina di fonte comunitaria".

Più in generale veniva ricordato dai Giudici di Piazza Capo di Ferro che: "Secondo la giurisprudenza comunitaria non può escludersi in assoluto la compatibilità di limitazioni al subappalto con i principi del Trattato UE; ciò in quanto il divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla fonte comunitaria laddove l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del migliore offerente (cfr. Corte Giustizia CE, 18 marzo 2004, in causa C-314/01 Siemens)".²

Secondo la giurisprudenza comunitaria non può escludersi in assoluto la compatibilità di limitazioni al subappalto con i principi del Trattato UE; ciò in quanto il divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla fonte comunitaria laddove l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del migliore offerente (cfr. Corte Giustizia CE, 18 marzo 2004, in causa C-314/01 Siemens)

I principi ritraibili dai citati precedenti, secondo quanto raccomandato dalla Commissione, pertanto, sono del tutto coerenti, non solo con il

previgente assetto normativo, ma del tutto in contrasto con il nuovo assetto ordinamentale italiano in subiecta materia.

A chiosa dell'iter argomentativo si asserisce infatti che: le nuove direttive in materia hanno la esplicita finalità di facilitare la partecipazione delle PMI nelle procedure di appalto, come espresso nel secondo considerando della Direttiva 24/2014.

Continua la Commissione: norme di recepimento dichiaratamente restrittive in materia di

2. Cons. St., Sez. IV, Sentenza 15 luglio 2013, n. 3857

subappalto, come quelle adottata dall'Italia, sono in contraddizione con tali obiettivi.

2. Le origini del divieto. Il principio di personalità del possesso dei requisiti e divieto di cessione del contratto.

Ripercorso il tenore complessivo della missiva europea, a beneficio di chiarezza, appare utile ricordare quali siano state le vicende genetiche che hanno condotto il legislatore a porre il limite oggi avversato dalla UE.

E' il Presidente Assisital Angelo Carlini che ricorda le motivazioni di ordine pubblico che condussero il legislatore degli anni '90 ad introdurre il limite del 30% alle opere subappaltabili.

"Il limite – afferma Carlini - in questione è stato introdotto nel nostro Paese dall'art. 18 della L. 55/1990 recante "disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso", nascendo quindi come normativa per tutelare l'ordine pubblico", aggiungendo che "la nostra richiesta alla Commissione Europea è quella di dare atto che le motivazioni storiche che hanno indotto l'Italia ad introdurre limiti al subappalto risiedono in ragioni di ordine pubblico per contrastare la criminalità organizzata e sono pertanto giustificate alla luce dell'Ordinamento europeo."

Infatti, come sottolineato dall'AVCP nel 2008³, anteriormente alla disciplina dettata dalla legge n. 109 del 1994, le vicende modificative dell'assetto organizzativo-aziendale dell'appaltatore che si fossero verificate in pendenza dell'esecuzione del contratto di appalto non erano espressamente disciplinate.

Occorre, sul punto, evidenziare che l'art. 18, comma 2, della legge n. 55 del 1990, recante "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale" sanciva il divieto generale di cessione del contratto, con

sanzione espressa di nullità per la violazione dello stesso.

La rubrica della legge è chiara nell'identificare le finalità dell'istituto, coerente col periodo storico italiano di allora, in cui tangentopoli riempiva le testate giornalistiche, in cui il legislatore tentava di porre un freno al malaffare allora imperante nel mercato degli appalti pubblici.

Solo con la legge n. 109 del 1994 che ha dettato gli artt. 35 e 36, norma poi trasposta nell'art. 116 del D.Lgs. 163/06 ed ora, in mutate fogge, nell'art. 106 lett. d) n. 2 del D.lgs. 50/2016, si è previsto un temperamento al predetto divieto, consentendo alle imprese esecutrici di opere pubbliche, al ricorrere delle condizioni ivi previste e previa necessaria valutazione dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo in capo al subentrante, la cessione d'azienda, gli atti di trasformazione, fusione e scissione, nonché il trasferimento e l'affitto d'azienda.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che il principio generale di immodificabilità del contraente pubblico, ai sensi dell'art. 18, co. 2, legge n. 55 del 1990, deve qualificarsi quindi come deroga alle norme di diritto comune di cui agli artt. 1406 e 2558 del codice civile (si cfr. parere Consiglio di Stato, sez. III, 5 luglio 1994, n. 649; Sez. V, sentenza 13 maggio 1995, n. 761; Sez. IV, sentenza 11 febbraio 1999, n. 150).

Successivamente, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che l'art. 35 citato della legge n. 109 del 1994 ha valenza di carattere generale alla stessa stregua del principio di tendenziale immodificabilità dell'appaltatore, consentendo, quindi, l'applicazione estensiva o analogica alle vicende soggettive modificative riguardanti gli appalti di servizi e forniture, atteso che la norma era rivolta inizialmente solo ai lavori pubblici (Sez. V, sentenza 20 maggio 2002, n. 2718; Sez. V, 26 aprile 2005, n. 1873).

Il D.Lgs. 163/06 ha definitivamente operato un coordinamento e chiarito il rapporto tra i due

3. Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici, Parere dell'Adunanza Generale 35-08, 6 novembre 2008

principi, riaffermando per un verso il divieto di cessione del contratto ex art. 118, comma 1, facendo al contempo espressamente salva la disciplina sulle modificazioni soggettive dell'appaltatore- esecutore del contratto ex art. 116 del codice stesso.

Di recente il Consiglio di Stato sez. IV 18/2/2016 con la sentenza n. 649 ha ribadito che *"E' noto (...) come nella contrattualistica pubblica viga il principio generale e di ordine pubblico di immodificabilità del contraente e, quindi, il divieto di cessione del contratto di appalto sotto pena di nullità (cfr. art.118 del decreto legislativo 163/2006).*

Pertanto, il trasferimento delle obbligazioni ad un soggetto terzo, sia pure solo parziale, avrebbe potuto essere effettuato e produrre i relativi effetti giuridici solo nel rispetto delle condizioni di legge e, quindi, solo attraverso un formale subaffidamento previamente richiesto ed autorizzato dall'Amministrazione, ai sensi del richiamato articolo 118 del decreto legislativo 163/2006".

E' quindi evidente come il divieto di cessione del contratto sia un cardine del nostro ordinamento da più di 25 anni, frutto di una esigenza nostrana volta a temperare gli scambi clientelari di commesse pubbliche, acquitrino in cui i germi del voto di scambio, corruzione e concussione spesso hanno proliferato.

3. Conclusioni

Come anticipato in premessa, nel testo del neo approvato primo decreto correttivo al D.Lgs. 50/2016, nessuna traccia di modifica al limite del subappalto è rinvenibile.

Nonostante l'invito della Commissione Europea, quindi, *"di tenere conto, nella redazione del decreto correttivo, dei rilievi svolti circa l'attuale disciplina in materia di subappalto, correggendo le disposizioni interessate in maniera da garantire la piena rispondenza con i principi del diritto dell'Unione Europea"*, il Governo si è mostrato fermo nel mantenere il limite.

Sul punto il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Graziano Delrio, memore delle origini del limite, sostiene apertamente che sarebbe una scelta più prudente, date le condizioni italiane, contesto in cui il subappalto è stato spesso veicolo di infiltrazioni criminali, mantenere il limite, anche se - afferma: *"qui dobbiamo capire se il modo migliore per combattere la corruzione e le infiltrazioni sia meglio adattare le norme Ue alla nostra condizione o non sia meglio aderire alle norme Ue, sforzandoci di comportarci da Paese civile. Dobbiamo anche dire che certo non abbiamo ottenuto i risultati che volevamo limitando il subappalto, ma siccome la*

politica è l'arte del possibile forse oggi è più prudente abbracciare questo tipo di impostazione".

Il Governo italiano è in effetti convinto che le specificità del mercato interno possano giustificare la

sussistenza anche agli occhi della Commissione, ove si aprisse una procedura di infrazione, per violazione delle norme del Trattato.

D'altro canto, al di là delle ragioni più strettamente politiche, di avviso conforme al Governo è il Consiglio di Stato, secondo il quale, come si evince dal Parere rilasciato sullo schema del Codice Correttivo n. 782 del 30 marzo, rammenta che *"la nuova direttiva 2014/24 consente agli Stati membri di dettare una più restrittiva disciplina del subappalto, rispetto alla maggiore libertà del*

Palazzo Spada sottolinea come "il Governo ben potrebbe scegliere "l'opzione zero" ossia di non intervenire sulla scelta di fondo già operata dal codice, difendendo la scelta italiana in sede di eventuale procedura di infrazione (ove essa venisse avviata dalla Commissione europea, a seguito della denuncia formalizzata da ANCE), e se del caso modificando in un secondo momento la norma de quo, a seguito di una eventuale condanna in sede comunitaria".

subappalto nella previgente direttiva”, lasciando pertanto spazio a divergenti opzioni ermeneutiche sul punto, tanto è vero che lo stesso Palazzo Spada sottolinea come “il Governo ben potrebbe scegliere “l’opzione zero” ossia di non intervenire sulla scelta di fondo già operata dal codice, difendendo la scelta italiana in sede di eventuale procedura di infrazione (ove essa venisse avviata dalla Commissione europea, a seguito della denuncia formalizzata da ANCE), e se del caso modificando in un secondo momento la norma de quo, a seguito di una eventuale condanna in sede comunitaria”.

Come panacea per ogni deficit regolatorio, la soft-law dell’ANAC, come da più parti suggerito, sembra poter rappresentare una soluzione

di compromesso, ove si intendesse eliminare ogni limite alla cessione del contratto e quindi liberalizzare il subappalto.

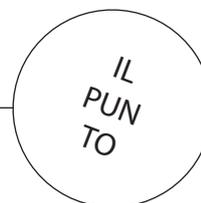
A tal fine l’Autorità Nazionale Anticorruzione potrebbe predisporre adeguate soft-law volte ad indirizzare l’attività delle PA ed a vigilare sui subappaltatori: si eviterebbe così di porre dei limiti al subappalto puramente quantitativi, a scapito delle PMI “per bene”, andando invece a colpire in via preventiva e repressiva le attività illegittime e cercando allo stesso tempo di evitare sia lo sfruttamento della attività delle PMI (soprattutto al fine di ottenere le qualificazioni SOA) sia un’eccessiva discrezionalità delle Stazioni Appaltanti⁴.



4. di NICCOLO’ MACDONALD, *Il limite del 30 per cento al subappalto e il no della Commissione Europea: la necessità di un passo indietro?*, tratto da <http://www.lab-ip.net/il-limite-del-30-per cento-al-subappalto-e-il-no-della-commissione-europea-la-necessita-di-un-passo-indietro/>

L'affidamento dei servizi legali nel nuovo Codice: l'interpretazione dell'ANAC

di Alessandra Verde



Premessa

Come è noto, il nuovo Codice disciplina in modo innovativo l'affidamento dei servizi legali, trattando la tematica in due differenti disposizioni: l'art. 17, relativo agli appalti esclusi dall'applicazione del Codice stesso, e l'art. 140, relativo agli appalti nei settori speciali, che richiama l'Allegato IX del Codice, nell'ambito del quale sono contemplati – entro certi limiti – i servizi legali¹.

A dire il vero, tale nuova disciplina, non particolarmente chiara, ha suscitato più di una perplessità tra gli operatori del settore, tanto da spingere l'Autorità Anticorruzione ad elaborare un Atto di regolazione ai sensi dell'art. 213, comma 2 del Codice, <<finalizzato a fornire indicazioni

alle stazioni appaltanti per l'esatta individuazione delle tipologie di servizi legali>> rientranti nell'una o nell'altra categoria e per chiarire le modalità di

affidamento dei suddetti servizi. Dal tenore della motivazione per cui tale Atto è stato adottato, lo stesso parrebbe avere natura non vincolante, in quanto volto a offrire indicazioni interpretative alle stazioni appaltanti, le quali possono comunque discostarsi da quanto affermato dall'Autorità, adeguatamente motivando.

Attualmente, una prima versione di tale Atto di regolazione è stata sottoposta il 10 aprile scorso alla consultazione pubblica, che avranno tempo fino al 10 maggio prossimo per formulare osservazioni, dopo di che sarà elaborata la versione definitiva dell'Atto, il quale presumibilmente recepirà i suggerimenti eventualmente avanzati dagli stakeholders.

Già da ora, tuttavia, è possibile esaminare la bozza dell'Atto ANAC, al fine di comprendere l'interpretazione che l'Autorità ha inteso dare alle nuove norme codicistiche su un tema, quello dell'affidamento dei

L'Autorità Anticorruzione ha pubblicato una prima bozza di Atto di regolazione sul tema dell'affidamento dei servizi legali, posto in consultazione pubblica fino al 10 maggio 2017. Tale Atto ha lo scopo di chiarire la portata della nuova disciplina in materia introdotta dal D. Lgs. n. 50/2016.



servizi legali, alquanto spinoso perché inquadrato in maniera differente sotto il profilo ontologico dal diritto europeo e dal diritto interno.

1. Sia consentito fare rinvio ad un nostro precedente contributo sul tema: <<L'applicabilità della normativa sugli appalti alle consulenze prima e dopo il D. Lgs. n. 50/2016. Focus sui servizi legali>>, pubblicato sul n. 8, anno 2016, di questa Rivista.

1. Differenze tra vecchia e nuova disciplina

Come accennato in premessa, i servizi legali sono trattati nel nuovo Codice in due differenti disposizioni. La prima è l'art. 17, rubricato «Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi» che al comma 1, lett. d), individua una serie di servizi legali che riconduce nell'alveo degli appalti di servizi, pur escludendoli dall'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni codicistiche.

L'altra disposizione è l'art. 140, contenuto nel Capo I dedicato agli «Appalti nei settori speciali», il quale assoggetta ad un particolare regime pubblicitario i servizi di cui all'Allegato IX del Codice (che per il resto devono ritenersi assoggettati alla generalità delle disposizioni del Codice), nei quali rientrano anche i «Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)».

Dal tenore letterale della disposizione da ultimo citata, si comprende che, da un lato, i servizi legali dettagliatamente elencati nell'art. 17 sono esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, ma, in quanto considerati comunque appalti di servizi, soggiacciono quantomeno ai principi generali dettati dall'art. 4. Dall'altro, vi sono altre tipologie di servizi legali, da ricondurre alla categoria residuale di cui all'Allegato IX, che sono, evidentemente, soggette alla disciplina codicistica, pur con alcune differenziazioni in tema di pubblicità.

La prima novità ravvisabile nel nuovo Codice è il superamento della vecchia distinzione tra singolo incarico di patrocinio legale e attività complessa di assistenza e consulenza giuridica. L'ANAC, tirando le somme rispetto alle posizioni dottrinali

e giurisprudenziali consolidate in vigore del vecchio D. Lgs. n. 163/2006, ricorda come la prima ipotesi fosse considerata del tutto estranea alla categoria di appalto di servizi, venendo bensì qualificata come prestazione d'opera intellettuale. Ciò in quanto il prestatore d'opera, pur dovendo eseguire un servizio a titolo oneroso a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, è chiamato a svolgerlo con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione. La scelta del patrocinatore legale è, secondo tale impostazione, essenzialmente e in modo irrinunciabile di tipo fiduciario e pertanto assoggettata esclusivamente ai principi generali di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione che devono sempre guidare l'agire amministrativo.

Il secondo caso, invece, ossia l'attività di assistenza e consulenza giuridica veniva, sì, qualificato come appalto di servizi, per essere la stessa caratterizzata dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata, ma soprattutto dal fatto che venisse eseguita con organizzazione di mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, assieme al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale caratterizzata da una specifica organizzazione ma avente specificità tali da giustificare l'esclusione dall'ambito di applicazione delle norme ordinarie. Di conseguenza, tale differente tipologia doveva essere affidata nel rispetto degli artt. 20 e 27 del d.lgs. n. 163/2006, ossia nel rispetto dei principi generali dettati dal Codice e di alcuni specifici obblighi in tema di pubblicità post affidamento². Appare evidente che il nuovo Codice abbia decisamente innovato in tal senso, rendendo non

2. Art. 20 D. Lgs. n. 163/2006 rubricato "Appalti di servizi elencati nell'allegato II B (artt. 20 e 21 direttiva 2004/18; artt. 31 e 32 direttiva 2004/17; art. 3, co. 2, d.lgs. n. 157/1995; art. 7, co. 3, d.lgs. n. 158/1995)": <<1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). (...)>>.

Art. 27 D. Lgs. n. 163/2006 rubricato "Principi relativi ai contratti esclusi": <<1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, 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. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti. (...)>>.

più attuale tale distinzione. Ciò in quanto il D. Lgs. n. 50/2016 ha recepito finalmente la nozione europea di appalto, ben più ampia rispetto a quella dettata dal diritto italiano. Si legge infatti nel documento di consultazione ANAC: <<il legislatore europeo ha ricondotto ogni attività professionale legale in favore delle pubbliche amministrazioni nel concetto generale di appalto di servizio legale, non operando alcuna distinzione tra incarico singolo e occasionale, eseguito dal professionista con lavoro prevalentemente proprio (senza una necessaria organizzazione) e incarico di assistenza e consulenza giuridica eseguita con organizzazione di mezzi e personale. **Il legislatore europeo si è limitato a distinguere all'interno del concetto generale di "appalto di servizio legale" le attività da escludere dall'ambito oggettivo di applicazione delle direttive, prevedendo, per tutte le altre, l'applicazione del regime giuridico "alleggerito">>.**

Il nuovo Codice supera la vecchia distinzione tra singolo incarico di patrocinio legale e attività di assistenza e consulenza giuridica. Ora qualunque servizio legale è da ricondurre alla generale categoria degli appalti di servizi, secondo l'accezione comunitaria, pur se con regimi differenti a seconda della tipologia concreta di servizio.

L'Autorità sottolinea <<l'importanza di attribuire alla nozione di "appalto pubblico" una sua autonomia rispetto alla corrispondente nozione civilistica interna, proprio al fine di definire l'ambito di applicazione degli atti, anche solo interpretativi, emanati a livello comunitario>>³.

In sintesi, nel nuovo Codice, qualunque servizio legale è da ricondurre alla generale categoria degli appalti di servizi secondo l'accezione comunitaria. Si tratta poi di capire se, in base al contenuto

specifico dei servizi da rendere, debba considerarsi applicabile l'esclusione di cui all'art. 17 ovvero il regime "alleggerito" dell'art. 140.

Vedremo nel prosieguo della trattazione le varie casistiche e il regime applicabile.

2. La prima tipologia di servizi legali prevista dal nuovo Codice: le fattispecie tassative dell'art. 17

L'art. 17 contempla, come detto, alcune tipologie di servizi legali ben identificate, rientranti nel novero degli appalti esclusi dall'applicazione del Codice. Ad esse saranno applicabili soltanto i principi generali. Vediamo in dettaglio quali sono le ipotesi previste dal legislatore.

Al comma 1, lett. d), numeri 1 e 2, è richiamata la **rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato, in una conciliazione o in procedimenti giudiziari dinanzi**

a organi giurisdizionali e la consulenza legale fornita in preparazione di uno di tali procedimenti. La fattispecie di cui al citato n. 1 riguarda gli incarichi di patrocinio legale che possono essere svolti solo dai soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato nello Stato membro di provenienza. L'ANAC, in merito, rammenta che, per quanto riguarda i soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato in Italia, è necessaria l'iscrizione ad un albo

3. Al fine di ulteriormente chiarire l'autonomia della nozione di servizio legale quale appalto nel diritto comunitario da ricondurre all'alveo della disciplina codicistica e la nozione di servizio legale quale contratto d'opera intellettuale secondo il diritto interno, l'Autorità cita un'interessante pronuncia della Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Lombardia, (parere 162/2016/PAR, del 30 maggio 2016). La Corte afferma infatti <<che alcuni rapporti negoziali, qualificabili, per il diritto civile, come contratti d'opera o di opera intellettuale, sono stati attratti, in punto di procedure per l'affidamento, alla disciplina dettata dal codice D.lgs. 50/2016, che, in esecuzione a specifiche direttive comunitarie, nel delineare l'ambito oggettivo di applicazione, contiene una definizione di "contratto di appalto di servizi" molto più ampia di quella del codice civile, attraendo anche negozi qualificabili come contratti d'opera o di opera intellettuale>>.

circondariale.

L'esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice trova giustificazione nel fatto che i professionisti che rendono tali servizi sono selezionati secondo modalità che non possono essere disciplinate dalle norme esistenti in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, e ciò a causa della specificità della funzione difensiva e della preminente rilevanza giuridica dei diritti alla cui tutela essa è preposta.

L'ANAC specifica altresì come, c o n s i d e r a t a l'identità di ratio, <<la norma faccia riferimento sia ai singoli incarichi di patrocinio legale, occasionali ed episodici, in quanto affidati in vista di un già individuato

procedimento giurisdizionale, d'arbitrato o di conciliazione, sia alle fattispecie in cui l'affidamento dell'incarico di patrocinio legale richiede una specifica organizzazione, risultando continuativo, predeterminato nella durata e più complesso rispetto alla singola difesa giudiziale>>.

In altri termini, in tutti i casi di patrocinio legale in procedimenti dinanzi ad organi giurisdizionali, sia che il professionista abbia ricevuto un singolo incarico episodico, sia che lo stesso stia rappresentando il proprio assistito in adempimento di un incarico continuativo e complesso di consulenza ed assistenza legale, ci si trova dinanzi ad una delle ipotesi di servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del Codice.

