

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 3

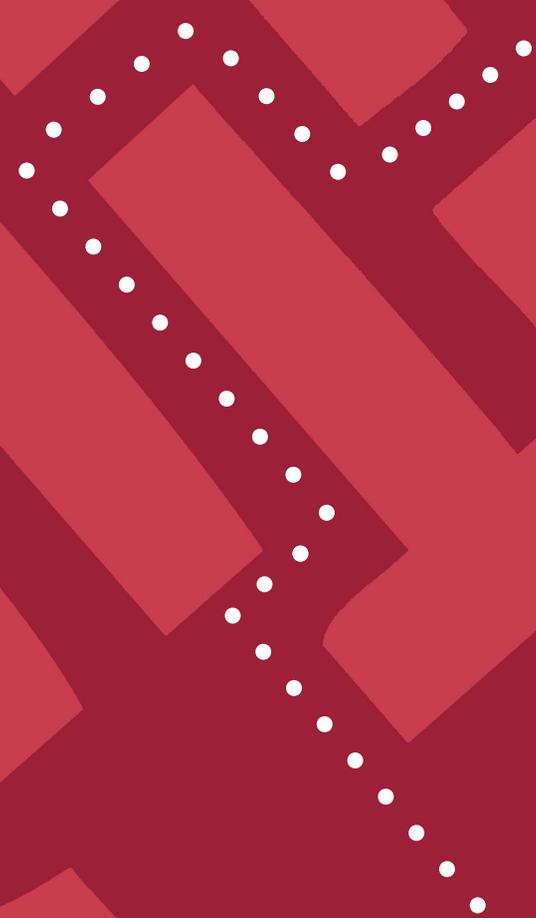
maggio
2018

MEDIA APPALTI

**Le ultime novità in tema
di soccorso istruttorio**

**Il Consiglio di Stato
sull'avvalimento
«frazionato inverso»
nel RTI**

**Oneri ed onori
della sicurezza...
presupposti di tutela o
formalismi incompresi?**



**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

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

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

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

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

**Media
Graphic**





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**



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

**maggio
2018**

La luce

C'era un viaggio, la notte, un pullman, il buio fuori dal finestrino. C'erano le luci lontane di paesini senza nome e c'era mia sorella che non voleva addormentarsi, affascinata dal tremolio di quelle illuminazioni sospese nel nero. "Mamma, guarda, quanti presepi!", esclamava euforica.

È vero, sembrano far parte di un grande presepe quei piccoli centri di montagna illuminati nell'oscurità. L'illuminazione pubblica ha cambiato il panorama notturno. Ha cambiato anche il modo di vivere la notte. L'estate ci porterà a passare più ore per strada, di sera, fino a notte tarda. Possiamo goderci il fresco della notte, magari alla fine di un'afosa giornata di giugno, perché l'illuminazione pubblica è arrivata dappertutto portando visibilità e sicurezza. Il 26 agosto prossimo entreranno in vigore i criteri ambientali minimi (CAM), stabiliti dal Decreto Ministeriale del 28 marzo scorso con il quale si pongono i paletti che le amministrazioni pubbliche devono rispettare per contenere l'impatto ambientale degli impianti di illuminazione pubblica.

I primi passi da compiere prima di procedere alla messa in opera di un nuovo impianto o della riqualificazione di impianti già esistenti sono: una verifica dello stato di salute degli stessi ed una stima del fabbisogno reale di illuminazione. Impianti obsoleti o inefficienti non sono in grado di produrre l'illuminazione adeguata, disperdono energia, producono sprechi. Un'attenta analisi della reale necessità di luce di cui le nostre strade,

le nostre piazze, i nostri parchi, hanno bisogno è un ulteriore contributo orientato a limitare gli sprechi di energia elettrica.

Limitare l'impatto ambientale è la parola d'ordine. Viviamo su un pianeta che ci ha dato molto e dal quale abbiamo preteso ancora di più. Non possiamo continuare. Gli sprechi che il legislatore vuole limitare attraverso il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della Pubblica Amministrazione che sta alla base dei CAM sono essenzialmente di tipo ecologico. Ma i benefici sarebbero anche economici. Una rete efficiente ed una giusta illuminazione permettono alle PPAA di contenere i costi dell'illuminazione. Di risparmiare. E magari di investire in altre opere pubbliche.

Gli obiettivi proposti con i CAM possono essere centrati se affidati a veri professionisti dell'illuminazione. Sono richieste competenze tecniche per scegliere, dimensionare, progettare gli impianti ed i singoli apparecchi al fine della riduzione degli impatti ambientali.