Lo stesso dicasi per le consulenze legali fornite in preparazione di un procedimento, qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento. Siamo dinanzi, in questo caso, ai servizi di assistenza e consulenza legale prodromici ad un'attività di difesa in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o

giurisdizionale, anche solo eventuale, prestati da avvocati.

Il problema, semmai, è capire quando una consulenza è prodromica ad un imminente procedimento e quando invece non lo è. L'Autorità, nel suo documento di consultazione suggerisce alcune ipotesi tipiche, quali, ad esempio, il caso in cui un'amministrazione abbia necessità di un parere legale preventivo volto ad acquisire gli elementi necessari per valutare la possibilità di tutela di una propria posizione giuridica soggettiva attraverso la promozione di un procedimento o per valutare l'eventuale fondatezza di una pretesa da altri vantata nei propri confronti e le possibili strategie difensive, ivi compresa l'opportunità di addivenire ad una conciliazione.

Sicuramente un "indizio concreto", come recita la norma, o una "probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento", si avrà certamente quando l'amministrazione abbia ricevuto un atto di diffida o messa in mora o addirittura sia convenuta in uno dei predetti procedimenti.

Una seconda ipotesi di servizio legale escluso è quello dei **servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai**. Non ogni attività notarile vi rientra ma soltanto le attività di certificazione, ovvero l'attestazione di fatti, stati o qualità alla quale riconoscere pubblica fede, nonché le attività di autenticazione, ad esempio di una firma o di una fotografia.

Come specifica l'ANAC, <<l'esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione (...) del Codice è riconducibile alla specificità della funzione certificativa o di autenticazione svolta dal notaio

L'esclusione dall'ambito di applicazione del Codice delle fattispecie di cui all'art. 17 trova giustificazione nella specificità della funzione difensiva e nella rilevanza giuridica dei diritti ad essa sottesi, ovvero nella specificità della funzione certificativa o di autenticazione svolta dal notaio e alla loro rilevanza pubblicistica per il valore probatorio connesso a tali atti.



e alla rilevanza pubblicistica di tali servizi per il valore probatorio connesso ai relativi atti>>. Va da sé che tale esclusione opera sia che si tratti di singoli incarichi conferiti occasionalmente sia che si tratti di incarichi di tipo continuativo.

La terza ipotesi di **servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del Codice riguarda i 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.**

L'Autorità si preoccupa di calare nell'ordinamento interno tale dizione, che il legislatore ha copiato pedissequamente dalla Direttiva europea, tentando di individuare alcuni casi concreti in cui il legislatore italiano ha già previsto prestazioni di servizi legali rese da soggetti designati da organi giurisdizionali e per i quali è prevista in taluni casi l'istituzione di appositi albi.

E' il caso degli amministratori giudiziali ex art. 35, D.lgs. n. 159/2011, che gestiscono i beni confiscati o sequestrati⁴, oppure quello dei professionisti, iscritti in un elenco presso ogni tribunale, che provvedono alle operazioni di vendita nei procedimenti di espropriazione immobiliare⁵. L'ultima ipotesi contemplata nell'elenco tassativo

di servizi legali esclusi è quella degli **altri servizi legali connessi, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri.** Si tratta, in questo caso di servizi strettamente legati all'esercizio stesso del pubblico potere, nel senso di costituirne il <<presupposto logico>>, come dice l'ANAC, o comunque di rappresentare in concreto una fase del procedimento attraverso il quale il pubblico potere si esplica.

3. I servizi legali contemplati dall'art. 140 e dall'Allegato IX del Codice

Sin qui abbiamo esaminato le fattispecie di servizi legali che, per la loro specificità, il legislatore - comunitario prima e italiano poi - ha deciso di tener fuori dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice, pur considerandoli in ogni caso appalti di servizi.

Nelle fattispecie residuali di servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice rientrano tutte le attività di consulenza giuridica stragiudiziale non riservate in via esclusiva agli avvocati ma eseguibili anche da altri professionisti, quali consulenti del lavoro o commercialisti.

Passiamo ora all'esame dei restanti servizi legali, ovvero di tutte quelle ipotesi che non possono essere ricondotte all'elenco tassativo dell'art. 17, perché costituenti una

casistica eterogenea e residuale⁶ alla quale si applicano tutte le ordinarie norme codicistiche, pur con alcune differenze in tema di soglie e pubblicità.

Si tratta, in linea generale, di quelle attività di consulenza giuridica stragiudiziale non riservate in via esclusiva agli avvocati, ma che possono

4. Il cui Albo è stato istituito presso il Ministero della Giustizia con il D. Lgs. n. 14/2010.

5. Ex art. 179-ter c.p.c..

6. I servizi legali richiamati nell'Allegato IX del Codice, ai quali si applica il regime alleggerito di cui all'art. 140 <<nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)>>, riguardano i seguenti CPV: 79100000-5 Servizi giuridici; 79110000-8 Servizi di consulenza giuridica e di rappresentanza; 79111000-5 Servizi di consulenza giuridica; 79112000-2 Servizi di rappresentanza legale; 79112100-3 Servizi di rappresentanza delle parti interessate; 79120000-1 Servizi di consulenza in materia di brevetti e diritti d'autore; 79121000-8 Servizi di consulenza in materia di diritti d'autore; 79121100-9 Servizi di consulenza in materia di diritti di autore di software; 79130000-4 Servizi di documentazione e certificazione giuridica; 79131000-1 Servizi di documentazione; 79132000-8 Servizi di certificazione; 79132100-9 Servizi di certificazione della firma elettronica; 79140000-7 Servizi di consulenza e informazione giuridica.

essere svolte anche da altri professionisti, quali consulenti del lavoro o commercialisti, ad esempio, in quanto non afferiscono né addiverranno ad un procedimento giurisdizionale, nell'ambito del quale, invece, è necessaria l'assistenza di un avvocato. Trattandosi di servizi ricompresi tra gli <<altri servizi specifici>> dell'Allegato IX del Codice, così come richiamato dall'art. 140, il quale detta una particolare disciplina per i servizi sociali dei settori speciali, vige per essi, in primo luogo, l'innalzamento della soglia comunitaria a 750 mila euro. Inoltre, il Codice detta un regime alleggerito per quanto concerne gli obblighi di pubblicità.

Vale la pena riportare la motivazione della scelta legislativa di tale regime alleggerito, che l'ANAC stessa espone richiamando il Considerando 116 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui <<alcuni servizi legali riguardano esclusivamente questioni di puro diritto nazionale e sono pertanto offerti generalmente solo da operatori ubicati nello Stato membro interessato e hanno di conseguenza anche una dimensione limitatamente transfrontaliera>>.

Sopra la soglia dei 750 mila euro, invece, gli appalti di servizi legali potrebbero plausibilmente <<rivestire interesse per vari operatori economici, quali gli studi legali internazionali, anche su base transfrontaliera, in particolare ove riguardino questioni giuridiche aventi come fonte o contesto il diritto dell'Unione o il diritto internazionale oppure questioni giuridiche che interessano più di un paese>>.

Ad essi si applicano conseguentemente le ordinarie norme codicistiche per le procedure sopra soglia, ma con alcuni alleggerimenti in materia di oneri di pubblicità.

4. Le procedure di affidamento dei servizi legali esclusi ex art. 17 del Codice

Passiamo ora all'esame della procedura suggerita dal documento di consultazione ANAC per la scelta

dei professionisti cui affidare i servizi legali esclusi ex art. 17 del Codice.

Alla stessa stregua di quanto avveniva in vigenza del vecchio Codice per i servizi di consulenza e assistenza giuridica complessi e continuativi, ora il nuovo Codice prevede che per i servizi legali rientranti nell'elenco tassativo dell'art. 17 non sia applicabile la disciplina di dettaglio prevista dal Codice medesimo per un ordinario affidamento di servizi ma ci si debba attenere esclusivamente al rispetto dei principi generali di cui all'art. 4, ovvero ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, oltre a quelli di tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, che, per il vero, poco si attagliano ai servizi legali.

L'ANAC declina ciascuno dei suddetti principi con riferimento alle specificità dei servizi in esame.

Con riferimento al principio di **economicità**, ovvero a quel criterio generale che impone alle amministrazioni un uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento delle attività amministrative, l'ANAC tiene conto della natura dei servizi in questione e del fatto che per tale ragione debba essere privilegiata la qualità delle prestazioni da rendere piuttosto che il risparmio di spesa in sé considerato.

Tuttavia, secondo l'Autorità, la stazione appaltante non potrà non tenere in debito conto l'entità della spesa da sostenere, tanto che occorrerà giustificare, nella motivazione dell'affidamento ad un dato soggetto piuttosto che ad un altro, il compenso pattuito mediante il confronto con precedenti affidamenti, ovvero con gli oneri sostenuti da altre amministrazioni per incarichi analoghi, o, più facilmente, mediante i parametri sostitutivi dei vecchi tariffari⁷, o, infine, attraverso la sempre opportuna valutazione comparativa di due o più preventivi. In quest'ultimo caso, l'Autorità precisa che, poiché ci si trova dinanzi a servizi esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, ciascuna stazione appaltante potrà discrezionalmente decidere il numero di preventivi da confrontare,



7. Parametri stabiliti nel decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, <<Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247>>.

anche in funzione del valore economico e della rilevanza dell'affidamento.

Il principio di **efficacia** dell'azione amministrativa impone invece che gli atti posti in essere dall'amministrazione siano congrui rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui gli stessi sono preordinati. L'ANAC rammenta, tuttavia, che nel caso che qui interessa, ci si trova dinanzi ad obbligazioni di mezzi e non di risultato. Ciononostante, una stazione appaltante potrebbe, ad esempio, opportunamente valutare come positiva, ai fini dell'affidamento di un servizio legale, la presenza di un pregresso contenzioso che si è concluso con vittoria dell'amministrazione medesima, gestito dal professionista che si intende incaricare.

Il principio di **imparzialità**, invece, impone la valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e, quindi, l'assoluto divieto di favoritismi e di discriminazione, a garanzia della **parità di trattamento** degli operatori economici interessati all'affidamento.

Tale ultimo principio, corollario del precedente, comporta che gli operatori economici si trovino in una situazione di "eguaglianza formale", ossia di reciproca parità in ogni fase del

procedimento di affidamento del servizio, dalla fase iniziale di accesso alle informazioni utili per presentare la propria manifestazione di interesse o offerta, alla fase di selezione vera e propria, in cui i criteri prescelti non devono essere discriminatori. Ancora, in ossequio al principio in esame, i termini per presentare offerta devono essere adeguati così da consentire a tutti gli interessati di partecipare.

Altro principio da rispettare è quello della **trasparenza**, declinato in questa sede nel senso di garantire ad ogni potenziale offerente un adeguato livello di conoscibilità della procedura di affidamento, e, successivamente alla scelta

compiuta, una effettiva conoscibilità delle ragioni che l'hanno fondata, anche al fine di permettere il controllo sull'imparzialità della selezione. L'Autorità precisa che l'obbligo di trasparenza non impedisce alla stazione appaltante di adottare eventualmente misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta, a condizione che tale restrizione avvenga in modo trasparente e non discriminatorio e sia giustificata da ragioni di proporzionalità e opportunità.

L'altro principio guida è appunto quello della **proporzionalità**, che impone, ad esempio, di formulare requisiti di partecipazione proporzionati all'oggetto e al valore dell'appalto, nonché di predisporre procedure la cui complessità sia proporzionata alla tipologia di contratto che si intende affidare.

L'ultimo criterio generale di rilievo è quello della **pubblicità**, strettamente connesso al principio di trasparenza. Tale principio guida comporta che i soggetti interessati abbiano un agevole accesso, in tempo utile, a tutte le informazioni necessarie

relative all'appalto prima che lo stesso sia aggiudicato, in modo da consentirne la partecipazione. Il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei propri affidamenti deve essere scelto avendo riguardo

all'importanza dell'appalto, al suo oggetto, al valore economico e alle normali prassi vigenti nel settore di cui trattasi. L'ANAC ad esempio individua, quale forma di pubblicità adeguata, l'avviso pubblico sul sito istituzionale della stazione appaltante, di facile accessibilità ed utilizzo oltre che estremamente economico. Il principio di pubblicità richiede anche la pubblicazione dell'avviso sui risultati della selezione.

L'Autorità suggerisce alcune modalità di selezione dei professionisti cui affidare i servizi legali esclusi. Al fine di rispettare i su descritti principi generali, è opportuno individuare gli operatori economici a cui richiedere preventivi per una valutazione

I servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, ex art. 17, sono affidati nel rispetto dei principi generali dettati per tutte le procedure di scelta del contraente: economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.



comparativa a partire da elenchi, previamente costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta ed oggetto di adeguata pubblicità, da pubblicare sul sito istituzionale.

Per la costituzione dell'Elenco, che deve essere aperto o comunque periodicamente aggiornato, sarà necessario che l'amministrazione pubblichi sul proprio sito un avviso indicativo finalizzato a sollecitare le manifestazioni di interesse. L'avviso dovrà indicare i requisiti richiesti per l'iscrizione e le eventuali categorie (se si intende dividere l'Elenco per materia) o fasce di importo.

L'ANAC raccomanda l'applicazione del principio di rotazione <<onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese e favorire la distribuzione tra gli operatori economici delle opportunità di essere affidatari di un contratto pubblico>>.

Il principio di rotazione non è sempre applicabile, tuttavia, se si pensa ai casi di costituzioni in giudizio urgenti, per le quali occorre procedere molto rapidamente all'affidamento dell'incarico. In tali ipotesi, l'ANAC considera ammissibile anche un'estrazione a sorte dall'elenco o una scelta diretta, purchè motivata.

L'Autorità predilige gli elenchi aperti, tanto è vero che nel documento di consultazione afferma che l'iscrizione in tali elenchi dei soggetti interessati, dotati dei requisiti richiesti, deve essere consentita senza limitazioni temporali o quantitative. Laddove tale modalità di funzionamento non fosse realizzabile per difficoltà pratiche o organizzative dell'amministrazione, deve essere garantito un periodico e frequente aggiornamento dell'Elenco stesso, così da consentire periodicamente l'ingresso di nuovi iscritti ed ampliare in tal modo la platea dei potenziali concorrenti.

L'ANAC scoraggia, infine, scelte volte a limitare il numero degli iscritti negli elenchi, in quanto queste andrebbero contro l'interesse della stessa

amministrazione ad avere un'ampia platea di candidati. Nel caso in cui l'amministrazione ritenesse comunque di dover imporre un limite massimo al numero di iscritti, tale numero deve essere idoneo a garantire una sufficiente concorrenza.

Con riferimento ai requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice, per i servizi legali esclusi la stazione appaltante potrebbe, in ipotesi, esigere un minor rigore formale ma avrebbe

comunque l'obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti di tali requisiti inderogabili di moralità, in quanto va salvaguardato il fondamentale principio di ordine

pubblico di assicurare l'affidabilità del soggetto che contratta con la pubblica amministrazione. Pertanto, la stazione appaltante dovrà provvedere alle necessarie verifiche, sicuramente nei confronti dei soggetti selezionati dall'elenco per singole procedure di affidamento di incarichi, ma nulla vieta che la verifica venga effettuata addirittura a monte, al momento dell'iscrizione del professionista nell'elenco.

5. Le procedure di affidamento dei servizi legali di cui all'art. 140 e all'Allegato IX del Codice

Al di sotto della soglia comunitaria, che per i servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice, è quella indicata dall'art. 35, comma 1, lett. d), ovvero 750 mila euro, detti servizi devono essere affidati secondo quanto previsto per gli affidamenti sottosoglia dal Codice e dalle relative Linee Guida ANAC n. 4, approvate con Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016.

Al superamento della predetta soglia si applica la disciplina codicistica generale, ma con un regime pubblicitario differenziato, in conformità a quanto previsto dagli artt. 140 e seguenti del Codice che

Sotto i 750 mila euro, i servizi legali di cui all'Allegato IX si affidano mediante le procedure previste per gli appalti sotto soglia. Sopra tali importi, invece, si applicano le regole codicistiche relative alle procedure ordinarie, ma con un regime pubblicitario alleggerito.



delineano un quadro di adempimenti alleggerito rispetto al normale⁸.

Trattandosi di servizi non di esclusivo appannaggio degli iscritti all'Albo degli avvocati, l'ANAC si sofferma sui requisiti di carattere speciale e, in particolare, sui requisiti di idoneità professionale e di capacità tecnica e professionale che possono essere richiesti ai concorrenti. Posto che i servizi legali, per loro natura, vengono svolti per lo più con lavoro prevalentemente proprio del professionista, tali requisiti assumono decisamente rilievo e ad essi la stazione appaltante dovrà prestare particolare attenzione, per esempio richiedendo l'iscrizione in Albi o Elenchi, laddove necessaria per l'espletamento del servizio legale oggetto di affidamento. Inoltre, per la capacità tecnica e professionale, le stazioni appaltanti potranno, ad esempio, richiedere l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore oggetto dell'incarico.

In quanto servizi di natura intellettuale, per i servizi legali è espressamente previsto⁹ l'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo nel caso di servizi di importo superiore a 40 mila euro. Di conseguenza, il criterio del minor prezzo può essere utilizzato solo per gli affidamenti di contratti di importo

inferiore a tale importo.

In merito, tuttavia, l'Autorità, considerata l'importanza degli interessi alla cui tutela è preposta l'attività difensiva, suggerisce, anche per gli affidamenti di minor valore, l'utilizzo del criterio della OEPV, che consente di selezionare il professionista sulla base di parametri di qualità e professionalità più che di convenienza puramente economica.

Con riferimento poi ai criteri di valutazione delle offerte, che devono essere oggettivi (si pensi, ad esempio, agli aspetti qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto come l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale impiegato nell'esecuzione), l'ANAC individua, tra i vari possibili, i seguenti: a) professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta dal numero di servizi svolti dal concorrente affini a quelli oggetto dell'affidamento; b) caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico; c) ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica; d) titoli accademici o professionali attinenti alla materia oggetto del servizio legale oggetto di affidamento.

Restiamo ora in attesa dell'Atto di regolazione definitivo, una volta conclusa la fase della consultazione pubblica.

8. Si riporta il testo dell'art. 142 del Codice, rubricato <<Pubblicazione degli avvisi e dei bandi>>, richiamato dall'art. 140 come applicabile ai servizi di cui all'Allegato IX: <<1. Le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi di cui al presente Capo rendono nota tale intenzione con una delle seguenti modalità: a) mediante un bando di gara, che comprende le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera F, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72; b) mediante un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I. L'avviso di preinformazione si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto.

2. Il comma 1 non si applica, allorché sia utilizzata per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi una procedura negoziata senza previa pubblicazione in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 63.

3. Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un appalto pubblico per i servizi di cui all'articolo 140 rendono noto il risultato della procedura d'appalto mediante un avviso di aggiudicazione, che contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera H, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre.

4. Per gli appalti pari o superiori alle soglie di cui all'articolo 35, i modelli di formulari di cui ai commi 1 e 3 del presente articolo sono stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione.

5. Gli avvisi di cui al presente articolo sono pubblicati conformemente all'articolo 72.>>

9. Dall'art. 95, comma 3, lett. b) del Codice.

L'Affidamento diretto negli appalti. La motivazione e la consultazione. Analisi e confronto anche tenuto conto del nuovo correttivo al Codice degli appalti

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Gli affidamenti diretti e la motivazione

Il Codice degli appalti, di cui al decreto legislativo 50/2016, nella sua veste originaria, ha stabilito che per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a), sia possibile procedere ad affidamento diretto, mediante una adeguata motivazione, previa consultazione di due o più operatori economici (come prevede la norma e le Linee Guida di riferimento).

Tale procedimento di affidamento ha comportato un ampio impatto nelle Amministrazioni procedenti, tenuto conto che l'affidamento ha condotto ad una semplificazione della procedura in termini di fasi da esperire e di adempimenti resi più informali, ma ha creato, tuttavia, difficoltà in relazione alla necessità, come richiesto, di una adeguata motivazione.

La motivazione è obbligatoria ai sensi della legge 241/1990 per ogni atto amministrativo, ad eccezione di alcune deroghe specifiche come prevede la norma.

Per gli affidamenti diretti negli atti decisori della P.A., la motivazione deve essere però "adeguata", è previsto, infatti, un rafforzamento della motivazione, al fine di rendere note le ragioni dell'affidamento diretto.

Le stazioni appaltanti si sono chieste, sin dall'inizio, cosa si intendesse per "adeguata motivazione" in termini di completezza e di corretto esercizio dell'attività amministrativa, in considerazione del fatto che nel precedente regime non sussisteva un analogo presupposto. Infatti era presente, in tema di affidamenti di servizi e forniture in economia, per importi infra € 40.000,00, la possibilità dell'affidamento diretto senza l'obbligo dell'adeguata motivazione.

L'affidamento diretto ha avuto difficoltà per le Amministrazioni appaltanti in riferimento

all'individuazione di un'adeguata motivazione proprio perché esso si pone come all'esterno, in parte, di un procedimento tipicizzato. L'adeguata motivazione ha comportato difficoltà per le Amministrazioni, in concomitanza, quindi, con la difficoltà di specificare, in termini di presupposti di diritto e di fatto, con contezza, la ragione della scelta dell'operatore economico.

Anac è intervenuta, inevitabilmente, imponendo di motivare l'affidamento diretto con un sistema comparativo tra gli operatori economici (come risulta dalle linee guida n. 4). Molte Amministrazioni hanno applicato questa procedura di comparazione avviando indagini di mercato finalizzate a conoscere i prezzi del mercato di riferimento.

La motivazione consiste, secondo dottrina, nella enunciazione dei presupposti e dei motivi su cui si fonda un determinato provvedimento.

L'affidamento ad un determinato soggetto presuppone l'individuazione, rendendole

pubbliche, delle ragioni che hanno condotto a tale scelta. Le disposizioni in materia di trasparenza obbligano a dare conto degli esiti di una procedura e dei dispositivi motivazionali inerenti gli affidamenti diretti.

La motivazione offre, attraverso il suo esame in sede giustiziale e giurisdizionale, l'opportunità del controllo dell'esercizio del potere discrezionale, esercitato sotto il profilo della logicità, razionalità e congruità. La motivazione è dunque applicazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, di efficienza, di economicità e di garanzia della certezza della decisione finale. L'obbligo generale di motivazione degli atti amministrativi è richiamato da statuizioni nazionali e sovranazionali (art. 296 del Trattato U.E.; art. 41, comma 2, della Carta sui diritti fondamentali dell'U.E.) e trae il proprio fondamento dagli stessi principi generali dell'azione

amministrativa.

La motivazione costituisce così la massima garanzia di legalità e di giustizia nell'esercizio della funzione amministrativa: la motivazione rappresenta il momento o la fase di rappresentazione delle risultanze istruttorie e si svolge attraverso l'acquisizione e valutazione di tutti i fatti giuridicamente rilevanti ai fini della decisione da assumere.

2. L'affidamento diretto e la giurisprudenza. Anac

La Giurisprudenza ha sempre posto attenzione in merito alla necessità di rispettare i principi generali in tema di affidamento, precisando che l'affidamento diretto di servizi di importo inferiore a 40.000 euro, deve avvenire nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e dei principi generali di trasparenza

e di contemperamento dell'efficienza dell'azione amministrativa, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori.

Non è possibile riscontrare in tale ambito, di attività negoziale anche di diritto privato, un'assenza di rilevanza pubblicistica.

Le regole procedurali anche minime che l'amministrazione osserva, implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295).

Ciò consente, fra l'altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell'istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi.

La motivazione è dunque applicazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, di efficienza, di economicità e di garanzia della certezza della decisione finale. L'affidamento ad un determinato soggetto presuppone quindi l'individuazione, rendendole pubbliche, delle ragioni che hanno condotto a tale scelta.

L'Amministrazione è da sempre tenuta all'espletamento di un confronto concorrenziale, pur con struttura semplificata, che garantisca una scelta del contraente rispettosa dei principi di trasparenza e di par condicio, anche al fine di dimostrare l'economicità dell'offerta e quindi il corretto utilizzo del denaro pubblico.

Le regole procedurali anche minime che l'amministrazione osserva, implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295). Ciò consente, fra l'altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell'istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi.

La negoziazione implica, dunque, una valutazione comparativa delle offerte, la cui indizione comporta il rispetto dei principi tipici della gara. E' quanto afferma anche il giudice amministrativo secondo il quale "l'informalità della gara non può dar luogo ad arbitri, dovendo comunque la scelta del contraente rispondere a criteri di logicità ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento" (Consiglio di Stato n. 5095/2008).

Le procedure negoziate costituiscono eccezioni alla regola della selezione del contraente mediante procedura di gara, la giurisprudenza è infatti concorde nel ritenere che le stazioni appaltanti

siano tenute a indicare nella determina a contrarre le specifiche caratteristiche e le motivazioni dell'affidamento. In mancanza l'affidamento diretto è illegittimo, per difetto assoluto di motivazione.

Anche l'Autorità di vigilanza in sede di direttive ai fini dell'aggiornamento dei Piani di prevenzione

della corruzione, anni 2016-2018, ha invitato le Amministrazioni ad inserire nei propri Piani la modalità di aggiudicazione competitiva ad evidenza pubblica o affidamenti mediante cottimo fiduciario, con consultazione di almeno n. 5 operatori economici, anche per procedure di importo inferiore a 40.000 euro.

E la medesima ha precisato: "L'espressa

previsione normativa del necessario rispetto dei menzionati principi impone una rivisitazione delle prassi abitualmente seguite dalle stazioni appaltanti nelle procedure sotto soglia, soprattutto nel senso dell'adozione di procedure improntate ad una maggiore trasparenza nella scelta del contraente. In particolare, il richiamo ai principi che governano le procedure di evidenza pubblica esclude che gli affidamenti sotto soglia, ivi incluso l'affidamento diretto, possano essere frutto di scelte arbitrarie

L'Amministrazione è tenuta all'espletamento di un confronto concorrenziale, pur con struttura semplificata, che garantisca una scelta del contraente rispettosa dei principi di trasparenza e di par condicio. La negoziazione implica, dunque, una valutazione comparativa delle offerte, la cui indizione comporta comunque il rispetto dei principi tipici della gara.

e impone alle stazioni appaltanti di predefinire ed esplicitare i criteri per la selezione degli operatori economici, con riferimento allo specifico contratto, nonché di assicurare adeguate forme di pubblicità agli esiti delle procedure di

affidamento". (Linee Guida Anac n.4).

Per questo motivo Anac ha individuato un metodo: "Si reputa che una motivazione adeguata dà dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre,

della rispondenza di quanto offerto alle esigenze della stazione appaltante, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dal contraente e della convenienza del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione.

A tal fine, si ritiene che le stazioni appaltanti, anche per soddisfare gli oneri motivazionali, possano procedere alla valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici” (Linee Guida Anac n.4).

La rotazione si pone in raccordo con i presupposti degli affidamenti. In caso di affidamento all’operatore economico uscente, è richiesto un onere motivazionale più stringente, onere che deve riguardare “il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale” (esecuzione a regola d’arte nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti).

Il tema della rotazione si pone come delicato e di ampio dibattito in Giurisprudenza ed è in connessione con il presupposto, in ogni caso, della motivazione che appare prevalente – nel senso che deve essere resa nota la ragione della scelta di proseguire il contratto, con una nuova decorrenza, con il medesimo fornitore - e

comporta, di regola, l’esclusione dell’invito del precedente gestore del servizio (T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336).

Il mancato invito del precedente gestore, invece, non necessita di una specifica motivazione, occorrendo, al contrario nel caso motivare la partecipazione del precedente gestore (cfr. TAR Napoli, 09.03.2017 n. 390 ord.).

Il tema della rotazione si pone come delicato e di ampio dibattito in giurisprudenza ed è in connessione con il presupposto, in ogni caso, della motivazione che appare prevalente – nel senso che deve essere resa nota la ragione della scelta di proseguire il contratto, con una nuova decorrenza, con il medesimo fornitore - e comporta, di regola, l’esclusione dell’invito del precedente gestore del servizio (T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336). Il mancato invito del precedente gestore, invece, non necessita di una specifica motivazione, occorrendo, al contrario nel caso motivare la partecipazione del precedente gestore (cfr. TAR Napoli, 09.03.2017 n. 390 ord.).



3. L’articolo 36, comma 2, lettera a). Disposizioni a confronto

La norma citata prevede: “... salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all’affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta.

Il Consiglio dei Ministri del 13/04/2017 ha approvato, su proposta del Presidente Paolo Gentiloni e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Graziano Delrio, in esame definitivo, il decreto legislativo correttivo del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, adottato a norma dell’articolo 1, comma 8, della legge delega n. 11 del 2016 e in esito alla consultazione pubblica.

L’articolo che interessa in tema di affidamenti diretti dispone: “per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i

lavori in amministrazione diretta”.

La norma citata prevede quindi la non consultazione degli operatori e la non motivazione da rendersi come adeguata.

La motivazione è comunque sempre presente negli atti amministrativi, tenuto conto dell’obbligo normativo, di cui all’art. 3 della legge 241/90

che recita: "Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2.

La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

La mancanza del presupposto della consultazione e del confronto delle offerte, quale metodo

di adozione pratico-operativo dell'adeguata motivazione, comporta, invece, il venir meno del presupposto, quale garanzia di trasparenza amministrativa, stabilito dalle linee Guida Anac che prevedevano, infatti, che una motivazione

adeguata avesse come effetto, il rendere noto il possesso, da parte dell'operatore economico selezionato, dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre, della rispondenza, di quanto offerto alle esigenze della stazione appaltante, nonché, della convenienza del prezzo.

La mancanza del presupposto della consultazione, quale metodo di adozione dell'adeguata motivazione, comporta il venir meno del presupposto stabilito dalle linee Guida Anac che prevedevano, infatti, che una motivazione adeguata avesse come effetto, il rendere noto il possesso, da parte dell'operatore economico selezionato, dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre, della rispondenza, di quanto offerto, alle esigenze della stazione appaltante, nonché, della convenienza del prezzo

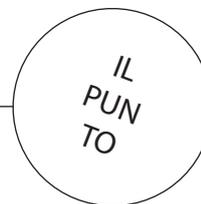


A tal fine, le stazioni appaltanti, anche per soddisfare gli oneri motivazionali, potevano, quale soluzione, conseguentemente, procedere alla valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

La struttura fino ad oggi delineata rappresentava un procedimento includente una fase istruttoria e decisoria formalizzata, coerente con gli orientamenti Anac e giurisprudenziali.

Modifiche alla disciplina delle garanzie nel «Correttivo» al Codice

di Francesca Scura



Premesse

La Legge delega n. 11/2016 ha previsto che, entro un anno dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, il Governo ha facoltà di adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura ivi contemplati.

Così, a quasi un anno dall'adozione del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 («Codice»), il Governo ha deciso di avvalersi di tale facoltà, approvando in via definitiva, lo scorso 13 aprile, lo schema del decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive, in corso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale («Correttivo»).

Nell'introdurre tali modifiche, il Governo ha tenuto conto delle consultazioni effettuate dal Parlamento, delle osservazioni formulate dall'ANAC e delle considerazioni del Consiglio di Stato.

Le modifiche così apportate seguono tre direttrici:
- modifiche di coordinamento ai fini di una più agevole lettura e interpretazione del testo;

- integrazioni che migliorano l'efficacia e chiariscono la portata di alcuni istituti, sulla base anche di quanto suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva e dalle associazioni o dagli operatori di settore;

- limitate modifiche ad alcuni istituti rilevanti, conseguenti alle criticità evidenziate nella prima fase attuativa del Codice.

La ratio di fondo delle modifiche in questione appare risiedere nella esigenza di perseguire quella «*semplificazione dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di renderli proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso*» menzionata nel testo della Legge delega (articolo 1).

Le modifiche al Codice apportano novità significative anche alla disciplina delle garanzie richieste ai concorrenti per la partecipazione alle gare di cui all'articolo 93 del Codice.

1. Appalti «sottosoglia»

Una prima novità riguarda la disciplina degli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lett. a) del Codice, ossia degli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 (cd. «sottosoglia») e precisamente di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro.

L'affidamento di tali appalti può avvenire mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o, per i lavori, in amministrazione diretta. Resta naturalmente salva la facoltà per le stazioni appaltanti di ricorrere, anche in tali ipotesi, all'affidamento secondo le procedure ordinarie.

Il «Correttivo» introduce all'articolo 93 la previsione per cui nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) (ossia nel caso di appalti aventi

importo inferiore a 40.000 euro) è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie

previste ordinariamente dal citato articolo per la partecipazione alle procedure di affidamento.

Ne viene che l'affidatario dei suddetti appalti – ove la stazione appaltante decida di avvalersi di tale facoltà - non dovrà prestare la garanzia provvisoria, che di regola è invece richiesta obbligatoriamente dalla stazione appaltante ed è pari al 2 % del prezzo base indicato nel bando o nell'invito nella forma di cauzione o di fideiussione.

Peraltro la stessa Autorità di Vigilanza, nelle linee guida relative alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, adottate con la delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, aveva ritenuto che l'invito ai concorrenti dovesse contenere tutti gli elementi che consentono alle imprese di formulare un'offerta informata e dunque seria, tra cui «l'eventuale» richiesta di garanzie¹.

2. Benefici in termini di riduzione della garanzia

Le modifiche introdotte con il decreto in commento ampliano i casi in cui è consentito ridurre l'importo della garanzia, disciplinando i casi e le percentuali di riduzione dell'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo.

Il Codice – anche anteriormente alle modifiche – teneva conto dell'esigenza di evitare che ai concorrenti potesse venire imposto un importo eccessivo e sproporzionato

rispetto all'oggetto dell'appalto. Resta immutata infatti la previsione dell'articolo 93, secondo

Il Decreto correttivo conferisce alla stazione appaltante la facoltà di non richiedere la garanzia provvisoria per affidamenti al di sotto di 40.000 euro al fine di tutelare i principi di semplificazione e proporzionalità



1. Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", punto 4.2.6.

cui al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto nonché al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1 per cento ovvero incrementarlo sino al 4 per cento.

Inoltre resta immutata la previsione di cui al comma 7 dell'articolo 93, secondo cui l'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50 per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO9000.

La novità riguarda l'introduzione del beneficio relativo alla predetta riduzione del 50 per cento - non cumulabile con quella appena

menzionata - anche in favore delle microimprese, piccole e medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese.

L'attenzione rivolta alle piccole e medie imprese si pone certamente in piena coerenza con gli orientamenti volti a facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, espressi dalla Commissione Europea nelle Direttive 24/2014 e 25/2014 (anche se non in riferimento al sistema delle garanzie) e più volte espresso nella legge delega.

La riduzione in questione è stata valutata positivamente anche dal Consiglio di Stato², che ha osservato come la stessa, oltre a rispondere al favor per quello che costituisce il tessuto

dell'economia nazionale, potrà avere benefiche conseguenze sull'ampliamento della platea dei concorrenti in quanto comporta un abbattimento dei costi e oneri collegati alla garanzia da prestare.

Tale favor legislativo ritorna al comma 8 dell'articolo 93, secondo cui alle microimprese, piccole e medie imprese non si applica la norma secondo cui l'offerta va corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto (definitiva), di cui agli articoli 103 e 104 del Codice, qualora l'offerente risultasse affidatario.

Una seconda modifica è invece finalizzata a consentire la cumulabilità, con le altre riduzioni

previste, della riduzione (contemplata dal quarto periodo del comma 6) pari al 15 per cento in favore degli operatori

economici che sviluppano un inventario di gas-serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067.

La riduzione pari al 15 per cento sopra menzionata può quindi cumularsi con quella del 30 per cento, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 o con quella del 20 per cento prevista per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI ENISO14001, previste al primo e secondo periodo del comma 7 dell'articolo 93.

Essa si cumula inoltre con la riduzione del 20 per cento prevista per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore

Possono beneficiare della riduzione del 50% della garanzia anche le microimprese, piccole e medie imprese e i raggruppamenti costituiti esclusivamente dalle medesime



2. Consiglio di Stato - Commissione speciale, Parere 30 marzo 2017, n. 782 (Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017).

dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010.

Resta ferma la previsione codicistica secondo la quale, per fruire delle riduzioni sopra descritte, l'operatore economico deve segnalare, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e documentare lo stesso secondo le procedure di comprova previste dalla normativa vigente.

Una ulteriore modifica è volta a consentire – per i contratti di servizi e forniture - una riduzione della cauzione provvisoria del 30 per cento in relazione al possesso da parte dell'operatore economico del *rating* di impresa in aggiunta al possesso del *rating* di legalità, come invece prevede il testo attualmente vigente.

La modifica in esame sembra in linea con la *ratio* di fondo del Correttivo (alla luce della Legge delega, art. 1, co. 1, lett. uu), che è quella di attribuire al possesso del *rating* di impresa una connotazione premiale (si vedano in proposito gli articoli 83 e 84 del Codice, che rendono il *rating* di impresa un pilastro fondamentale, tra gli elementi su cui si basa tradizionalmente il sistema di qualificazione).

Come evidenziato dall'ANAC, proprio in sede di consultazione sulle modifiche apportate dal Correttivo, il *rating* di impresa occupa un ruolo chiave nel processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici: esso è infatti finalizzato a valutare, valorizzare e di riflesso promuovere la performance contrattuale degli operatori economici e, al tempo stesso, la qualità nell'esecuzione dei contratti pubblici e il conseguente efficientamento del mercato di riferimento.

Si tratta di obiettivi raggiungibili attraverso la selezione dei più affidabili e corretti performer cui garantire l'accesso alla gara proprio tramite il più idoneo utilizzo del *rating* di impresa, garantendo, in tal modo, qualità, rispetto dei tempi e dei costi

in fase esecutiva. Per l'incremento del tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici, infatti, è parimenti rilevante l'abbattimento non solo dei costi di transazione connessi all'affidamento del contratto ma anche di quelli per l'appunto connessi all'esecuzione dell'accordo³.

In alternativa, la riduzione del 30 per cento è riconosciuta al concorrente che possieda attestazione del modello organizzativo, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 o di certificazione *social accountability* 8000, o certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (*Energy Service Company*) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici e per gli operatori economici in possesso della certificazione ISO 27001 riguardante il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni (comma 8, articolo 93 cit.). Tale riduzione del 30 per cento resta non cumulabile con le altre riduzioni sopra indicate.

Viene infine inserito, in sede di correttivo, un nuovo periodo, alla fine del comma 7, che disciplina le modalità di calcolo delle riduzioni nei casi di cumulo delle stesse: è specificato che in caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente.

La finalità di tale criterio è quella di garantire, anche nei casi di cumulo, il versamento di una garanzia in favore della stazione appaltante. Tali modalità di calcolo delle riduzioni hanno ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato proprio in vista della esigenza di evitare il rischio che le stesse si possano azzerare, lasciando le stazioni appaltanti prive di un importante strumento di tutela.

Lo schema seguente sintetizza le riduzioni applicabili alla garanzia provvisoria in seguito al Correttivo:



3. Sul punto si veda l'Atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017 *Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, adottato dall'ANAC.

APPALTO	RIDUZIONE	CONDIZIONI PER L'APPLICAZIONE DELLA RIDUZIONE
lavori, servizi, forniture	50%	Certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, rilasciata da, organismi accreditati ai sensi delle norme UNI CEI EN 45000 e UNI CEI EN ISO/IEC 17000. Lo sconto si applica anche alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese.
lavori, servizi, forniture	30%	Registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS). Lo sconto è ridotto al 20% per gli operatori economici in possesso di certificazione ambientale UNI EN ISO 14001
servizi, forniture	20%	Possesso del marchio di qualità ecologica dell'UE (Ecolabel UE) in relazione a beni o servizi che costituiscono almeno la metà del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso.
lavori, servizi, forniture	15%	Sviluppo di un inventario di gas-serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o di un'impronta climatica (carbonfootprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067.
servizi, forniture	30%	Possesso del rating di impresa o attestazione del c.d. modello organizzativo 231 o di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici.

3. Escussione della garanzia provvisoria

Il Correttivo modifica le ipotesi in cui alla stazione appaltante è consentito di incamerare la garanzia in seguito alla mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione.

Il testo vigente prevede come unico caso la mancata sottoscrizione per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, disponendo che «*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo*».

Il Correttivo invece, stralciando il precedente periodo, stabilisce che «*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto*».

La nuova disciplina quindi interviene eliminando il requisito del dolo o della colpa grave («*per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave*»), sicché ai fini della escussione della garanzia diventa sufficiente una qualsivoglia condotta imputabile all'affidatario come previsto dalla disciplina previgente («*ogni*

fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva»).

Si fa infatti notare che l'art. 75, comma 6, del precedente codice (D.Lgs. 163/2006), ora abrogato, si limitava a disporre che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario».

Oltre a rendere più generica e indeterminata la condotta dell'affidatario rilevante ai fini dell'escussione della garanzia, il Correttivo introduce una nuova previsione legittimante ex

se l'escussione della garanzia: l'adozione di informazione antimafia interdittiva ex articoli 84 e 91 del D.Lgs. n. 159/2011 a carico dell'affidatario.

Tale modifica tiene conto dell'orientamento giurisprudenziale invalso in materia, secondo cui, in caso di informazione antimafia interdittiva, «*le determinazioni amministrative in ordine alla revoca della aggiudicazione e alla mancata conclusione ovvero alla caducazione del contratto d'appalto assumono carattere vincolato per la stazione appaltante, a causa di circostanze addebitabili all'appaltatore soggetto a fenomeni d'infiltrazione mafiosa, che sarà quindi tenuto a rispondere del mancato adempimento mediante l'attivazione delle previste penali e fideiussioni. Infatti, se sotto il profilo soggettivo l'informativa antimafia costituisce ... una sopravvenienza non prevedibile, tuttavia sicuramente conosciuti, o conoscibili, dall'odierna appellante principale erano i fatti posti a fondamento dell'interdittiva.*» (Consiglio di Stato, sentenza n. 5533/2016).

Nell'ottica del Supremo Giudice amministrativo è difatti la società ad aver originato la revoca della aggiudicazione ed la conseguente impossibilità di adempiere, risultando la stessa priva dei presupposti di moralità e integrità oggetto di

accertamento vincolato da parte della Prefettura ed essendo i fatti posti a fondamento dell'interdittiva riferiti ad attività svolte dall'impresa o, comunque, conosciute o conoscibili, al momento della presentazione dell'offerta e pertanto ad essa imputabili in coerenza con l'esigenza di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

Le conseguenze patrimoniali della mancata conclusione del contratto devono quindi ricadere sul soggetto nella cui disponibilità era rimesso il presupposto giuridico mancante o venuto meno sanzionando la

violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante.