Quando si tratta di intervenire, oltre che nella riqualificazione energetica, nella riqualificazione urbanistica devono essere "premiati" professionisti qualificati, con le competenze necessarie per definire la resa cromatica della luce, il colore, l'abbagliamento, l'estetica e la funzionalità degli impianti. "Architetti della luce", che siano in grado non solo di illuminare ma di valorizzare una strada, un monumento, un giardino. Negli ultimi anni

abbiamo imparato che una buona illuminazione può dare nuova "luce" all'oggetto illuminato. Ci sono monumenti che di notte acquistano un fascino inedito. Merito di chi ha progettato disposizione e intensità di fasci di luci, lampade, faretti. Di chi è riuscito ad esaltare un'architettura che nel buio sarebbe stata solo una piatta superficie oscura.

Una buona illuminazione è un'illuminazione che rende un luogo sicuro e vivibile di notte, in linea con l'estetica dei luoghi ma senza eccessi. Il decreto, come già detto, chiede alle amministrazioni di quantificare il reale fabbisogno di luce. In Italia, probabilmente, si è ecceduto. Abbiamo sovrailluminato le nostre città. Abbiamo alimentato quell'inquinamento luminoso che non ci permette di godere della bellezza della notte. Che non ci permette di vedere la Via Lattea. Tra i paesi del G20, l'Italia e la Corea del Sud sono i più inquinati dalla luce. Anche questo aspetto dovrà essere preso in considerazione nella valutazione dell'impatto ambientale dell'illuminazione pubblica.

"Verrà un tempo in cui la luce interiore uscirà da noi, in modo che non avremo più bisogno di altra luce", diceva Johann Wolfgang von Goethe. In attesa di quei tempi dobbiamo affidarci alla proposta economicamente più vantaggiosa.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

La luce

4

In evidenza

Le ultime novità in tema di soccorso istruttorio

7

Sotto la lente

La nomina del responsabile unico del procedimento

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

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

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

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Ing. Pier Luigi Gianforte
Specialista in materia di lavori pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Il Punto

Il Consiglio di Stato sull'avvalimento «frazionato inverso» nel RTI

22

Gli oneri della sicurezza e i costi della manodopera tra false analogie e incertezze interpretative

30

Effetti derivanti dal tardivo o mancato pagamento del contributo all'ANAC

38

La solidarietà fra committente ed appaltatore per gli oneri retributivi dei lavoratori: resta irrisolta la questione negli appalti pubblici

46

Onere ed onori della sicurezza... presupposti di tutela o formalissimi incompresi?

52

Pareri & Sentenze

59

A Domanda Rispondiamo

65

In pillole

68

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Le ultime novità in tema di soccorso istruttorio

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

1. Considerazioni generali

L'istituto del soccorso istruttorio, nato in vigenza del vecchio Codice con la finalità di eliminare gli inutili formalismi che spesso portavano ad inique esclusioni dei concorrenti dalle procedure di gara, permette di correggere i vizi non sostanziali dell'offerta, nei limiti dettati dal Codice e meglio dettagliati dalla giurisprudenza e dall'ANAC. Il principio cardine che fa da guida agli operatori del settore per delineare in concreto l'ambito di applicabilità del soccorso istruttorio è quello del rispetto della *par condicio* tra gli operatori economici.

Nel vecchio Codice dei contratti, il soccorso istruttorio trovava la sua disciplina nell'art. 38, comma 2-*bis*, introdotto nel 2014 dal D.L. n. 90, in combinato disposto con l'art. 46, anch'esso modificato dal medesimo decreto legge a fini di coordinamento. Si trattava di una sanatoria a pagamento, il cui ambito di applicazione, sia con riferimento alla fase della procedura in cui era o meno ammessa, che con riferimento - soprattutto - alle tipologie di vizi regolarizzabili o meno, ha suscitato moltissime perplessità tra gli operatori del settore, tanto da far scaturire numerose pronunce giurisprudenziali, che hanno pian piano delineato con più precisione l'ambito di operatività

di tale istituto, oltre ad aver sollecitato l'intervento dell'ANAC, la quale si è espressa sia in termini generali con una Determinazione, la n. 1 del 2015, che con numerose deliberazioni e pareri su casi concreti.

Merita un cenno la sopra citata Determinazione ANAC n. 1 del 2015 nella parte in cui chiarisce come, con l'esplicita disciplina codicistica del soccorso istruttorio, sia stata operata una piccola rivoluzione copernicana: il soccorso istruttorio viene "procedimentalizzato", divenendo doveroso per ogni ipotesi di omissione o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara, e l'esclusione dalla gara diventa sanzione ammessa unicamente in caso di omessa produzione, integrazione o regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante e non più per carenze originarie.