La garanzia provvisoria tutela la stazione appaltante dalla mancata stipula del contratto per fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva (non essendo più necessario il requisito del dolo o della colpa grave dell'affidatario per l'escussione della garanzia).

4. Ulteriori novità in tema di garanzia provvisoria

Ulteriori novità riguardano la forma in cui debba essere prestata la garanzia provvisoria: ai sensi del nuovo comma 2 dell'articolo 93 la cauzione, fermo restando il vigente limite all'utilizzo del contante, può essere costituita, a scelta dell'offerente, oltre che in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato (come prevede il testo attualmente vigente), anche con bonifico o in assegni circolari.

Con riferimento al vigente limite all'utilizzo del contante, la norma in esame richiama l'articolo 49, comma 1, del D.Lgs. 231/2007, che fissa il tetto in 3.000 euro.

Il nuovo articolo 93 stabilisce inoltre che le garanzie fideiussorie devono essere conformi allo schema-tipo di cui all'articolo 103, comma 9 (nuovo comma 8-bis dell'articolo 93 del Codice).

L'articolo 103, comma 9, ha demandato ad un

apposito decreto del Ministro dello sviluppo economico, emanato di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e previamente concordato con le banche e le assicurazioni o loro rappresentanze, l'approvazione dello schema-tipo a cui si devono conformare le fidejussioni.

5. Resta fermo che ...

L'articolo 93 in commento continua a disporre che la garanzia provvisoria, a scelta dell'appaltatore, può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti in apposito albo, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta in apposito albo e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa.

La garanzia deve poi prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

L'efficacia della garanzia è di almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta, salvo diverso termine - maggiore o minore - previsto discrezionalmente dalla stazione appaltante nel bando o nella lettera di invito, in ogni caso da raffrontarsi con la durata presumibile del procedimento.

Le stazioni appaltanti possono altresì prescrivere - nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione - che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta delle stesse nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando.

La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede

contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia provvisoria. Lo svincolo va operato tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di efficacia della garanzia.

L'articolo 93 continua a non trovare applicazione agli appalti di servizi aventi a oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento.

6. Modifiche alla disciplina inerente la garanzia definitiva

Il Correttivo (articolo 67) apporta lievi modifiche anche alla disciplina in tema di cauzione definitiva di cui all'articolo 103 («*Garanzie per l'esecuzione*») del Codice, riguardante per l'appunto le tipologie di garanzie che l'appaltatore deve costituire ai fini della sottoscrizione del contratto.

In particolare, al comma 2, primo periodo, dell'articolo 103, laddove si prevede che «*le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore*», viene specificato il riferimento, oltre che ai lavori, anche ai «servizi o forniture». Si provvede quindi a correggere un refuso precisando che tale diritto opera anche con riguardo all'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei servizi o delle forniture.

Inoltre al comma 8, laddove si prevede che per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 35, il titolare del contratto per la liquidazione della rata di saldo è obbligato a stipulare una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi, si aggiunge, per maggiore chiarezza, che la previsione del pagamento, che deve essere contenuta nella polizza in questione, riguarda l'«*indennizzo contrattualmente dovuto*»

in favore del committente non appena questi lo richieda, anche in pendenza dell'accertamento della responsabilità e senza che occorranza consensi ed autorizzazioni di qualunque specie.

Si interviene poi sul 9 comma dell'articolo 103, sostituendo l'espressione «*Le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato*» con la seguente: «*Le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste dal presente codice sono conformi agli schemi tipo approvati*».

Si estende così anche alle polizze assicurative la previsione dell'obbligo di conformità ad appositi schemi-tipo, attualmente espressamente previsto dalla norma solo per le garanzie fideiussorie. È chiaro in tal modo che l'obbligo di ricorso ad appositi schemi tipo riguarda tutte le forme di garanzia previste dal nuovo codice, e quindi non solo quelle fideiussorie ma anche le coperture assicurative.

Si specifica, infine, al comma 11, che la facoltà dell'amministrazione di non richiedere una garanzia opera per gli appalti «di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), nonché per gli appalti» da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. Si stabilisce quindi che gli appalti per i quali l'amministrazione può non richiedere una garanzia sono quelli per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, oltre a quelli già contemplati dalla norma.

Resta fermo che l'esonero dalla prestazione della garanzia debba essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

7. Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore

L'articolo 65 del Correttivo modifica il comma 10 dell'articolo 104 del Codice in materia di garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore.

L'articolo 104 disciplina il sistema di garanzia per appalti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro, prevedendo:

- una cauzione accessoria denominata «cauzione definitiva», presentata dal soggetto aggiudicatario, in luogo della garanzia prevista al citato articolo 103, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a sua scelta, per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse;
- una garanzia di conclusione dell'opera denominata «cauzione extra costi», nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal codice.

Le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore nonché quelle provvisorie (art. 93) e quelle

definitive (articolo 103) prevedono la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatario per l'eventuale indebito arricchimento e

possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti senza determinare tra essi vincoli di solidarietà nei confronti della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatario, i quali in caso di escussione dovranno procedere pro-quota nei confronti dei singoli garanti.

I garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatario.

In relazione agli appalti di lavori di particolare valore, il Correttivo introduce il vincolo di solidarietà tra i garanti (art. 104, comma 10), a maggiore tutela della stazione appaltante, in coerenza con il principio della garanzia a prima richiesta.



L'articolo 65 del Correttivo modifica il comma 10 dell'articolo 104, secondo cui «Le *garanzie di cui al presente articolo e agli articoli 93 e 103 prevedono la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore per l'eventuale indebito arricchimento e possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti senza determinare tra essi vincoli di solidarietà nei confronti della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, i quali in caso di escussione dovranno procedere pro-quota nei confronti dei singoli garanti. I garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore.*».

La modifica in questione sopprime la previsione che esclude il vincolo di solidarietà tra garanti, prevedendo quindi tale vincolo di solidarietà tra garanti in coerenza con il principio della garanzia a prima richiesta.

La modifica in questione è stata influenzata dall'orientamento del Consiglio di Stato (parere n. 22286 del 3/11/2016 sullo schema di Linee Guida sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto adottate dall'ANAC con deliberazione 1293 del 16/11/2016)⁴.

In tale parere il Supremo Giudice amministrativo rileva infatti: «*La posizione della stazione appaltante è ulteriormente indebolita dalla previsione applicabile sia alla cauzione provvisoria che a quella definitiva, della esclusione del vincolo di solidarietà tra i garanti (art. 104, c. 10), che non sembra molto coerente con il principio della garanzia a prima richiesta.*».

4. LINEE GUIDA ANAC N. 6 "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice".

Costi di sicurezza aziendali: soccorso istruttorio sì o no?

di Paola Cartolano

Premesse

A differenza della normativa previgente di cui al D.Lgs.n.163/2006, il **Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50** (di seguito "**Nuovo Codice**") prevede ora esplicitamente l'obbligo di indicare nell'ambito

dell'offerta economica i costi aziendali, tanto per gli appalti di lavori, che per quelli di servizi e forniture.

L'art. 95 del **Nuovo Codice**, rubricato "*Criteria di aggiudicazione dell'appalto*", al

comma 10 prescrive infatti che «*Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri **costi aziendali** concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*».

Nelle nuove procedure di gara indette ai sensi del

Nuovo Codice, dunque, l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale costituisce un preciso e ineludibile obbligo che le imprese concorrenti sono sempre tenute a rispettare ai fini della presentazione dell'offerta economica.

L'art. 95 del Nuovo Codice necessita tuttavia di una **lettura congiunta** con le disposizioni in materia di soccorso istruttorio, su cui si tornerà nel prosieguo. Quello che viene definito il "soccorso istruttorio" soggiace ai limiti che la giurisprudenza ha via via

elaborato in quanto si tratta di una **regolarizzazione postuma** che non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda di partecipazione e dell'offerta.

A riguardo già sotto

la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 si sono susseguite diverse pronunce giurisprudenziali relative alla possibilità o meno di far ricorso allo strumento del soccorso istruttorio in caso di omessa indicazione o mancata precisazione da parte del concorrente dei costi aziendali all'interno delle offerte.

Fino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara ed univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa ai costi di sicurezza aziendali.



1. Sul soccorso istruttorio

In termini generali, con l'introduzione dello strumento del soccorso istruttorio il legislatore ha voluto formalizzare nel modo più puntuale possibile i generali principi del *favor participationis* e del giusto procedimento come già esplicitati nell'art. 3 della L. n. 241/1990, i quali sono rivolti ad orientare l'azione amministrativa in merito all'effettiva verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti a una procedura di evidenza pubblica.

Si tratta, dunque, di un istituto volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione che risultano essere incomplete e/o irregolari, evitando così di essere esclusi dalla stessa.

Per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto sul contenuto e i limiti del "c.d. soccorso istruttorio", attesa l'equivoca formulazione delle disposizioni normative in materia.

Già il D.Lgs. n. 163/2006 contemplava l'istituto del soccorso istruttorio:

- l'art. 38 al comma 2-bis disponeva infatti che «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque

non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione

appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»;

- l'art. 46 disponeva che «1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. 1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. 1-ter. Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si

applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere

prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

Con l'introduzione dello strumento del soccorso istruttorio il legislatore ha voluto formalizzare nel modo più puntuale possibile il favor participationis

Il Nuovo Codice contiene rilevanti novità in merito al soccorso istruttorio rispetto nella precedente disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 163/2006: dalla lettura dell'art. 83, comma 9 del Nuovo Codice emergono, infatti, una serie di DIFFERENZE e NOVITA' rispetto alla disciplina

contenuta nel D.Lgs. 163/2006.

Il primo elemento da evidenziare riguarda l'accorpamento delle norme precedentemente contenute nel D.lgs. 163/2006: in un'unica disposizione, il comma 9 dell'articolo 83, vengono unificate, infatti, le previsioni precedentemente contenute agli articoli 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del D.Lgs. 163/2006.

Si evidenzia che l'art. 83, comma 9 citato è il frutto del recepimento nel nostro ordinamento dell'**art. 56, paragrafo 3 della Direttiva 24/2014/UE** (direttiva appalti), ai sensi del quale «*Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*».

Il fine della disciplina dei costi della sicurezza aziendali è la tutela di quei soggetti che andranno concretamente a svolgere le prestazioni oggetto di appalto

Testualmente, il **comma 9 dell'art. 83** dispone che «*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di **soccorso istruttorio** di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni*

necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

Da un punto di vista sostanziale la Direttiva 24/2014/UE e lo stesso art. 83, comma 9 del Nuovo Codice si contraddistinguono per aver ampliato il novero delle fattispecie "regolarizzabili", nell'ottica di privilegiare, al fine di favorire la massima partecipazione alle gare, gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale (cfr. TAR, Campania - Salerno, sez. I, sentenza 31 gennaio 2017 n. 194).

L'art. 83, comma 9 citato delinea tre categorie di irregolarità che possono caratterizzare la documentazione presentata dai concorrenti in sede di gara:

- a) irregolarità essenziali non sanabili, identificate in quelle che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione presentata o il soggetto che ha reso la dichiarazione o che è responsabile della titolarità del documento;
- b) irregolarità essenziali sanabili, identificabili in quelle che, pur non presentando le caratteristiche di quelle non sanabili, influiscono sulla determinazione dei contenuti del documento presentato. Per queste irregolarità la sanatoria comporta il pagamento di una sanzione pecuniaria da parte del concorrente;
- c) irregolarità formali o non essenziali, per le quali

è richiesta comunque la regolarizzazione ma senza che ad essa si accompagni il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Questa tripartizione impone una non facile operazione interpretativa volta a stabilire, **caso per caso**, in quale tipologia tra quelle indicate rientri l'irregolarità riscontrata, tenuto conto che molto diverse sono le conseguenze in ragione della qualificazione dell'irregolarità stessa.

Nella nuova disciplina qualsiasi carenza, omissione o irregolarità è dunque SANABILE con alcuni limiti insuperabili rappresentati dall'inalterabilità del contenuto dell'offerta, dal principio di segretezza della stessa, dalla certezza della sua provenienza e dal principio di inalterabilità delle condizioni di partecipazione alla gara. Il soccorso, quindi, è largamente ammesso con riferimento a tutti i requisiti di partecipazione.

Il Nuovo Codice, infatti, circoscrive la portata dello strumento del soccorso istruttorio il quale non trova applicazione di fronte a carenze documentali insanabili, provvedendo a tale chiarire che devono intendersi per **IRREGOLARITA' ESSENZIALI INSANABILI**: è, dunque, la nuova disciplina a specificare in maniera certa cosa debba intendersi per irregolarità insanabili, definendole, appunto, come **carenze concernenti l'offerta tecnica ed economica e, più genericamente, come carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.**

Si evidenzia che benchè la Direttiva 24/2014/UE non abbia subordinato l'esercizio del soccorso istruttorio al pagamento di una sanzione pecuniaria ma solamente all'osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza, non esclude né bandisce come illegittima detta possibilità: in tale cornice ha operato il nostro legislatore nonostante la legge delega n. 11/2016 non lo avesse previsto e il Consiglio di Stato nel parere consultivo n. 855/2016 avesse invitato il medesimo legislatore a prevedere la totale gratuità del soccorso istruttorio («*Il comma in esame (il quale peraltro riprende in massima parte il contenuto del d.lgs. 163 del 2006, art. 38 co. 2-bis in tema di c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento')* appare di dubbia conformità con

la previsione delle legge delega, che prevede forme di "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda" (lettera z). Al di là della divisibilità o meno di questa scelta del legislatore (che sembra eliminare un deterrente indubbiamente responsabilizzante per le imprese) non si può riproporre il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento' di cui all'attuale art. 38, co. 2-bis dell'abrogando codice. In questa prospettiva, anche al fine di rispettare il fondamentale criterio di semplificazione imposto dalla delega, si suggerisce di prevedere due sole fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria».

2. Costi di sicurezza aziendali

Per quanto concerne la tipologia dei costi aziendali si distinguono:

- **costi interni o aziendali**, che attengono all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e vanno necessariamente previsti in sede di offerta, potendo essere stimati solo dall'operatore economico rispetto alla propria organizzazione produttiva d'impresa e a seconda dello specifico appalto da realizzare;
- costi da interferenze, che sono fissi, non soggetti a ribasso e quantificati a monte dalla stazione appaltante

Il fine della disciplina in materia dei costi della sicurezza aziendali è – come noto – quello di assicurare che nei contratti pubblici l'esecuzione dei lavori e la prestazione di servizi e forniture avvengano nel pieno ed effettivo rispetto della normativa sulla sicurezza del lavoro, a tutela di quei soggetti che andranno concretamente a svolgere le prestazioni. La predetta finalità della norma si è così tradotta in un precetto di natura preventiva e deve prevedere l'applicazione di un meccanismo in grado di contemperare da una parte l'esigenza di sicurezza dei lavoratori e dall'altra il rispetto del principio del *favor participationis* nelle pubbliche gare, cui l'istituto del soccorso istruttorio è rivolto.

Già il D.Lgs. 163/2006 con riferimento ai criteri di verifica delle offerte anormalmente basse stabiliva l'obbligo di indicare l'incidenza specifica degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta, al fine di consentire alla stazione appaltante una corretta valutazione, in sede di verifica dell'anomalia, circa la congruità di tali oneri rispetto all'entità, alla qualità e alle caratteristiche dei lavori, servizi e forniture da affidare, a salvaguardia primaria della sicurezza dei lavoratori (art. 87, comma 4 testualmente «*Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222.*

Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture»).

A riguardo il Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 17 giugno 2014 n. 3056 ha riconosciuto all'art. 87, comma 4, del D.Lgs. 163/2006 una «*prioritaria finalità della tutela della sicurezza del lavoro, che ha fondamento costituzionale e trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, rispettivamente di aggiudicare questi ultimi alle migliori condizioni consentite dal mercato, da un lato, e di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto dall'altro.*

Tuttavia, fino all'entrata in vigore del Nuovo Codice (che ora prevede espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza), nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara ed univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa ai costi di sicurezza aziendali. Tale obbligo era frutto di una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, interpretazione consolidata per effetto della sentenza dell'**Adunanza Plenaria n. 3/2015** secondo cui «*Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la*

sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara».

3. Esperibilità del soccorso istruttorio in caso di mancata dichiarazione dei costi aziendali

Le questioni relative alla sussistenza dell'obbligo di indicazione dei costi della sicurezza e l'eventuale possibile esperibilità del soccorso istruttorio in caso di mancata dichiarazione sono state oggetto di numerose pronunce dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa - culminate nella richiamata Adunanza Plenaria n. 3/2015 - che, in vigore del D.Lgs. n. 163/2006, giungevano alla conclusione della legittimità dell'esclusione del concorrente che non aveva indicato i costi di sicurezza, pur se non espressamente richiesti dalla *lex specialis*.

Sul tema si è in seguito espressa l'**Adunanza Plenaria n. 9/2015** la quale ha affermato che «*non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015».*

Sulla questione concernente le conseguenze della violazione dell'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza aziendale e l'esercizio del soccorso istruttorio si è espressa anche l'**Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 19 e 20 del 27 luglio 2016** con riferimento a fattispecie disciplinate dall'allora vigente D.Lgs. n.163/2006; con le richiamate pronunce è stato stabilito che l'automatismo dell'effetto escludente per mancata indicazione degli oneri di sicurezza, anche in assenza di indicazioni in tal senso da parte della *lex specialis* di gara, si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli, che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*. In particolare, era stato chiesto all'Adunanza

Plenaria «se il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015, è rispettoso dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria».

Quello che viene, dunque, chiesto nel 2016 all'Adunanza Plenaria è di chiarire se il principio della sentenza n. 9 del 2015 debba operare in senso assoluto oppure se, ricorrendo peculiari circostanze, possa trovare una "mitigazione", a fronte dell'esigenza di tutelare i principi euro-unitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

L'Adunanza Plenaria per dirimere la questione fa riferimento ai principi elaborati dalla sentenza della Corte di giustizia UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15 secondo cui i principi di trasparenza e di parità di trattamento, che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti; situazione questa che non si verifica quando il requisito di partecipazione è chiarito *ex post*, sulla scorta di prassi applicative della stazione appaltante o di interpretazioni giurisprudenziali.

L'Adunanza Plenaria n. 19/2016 ha così enunciato il seguente principio di diritto: «Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla

legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio».

Nel contempo è stato chiarito il principio di diritto indicato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2015: «Gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Laddove, invece, (come avviene nel caso oggetto del presente giudizio), non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale. In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nei casi in cui ricorre la situazione sopra descritta di affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente».

Come sopra rilevato, ai sensi della **nuova disciplina dell'art. 83, comma 9 del Nuovo Codice** l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti è ammissibile solo relativamente alle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" mentre è escluso il soccorso istruttorio per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità "afferenti all'offerta tecnica ed economica", quale l'indicazione dei costi aziendali

per la sicurezza ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Nuovo Codice.

Sull'applicazione della nuova norma si segnala la pronuncia del **TAR Catania, sez. III, sentenza del 12 dicembre 2016 n. 3127** secondo cui «il disposto di cui all'art. 83, comma 9, del D.lgs n. 50/2016, che esclude l'applicabilità della procedura di soccorso istruttorio per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale "afferenti all'offerta tecnica ed economica", dopo l'intervento di CGE 10 novembre 2016 più volte richiamata debba essere **contemperato** con le esigenze considerate nella pronuncia, ovvero la necessità, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di una intermediazione/contraddittorio con l'appaltatore, che potrebbe aver presentato comunque un'offerta comprensiva degli oneri senza averla però dettagliata. ... Nel caso di specie, infatti, non è in contestazione, sotto il profilo sostanziale, l'avvenuto rispetto dei costi minimi imposti dagli obblighi in materia di sicurezza del lavoro, ciò che peraltro dimostra che non vi è qui un reale vulnus all'interesse protetto dalla prescrizione relativa all'obbligo di indicare i costi aziendali (art. 95, comma 10, nuovo codice appalti) e non vi è una irregolarità essenziale dell'offerta economica, atteso che gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Laddove, invece, come avviene nel caso oggetto del presente giudizio, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale.

In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nei casi in cui ricorre la situazione sopra descritta di affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente (Ad. Plenaria n. 19/2016 già richiamata)».

Sul medesimo orientamento si evidenzia inoltre la pronuncia del **TAR Salerno, sez. I, sentenza del 5 gennaio 2017 n. 34** relativa al caso di un'impresa aggiudicataria che doveva essere esclusa dalla gara poiché non aveva indicato, nella relativa offerta economica, i costi relativi alla cd. sicurezza aziendale o interni. Considerato che ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Nuovo Codice l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti è ammissibile solo relativamente alle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" (non la carenza di un elemento "sostanziale", perché attinente al contenuto dell'offerta economica) e comunque al fine di emendare "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica" (mentre l'indicazione degli oneri di sicurezza cd. aziendale attiene direttamente, ai sensi del citato art. 95, comma 10 all'offerta economica), il Collegio ha ritenuto di non condividere la tesi di parte resistente secondo cui l'indicazione dell'importo relativo agli oneri di sicurezza cd. aziendale, effettuata dall'impresa aggiudicataria a seguito dell'invito rivolto dalla stazione appaltante, avrebbe avuto carattere meramente specificativo dell'importo degli oneri di sicurezza indistintamente (ovvero con riguardo sia agli oneri di sicurezza interni che a quelli da interferenza) contenuto nella *lex specialis*, risultando quindi riconducibile al soccorso istruttorio «atteso che la specificazione quantitativa di una determinata voce, all'interno di un importo non imputabile esclusivamente ad essa, è equiparabile alla indicazione ex novo della voce originariamente omessa, scontrandosi quindi in ogni caso con gli evidenziati limiti applicativi dell'istituto de quo».

Interessante è anche la pronuncia del **TAR Milano, sez. IV, ordinanza del 25 novembre 2016 n. 1522 secondo cui** gli oneri aziendali della sicurezza sono «una componente essenziale dell'offerta economica, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.l.vo 2016 n. 50 e laddove, come nel caso di specie, la *lex specialis* ne richieda l'esplicitazione, anche mediante il riferimento alla necessità di scomporre l'offerta nelle diverse voci di costo che la formano, non sono invocabili esigenze di trasparenza al fine di negare la configurabilità della causa di esclusione ravvisata dall'amministrazione (cfr. Corte di giustizia, 2 giugno 2016, C-27/15; Consiglio di Stato, Ad. Pl., 2016 n.ri 19 e 20)». Inoltre, «la circostanza che il successivo art. 97 indichi come oggetto della valutazione di anomalia anche la verifica degli oneri aziendali della sicurezza, da un lato, non comporta che ogni determinazione della stazione appaltante sul punto sia subordinata alla verifica di anomalia, dall'altro, non incide sulla circostanza

**L'art. 83, comma 9, del D.Lgs n. 50/2016
esclude l'applicabilità del soccorso
istruttorio per la mancanza, l'incompletezza
e ogni altra irregolarità essenziale "afferenti
all'offerta tecnica ed economica" come i
costi di sicurezza aziendale**

che l'omessa esposizione in offerta di tali costi non sia superabile in sede di soccorso istruttorio, poiché l'art. 83, comma 9, del d.l.vo 2016 n. 50 ne esclude l'attivazione per i profili relativi all'offerta economica».

Si rileva che l'ordinanza in questione è stata anche confermata in sede di appello dal **Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza del 15 dicembre 2016 n. 5582** poiché è risultata «*dirimente la mancata indicazione da parte della società appellante degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali', con conseguente violazione dell'articolo 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Si osserva al riguardo che non emergono allo stato profili di incompatibilità fra le disposizioni di diritto interno che impongono ora in modo tassativo tale indicazione e il pertinente paradigma normativo eurounitario*».

In ambito di prassi sul punto si segnala anche la **Delibera dell'ANAC del 11 gennaio 2017, n. 2**

secondo cui in una gara indetta in vigore del Nuovo Codice, nella cui *lex specialis* non è previsto l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale, qualora il concorrente non li abbia indicati specificamente, l'amministrazione è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, nonché secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 novembre 2016, ovvero previa verifica della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri. Nel primo caso, infatti, il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito, in quanto il concorrente, formulando un'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza, nel sanare la propria offerta, apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta medesima, in violazione dei

principi generali in materia dei contratti pubblici. Nel secondo caso, invece, avendo il concorrente indicato un prezzo **c o m p r e n s i v o** degli oneri di sicurezza, senza

tuttavia chiarirne l'importo, l'amministrazione potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente.

4. Conclusioni

Dall'esame della nuova disciplina sul soccorso istruttorio si rileva che quelli che apparivano come i caratteri tipici delle irregolarità essenziali sanabili nel D.Lgs. n. 163/2006 diventano nel Nuovo Codice gli elementi caratterizzanti delle irregolarità essenziali non sanabili, fra cui l'indicazione nell'ambito dell'offerta economica dei costi aziendali sulla sicurezza.

È facile comunque ipotizzare che la novità introdotta darà luogo, in sede di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, a significative difficoltà operative e anche a possibili motivi di contenzioso.

Rito “super accelerato” o meglio ipercompresso contro gli atti (positivi o negativi) di ammissione alle procedure di gara

di Adriana Presti

1. Il quadro normativo

Come noto, l’art. 120 comma 2-bis c.p.a. nel testo novellato dal D. Lgs. n. 50/2016, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e/o le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante.

L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E’ altresì inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.

Il rito introdotto dal nuovo Codice sui Contratti Pubblici si contraddistingue per la specialità dei termini a difesa e per la celerità dei tempi di risoluzione della controversia.

Ai sensi poi del comma 6 bis della medesima disposizione, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso può essere definito, negli stessi termini, in udienza pubblica.

In linea con tale eccezionale e straordinaria accelerazione e compressione del giudizio, sono ridotti in modo significativo i termini minimi per la comunicazione alle parti della data dell’udienza e quelli per la produzione di documenti, memorie, e repliche (rispettivamente indicati in 15, 10, 6 e 3 giorni liberi anteriori alla stessa data).

Tale contrazione delle tempistiche è all’evidenza fortemente incompatibile con un’attenta e completa valutazione della documentazione e delle problematiche solitamente complesse relative alla materia in oggetto¹.

La norma stabilisce, in una con il divieto di cancellazione della causa dal ruolo, il divieto di rinvio della trattazione se non per esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio e per produrre motivi aggiunti e ricorso incidentale². Si contrae poi entro un massimo di 3 giorni il termine per il deposito degli adempimenti istruttori e entro 15 giorni quello per la fissazione della nuova camera di consiglio e si riduce a 7 giorni dalla camera di consiglio/udienza il termine di deposito della sentenza.

Nello stesso spirito (per così dire) “acceleratorio”, si esclude l’operatività del termine “lungo” di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza per la proposizione (*recte* notificazione) dell’appello, ridotto dunque in ogni caso a 30 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della sentenza.

Sebbene le riferite tempistiche non sembrano in linea teorica lasciare molto spazio per la tutela

1. M.A. Sandulli, Rito speciale in materia di contratti pubblici, 19 aprile 2016, in lamministrativista.it.

2. Evidente l’assenza di coordinamento con le ipotesi di rinvio previste dal co. 6 dell’art. 120, che non contiene l’espresso riferimento ai motivi aggiunti e al ricorso incidentale, ma giustifica correttamente il rinvio per il rispetto dei termini a difesa.

cautelare³ (salvo il periodo di sospensione feriale), v'è un difetto di coordinamento con l'art. 62, comma 1, c.p.a., che, per l'appello cautelare, prevede in ogni caso il termine lungo di 60 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza.

E' evidente che il Legislatore ha inteso concentrare le suddette **controversie** in una fase

anteriore a quella involgente l'impugnazione dell'aggiudicazione, al fine di evitare che attraverso la presentazione di ricorsi principali ed incidentali, venisse completamente sovvertito l'esito della gara, anche a distanza di tempo.

2. L'atteggiarsi dell'interesse al ricorso

Numerose sono le pronunce intervenute sul tema in ordine a taluni profili del suddetto rito. Infatti tale nuova disciplina, introdotta al dichiarato intento di ridurre il numero dei ricorsi in materia di appalti, crea qualche problema applicativo.

La novità introdotta dall'art. 120, commi 2-bis e 6-bis c.p.a., onerando i partecipanti della gara ad impugnare immediatamente le ammissioni altrui e precludendo di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura, **deroga al principio dettato dall'art. 100 c.p.c.** ai sensi del quale «per proporre una domanda o contraddire alla stessa è necessario avervi interesse» e innova rispetto alla granitica giurisprudenza amministrativa a riguardo.

Infatti, l'aver anticipato l'accesso alla tutela giurisdizionale in caso di contestazione

dell'ammissione alla gara degli altri concorrenti, ha comportato uno stravolgimento del modo di intendere l'interesse a ricorrere⁴.

Non v'è dubbio, infatti, che la disposizione in esame - sulla quale aleggiano non pochi dubbi di incostituzionalità - introduca un atteggiarsi dell'interesse a

ricorrere per così dire più virtuale⁵, atteso che l'impugnazione dell'altrui ammissione deve inderogabilmente essere proposta, a pena di decadenza, entro i termini temporali prescritti dall'art. 120 comma 2 bis cit.. Il che comporta un diverso atteggiarsi delle condizioni dell'azione posto che la norma di fatto esclude qualsivoglia valutazione sull'effettiva incidenza della stessa ammissione sulla posizione in graduatoria del soggetto ricorrente e/o sull'aggiudicazione finale (c.d. prova di resistenza).

A tal riguardo il TAR Campania, Napoli, 2 febbraio 2017, n. 696, ha ritenuto la *ratio* della disposizione pienamente conforme al principio di ragionevolezza dei tempi del processo e, in ultima istanza, a quello di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost.. Sicché non si porrebbe, in tale ottica, alcuna questione di costituzionalità né di compatibilità comunitaria della norma. Si tratta tuttavia di un tema fortemente dibattuto destinato a non sopirsi.

Altro tema di cui si è dibattuto concerne la questione della procedibilità del ricorso ex art. 120, comma 2-bis c.p.a. ove, nelle more del processo, intervenga il provvedimento di aggiudicazione in favore del ricorrente.

Tutte le peculiarità del rito appalti sono legate all'esigenza di accelerazione della definizione delle relative controversie, perseguita attraverso strumenti diretti alla pretesa semplificazione del processo e alla deflazione del contenzioso.



3. A tal proposito il Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2017, n. 1323 ha statuito che "una volta ammessa, come da costante giurisprudenza, la tutela cautelare anche nel rito specialissimo dell'art. 120, comma 2-bis, deve dedursi per l'applicabilità, in tale contesto e anche in appello, dello stesso schema circa l'esito processuale mediante sentenza ex art. 60 c.p.a.".

4. Cfr. I. Valla, "Interesse a ricorrere" e art. 120 co. 2 bis del cpa: tra deflazione del contenzioso e legittimità costituzionale", in *ItaliAppalti.it*.

5. Cfr. Cristina Lenoci, I presupposti applicativi del rito super accelerato, in *ItaliAppalti.it*.

Il TAR Lazio, Roma, 8 febbraio 2017, n. 2118 ha affrontato detta questione statuendo che il ricorso per l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara non è improcedibile, nelle more del giudizio, sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva in favore del ricorrente.

In ragione della suddetta separazione tra le due fasi processuali, cui corrispondono anche riti diversi, il TAR ha affermato che la successiva aggiudicazione non può ritenersi tale da incidere sull'interesse a ricorrere ex art. 120, comma 2-bis c.p.a., non essendo venuta meno l'utilità del ricorso anticipato.



Interessante l'iter motivazionale del Collegio, il quale:

- ha dato atto della impostazione tradizionale, secondo la quale, ove in corso di causa intervenga un fatto esterno che incida sull'interesse a ricorrere e faccia venir meno l'utilità del ricorso, l'azione diventerebbe improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, perché ormai incapace di portare un distinto vantaggio al ricorrente, meglio soddisfatto con il bene finale ;
- ha rilevato che nel caso di specie l'impostazione tradizionale debba essere rivista in ragione della su richiamata eccezionalità del nuovo rito, che ha definito un modello di contenzioso sugli appalti a duplice sequenza: il nuovo sistema accelerato viene disgiunto da quello successivo delle impugnazioni per vizi di altri atti della procedura di gara o dell'esito della stessa. Ove si seguisse l'impostazione tradizionale e il ricorso venisse dichiarato improcedibile, invero, alla luce della lettera del nuovo art. 120, comma 2-bis c.p.a., le censure avverso il provvedimento di ammissione degli altri concorrenti non potrebbero essere mosse successivamente con lo strumento del ricorso incidentale volto a paralizzare quello principale avverso l'aggiudicazione dell'appalto. Sostiene il Collegio che, in ragione di quanto esposto, dichiarare improcedibile il ricorso in ragione del raggiungimento del bene dell'aggiudicazione da parte del ricorrente

comporterebbe una situazione del tutto singolare, se non violativa del diritto di difesa.

Per quanto invece riguarda il termine entro cui proporre un ricorso incidentale nel rito "super-speciale", il medesimo TAR Lazio ha evidenziato che l'interesse alla

proposizione di tale ricorso, da parte dell'operatore economico la cui ammissione alla gara sia stata contestata, sorge già dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione ex art. 29 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Sebbene la sentenza n. 2118/2017 non possa dirsi esplicita a riguardo, la stessa sembra sostenere che, poiché il ricorso incidentale costituisce lo strumento con cui proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale (art. 42 c.p.a.) e poiché in ipotesi di tal fatta l'interesse a contestare l'altrui ammissione è già sorto con la pubblicazione del provvedimento di ammissione, il ricorso in questione dovrebbe essere più propriamente qualificato come ricorso principale, proposto da un cointeressato alla caducazione del provvedimento di ammissione. Con la conseguenza che il termine di trenta giorni non potrebbe utilmente decorrere dalla pubblicazione del provvedimento, ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis c.p.a.

3. I presupposti applicativi del rito "ipercontratto"

L'operatività, come si è visto, del rito in parola ha precisi presupposti applicativi. I quali in sintesi consistono:

- i. nel rispetto delle forme di pubblicità necessario ai fini dell'applicazione del rito "super speciale" di cui all'art. 120, comma 6 bis, c.p.a..
- ii. nella possibilità di operare, con una valutazione caso per caso, una netta

distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione.

In difetto della contestuale ricorrenza di tutti i presupposti per la concreta applicazione della prescrizione processuale relativa al c.d. rito "superaccelerato", deve ritenersi che la medesima si riveli inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e cioè un sistema a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara.

In tal senso si è di recente espresso il TAR Puglia, Bari, con la pronuncia del 14 aprile 2017, n. 394. Nel caso di specie all'esito di una gara, indetta dall'Acquedotto Pugliese s.p.a. (di seguito anche AQP), per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva di alcuni servizi di depurazione, una società impugnava con un unico ricorso (i) l'aggiudicazione (ii) la contemporanea Determina «con la quale sono stati approvati i verbali della Commissione di gara» e (iii) «ogni altro atto, connesso, presupposto e consequenziale», chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia in sede cautelare.

AQP eccepiva l'inammissibilità del ricorso «per avere la ricorrente cumulato le domande avverso due segmenti concorsuali soggetti a riti processuali diversi: il primo avverso l'ammissione alla gara del RTP aggiudicatario, assoggettato alle previsioni di cui al comma 6-bis dell'art. 120 c.p.a. e il secondo avverso il provvedimento di aggiudicazione, regolato dal rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., oltre a sostenere l'infondatezza nel merito del ricorso».

Durante l'udienza di trattazione del cautelare, la stazione appaltante precisava che non v'era stata alcuna pubblicazione o comunicazione specifica degli atti di ammissione/esclusione della gara e dei verbali della Commissione precedente alla fase di aggiudicazione⁶. Con la sentenza in commento, il TAR ha tuttavia escluso l'applicabilità alla fattispecie dell'invocato art. 120 comma 2-bis c.p.a.,

proprio in quanto, la stazione appaltante «non ha rispettato, nella specie, le forme di pubblicità idonee a garantire l'immediata conoscenza degli atti relativi all'ammissione/esclusione, prima, ed aggiudicazione, poi, previste, in particolare, agli artt. 29 e 76 del nuovo codice del contratti», con la conseguenza che «non si individua una netta distinzione tra fase di ammissioni/esclusioni e fase di aggiudicazione».

Il Collegio ha, a tra l'altro, richiamato un proprio precedente⁷ in cui è stato escluso che, in difetto dalla comunicazione⁸ del provvedimento sulle esclusioni e ammissioni possa decorrere il termine per impugnare il suddetto provvedimento.

In tale precedente, in particolare, era stato, utilmente, valorizzato un passaggio della sentenza del Consiglio di Stato⁹ in cui, seppur con riferimento al diverso profilo del regime temporale di applicazione delle nuove regole processuali, era stato sottolineato che il rito super-speciale «in difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile – la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito».

Tale interpretazione trova conferma anche sulla base di un'interpretazione strettamente letterale, «giacché l'art. 120 comma 2-bis c.p.a. fa espresso riferimento all'adozione di "successivi atti", rispetto al 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-professionali [...]». In difetto di una netta separazione tra le fasi di

6. Nella stessa udienza, come si apprende dalla sentenza, la difesa del controinteressato dichiarava di rinunciare all'eccezione di tardività del ricorso, a cui invece non rinunciava AQP.

7. TAR Puglia, Bari, sez. III, 5 aprile 2017, n. 340.

8. Ai sensi dell'art. 76 comma 3 del Codice.

9. Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994.

gara, pertanto «le esigenze di rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili dai protagonisti della gara divengono attuali solo nel momento in cui il procedimento è giunto alla fase di aggiudicazione definitiva, soggetta all'usuale rito, pur "speciale", disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120 c.p.a.».

Il che trova inoltre riprova anche nella recente ordinanza del Cons. St., sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059, laddove ha affermato che «la novella all'art. 120 c.p.a. disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda».

A tali "dirimenti" considerazioni, si affianca l'ulteriore argomento in base al quale gli eventuali dubbi in merito all'applicazione delle nuove regole processuali devono «essere risolti preferendo l'opzione ermeneutica meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa (e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24 e 113)» (Cons

Stato sent. n. 4994 del 2016, cit.).

Il Collegio ha dunque applicato al caso in esame «l'unico rito, già "speciale", disciplinato dall'art.120 c.p.a.» sottolineando che la definizione della controversia in forma semplificata all'esito dell'udienza fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, «contribuisca, pur in applicazione dell'unico rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., alla rapida costituzione di certezze giuridiche sulla

procedura di gara, nel rispetto delle esigenze che hanno indotto il legislatore a riformare il Codice degli appalti». Anche il TAR Toscana, Firenze, 23 marzo 2017, n. 454 ha avuto modo di statuire che "Ove non sia stato adottato il provvedimento che determina ammissioni ed esclusioni previsto dall'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016 non è applicabile il rito di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.".

4. L'individuazione del *dies a quo* del termine di impugnazione

In tema di individuazione del *dies a quo* del termine di impugnazione il TAR Puglia, Bari, 5 aprile 2017, n. 340 ha di recente avuto modo di chiarire

che il termine di immediata impugnazione delle ammissioni alla procedura inizia a decorrere a condizione che siano state rispettate tutte le formalità volte alla "immediata conoscenza" degli atti, così come richiesto dalla nuova disciplina dettata dal Codice. Nel caso in esame, il provvedimento di aggiudicazione della gara era stato

Il neonato rito super-speciale in materia di impugnazione contro le esclusioni e le ammissioni costituisce, infatti eccezione al regime "ordinario" del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, perciò, deve essere applicato solo nel caso in cui sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia conseguenza del primo.

(si) pubblicato sul sito internet della stazione appaltante¹⁰ ma non nella sezione "amministrazione trasparente", in spregio a quanto previsto dall'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 norma che, espressamente, richiama a sua volta il d.lgs. n. 33 del 2013 s.m.i.. Il TAR ha pertanto ritenuto che, nella fattispecie, la mancata (ovvero non corretta) pubblicazione sul profilo del committente degli atti relativi all'ammissione dei concorrenti,

10. Albo pretorio dell'ente provinciale.

ha fatto sì che il termine di trenta giorni previsto per impugnare il provvedimento che ha reso noto l'elenco delle ditte ammesse ed il nominativo di quella risultata aggiudicataria, dovesse decorrere dalla data di invio della relativa pec. Il TAR, difatti, ha fatto proprio (in via analogica) l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 4994 del 25 novembre 2016 innanzi richiamato.

Di recente anche il TAR Molise, Campobasso, 28 aprile 2017, n. 150 ha affermato che l'onere di impugnazione tempestiva degli atti che determinano le ammissioni alla procedura di affidamento è condizionato dalla necessaria pubblicità degli atti di gara – tramite la pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" – che garantisca il pieno e tempestivo accesso alla documentazione, «non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto (l'ammissione di un altro operatore) privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda».

La suddetta disciplina **pone una deroga alla regola ordinaria in materia di impugnazione** dei provvedimenti amministrativi che giustifica l'immediato decorso del termine per ricorrere dalla "semplice conoscenza del provvedimento" e dunque dal momento in cui il destinatario è posto in grado di apprezzarne la lesività.

Nel caso sottoposto al TAR, poiché la stazione appaltante non aveva né eccepito né provato che fosse avvenuta la prescritta pubblicazione sul profilo del committente, il Collegio ha ritenuto ricevibile ed ammissibile, sotto il profilo della tempestività, il ricorso con cui era stato impugnato l'atto di ammissione alla gara della ditta aggiudicataria, unitamente all'aggiudicazione della medesima.

La sentenza, richiamando un precedente dello stesso TAR (Molise, 30 novembre 2016, n. 499) precisa che "stante la stretta connessione tra i due atti e in applicazione del principio della cumulabilità

delle domande" il dies a quo era stato correttamente calcolato dalla ricorrente dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'aggiudicazione della gara.

5. Ricorso "congiunto" avverso l'atto di ammissione e il provvedimento di aggiudicazione, con annessa unica istanza cautelare

Non meno recente è la pronuncia del Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 14 marzo 2017, n. 1059¹¹, con la quale sono stati affrontati diversi temi tra cui quello concernente l'impossibilità di esaminare congiuntamente le azioni cautelari e di merito proposte contro il provvedimento di ammissione e di aggiudicazione con un unico ricorso.