Prima della riforma del 2014, il soccorso istruttorio era considerato un doveroso *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, ma all'interno di rigorosi limiti. Infatti, un'applicazione del medesimo in senso espansivo avrebbe potuto compromettere la *par condicio* e, conseguentemente, violare il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione

amministrativa. Non solo: un'interpretazione troppo sostanzialistica dell'istituto in esame avrebbe potuto, entro certi limiti, tradursi in una violazione del divieto di disapplicazione della *lex specialis* e finire così per eludere la natura decadenziale dei termini perentori da cui è caratterizzata la procedura.

In passato, la giurisprudenza distingueva tradizionalmente il concetto di **regolarizzazione** documentale, ammesso, da quello di **integrazione** documentale, non ammesso. In base a tale interpretazione, il soccorso istruttorio consentiva di completare dichiarazioni o documenti già presentati – sempre e solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa - ma non permetteva in alcun modo di supplire a carenze documentali dell'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando.

La novella del 2014 aveva già allora determinato un superamento dei principi sopra enunciati e, anzi, aveva portato ad una radicale inversione del suesposto principio. Così come precisato dall'ANAC nella Determinazione n. 1 citata, è generalmente sanabile **qualsiasi** carenza, omissione o irregolarità, **con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto** dell'offerta, della **certezza** in ordine **alla provenienza** della stessa, del **principio di segretezza** che presiede alla presentazione della medesima e di **inalterabilità delle condizioni** in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Il soccorso istruttorio, quindi, non sarebbe comunque mai stato ammissibile per consentire l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, pena la violazione della *par condicio*.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione del soccorso istruttorio, questo restava circoscritto <<nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45>>, ovvero alle dichiarazioni, elementi, certificati ecc. relativi al possesso dei requisiti di ammissione dei concorrenti in gara e non relativi alle successive fasi della procedura, attinenti alla valutazione del contenuto dell'offerta, tecnica o economica. Un eventuale completamento o integrazione dell'offerta avrebbe alterato la *par condicio* ed eluso la natura decadenziale dei termini procedurali. La breve panoramica sin qui svolta sul soccorso istruttorio così come disciplinato nel previgente Codice ci serve ora per delineare meglio le differenze con l'attuale normativa.

Nel nuovo Codice, il D. Lgs. n. 50/2016 l'istituto del soccorso istruttorio è opportunamente disciplinato in un'unica disposizione, l'art. 83, comma 9. Tale norma, a dire il vero, è già stata modificata dopo un anno dalla sua entrata in vigore¹. L'art. 52, comma 1, lett. d) del D. Lgs. n. 56 del 2017 l'ha infatti interamente sostituita con il seguente testo, attualmente in vigore: <<Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di **mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale** degli

Il soccorso istruttorio permette di correggere i vizi formali dell'offerta, al fine di evitare esclusioni dalle procedure di gara dettate da inutili formalismi. Tale istituto, di portata generale, trova però i suoi limiti nel costante rispetto del principio della par condicio tra i concorrenti.



elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, **con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica**, 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. **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>>.

L'istituto del soccorso istruttorio contenuto nel nuovo Codice è, per espressa volontà della legge delega, un soccorso **anche integrativo**.

La legge delega prevede infatti, all'art. 1, comma 1, lett. z), la necessaria <<riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di **integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda**, purché **non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta>>.**

Da tale previsione è disceso che l'attuale soccorso istruttorio può mirare sia a completare o precisare meglio dichiarazioni carenti o mancanti che ad integrare documenti mancanti, purché tale integrazione abbia lo scopo di correggere errori materiali o refusi e non sia volta a completare offerte parziali o dal contenuto poco chiaro, perché, in tal caso, si inciderebbe negativamente sulla *par condicio* tra i concorrenti.

In altri termini, l'inciso "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica" potrebbe essere interpretato in due differenti modi: nel senso che il soccorso istruttorio è istituito applicabile sempre e soltanto alla fase della verifica della documentazione amministrativa e mai alle fasi successive della procedura di gara - e questa sarebbe l'opzione più rigorosa, discendente da una interpretazione letterale della norma; ovvero, po-

trebbe essere interpretato nel senso che il soccorso istruttorio è ammesso anche con riferimento a vizi dell'offerta tecnica o economica, con il limite, tuttavia, dell'assoluto rispetto della *par condicio*.

Ciò significherebbe che la sanatoria sarebbe ammissibile solo per correggere vizi formali, espressione di meri refusi di natura non sostanziale e che soprattutto, non incidano in alcun modo su **valutazioni di merito** dell'offerta.

Quale tra i due orientamenti indicati sia quello privilegiato dalla giurisprudenza più recente, lo vedremo nel prosieguo della trattazione.

2. Ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di versamento tardivo del contributo ANAC

Appare interessante ora affrontare le ultime "tendenze" espresse dalla giurisprudenza e dall'ANAC sull'istituto in esame. Per quanto, infatti, la normativa dettata dal nuovo Codice abbia avuto il merito di porre l'accento sul carattere generale del soccorso istruttorio e sulla sua attivabilità in presenza di qualunque vizio che non attenga al merito dell'offerta, al fine di togliere rilievo a qualunque inutile formalismo, restano ancora molti aspetti suscettibili di interpretazioni non univoche. Vero è che, ogni giorno, le stazioni appaltanti affrontano innumerevoli situazioni concrete in cui sorgono

dubbi interpretativi, per i quali l'ANAC e la giurisprudenza devono intervenire al fine di fare, di volta in volta, chiarezza.

Il nuovo Codice dei contratti ha ampliato la portata del soccorso istruttorio, legittimando senz'altro il soccorso integrativo, prima di dubbia ammissibilità. Ai concorrenti è data piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta.



1. Il decreto correttivo del 2017 ha corretto la "svista" del legislatore delegato il quale, nonostante l'indirizzo dato dall'Unione europea con la Direttiva n. 24 del 2014, nonché dalla Legge delega n. 11 del 2016, per cui il soccorso istruttorio non dovesse comportare oneri per i concorrenti, aveva comunque lasciato ferma la sanzione pecuniaria.

In proposito, merita, ad esempio, attenzione il caso trattato recentemente dal TAR di Trento² avente ad oggetto un incompleto pagamento del contributo ANAC, poi sanato tardivamente con il soccorso istruttorio.

In questo caso il concorrente, a causa di un errore materiale nell'inserimento del CIG al momento di effettuare il versamento sul sito dell'ANAC, aveva pagato - nei termini - un contributo in misura inferiore al dovuto, in quanto aveva indicato il CIG di un lotto differente da quello al quale intendeva partecipare. Stimolato in tal senso dalla stazione appaltante che aveva avviato il sub procedimento di soccorso istruttorio, il concorrente provvedeva a pagare (ovviamente dopo i termini di scadenza di presentazione delle offerte) l'integrazione dovuta. La stazione appaltante, applicando quanto scritto nella propria *lex specialis*³, che richiamava il bando-tipo ANAC n. 1 del 2017⁴, nonché l'orientamento consolidato dell'Autorità, secondo il quale è ammesso il soccorso istruttorio con riferimento al pagamento del contributo ANAC soltanto nel caso in cui il versamento sia stato effettuato interamente nei termini ma non sia stata prodotta in offerta la prova dell'avvenuto versamento, procedeva ad escludere il concorrente che, di conseguenza, ricorreva dinanzi al TAR.

I giudici di merito, esaminata la questione, hanno preliminarmente affermato che <<la suddetta specifica prescrizione del bando evidenzia, (...), **profili di possibile nullità**. Invero né nel codice dei contratti né nella legislazione provinciale è rinvenibile alcuna norma di legge che preveda

la sanzione dell'esclusione in caso di mancato adempimento dell'onere del pagamento del contributo in questione e, anzi, la suddetta omissione risulta sanabile proprio con il soccorso istruttorio di cui al comma 9 dell'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016>>.

Il TAR ricorda infatti come la citata disposizione, nella versione attualmente in vigore, preveda che, attraverso la procedura di soccorso istruttorio, vengano sanate la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi formali della domanda, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. <<Alla luce della citata normativa - si legge infatti nella sentenza - è, quindi, il principio di massima partecipazione a prevalere sul principio di *par condicio* (...). Pertanto, anche l'art. 1, comma 67, della L. n. 266/2005, secondo cui il contributo dovuto dagli operatori economici all'ANAC è **condizione di ammissibilità** dell'offerta "non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che **il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale**" sanabile con il soccorso istruttorio⁵>>.