Interessante ripercorrere la fattispecie che ha occasionato la pronuncia. Al termine di una procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza dell'edilizia scolastica, un concorrente impugnava con unico ricorso sia la determinazione dirigenziale, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto sia «ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, compresi i verbali e le determinazioni della commissione, con specifico riguardo alla determinazione di ammissione alla gara» dell'aggiudicataria, chiedendo la "previa sospensiva" di tutti gli atti indicati (quindi sia dell'ammissione che dell'aggiudicazione).

Il TAR Puglia¹², senza esaminare la questione¹³ della proponibilità con unico ricorso di domande dirette contro l'ammissione e l'aggiudicazione, respingeva l'istanza cautelare, in quanto «la questione prospettata da parte ricorrente merita l'approfondimento della fase di merito in relazione alla natura delle censure dedotte, che comunque non configurano i necessari presupposti per la sospensione dell'atto impugnato sotto il profilo del periculum» e fissava l'udienza di merito. La ricorrente appellava la suddetta ordinanza, riproponendo le domande cautelari rigettate in

11. Per l'orientamento contrario rispetto a quello accolto dall'ordinanza segnalata cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367.

12. Bari, Sez. I, ord., 9 febbraio 2017, n. 70.

13. peraltro non sollevata dalle parti.

primo grado relative sia all'atto di ammissione sia al provvedimento di aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato, dopo aver escluso di poter esaminare contestualmente le azioni e le istanze cautelari sottoposte a riti diversi e la conversione ex art. 32, comma 1, c.p.a. del rito "super-speciale" ex art. 120 commi 2-bis e 6-bis in rito speciale ex art. 120 comma 6, ha accolto – in parte – l'appello cautelare¹⁴ disponendo, contestualmente, «la separazione del giudizio inerente la domanda cautelare avverso l'aggiudicazione e la sua possibile riassunzione per errore scusabile».

In primo luogo, il Collegio, dopo aver ribadito l'appellabilità delle ordinanze di rigetto delle istanze cautelari avverso gli atti di esclusione e ammissione¹⁵, ha escluso la proponibilità «di domande, cautelari e di merito, avverso l'aggiudicazione definitiva nell'ambito di un ricorso a tutela anticipata, preliminare e autonomo, che segue uno schema speciale [...] chiamato in dottrina "specialissimo" o "super speciale", distinto per le speciali condizioni dell'azione e per la struttura del giurisdizione finalizzato alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara, dovendo, invece, anche agli strumentali fini cautelari trattarsi il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva secondo l'usuale rito, pur "speciale", disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120».

Sebbene la suddetta questione non fosse stata dedotta dalle parti, il Collegio ha ritenuto di poterla rilevare d'ufficio in quanto «i riti speciali e il loro ambito applicativo sono stabiliti dalla legge, per ragioni che rientrano nelle scelte discrezionali del legislatore [...] e pertanto l'applicazione del rito è doverosa ed oggettiva, e non vi è spazio per una scelta del rito, o sua disapplicazione, ad opera delle parti o del giudice», e, inoltre, «nel processo amministrativo non possono trovare applicazione pedissequa i principi enunciati dalla Cassazione in

tema di erronea scelta del rito da parte del giudice» perché in tale processo «i riti non rientrano nella disponibilità delle parti o del giudice, essendo imposti dalla legge per ragioni di interesse pubblico» (Cons. St., Ad. plen., 9 agosto 2012, n. 32)».

In secondo luogo, l'ordinanza ha escluso l'applicabilità in caso di ricorso "congiunto", dell'art. 32 comma 1 c.p.a. e dunque la conversione del rito da "super-speciale" a "speciale":

- «per ragioni testuali in quanto tale disposizione non può trovare applicazione nel caso di riti entrambi previsti dal Titolo V del Libro IV c.p.a.»

- in forza di "un'interpretazione della vigente disciplina processuale" giacché ammettere il cumulo e la trattazione congiunta delle domande con applicazione ad entrambe del rito "speciale" in luogo del rito "specialissimo" o "super speciale" «apparirebbe in contrasto non solo con la ratio della disciplina dettata dai citati commi 2-bis e 6-bis, in quanto – introducendo surrettiziamente un terzo rito, misto tra i due – ostacolerebbe il conseguimento sistematico delle finalità che con il rito dell'art. 120, comma 2-bis la nuova norma intende realizzare; ma anche con le ricordate e distinte condizioni dell'azione e struttura del rito anticipato, che – a differenza di quanto avviene per altre azioni del processo amministrativo – non possono né essere confuse con le usuali, né esservi assorbite o assorbiti».

Del resto la novella all'art. 120 disegna per le gare pubbliche un «nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda». L'ordinanza ha concluso¹⁶ che nel caso di

14. accogliendo, per l'effetto, in parte, l'istanza cautelare proposta in primo grado limitatamente all'impugnazione dell'atto di ammissione dell'aggiudicataria.

15. Su cui cfr. ordinanza Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2017, n. 948.

16. In ordine alla separazione dei suddetti giudizi e alla nullità della trattazione dell'istanza cautelare diretta contro l'aggiudicazione esaminata nella Camera di consiglio celebrata ai sensi dell'art. 120 comma 6-bis.

proposizione con unico ricorso di domanda di annullamento avverso l'atto di ammissione di un concorrente e di domanda avverso l'atto di aggiudicazione definitiva in favore del medesimo «anche nel quadro del procedimento cautelare» deve ritenersi «ritualmente proposta, ed esaminarsi, la sola domanda avverso l'atto di ammissione, secondo l'ordine di priorità logica e processuale dei due riti disciplinati dall'art. 120 Cod. proc. amm., mentre la domanda (qui cautelare) proposta avverso l'aggiudicazione definitiva deve ritenersi non ritualmente introdotta e come tale inammissibile».

Il Collegio ha precisato, infatti, che «la ritenuta inammissibilità del ricorso (cautelare, come poi di merito) nella parte in cui è diretto anche all'annullamento dell'atto di aggiudicazione non rende inammissibile e non preclude, nel presente processo, l'esame del ricorso avverso l'atto di ammissione e della relativa domanda cautelare» giacché il ricorrente ha proposto «il ricorso cumulativo osservando anche i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, rendendo possibile la riassunzione dell'inerente azione davanti al primo giudice».

In conclusione, dunque, nel ravvisare i presupposti per l'applicazione dell'errore scusabile¹⁷, il Collegio ha affermato che «nulla osta a che il Tribunale amministrativo adito, all'udienza già fissata per il 7 giugno 2017, su apposita istanza del ricorrente originario diretta a far riassumere e trattare il giudizio contro l'aggiudicazione (e gli atti di gara diversi da quelli dell'art. 120, comma 2-bis) con il rito previsto, proceda a disporre la separazione dei giudizi e fissi a udienza pubblica la trattazione delle domande avverso l'atto di aggiudicazione (e gli atti di gara diversi da quelli dell'art. 120, comma 2-bis), nel distinto rispetto del relativo rito "speciale" e secondo una numerazione autonoma nel ruolo; e che – per ciò che segnatamente concerne lo strumentale giudizio cautelare qui impropriamente dedotto, sempre su istanza di

riassunzione provveda alla trattazione - in camera di consiglio da fissare – della già proposta domanda cautelare avverso l'aggiudicazione e gli atti di gara diversi da quelli dell'art. 120, comma 2-bis (essendo per le dette ragioni nulla e priva di effetti la trattazione cautelare già avvenuta in occasione della qui impugnata ordinanza)».

6. Conclusioni

Come si è brevemente (e non certo con pretesa esaustività) accennato, tante sono le questioni più o meno procedurali che toccano il rito super accelerato o forse sarebbe meglio dire ipercompresso. Ma il tema più scottante concerne l'evidente contrasto con le garanzie minime imposte dalla Direttiva 2007/66/CE per una tutela effettiva.

L'esclusione da una gara pubblica deve essere immediatamente impugnata, in quanto provvedimento immediatamente lesivo. Come osservato da autorevole dottrina¹⁸, tuttavia, l'ammissione degli altri concorrenti ad una gara pubblica non doveva e non dovrebbe essere immediatamente impugnata, perché non si può pretendere - pena un inaccettabile limite all'effettività della tutela - che un soggetto instauri un giudizio, sopportando oltretutto i gravi oneri del contributo unificato e degli onorari di legali super specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni nonostante i molteplici ostacoli sopra richiamati, senza magari neppure ottenere la sospensione del provvedimento in nome delle riferite esigenze imperative di esecuzione del contratto, per una gara che non sa se potrebbe mai vincere e per contestare l'ammissione di un concorrente di cui non conosce la possibile collocazione in graduatoria.

A parere di chi scrive non c'è, dunque, che auspicarsi l'intervento correttivo della Corte di Giustizia e/o della Corte Costituzionale in ordine ad un sistema che di fatto limita e rende oltremodo gravoso l'esercizio del diritto di difesa.

17. "Essendosi in presenza di «obiettive ragioni di incertezza sull'interpretazione della disciplina processuale applicabile nonché di una diversa giurisprudenza del giudice qui adito in primo grado e tenuto conto anche del fatto che la questione non è stata eccepita o rilevata nel primo grado del presente giudizio»

18. M.A. Sandulli, Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici.

Pareri & Sentenze

PARERI
E SEN
TENZE

TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21/4/2017, n. 4880

"... tenuto conto della funzione della cauzione provvisoria (tutela della P.A. per caso della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario), richiedono che l'incameramento, in caso di esclusione dalla gara del concorrente, debba essere preceduto da un'attività valutativa volta al riscontro della gravità degli elementi che hanno condotto a tale esclusione"

"... il fondamento giuridico dell'escussione della garanzia fideiussoria disposta nella fattispecie riposa nell'art. 93, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nuovo codice dei contratti pubblici, che stabilisce che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave ...".

Più in particolare, per la SA, si verterebbe in sostanza in un diniego di aggiudicazione definitiva per fatto imputabile alla società affidataria provvisoria, consistente nel rifiuto di sottoscrivere il contratto in termini congruenti con l'offerta presentata in sede di gara.

13. Sul punto, deve convenirsi con la parte ricorrente in ordine alla necessità che l'escussione sia preceduta dalla valutazione della sussistenza di un comportamento imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa grave.

Si osserva al riguardo che, nella vigenza delle norme preesistenti, emerge come sicuramente prevalente l'avviso giurisprudenziale secondo cui, nelle procedure finalizzate all'affidamento di appalti pubblici, l'incameramento della cauzione costituisce una conseguenza pressochè automatica del provvedimento di esclusione dalla gara, in quanto prevista ex lege e, come tale, non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione appaltante con riguardo ai singoli casi concreti e, in particolare, alle ragioni, formali o sostanziali, poste a giustificazione dell'esclusione stessa.

Purtuttavia, anche nel predetto contesto normativo ed ermeneutico, è dato registrare avvisi di segno opposto, che, tenuto conto della funzione della cauzione provvisoria (tutela della P.A. per caso della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario), richiedono che l'incameramento, in caso di esclusione dalla gara del concorrente, debba essere preceduto da un'attività valutativa volta al riscontro della gravità degli elementi che hanno condotto a tale esclusione, non potendo l'Amministrazione, in considerazione della natura sanzionatoria e comunque sicuramente afflittiva della determinazione, prescindere dall'effettuazione di un'espressa valutazione in ordine all'effettiva responsabilità dell'impresa, da ragguagliare anche al parametro di gravità della condotta (TAR Lazio, I-bis, 15 marzo 2016, n. 3260; II, 11 giugno 2014, n.6197; I-bis, 20 maggio 2011, n. 4454; III, 27 ottobre 2008, n. 9172; C. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4789; 12

maggio 2003, n. 2512) (..) e n. 3260 del 15 marzo 2016). Tali principi hanno trovato puntuale conferma - e pertanto a maggior ragione devono essere ribaditi - nell'art. 93, comma 6, del nuovo codice appalti, che, come sopra visto, riconnette espressamente l'escussione della cauzione provvisoria al dolo o la colpa grave del concorrente.

Del resto, sempre per la giurisprudenza, l'art. 75 del previgente codice appalti n. 163 del 2006 e, ora, l'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, hanno lo scopo di attribuire alla stazione appaltante una 'tutela rafforzata', consistente nel potere di disporre l'escussione dell'importo previsto, per il caso in cui l'aggiudicatario non intenda stipulare il contratto, ciò che realizza, in sostanza, la risarcibilità del danno prodotto dal partecipante che rifiuti senza motivo di stipulare il contratto, salva eventuale azione per la differenza (C. Stato, 31 agosto 2016, n. 3755)..."

TAR Lombardia, 18/04/2017, n. 900

La revoca della "proposta di aggiudicazione" non necessita di obbligo di avviso di avvio del procedimento

"... con l'entrata in vigore del nuovo codice, l'aggiudicazione provvisoria è stata sostituita dalla "proposta di aggiudicazione", di cui all'art. 33 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50: non di meno, in prima approssimazione, si possono richiamare gli orientamenti giurisprudenziali formatisi sull'atto di aggiudicazione provvisoria, cui si riferiva il previgente codice degli appalti.

3.2. Ciò vale anzitutto per la tesi, del tutto condivisibile, per cui l'aggiudicazione provvisoria, facendo nascere in capo all'interessato solo una mera aspettativa alla definizione positiva del procedimento stesso, non è individuabile come provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo, per sua natura, un'efficacia destinata ad essere superata: per cui, ai fini della suo ritiro non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento (così, da ultimo C.d.S., III, 5 ottobre 2016, n. 4107). Così, nelle gare pubbliche, "la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio" (C.d.S., V, 21 aprile 2016, n. 1600); per lo stesso motivo, "non è richiesto un particolare onere motivazionale a sostegno della revoca del procedimento, mentre dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, la revoca è pur sempre possibile, salvo un particolare e più aggravato onere motivazionale" (T.A.R. Lazio, II, 5 settembre 2016, n. 9543)."

TAR Toscana, Sez. I, 18/04/2017, n. 582

Sulla decorrenza del termine di impugnazione ex art. 29, d.lgs. 50/2016 in caso di omessa pubblicazione sul profilo del committente

"... l'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. dispone che "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-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante" e "l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale";

- la norma in parola non pone dubbi interpretativi conseguendone l'irricevibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione nel quale si sollevano censure contro il provvedimento di ammissione dell'aggiudicatario che, come tali, avrebbero dovuto essere tempestivamente proposte entro il termine di cui all'art. 120, comma 2 bis c.p.a. (T.A.R. Campania, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, T.A.R. Lazio, sez. I, 4 aprile 2017, n. 4190);

- non può convenirsi con la tesi di parte ricorrente secondo cui il ricorso sarebbe tempestivo non avendo la stazione appaltante provveduto alla pubblicazione del provvedimento di ammissione alla gara dei concorrenti con le modalità previste dall'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33;

- invero, anche a prescindere dalla pubblicazione del provvedimento di cui con le modalità di cui al citato art. 29 (che controparte contesta essere avvenuto) non può esservi dubbio che parte ricorrente ne fosse a conoscenza, dal momento che la stazione appaltante aveva provveduto ad informarla in data 27.10.2016 con comunicazione e-mail, allegando il verbale della seduta pubblica appena conclusa recante i punteggi conseguiti da ciascun operatore economico e dunque anche l'ammissione alla gara degli RTP partecipanti; ... la vigenza dell'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 non reca motivi per discostarsi, anche nella materia della contrattualistica pubblica, dal consolidato principio per cui in difetto della formale comunicazione dell'atto e nel caso in cui il ricorrente viene ad aver contezza dell'atto prima della sua comunicazione formale, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto purché siano percepibili quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato (tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2017 n. 1212; id., sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3645);"

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 12/4/2017, n. 188*Interpretazione del principio di rotazione*

"...il principio - di rotazione - comporterebbe l'obbligo per la stazione appaltante di non invitare il precedente affidatario dell'appalto, una volta concluso, alla nuova procedura senza gara avviata per la medesima o analoga commessa (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 2/2011 e da ultimo Tar Lombardia, Milano, IV, 1594/2016).

A questa lettura del principio di rotazione, che finisce per avere per un effetto escludente per il gestore uscente, se ne contrappone un'altra che vi scorge invece un criterio solamente relativo, comunque cedevole rispetto al principio della massima partecipazione. In questa seconda chiave, il principio di rotazione sarebbe posto a tutela dei soggetti pretermessi piuttosto che degli operatori economici invitati alla procedura negoziata (Tar Lombardia, Brescia, II, 1325/2015).

Tra queste due letture antitetiche si collocano varianti dell'una e dell'altra, ossia soluzioni mediane che, rifuggendo da rigidi automatismi quanto alla posizione del gestore uscente, provano a cercare la soluzione del problema sul piano della motivazione.

Ad una tesi tendenzialmente escludente che impone all'amministrazione di motivare le ragioni per le quale ritenga di estendere l'invito anche al gestore uscente; se ne contrappone un'altra che, muovendo da una regola opposta di inclusione, impone, invece, di motivare la scelta di non interpellare anche il vecchio affidatario.

Così ricostruito il dibattito, il Collegio osserva come la principale ragione invocata a sostegno delle declinazioni più morbide del principio di rotazione è quella che riguarda proprio la tutela della concorrenza. Si afferma infatti che far derivare dal criterio della rotazione una regola di non candidabilità per il gestore uscente entrerebbe in rotta di collisione con i principi del Trattato.

Il ragionamento, all'apparenza suggestivo, è tuttavia controvertibile tutte le volte in cui il vecchio gestore abbia (già) beneficiato di una deroga anticoncorrenziale, aggiudicandosi un appalto al di fuori di una procedura di gara, e pretenda di continuare a sfruttare quella medesima deroga candidandosi ed aggiudicandosi anche il nuovo appalto, sempre senza gara. Quando, invece, è ragionevole che il principio di rotazione imponga che la prima deroga, al meccanismo della gara e al pieno espandersi della concorrenza, sia bilanciata da una regola di non immediata (ri)candidabilità.

Una simile declinazione è la sola in grado di dare senso e sostanza (e non solo apparenza) al principio di rotazione e può, oltre tutto, avere un effetto dissuasivo nei confronti delle non infrequenti pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo.

Seppur con specifico riferimento ai contratti sotto soglia, dove parimenti il principio di rotazione era richiamato nel vecchio (art. 125) ed è presente nel nuovo codice (art. 36), giova ricordare come, da ultimo, le linee guida n. 4 dell'Anac approvate il 26.10.2016 interpretino il principio nel senso che con esso "l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente..."

TAR Liguria, Sez. II, 10/4/2017, n. 304*Mancata indicazione dei costi aziendali e divieto di soccorso istruttorio*

"Ai sensi dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro".

Nello stesso senso disponeva l'art. 9 della lettera di invito, a mente del quale "l'impresa nell'offerta dovrà altresì indicare, a pena di esclusione [in grassetto nel testo, n.d.r.], i propri costi interni aziendali per la sicurezza"...Donde, in piana applicazione della normativa generale e della lex specialis, la necessaria esclusione dell'offerta in questione, come del resto inizialmente deciso dal seggio di gara nella seduta del 20.1.2017. Né la carenza dell'indicazione dei costi interni aziendali per la sicurezza poteva essere sanata mercé la procedura di soccorso istruttorio, giacché, ai sensi dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, tale procedura non è esperibile al fine di sanare mancanze, incompletezze o irregolarità afferenti all'offerta tecnica od economica..."

TAR Calabria, Sez. I, 06/04/2017, n. 603*Sull'illegittimità della composizione della commissione di gara di cui è stata nominata componente, con funzioni diverse da quelle di Presidente, il responsabile del procedimento*

"...Parte ricorrente impugna il provvedimento per l'illegittima composizione della commissione di gara di cui è stata nominata componente, con funzioni diverse da quelle di Presidente, il responsabile del

procedimento...la giurisprudenza è unanime nel ritenere che, ai sensi dell'art. 84 comma 4, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, nelle gare pubbliche i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Tale prescrizione mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità e quello dell'oggettività (cfr. Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 93/2017 del 23.01.2017; Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 1040 del 27 giugno 2016).

In sostanza, l'art. 84 citato è volto a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti discorsivi e favoritismi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura (cfr. Tar Latina, sez. I, 13 aprile 2016, n. 226; Cons. St. n. 3352/2015).

Nel caso in esame, è incontestato che <<...>> ha svolto le funzioni di responsabile del procedimento, e che in tale veste, ha predisposto e approvato gli atti di gara (determina a contrarre, bando e capitolato, tutti approvati con determinazione n. 19 del 26 febbraio 2016), ha curato tutti gli adempimenti amministrativi di sua competenza e da ultimo ha adottato la determinazione n.8 del 6 febbraio 2017 di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva e ha prontamente adottato e sottoscritto il verbale di consegna del servizio in via d'urgenza e sotto riserva di legge di cui al prot. n. 1063 dell'8 febbraio 2017.

L'aver predisposto alcuni atti della procedura di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 222 DEL 1 marzo 2017 PREC 43/17/L

"Le varianti migliorative recanti i criteri ambientali minimi, richieste quali criteri di valutazione dell'offerta, devono essere rapportate a un progetto già elaborato nel rispetto dei CAM"

"...le Linee Guida n. 2 emanate dall'Anac, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016,...evidenziano che "I criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante tengono anche conto dei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l'attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti (appositamente elaborate per le procedure aggiudicate sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo)".