Nonostante la premessa fatta, apparentemente propensa a porre in dubbio la legittimità della clausola della *lex specialis* in esame, i giudici proseguono il ragionamento, giungendo tuttavia a conclusioni parzialmente differenti. Si legge infatti nel prosieguo della pronuncia: <<nonostante le argomentazioni che precedono, la clausola di



2. Sentenza n. 44 del 27.02.2018.

3. Nel bando, la stazione appaltante si era autovincolata a disporre automaticamente l'esclusione del concorrente in caso di versamento del contributo ANAC oltre i termini o per un importo inferiore a quello dovuto.

4. Il bando-tipo ANAC n. 1 del 2017, recante "Schema di disciplinare di gara - Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", prevede espressamente che <<in caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara [in caso di suddivisione in lotti distinti aggiungere: in relazione "al lotto per il quale non è stato versato il contributo"], ai sensi dell'art. 1, comma 67 della l. 266/2005>>.

5. In questo senso, vedi anche TAR Lazio, n. 11031/2017.

esclusione di cui al paragrafo 4.3 del bando di gara **non è nulla**. Il bando tipo approvato dall'ANAC, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, con deliberazione n. 1228 del 22 novembre 2017, quanto al contributo dovuto all'ANAC stessa dagli operatori economici che partecipano alle procedure di gara, riconferma, infatti, ancora una volta, malgrado la novella del 2017 del citato comma 9, la clausola di esclusione (...)»». E ancora: «<<la **natura vincolante delle previsioni di cui al bando tipo impone un obbligo conformativo** alla stazione appaltante anche per quanto riguarda l'esclusione per mancato versamento del contributo nel termine previsto. Ne consegue che la clausola contestata, prevedendo, in conformità al bando tipo, l'esclusione sia in caso di versamento oltre la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, sia in caso di versamento di importo inferiore, **non è, comunque, nulla e neppure affetta da vizi di legittimità**»».

In altri termini, i giudici trentini attribuiscono – ed è ciò che lascia perplessi – natura vincolante ad uno strumento di *soft law*, il bando-tipo, anche laddove lo stesso sembrerebbe assumere connotazioni *contra legem*, nella parte in cui introduce una causa ulteriore di esclusione rispetto a quelle – tassative – previste dal Codice.

Cionondimeno, il TAR individua un errore scusabile nella condotta dell'operatore economico che ha effettuato il versamento tardivo all'ANAC e, per tale ragione, dichiara ammissibile il soccorso istruttorio. Così si esprimono i giudici: «<<nel caso di specie, l'inesatto adempimento del versamento da parte del Consorzio ricorrente è stato correttamente ritenuto dalla stazione appaltante rimediabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, in

ragione della sola parziale tardività e dell'errore in cui è incorso l'offerente nel corrispondere un importo inferiore a quello richiesto dal bando, **errore che si connota come materiale e scusabile**»».

La scusabilità dell'errore viene ravvisata nel fatto che il concorrente aveva pagato il versamento (di importo inferiore) per il lotto sbagliato nei termini e, a seguito dell'invito della stazione appaltante, aveva poi integrato l'importo già corrisposto. Il pagamento di un importo inferiore è stato causato da un errore «<<**dovuto presumibilmente a svista o a disattenzione**. Rileva, tuttavia, il **preliminare adempimento consistente nella registrazione presso i servizi informatici** per la riscossione dei contributi dell'ANAC, adempimento fondamentale in quanto **denota il preciso intendimento dell'operatore economico di adempiere all'obbligo richiesto** e che è stato perfezionato prima della scadenza del termine per partecipare alla gara. L'accertata sussistenza della **natura materiale dell'errore commesso, non volontariamente preordinato ad omettere o diminuire il versa-**

mento, non consente di valorizzare, in negativo, il principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti»».

Oltre alla non volontarietà e scusabilità dell'errore da parte del ricorrente, i giudici ravvisano altresì una responsabilità in capo alla stazione appaltante, la quale, «<<utilizzando la procedura del soccorso istruttorio, ha invitato il ricorrente a produrre la ricevuta del versamento del contributo ANAC senza chiarire che la possibilità di sanatoria era limitata a un versamento già effettuato, e si riferiva solo alla produzione della ricevuta. La circostanza, **idonea ad ingenerare un legittimo affidamento**

Posto che il soccorso istruttorio non può incidere su aspetti che riguardino valutazioni di merito delle offerte, ci si chiede se lo stesso sia per ciò stesso ammesso esclusivamente nella fase di verifica della documentazione amministrativa, restando precluso nelle fasi successive di valutazione delle offerte tecniche ed economiche oppure no. Gli ultimi arresti giurisprudenziali sembrerebbero propendere per la seconda opzione, ampliando il novero delle ipotesi di soccorso ammesse.



del ricorrente, rileva significativamente al fine di giustificare l'esercizio da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio>>.