Le medesime Linee Guida chiariscono che, ai sensi del comma 14 dell'art. 95, nei criteri di aggiudicazione basati sul miglior rapporto qualità/prezzo, il bando può prevedere la richiesta di varianti, secondo le modalità ivi descritte, e che tali varianti devono avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo. I criteri di valutazione di tali varianti devono tener conto delle risultanze delle varie fasi di progettazione ed essere finalizzate a stimolare il miglioramento del bene o del servizio."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA n. 214 del 1 marzo 2017 PREC 30/16/L

Sul principio di stabilità della soglia di anomalia

"...la giurisprudenza, con riguardo al principio di stabilità della soglia di anomalia, ha affermato che "in tema di offerte anomale nelle gare d'appalto la norma generale di cui all'art. 38, comma 2 bis, ultimo periodo, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - ai sensi del quale ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte -, quale principio di stabilità della soglia, è applicabile anche nei casi in cui non sia in questione la carenza di uno dei requisiti elencati nello stesso articolo, ma qualunque altra potenziale ragione di esclusione di un concorrente" (Cons. Stato Sez. V, 26-05-2015, n. 2609; l'art. 38, comma 2bis, nell'affermare che il calcolo della soglia non possa essere rinnovato successivamente

alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, disponga un principio di carattere generale in materia di gare, estendibile anche a circostanze diverse dall'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, e disponga che l'avvenuto calcolo della soglia di anomalia riceva una cristallizzazione, a seguito delle fasi indicate dalla norma, financo a fronte di un provvedimento giurisdizionale;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA n. 211 del 1 marzo 2017 PREC 80/16/L

Specifiche tecniche e compatibilità dei materiali

"...l'art. 68 D. Lgs. n. 50/2016 mira a garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e di massima partecipazione, disciplinando le modalità di redazione delle specifiche tecniche da parte della stazione appaltante e prevedendo che "le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza" (comma 4);...il comma 7 prevede: "Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche, le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche"..."

Autorità Nazionale Anticorruzione

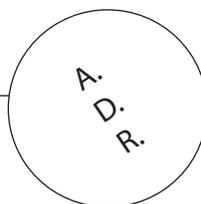
DELIBERA N. 94 DEL 8 febbraio 2017 PREC 54/16/L

"Deve ritenersi legittima l'esclusione di un'impresa che non possedendo in proprio i requisiti abbia manifestato l'intenzione di avvalersi del prestito da parte di ausiliaria qualificata per lavorazioni dichiarate "compiti essenziali" ex art. 89 comma 4 del Codice e riservati dalle disposizioni del bando all'esecuzione dell'offerente."

"L'art. 89 comma 4 prevede che: "Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento"...Si tratta di una delle novità introdotte alla disciplina dell'avvalimento dal nuovo Codice: la facoltà che viene riconosciuta alle stazioni appaltanti di escludere in determinati casi il ricorso all'avvalimento. Nonostante la norma faccia riferimento allo svolgimento di determinati compiti e quindi alla fase esecutiva dell'appalto, dal suo inserimento nella disciplina dell'avvalimento si deduce che implica l'obbligo dell'offerente di possedere in proprio la qualificazione relativa ai suddetti compiti, non essendo quindi ammessa la possibilità che per l'esecuzione degli stessi si avvalga di un'impresa ausiliaria, tramite prestito dei requisiti da parte della stessa....Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione, la legittimità dell'esclusione nella procedura in oggetto."

A Domanda Rispondiamo

a cura di **Maria Teresa Colamorea**
e **Liliana Simeone**



1

Gli obblighi di trasmissione dei dati alla BDAP derivanti dal D.Lgs 229/2011 sono estesi anche alle Aziende Sanitarie Locali e alle Aziende Ospedaliere?

Ricollegandosi alla definizione dell'art. 1 del d.lgs. 229/2011, i soggetti tenuti ad inviare i dati sono: le Amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n.196; i soggetti destinatari di finanziamenti e agevolazioni a carico del bilancio dello Stato finalizzati alla realizzazione di opere pubbliche. La legge di contabilità e finanza pubblica (L. 196/2009) rimanda, per la definizione dei soggetti tenuti al rispetto degli obblighi, all'elenco comunicato annualmente dall'Istat. Pertanto in questo elenco essendo presenti anche le Aziende Sanitarie Locali e le Aziende Ospedaliere, si ritiene esteso anche a queste ultime l'obbligo di cui in epigrafe.

2

E per gli obblighi informativi verso l'A.N.A.C.?

Anche per gli obblighi previsti dall'art. 213 c.9 del D.Lgs 50/2016 le Aziende sanitarie Locali e le Aziende Ospedaliere sono tenute ad effettuare le trasmissioni delle informazioni richieste. Infatti la norma si riferisce genericamente alle "stazioni appaltanti".

3

Come cambia l'assolvimento degli obblighi di pubblicità per i dati previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190 con il decreto legislativo n. 97 del 2016?

Con le modifiche introdotte agli artt. 37 e 38 del d.lgs. 33/13 (mediante gli artt. 31 e 32 del d.lgs. 97/16) i soggetti obbligati alla trasparenza e agli adempimenti al monitoraggio ai sensi d.lgs. 229/2011 tramite la Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP) beneficiano di alcuni strumenti.

Pertanto, la trasmissione dei dati indicati alla BDAP consentirà di adempiere agli obblighi di pubblicazione in materia di trasparenza senza dover compiere ulteriori azioni e ottenendo un possibile risparmio di tempi e costi. Il decreto legislativo n.97/2016 prevede all'articolo 31 che, limitatamente alla parte lavori, l'adempimento degli obblighi di pubblicità sono assolti per i dati previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190 attraverso la trasmissione delle informazioni alla BDAP ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229. A partire dal 23 giugno 2017 gli obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 9-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013, (che prevedeva appunto la creazione di un collegamento ipertestuale ad una banca dati già compilata) acquistano efficacia. Quindi gli Enti che hanno una percentuale di adempienza al monitoraggio (MOP attraverso BDAP) superiore o uguale all'80% assolvono automaticamente agli obblighi normativi in tema

di trasparenza ai sensi dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190 tramite un collegamento ipertestuale alla BDAP: entro il 23 giugno 2017 il MEF fornirà tale link da riportare nella pagina Amministrazione trasparente dell'Ente per consentire la visione dei dati.

4 Le disposizioni di cui all'art. 36 del codice e le conseguenti linee guida ANAC a quali stazioni appaltanti si applicano?

Le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice e le Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" si applicano alle stazioni appaltanti che intendono affidare lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice: 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. Sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 36: le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi rientranti nell'ambito degli articoli da 115 a 121 (gas ed energia termica, elettricità, acqua, trasporto, porti e aeroporti, servizi postali, estrazione di gas, carbone ed altri combustibili). Questi applicano la disciplina prevista nei propri regolamenti se conforme ai principi dettati dal trattato UE.

5 In caso di gara suddivisa in lotti quanti DGUE devono essere prodotti?

Se i criteri di selezione sono diversi tra i vari lotti occorre compilare un DGUE per ciascun lotto (o gruppo di lotti con identici criteri di selezione)

6 Le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione devono essere immediatamente impugnate o l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano la formulazione dell'offerta economica solo con l'esito negativo della procedura concorsuale?

Il bando di gara, che prevede il sistema di aggiudicazione della gara del massimo ribasso, è immediatamente impugnabile, quando sussistono tutti i presupposti per non rinviare all'avvenuta aggiudicazione, quali: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale (Cfr. Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014)

7 Quando due offerte possono dirsi imputabili ad un unico centro decisionale?

Ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. m) del D.Lgs n. 50/2016 è escluso dalla procedura di gara l'operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. Secondo il costante e condiviso insegnamento giurisprudenziale il collegamento sostanziale fra

le offerte dei partecipanti viene ravvisato nella presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti rivelatori, ex art. 2729 cod. civ., della sussistenza di un medesimo centro di interessi quali la presenza di legami parentali, l'analogia nelle modalità di presentazione delle offerte, coincidenza delle sedi o residenze degli offerenti.

8

In caso di associazione temporanea tra imprese il DURC deve essere acquisito per la società mandataria o anche per le mandanti?

In caso di associazione temporanea tra imprese il DURC deve essere acquisito per ciascuna delle imprese componenti il raggruppamento e non solo per l'impresa mandataria. Infatti, sebbene quest'ultima abbia la rappresentanza esclusiva, anche processuale, nei confronti della stazione appaltante, tale forma aggregativa che discende dal contratto di mandato, non determina la nascita di un nuovo soggetto distinto dalle singole associate, ciascuna delle quali "conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali" (articolo 48, comma 16, Decreto Legislativo n. 50/2016).

Nelle fasi successive, qualora l'intera esecuzione dei lavori è rimessa in capo alla società esecutrice che assume in sé i rapporti che scaturiscono dall'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, al pagamento del SAL, la verifica interesserà solo quest'ultima e le eventuali subappaltatrici.

9

Quali sono le forme opzionali di cui si deve tener conto ai fini della determinazione dell'importo complessivo presunto dell'appalto?

Ai sensi dell'art. 35 comma 4 del D.lgs n. 50/2016 "Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto

dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara.....". Le forme opzionali sono: la proroga (art. 106 comma 11 del codice), la ripetizione di lavori o servizi analoghi (art. 63 comma 5 del codice) nonché lavori o servizi complementari (art. 63 comma 5 del codice).

10

La locazione di spazi commerciali, da parte del concessionario, insistenti, quindi, su un'area demaniale già oggetto di concessione, deve osservare l'evidenza pubblica?

L'uso riservato in concessione deve rispondere meglio all'interesse pubblico alla conservazione e gestione del demanio rispetto all'uso generalizzato, e che l'amministrazione competente deve effettuare la necessaria comparazione avendo come unico riferimento queste due contrapposte modalità di godimento del bene. In caso di domande concorrenti di utilizzo riservato del bene demaniale in forza di concessione l'amministrazione è tenuta a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che «offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione» e «risponda ad un più rilevante interesse pubblico» e dunque quando il bene si palesa come bene economicamente contendibile, il relativo affidamento deve avvenire mediante procedura comparativa ad evidenza pubblica. Invece, come più volte affermato dalla giurisprudenza, i servizi di natura commerciale svolti in area demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, si ritiene che non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvano in contratti di diritto privato (Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, 24/04/2017 n. 1892)

Immediata impugnazione delle clausole del bando ... quando e perchè!

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Alcune indicazioni interessanti circa l'onere di celere e tempestiva impugnazione delle clausole contenute nella *lex specialis* di gara da parte degli operatori economici che pur intendendo partecipare alle procedure di gara, vedano in qualche maniera frustrata tale intenzione da previsioni che non consentano fattivamente la più ampia partecipazione alla procedura. Un percorso giurisprudenziale che ancora fornisce spunti e specificazioni sul tema.

Il Tar Toscana Sez. I con la sentenza 520 del 04 aprile u.s. seppur trattando di fattispecie calibrata sul vecchio codice, tra i diversi aspetti trattati, al punto 3.1 rammenta il "pacifico principio secondo cui l'onere di immediata impugnazione del bando o del disciplinare di gara sussiste **solo** in caso di clausole escludenti, tra cui quelle che impediscono la partecipazione alla gara, o prescrivono requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alla gara arbitrari e discriminatori, altrettanto non potendo sostenersi per le previsioni della *lex specialis* che, invece, disciplinano la fase di valutazione delle offerte o, come nel caso di specie, per le clausole per le quali la lesività si manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della Commissione di gara (ex multis, Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016 n. 4180, T.A.R. Lazio, sez. I, 2 dicembre 2016 n. 12066)."

Allineato sul medesimo ristretto "cono" di operatività si può calare anche la pronuncia numero 898 del 28 aprile da parte del Tar Sicilia Catania Sez. I, la quale richiamando costante Giurisprudenza, specifica "... un onere di immediata impugnazione della *lex specialis* in relazione alle clausole immediatamente escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano ex se ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura. (cfr. Ad. plen. nn. 9 del 2014 e 1 del 2003; Consiglio di Stato Sez. V, n. 5155/2013, Consiglio di Stato n. 1133/2016, Consiglio di Stato n. 510/2016). Tra l'altro la questione oggetto della pronuncia atteneva ad aspetti squisitamente connessi ai requisiti di partecipazione relativi al fatturato globale.

Interessante altresì la pronuncia del Consiglio di Stato del 18 aprile, la numero 1809, la quale allargando le maglie, precisa che **non solo** le clausole escludenti sono meritevoli di doverosa impugnazione da parte dei concorrenti, ma altresì ogni previsione (anche inerente le clausole relative alla formulazione dell'offerta sia tecnica che economica), qualora renda oggettivamente impossibile la presentazione dell'offerta da parte del potenziale concorrente.

"6.12. Occorre al riguardo rammentare, infatti, che l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico "escludenti", che prevedono requisiti soggetti di partecipazione (Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1), ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta (v., ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180).

6.13. La più recente giurisprudenza segue ormai fermamente tale linea interpretativa (Cons. St., sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491) e, nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, ha a più riprese puntualizzato che, tra le altre, tali sono:

a) le regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (v., in particolare, Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) le previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così, del resto, la già citata pronuncia n. 1 del 29 gennaio 2003 dell'Adunanza plenaria);

c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135);

e) l'imposizione di obblighi *contra ius* (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (quelli relativi, *exempli gratia*, al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);

g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

6.14. Le rimanenti tipologie di clausole asseritamente ritenute lesive devono essere impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara."

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



**arrivederci
al prossimo numero**

i seminari in programma

SEMI
NA
RI

APPALTI

La novità del decreto correttivo del Codice degli Appalti

11 maggio 2017 Torino, 16 maggio 2017 Potenza, 16 maggio 2017 Bologna, 16 maggio 2017 Trieste, 16 maggio 2017 Roma, 16 maggio 2017 Bari, 18 maggio 2017 Cagliari, 23 maggio 2017 Pescara, 23 maggio 2017 Napoli, 25 maggio 2017 Verona, 25 maggio 2017 Milano, 30 maggio 2017 Udine, 30 maggio 2017 Genova, 06 giugno 2017 Firenze, 06 giugno 2017 Ancona, 13 giugno 2017 Palermo, 20 giugno 2017 Bolzano, 20 giugno 2017 Parma.

Gli appalti sotto soglia alla luce delle Linee Guida n. 4 dell'ANAC e del decreto correttivo

16 maggio 2017 Lamezia Terme, 20 maggio 2017 Ancona, 18 maggio 2017 Aosta, 24 maggio 2017 Viterbo, 30 maggio 2017 Torino, 30 maggio 2017 Sassari, 06 giugno 2017 Foggia, 07 giugno 2017 Caltanissetta, 13 giugno 2017 La Spezia, 13 giugno 2017 Salerno, 13 giugno 2017 Cagliari, 15 giugno 2017 Matera, 23 giugno 2017 Brescia, 27 giugno 2017 Bologna.

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

18 maggio 2017 Verona, 25 maggio 2017 Bari, 08 maggio 2017 Pescara, 22 giugno 2017 Catania.

La gara di forniture e servizi

08 giugno 2017 Roma, 08 giugno 2017 Trieste, 22 giugno 2017 Torino, 29 e 30 giugno 2017 Milano.

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

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

Il Responsabile Unico del Procedimento

06 Giugno 2017 Bologna.

CORSI ONLINE AREA APPALTI

Il Decreto Correttivo 2017 e la nuova riforma del Codice degli Appalti

22 maggio 2017.

Seminario operativo sulla corretta redazione degli atti relativi alle acquisizioni sotto soglia dopo la riforma 2017

12 giugno 2017.

Il MePA alla luce del nuovo codice degli appalti, 8 edizione

23, 27, 30 giugno 2017
06 luglio 2017.

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

L'Anticorruzione dopo la Legge Madia

09 giugno 2017.

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Media
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

maggio
2017

allegato alla Rivista mensile
Mediappalti

sommario

L'incentivo per le funzioni tecniche nel passaggio dal decreto legislativo 163/2006 al nuovo codice degli appalti e le questioni interpretative sulla corretta liquidazione (Corte dei Conti, sezione regionale della Basilicata, deliberazione n. 22/2017)

1. Premessa
2. L'analisi della sezione
3. La questione interpretativa posta dal nuovo codice degli appalti
4. La disciplina del trattamento incentivante nel passaggio al nuovo codice degli appalti
5. Il divieto di incentivare la progettazione interna

3

L'utilizzo dei proventi da permessi di costruire per spese in conto capitale (Corte dei Conti, sezione regionale della Lombardia, deliberazione n. 100/2017)

1. Premessa
2. L'utilizzo degli oneri di urbanizzazione
3. Il riscontro

8

I pareri dei responsabili di servizio costituiscono presupposti di legittimità delle delibere (Corte dei Conti, sezione regionale Emilia Romagna, deliberazione n. 62/2017)

1. Premessa
2. L'essenza dei pareri dei responsabili di servizio
3. La posizione della corte
4. La rilevanza dei pareri come presupposti di legittimità dell'atto

10

L'incentivo per le funzioni tecniche nel passaggio dal decreto legislativo 163/2006 al nuovo codice degli appalti e le questioni interpretative sulla corretta liquidazione

1. Premessa

Il quesito posto da un presidente di provincia risulta di particolare attualità afferendo ad alcune questioni applicative relative all'incentivo delle prestazioni tecniche in tema di lavori (art. 113 del codice degli appalti). In particolare, la questione involge due aspetti precisi su cui si chiede un chiarimento, in particolare:

- se la disciplina regolante l'incentivo debba ritenersi quella vigente al momento in cui l'opera è stata inserita nei documenti di programmazione, indipendentemente dal momento in cui le prestazioni incentivate vengono in concreto poste in essere;
- se, in subordine, in caso di opere già approvate e in corso di realizzazione, debbano continuare ad essere applicate le disposizioni normative vigenti al momento dell'applicazione anche per le attività tecniche già avviate ma completate successivamente (responsabile del procedimento, direzione lavori, coordinamento in fase di esecuzione, collaudo in corso d'opera e finale).

2. L'analisi della sezione

La sezione rammenta che il quesito posto prende a spunto un precedente deliberato (delibera n. 3/2015) in cui si affermava "che la disciplina che regola l'incentivo (allora destinato alla "progettazione") fosse quella **vigente al momento in cui l'opera era stata approvata**. Ciò nel senso che l'obbligo di prestare l'attività richiesta e, per corrispettivo, l'obbligo di pagare l'incentivo, dovessero essere regolati secondo la **disciplina vigente nel momento genetico in cui tali obblighi sono stati assunti**."

Tale momento, per le argomentazioni (...) sviluppate, si era ritenuto che dovesse identificarsi **con l'approvazione dell'opera o del lavoro** sul cui stanziamento far valere l'aliquota del 2% da destinare al "fondo" per la progettazione e l'innovazione. Di conseguenza, in osservanza del principio di (tendenziale) irretroattività della norma, un mutamento della disciplina di settore **non avrebbe avuto effetti sul diritto all'incentivo**, così come regolato dalla disciplina vigente al momento dell'approvazione dell'opera o del lavoro, salvo la necessaria verifica del corretto adempimento".

Questa posizione, rammenta l'estensore della deliberazione, veniva confermata anche dalle sezioni unite (con deliberazione n. 11/2015) che ribadiva la sostanziale irretroattività della legge ed l'evidente principio per cui una legge non può "andare a modificare o a incidere su posizioni giuridiche sorte in precedenza".

Tra le due posizioni però insisteva una diversa valutazione circa il momento in cui si sarebbe dovuta sancire l'irretroattività: secondo la sezione calabrese tale momento doveva essere individuato con l'approvazione dell'opera o del lavoro; secondo la sezione autonomie il momento invece doveva coincidere con l'esecuzione delle prestazioni (oggetto dell'incentivo) secondo il principio del "tempus regit actum".

Circostanza quest'ultima, evidentemente, particolarmente rigorosa che esige l'applicazione anche dei vincoli eventuali che sorgessero successivamente rispetto al momento dell'approvazione dell'opera da realizzare. Nel caso di specie la soluzione prospettata dalla sezione autonomie, "giungeva, in concreto, a rendere applicabile il limite massimo di incentivo anche alle attività tecnico-professionali **espletate dai dipendenti successivamente all'entrata in vigore del D.L. 24 giugno 2014, n.90, ancorché riferibili a progetti approvati in precedenza**. A seguito di tale ultimo D.L., infatti, il limite dell'incentivo pagabile annualmente per ciascun percettore, che la norma precedentemente vigente aveva fissato nella misura del 100% del trattamento economico annuo lordo, veniva ulteriormente ridotto alla misura massima del 50%. Si trattava, quindi, di spiegare l'applicazione di detto limite, più restrittivo rispetto a quello vigente in precedenza, anche a quelle **prestazioni poste in essere successivamente all'entrata in vigore del decreto legge, seppure in adempimento di obblighi sorti quando il limite non sussisteva**. A questo scopo la Sezione delle Autonomie si era richiamata al principio "tempus regit actum" per mantenere, da un lato, ferma l'irretroattività della nuova norma e, dall'altro, applicare la nuova regola alle prestazioni ricadenti nel tempo successivo alla sua entrata in vigore, senza che rilevasse la disciplina vigente nel momento in cui l'obbligazione era sorta".

3. La questione interpretativa posta dal nuovo codice degli appalti

L'interpretazione impostata dalla sezione autonomie ha evidenti effetti soprattutto nel passaggio normativo tra pregresso codice e quello attuale alla luce del fatto che il decreto legislativo 50/2016 "ha modificato, principalmente, l'oggetto delle prestazioni incentivabili e i soggetti coinvolti, rispetto a quanto precedentemente regolato dall'art. 93, D.Lgs. n. 163/2006. In altre parole, talune attività e talune qualifiche professionali, che prima erano incentivabili, ora non lo sono più e, al contrario, sono oggi divenute incentivabili altre prestazioni e altre professionalità, se presenti all'interno dell'ente".