Il TAR conclude affermando che <<l'avvenuto versamento, pur tardivo, del contributo nel suo esatto ammontare, in riscontro all'invito della stazione appaltante, **vale a perfezionare il presupposto che condiziona l'ammissibilità dell'offerta** secondo l'art. 1, comma 67, della richiamata legge n. 266/2005>>.

L'iter logico seguito dal giudice amministrativo trentino lascia in verità un po' perplessi. In primo luogo, il TAR non ha avuto, per così dire, il coraggio di portare fino in fondo il ragionamento iniziato quando ha sostenuto che non sussiste alcuna norma di legge che imponga l'esclusione in caso di pagamento del contributo ANAC oltre i termini. L'ammissibilità del soccorso istruttorio viene invece riconosciuta non perché la clausola del bando che prevedeva l'esclusione sia stata considerata nulla perché *contra legem*, ma soltanto in quanto è stato riconosciuto un errore scusabile nella condotta del ricorrente.

Portato alle estreme conseguenze, il ragionamento svolto, sintetizzato in particolare nell'ultimo periodo della sentenza sopra riportato, farebbe ritenere che il versamento tardivo, se effettuato in circostanze di fatto e psicologiche considerate giustificabili - in base, tuttavia a valutazioni che possono variare da caso a caso fino a sfociare nell'arbitrio -, può **perfezionare a posteriori** la condizione di ammissibilità dell'offerta. Il che, a dire il vero, non sembra un ragionamento pienamente coerente e rispettoso dei principi dell'ordinamento.

Sarebbe forse stato più corretto ammettere il soccorso istruttorio semplicemente in forza dell'illegittimità della clausola del bando che introduceva una causa di esclusione normativamente non prevista, ciò che però avrebbe costretto i giudici a porre in dubbio la legittimità dell'analogica clausola del bando-tipo ANAC n. 1/2017, conclusione prudentemente evitata.

3. La mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica. Le ultime deliberazioni dell'ANAC

Abbiamo in precedenza accennato alla questione problematica esistente in merito all'ammettere o meno il soccorso istruttorio nelle fasi successive a quella di verifica della documentazione amministrativa e dei requisiti di partecipazione.

La giurisprudenza recente ha dettato una linea chiara in tal senso, ad esempio, con riferimento ai casi di mancata o irregolare sottoscrizione dell'offerta tecnica o di parte di essa. Ciò che conta è che sia rispettata la funzione della sottoscrizione, ravvisabile nel rendere riferibile l'offerta ed il suo contenuto (dichiarazioni, impegni, manifestazioni di volontà) univocamente al sottoscrittore. In tutti i casi in cui tale riconducibilità non possa essere posta in dubbio sotto il profilo sostanziale, ogni carenza della sottoscrizione potrà essere sanata

mediante il soccorso istruttorio⁶.

In linea con tale indirizzo interpretativo, l'ANAC si è espressa recentemente su due casi concreti in cui era stata contestata una carenza di sottoscrizione

Il TAR ammette il soccorso istruttorio in caso di versamento del contributo ANAC oltre i termini, laddove sia riconosciuto un errore scusabile del concorrente e sia rilevabile l'intendimento dello stesso di adempiere all'obbligo richiesto. In tal caso, l'avvenuto versamento, pur tardivo, varrebbe a perfezionare il presupposto che condiziona l'ammissibilità dell'offerta ex art. 1, comma 67, L. n. 266/2005.

6. Cfr. Cons. Stato, sentenza n. 1687 del 2016.

dell'offerta tecnica, giungendo a conclusioni opposte pur in applicazione del medesimo principio.

Nel primo caso⁷, il fatto che l'offerta tecnica fosse contenuta in una busta sigillata, controfirmata in tutti i lembi di chiusura dall'offerente, a sua volta contenuta in un plico, anch'esso sigillato e controfirmato dal concorrente medesimo, ha fatto sì che l'Autorità ritenesse indiscutibile la provenienza dell'offerta da quel concorrente e dichiarasse ammissibile il soccorso istruttorio⁸.

Nel secondo caso⁹, invece, l'offerta era costituita da tre relazioni tecniche autonome di cui una sola era siglata sul frontespizio dal mandante. Nel caso di specie, l'Autorità ha ritenuto non ammissibile il soccorso istruttorio in quanto <<non sussiste alcun elemento che possa essere idoneo a ricondurre l'offerta tecnica all'impresa mandante, in modo da poter escludere ogni dubbio sulla provenienza dell'offerta anche dal soggetto interessato e poter attestare la consapevole assunzione di paternità e responsabilità dell'offerta stessa, essendo stato apposto un unico segno, in forma di semplice sigla, soltanto sul frontespizio di uno dei documenti costituenti l'offerta tecnica>>.

Il soccorso istruttorio è dunque possibile anche con

riferimento a vizi dell'offerta tecnica o economica purché, beninteso, tali vizi non afferiscano a elementi oggetto di valutazione di merito delle offerte stesse.

La giurisprudenza si è recentemente pronunciata sulla natura dei termini per l'esperienza del soccorso istruttorio, propendendo per la perentorietà della stessa. Tale perentorietà incontra però il limite della ragionevolezza, soprattutto con riferimento all'eccessiva brevità del termine originariamente assegnato.

In proposito, il Consiglio di Stato si è recentemente espresso in tal senso¹⁰ in un caso in cui nell'offerta tecnica era stato inserito un piano economico finanziario errato perché riferito ad un arco temporale differente da quello richiesto dalla *lex specialis*. Tale documento – lungi dall'essere un mero supporto dimostrativo della fondatezza dell'offerta, come

sostenuto dall'appellante – è considerato dal Supremo Collegio un elemento significativo della proposta contrattuale che si riflette sulla qualità dell'offerta medesima. Un vizio sostanziale dello stesso, quale il differente arco temporale di riferimento, non può pertanto essere sanato con il soccorso istruttorio.

4. Perentorietà dei termini per l'esperibilità del soccorso istruttorio

Un'altra interessante questione sulla quale si è recentemente espressa la giurisprudenza è la

7. Per il quale si è espressa con Deliberazione n. 1179 del 15 novembre 2017.

8. Discorso analogo viene fatto nella Determinazione n. 432 del 27 aprile 2017, adottata con riferimento ad un caso concreto in cui la sottoscrizione non era neppure totalmente assente ma solo parzialmente, in quanto mancavano le firme di alcuni degli associati di uno Studio associato che partecipava alla gara in RTI.

9. Determinazione ANAC n. 254 del 7 marzo 2018.

10. Consiglio di Stato, sezione V, n. 2214 del 13 aprile 2018. In senso analogo, cfr. TAR Lombardia Milano, sentenza n. 160 del 2018, nella quale si dirime un caso in cui non erano stati allegati all'offerta alcuni documenti richiesti (in particolare, l'elenco dei corsi di formazione del personale individuato per la gestione del servizio da appaltare). Tale carenza ha impedito la valutazione nel merito di quell'aspetto dell'offerta tecnica e ciò ha reso ragionevole l'assegnazione di un punteggio pari a zero su quel parametro di valutazione da parte della Commissione. <<Del resto – hanno affermato i giudici – **la lacuna indicata attiene ad un elemento essenziale dell'offerta, sicché in relazione ad essa resta precluso l'utilizzo del soccorso istruttorio (...)>>.**

11. TAR Sicilia, Catania n. 382 del 16 febbraio 2018.

natura – perentoria o ordinatoria – dei termini assegnati dalla stazione appaltante al concorrente per adempiere al soccorso istruttorio¹¹. Il TAR siciliano ha dovuto pronunciarsi su una controversia sorta a causa di un sub procedimento di soccorso gestito dalla stazione appaltante in modo, per così dire, discutibilmente elastico.

La stazione appaltante infatti aveva concesso un primo termine per la sanatoria di alcuni vizi di natura formale riscontrati nell'offerta del concorrente poi risultato aggiudicatario, nonché in un'altra offerta. Il sub procedimento di soccorso si è protratto nel tempo, innanzitutto perché la stazione appaltante ha avviato più interventi in soccorso chiedendo differenti integrazioni e poi, perché la Commissione ha riscontrato, in sede di esame della documentazione integrativa, l'incompletezza della stessa ed ha rinnovato il termine per il soccorso.

Sta di fatto che ciò ha consentito all'aggiudicataria di depositare ulteriori atti e documenti ben oltre il termine di decadenza inizialmente fissato dalla Commissione.

Dinanzi al caso di specie, il giudice ha affermato che, pur essendo vero che la seconda richiesta della Commissione <<non era diretta a sanare la carenza di un elemento formale della domanda, giacché, in effetti, quanto richiesto dalla *lex specialis* era stato tempestivamente prodotto dalla concorrente risultata aggiudicataria>>, ma ad ottenere ulteriore documentazione a comprova del possesso dei requisiti, quanto avvenuto successivamente denota il ripetuto inadempimento dell'aggiudicataria rispetto alle richieste di tale documentazione specifica. Considerata infatti la ripetuta dilazione dei termini, la concorrente ha infine prodotto la documentazione richiesta, completa in ogni sua parte, soltanto dopo la terza richiesta ed una volta che l'iniziale termine

concesso per il soccorso era abbondantemente spirato.