Le conseguenze sono evidenti nel caso in cui la stazione appaltante dubitasse che le prestazioni di "progettazione", già convenute e non ancora adempiute, "ove poste in essere successivamente alla novella legislativa, diano ancora diritto al pagamento dell'incentivo per il quale erano state accantonate le risorse nell'apposito fondo".

L'incentivo per le funzioni tecniche nel passaggio dal decreto legislativo 163/2006 al nuovo codice degli appalti e le questioni interpretative sulla corretta liquidazione

La questione, secondo il collegio, non sembra essere riconducibile al tema dell'applicazione retroattiva della norma nuova rispetto a situazioni pregresse, trattandosi, semmai, di un problema di ultrattività della norma precedente e della sua idoneità a continuare a regolare un rapporto già in essere.

Nel precedente parere (n. 3/2015), la sezione esprimeva il convincimento che, qualora si succedessero nel tempo disposizioni che diversamente prevedono e regolano l'incentivazione di talune attività (ora di progettazione ora tecniche), il discrimine tra le due discipline non è dato dal momento in cui viene compiuto ogni singolo atto in cui si realizza il rapporto obbligatorio tra il dipendente e la stazione appaltante, consistente nel compimento delle attività di "progettazione" dedotte in obbligazione, e neppure dal momento in cui deve pagarsi l'incentivo, trattandosi di un mero adempimento, **ma dal momento in cui l'opera o il lavoro sono approvati e inseriti nei documenti di programmazione vigenti nell'esercizio in cui sono stati adottati o, in prospettiva, nel Documento Unico di Programmazione che la Giunta è tenuta a predisporre e presentare al Consiglio per le conseguenti deliberazioni (art. 170 TUEL).**

Secondo l'estensore è proprio questo il momento, infatti, che, con il lavoro:

- a) viene deciso anche di affidare all'interno dell'ente le attività, (allora) di progettazione (ora) tecniche, necessarie affinché possa realizzarsi l'opera programmata;
- b) vengono indicati gli disponibili e da inserire nel bilancio di previsione, sulla base dei quali stabilire il valore complessivo dell'appalto da porre a base d'asta;
- c) vengono identificate/quantificate le risorse da destinare al "fondo" incentivazione.

In altre termini già con la precedente deliberazione n. 3/2015 la disciplina regolante il rapporto tra stazione appaltante e dipendente – trattandosi di rapporto obbligatorio di **natura privatistica** – è quella fissata nel momento genetico da cui **scaturisce l'obbligo di rendere la specifica prestazione di "progettazione"**, ovvero di programmazione, di direzione lavori, di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici (ex art. 24, D.Lgs. n. 50/2016)], e che tale momento coincide con quello di inserimento degli interventi nel documento unico di programmazione.

4. La disciplina del trattamento incentivante nel passaggio al nuovo codice degli appalti

Il collegio non sminuisce la rilevanza dell'incidenza di un "passaggio" normativo soprattutto per situazioni afferenti l'esecuzione di lavori, che esigono tempi ampi pertanto è del tutto plausibile che la disciplina del rapporto possa essere incisa con modifiche apportate da successive fonti normative e/o contrattuali.

Non è dubbio, si legge nella deliberazione, che il contenuto della prestazione obbligatoria **"debba conformarsi alle regole vigenti al momento in cui essa viene resa: ad esempio, quando la norma sopravvenuta richieda l'adeguamento a certi standard tecnici o giuridici o di qualità, o il rispetto di talune prescrizioni in materia di certificazioni, di tracciabilità, e così oltre. Si tratta, a ben vedere, di disposizioni che incidono non già sulla fonte dell'obbligo, o sulla obbligatorietà della prestazione, ma solo sul suo contenuto, ovvero sui requisiti che la prestazione deve avere per essere considerata correttamente adempiuta"**.

In questo contesto può anche accadere, prosegue la sezione, che la prestazione, lecita al momento in

cui è sorta, diventi illecita e, quindi, vietata, prima di essere adempiuta ed allora vi è da "se questa sia la situazione venutasi a determinare per il pagamento dell'incentivo per la progettazione (ex art. 93, D.Lgs. n. 163/2006) riferito ad attività che, seppure in precedenza previste, siano state adempiute solo successivamente alla novella (art. 113 D.Lgs. n. 50/2016)".

Secondo la Corte così non è.

In via preliminare, inoltre, si rileva che sulla questione qui in discussione non si rinvencono precedenti pronunciamenti della Sezione delle Autonomie, ed occorre pertanto prendere in considerazione, quanto affermato dall'ANAC nella Delibera n. 973 del 14 settembre 2016 - Linee Guida n. 1, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", ove, al capito III, paragrafo 1.3, **si legge che nel caso di ricorso alla progettazione interna non potrà essere applicato l'incentivazione del 2%, espressamente vietata dalla legge delega 11/2016 (art. 1, comma 1, lettera oo), principio recepito dall'art. 113, comma 2 del decreto legislativo n. 50/2016.**

5. Il divieto di incentivare la progettazione interna

Secondo l'estensore del parere l'affermazione secondo cui la legge delega n. 11/2016 abbia espressamente "vietato" l'applicazione dell'incentivazione precedentemente prevista, merita un approfondimento.

La legge di delega, all'art. 1, comma 1, let. rr (per errore indicata come oo nella citata delibera), è del seguente letterale tenore: "(principi e criteri direttivi specifici ai quali il Governo dovrà attenersi) revisione e semplificazione della disciplina vigente per il sistema della validazione dei progetti, stabilendo la soglia di importo al di sotto della quale la validazione è competenza del responsabile unico del procedimento nonché il divieto al fine di evitare conflitti di interesse, dello svolgimento contemporaneo dell'attività di validazione con quella di progettazione; al fine di incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera, **è destinata una somma non superiore al 2 per cento dell'importo posto a base di gara per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alla programmazione della spesa per investimenti, alla predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione**".

A ben vedere, l'unico "divieto" che la disposizione prescrive riguarda "lo svolgimento contemporaneo dell'attività di validazione con quella di progettazione", e ciò per evitare conflitti di interesse.

Nulla del genere, invece, per quanto attiene la disciplina dell'incentivo; la delega si limita, infatti, a prevedere che siano **incentivate attività diverse da quelle precedentemente indicate, "escludendo" l'applicazione degli incentivi alla progettazione.**

Conformemente alla delega, l'art. 113 ha indicato le attività oggetto di nuova incentivazione. La nuova disciplina "si applica alle procedure e ai contratti **per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure**

L'incentivo per le funzioni tecniche nel passaggio dal decreto legislativo 163/2006 al nuovo codice degli appalti e le questioni interpretative sulla corretta liquidazione

e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte" (art. 216, comma 1); di conseguenza è stato abrogato l'art. 93 del D.Lgs. n. 163/2006 (unitamente all'abrogazione dell'intero articolato, ex art. 217).

In altre parole la vicenda che ha riguardato l'incentivo alla progettazione deve essere inquadrata – secondo la Corte - in un normale avvicendamento di discipline diverse, con applicazione delle nuove disposizioni alle future fattispecie e ciò in ossequio al principio della irretroattività della legge.

La circostanza che l'ordinamento, in realtà, non si sia espresso sulla non meritevolezza o sulla sopravvenuta illiceità del pagamento dell'incentivo per le prestazioni precedentemente affidate e ancora da eseguire, **impedisce di pervenire alla conclusione che la nuova disciplina sia di impedimento alla conclusione del programma obbligatorio generatosi sotto la vigenza dell'abrogato art. 93. Nel caso in questione, infatti, si discute di un rapporto obbligatorio, lecitamente instauratosi tra ente (datore di lavoro) e lavoratore, avente ad oggetto diritti patrimoniali da eseguirsi con il pagamento dell'incentivo al verificarsi dell'adempimento della controparte, alle condizioni che ne impongono la liquidazione così come disciplinate dall'art. 93 citato.**

Pertanto, in ordine ai quesiti posti, si conferma l'orientamento espresso da questa Sezione nel richiamato parere n. 3/2015, **nel senso che la disciplina regolante l'incentivo alla progettazione resta quella vigente al momento in cui l'opera è stata inserita nei documenti di programmazione, indipendentemente dal momento in cui le prestazioni incentivate vengono in concreto poste in essere.**

Stesso riscontro deve essere espresso per quanto riguarda l'incentivo collegato ad opere "già approvate e in corso di realizzazione alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, l'adempimento della obbligazione pecuniaria (il pagamento), seppure oggetto di uno speciale "procedimento" amministrativo e contabile, **non è impedito dal principio "tempus regit actum" per la ragione che:** i) trattasi di rapporto obbligatorio di natura privatistica; ii) l'esclusione dell'incentivo alla progettazione è espressamente riferita alle procedure di gara **non ancora attivate al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa;** iii) il pagamento non trova un chiaro e univoco divieto in alcuna disposizione di legge posta in rassegna da questa Sezione, né è precluso da altre disposizioni che impediscano il compimento di tale atto, al tempo in cui deve essere posto in essere".

L'utilizzo dei proventi da permessi di costruire per spese in conto capitale

1. Premesse

Con la recente deliberazione n. 100/2017, la sezione si pronuncia sull'istanza sul corretto utilizzo delle entrate dei permessi a costruire (oltre a situazioni specifiche della regione che si tralascia). In particolare, il Sindaco istante, dopo aver rappresentato che tra gli obiettivi strategici dell'azione amministrativa rientrava l'acquisizione al patrimonio comunale di un fabbricato storico e del parco circostante attualmente di proprietà privata da conseguire mediante la permuta di un'area comunale con spese a carico (per la differenza di valori) dell'ente chiede se risulti "possibile far fronte alla suddetta differenza di valore utilizzando (...) **i proventi da permessi di costruire** (oneri di urbanizzazione e costo di costruzione) che il privato dovrà versare nelle casse dell'Ente per la realizzazione dell'intervento edilizio programmato".

2. L'utilizzo degli oneri di urbanizzazione

La sezione si sofferma, per una prima disamina generale, sull'utilizzo per fini tipici degli oneri di urbanizzazione previsto a decorrere dall'esercizio 2018 dalla Legge n. 232/2016, articolo 1, commi 460-461.

Sul piano generale, in delibera si rammenta che, nei principi contabili generali fissati dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (allegato 1) si puntualizza che:

- "è il complesso unitario delle entrate che finanzia l'amministrazione pubblica e quindi sostiene così la totalità delle sue spese durante la gestione";

- "le entrate in conto capitale sono **destinate esclusivamente al finanziamento di spese di investimento**".

Nei predetti principi, dunque, viene ribadito **il divieto di finanziare spese correnti** (al netto delle eccezioni previste per gli oneri concessori almeno fino al 2017) con entrate in conto capitale che trova giustificazione anche nell'esigenza di assicurare il mantenimento degli equilibri di bilancio degli enti locali espressa dall'art. 162, comma 6, del decreto legislativo 10 agosto 2000, n. 267 (TUEL).

In quest'ambito deve essere riportato il disposto di cui all'art. 1, comma 460 della legge di bilancio (n. 323/2016) secondo cui – come si sintetizzava sopra - "A decorrere dal 1° gennaio 2018, i proventi dei titoli abilitativi edilizi e delle sanzioni previste dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, sono destinati esclusivamente e senza vincoli temporali alla realizzazione e alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, al risanamento di complessi edilizi compresi nei centri storici e nelle periferie degradate, a interventi di riuso e di rigenerazione, a interventi di demolizione di costruzioni abusive, all'acquisizione e alla realizzazione di aree verdi destinate a uso pubblico, a interventi di tutela e riqualificazione dell'ambiente e del paesaggio, anche ai fini della prevenzione e della mitigazione del rischio idrogeologico e sismico e della tutela e riqualificazione del patrimonio rurale pubblico, nonché a interventi volti a favorire l'insediamento di attività di agricoltura nell'ambito urbano".

3. Il riscontro

Ciò premesso, secondo l'estensore, ovviamente essendo l'operazione di permuta sopra richiamata finalizzata all'acquisizione al patrimonio comunale di un fabbricato storico e di alcune pertinenze, che sarebbero complessivamente destinate allo svolgimento di alcune funzioni pubbliche, **essa si sostanzia in una spesa in conto capitale.**

Alla stessa può, pertanto, farsi ancora fronte, **nel corrente esercizio (ovvero nel solo 2017)**, con l'utilizzo degli oneri di urbanizzazione (**per il successivo esercizio 2018, cfr. commi 460-461 dell'art. 1 della Legge n. 232/2016, che non contemplano, tra le operazioni finanziabili con in predetti oneri, l'acquisizione di immobili**).

I pareri dei responsabili di servizio costituiscono presupposti necessari di legittimità delle delibere

1. Premessa

La sezione regionale dell'Emilia Romagna, con la deliberazione n. 62/2017 affronta una questione, invero, anche singolare.

Il comune, il cui Sindaco si rivolge alla sezione, ottenuto un decreto ingiuntivo nei confronti di una impresa debitrice e vista l'opposizione di questa chiede chiarimenti sulla possibilità di esperire una mediazione/transazione senza richiedere i pareri dei responsabili interessati né il parere dell'avvocatura.

In particolare, nel quesito si evidenzia che il Sindaco chiede se sia possibile deliberare l'accoglimento della proposta transattiva, anche senza acquisire preventivamente i pareri degli uffici e dell'avvocatura interna; "ciò, sulla base della circostanza che detta proposta è stata formulata da un soggetto terzo, nell'ambito di un procedimento finalizzato a ridurre il contenzioso in sede giurisdizionale, e che si deve presumere l'assenza di sospetti di elusione degli interessi pubblici, nonché che sia rispettosa dell'esigenza di corretta gestione delle pubbliche risorse". Evidenziando, infine, come la proposta comportasse solo un'entrata per il Comune e nessuna spesa.

La questione posta consente alla sezione di esaminare la sempre attuale problematica dei pareri dei responsabili e delle conseguenze in caso di carenza ovvero se l'assenza determini semplice irregolarità dell'eventuale delibera adottata o possa addirittura determinare l'illegittimità dell'atto.

2. L'essenza dei pareri dei responsabili di servizio

Nel parere si rammenta come l'art. 49 del decreto legislativo 267/2000 (come modificato dal decreto legge 174/2012 convertito con legge 213/2012), testualmente, prescrive che:

- "1. Su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla Giunta e al Consiglio che non sia mero atto di indirizzo deve essere richiesto il parere, in ordine alla sola regolarità tecnica, del responsabile del servizio interessato e, qualora comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell'ente, del responsabile di ragioneria in ordine alla regolarità contabile. I pareri sono inseriti nella deliberazione.
2. Nel caso in cui l'ente non abbia i responsabili dei servizi, il parere è espresso dal segretario dell'ente, in relazione alle sue competenze.
3. I soggetti di cui al comma 1 rispondono in via amministrativa e contabile dei pareri espressi.
4. Ove la Giunta o il Consiglio non intendano conformarsi ai pareri di cui al presente articolo, devono darne adeguata motivazione nel testo della deliberazione".

Inoltre, il primo comma del successivo art. 147-bis del decreto legislativo 267/2000 (rubricato "Controllo di regolarità amministrativa e contabile"), inserito dal citato d.l. n. 174/2012, stabilisce quanto che:

- "1. Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è assicurato, nella fase preventiva della formazione dell'atto, da ogni responsabile di servizio ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. Il controllo contabile è effettuato dal responsabile del servizio finanziario ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria".

Il collegio rammenta che la funzione del parere di regolarità contabile e la sua "intensità" sono state esaurientemente ricostruite dalla Sezione regionale di controllo per le Marche, con deliberazione n. 51/2013/PAR, del 5 giugno 2013, in questa si evidenzia, tra l'altro, come il legislatore statale, mediante le modifiche apportate dal d.l. n. 174/2012 all'art. 49 del T.U., in particolare sostituendo l'espressione "qualora comporti impegno di spesa o diminuzione di entrata" con "qualora comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell'ente", abbia ampliato i casi in cui è necessario acquisire il parere di regolarità contabile, al contempo assegnando, al responsabile dei servizi finanziari, un ruolo centrale, a tutela degli equilibri di bilancio dell'ente.

Si rammenta inoltre che, secondo la giurisprudenza amministrativa, i pareri – sia quello di regolarità tecnica sia il parere di regolarità contabile – non costituiscono requisiti di legittimità delle deliberazioni (di giunta e di consiglio), pertanto, l'eventuale mancanza degli stessi determinerebbero, semplicemente, delle mere irregolarità, tale da non influire sulla legittimità e sulla validità delle deliberazioni (ex multis, C. di S., Sez. V, sent. 8 aprile 2014, n. 16631). Questa impostazione viene fatta propria anche dalla Sezione regionale di controllo per la Basilicata, con deliberazione n. 79/2014/PAR, del 15 maggio 2014, secondo la quale la mancanza dei pareri in argomento non avrebbe riflessi sulla validità delle deliberazioni.

3. La posizione della corte

Il collegio non si mostra concorde con le considerazioni espresse dalla giurisprudenza amministrativa ovvero che la carenza dei pareri determinerebbe una mera irregolarità.

L'estensore del parere annota come l'irregolarità in generale ricorra in presenza di una lieve anomalia del provvedimento amministrativo, a fronte di un vizio marginale, allorché la diversità della forma o la non perfetta osservanza di un adempimento endoprocedimentale non siano tali da impedire il concreto raggiungimento dell'interesse pubblico tutelato dalla norma.

Questo non sembra desumersi nel caso in cui una deliberazione – che non costituisca mero atto di indirizzo – risulti carenti dei pareri di regolarità tecnica e contabile.

Questi pareri, infatti, costituiscono atti procedurali obbligatori, posti al centro del sistema, anche per ovviare alla mancanza di competenza tecnica dei componenti della giunta e del consiglio.

Tale impostazione risulterebbe rafforzata proprio dal previsto controllo di regolarità amministrativa/contabile, ora innestato nel primo comma del successivo art. 147-bis del decreto legislativo 267/2000, che i pareri tendono ad assicurare.

Pertanto, i pareri de quibus assicurerebbero anche il controllo preventivo sugli atti di giunta e consiglio.

4. La rilevanza dei pareri come presupposti di legittimità dell'atto

Nell'ambito dei pareri predetti, marcata appare la rilevanza del parere di regolarità contabile, come ridisegnato dal legislatore mediante il d.l. n. 174/2012, e quanto emerge dalla Sezione regionale di controllo per le Marche, con deliberazione n. 51/2013, che ha evidenziato come attraverso tale previsione sia stato assegnato al responsabile di ragioneria un ruolo centrale nella tutela degli equilibri di bilancio dell'ente.

Il rilievo del parere di regolarità tecnica emerge invece dal nuovo art. 147-bis, che ne ha specificato il contenuto, stabilendo come lo stesso debba attestare la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa, cioè sia la sua conformità alla normativa, che la correttezza sostanziale delle soluzioni adottate.

Gli organi politici possono anche discostarsi dalle considerazioni espresse con i pareri ma – alla luce del comma 4 dell'articolo 49 del decreto legislativo 267/2000 – sono tenuti ad indicare una adeguata motivazione nel testo della deliberazione. E, secondo l'estensore, questo è ovvio perché, altrimenti, i responsabili dei servizi in questione diventerebbero, di fatto, amministratori. Per quanto sopra esposto, ad avviso di questo Collegio i pareri di regolarità tecnica e contabile devono necessariamente essere resi, costituendo presupposti necessari delle deliberazioni sottoposte alla giunta e al consiglio, ad eccezione di quelle che costituiscono meri atti di indirizzo. L'omessa acquisizione dei pareri in argomento, pertanto, **è tale da determinare l'illegittimità dell'atto, non potendosi, per l'importante funzione ad essi assegnata dal legislatore,**

ritenere che la loro mancanza non sia tale da impedire il concreto raggiungimento dell'interesse pubblico volta per volta tutelato dalle norme.

In relazione, quindi, alla richiesta di parere ovvero se il Comune possa deliberare di accogliere la proposta del mediatore anche senza acquisire preventivamente i pareri degli uffici e dell'avvocatura interna il collegio risponde, in relazione al primo caso, negativamente mentre manifesta diverso approccio in relazione al parere dell'avvocatura.

Ad avviso della sezione, la circostanza che la deliberazione abbia ad oggetto una proposta di transazione formulata da un mediatore, soggetto terzo, il quale offre garanzie di imparzialità, azionata a seguito di invito del giudice, non è tale da poter consentire una deroga alla norma generale, la quale prevede la necessaria acquisizione dei pareri di regolarità tecnico e contabile. Il ruolo del mediatore, infatti, non esclude l'esigenza di un approccio prudente, finalizzato ad evitare un depauperamento delle pubbliche risorse, che deve sempre essere assicurato dalle pubbliche amministrazioni nell'utilizzare strumenti transattivi e di composizione delle liti. E' del tutto irrilevante, poi, che la deliberazione abbia solo ad oggetto delle entrate e non anche delle spese considerato come previsto dall' art. 49, che parere dev'essere reso ogniqualvolta l'atto comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria, o sul patrimonio dell'ente.

Per quanto concerne, invece, al parere dell'Avvocatura interna, non vi è motivo per discostarsi da quanto affermato in generale per le transazioni dalla Sezione regionale di controllo per il Piemonte, con la delibera n. 20/2012 del 28 febbraio 2012, la quale ha ritenuto l'acquisizione dello stesso non obbligatoria, ma sicuramente opportuna.



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