Alla luce di quanto accaduto i giudici concludono per ritenere che <<la Commissione, in tal modo, abbia violato il fondamentale canone della *par condicio*, consentendo alla Marservice (*ndr* la resistente aggiudicataria) (e all'altra concorrente sopra indicata) di dimostrare il possesso del requisito al di là dei termini perentori fissati dalla stessa.

Il **carattere perentorio del termine**, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza, **non ammette rimedi e non è derogabile mediante la concessione dell'errore scusabile**. Ne discende che l'introduzione di una deroga, mediante previsione di un termine ulteriore, importa la violazione del principio della *par condicio*, essendosi consentito ad alcuni dei concorrenti di integrare la produzione di atti o documenti dopo la scadenza dei termini fissati>>.

Ci si chiede se tale natura perentoria debba essere applicata in modo rigoroso anche nei casi in cui, ad esempio, la stazione appaltante abbia concesso un termine per adempiere di molto inferiore ai dieci giorni stabiliti per legge come termine massimo; oppure la stessa non sia stata chiara nell'indicare l'oggetto della sanatoria; o ancora, se l'avvenuta sanatoria da parte del concorrente sia avvenuta oltre il termine fissato dalla stazione appaltante ma di pochissimo (uno o due giorni, per esempio).

A parere di chi scrive, in tutte le ipotesi che precedono, soprattutto se si resta nel termine *ex lege* di dieci giorni, la perentorietà deve trovare una mitigazione, altrimenti si finirebbe per vanificare un istituto, come quello del soccorso istruttorio, che mira a superare inutili formalismi con un altro formalismo,

dato da un'applicazione rigorosa e quasi "ottusa" della perentorietà del termine.

Secondo una recentissima pronuncia giurisprudenziale, il fondamentale canone della par condicio non consente ad un concorrente di dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione al di là dei termini perentori fissati dalla stazione appaltante nell'ambito del sub procedimento di soccorso istruttorio.



5. Ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di cauzione provvisoria stipulata dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, purché retroattiva

Di interesse è infine una recente pronuncia del TAR Basilicata¹² in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria.

Nel caso di specie, il concorrente ha prodotto oltre i termini di presentazione delle offerte una cauzione provvisoria stipulata, invero, dopo tale data. Ciò, in contrasto con quanto tradizionalmente ammesso dall'ANAC, che nella già più volte richiamata Determinazione n. 1 del 2015, subordina il soccorso istruttorio <<con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità della cauzione provvisoria, **a condizione che sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta**>>.

Secondo i giudici lucani, <<il predetto assunto dell'ANAC non risulta condivisibile, in quanto (...) l'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016 non contempla la suddetta condizione della già avvenuta costituzione della cauzione provvisoria alla data

di presentazione dell'offerta e la giurisprudenza (...) ¹³ ha statuito che non possono essere esclusi dalla gara gli offerenti che hanno stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell'offerta e/o dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, **quando il periodo di 180 giorni della sua efficacia retroagisce dalla data di presentazione dell'offerta**, (...) in quanto la cauzione provvisoria **non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta** e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione alla gara>>.

In estrema sintesi, può concludersi che i recenti arresti giurisprudenziali in tema di soccorso istruttorio volgono sempre più ad ampliare le ipotesi di ammissibilità dello stesso ogniqualvolta la sanatoria non vada ad inficiare valutazioni di merito dell'offerta ed incida, invece, su carenze che, pur se di rilievo, laddove sanate anche a posteriori, non ledano sostanzialmente la parità di trattamento tra i concorrenti.

12. Sez. I, n. 531 del 27 luglio 2017.

13. Cfr. Sentenza TAR Lazio Sez. III ter n. 8143 del 10.6.2015, confermata dalla Sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 1377 del 6.4.2016.

La nomina del responsabile unico del procedimento

di Stefano Usai

SOTTO
LA
LENTE

Premesse

L'articolo 31 del codice dei contratti stabilisce la macro disciplina in tema di nomina e di (macro) funzioni del responsabile unico del procedimento. Figura, che traendo spunto dall'obbligo generale fissato dalla legge 241/90 art. 5 di individuare un presidio – a beneficio degli interessati dalla/ alla procedura amministrativa – è chiamata a presidiare l'intero procedimento contrattuale sia nella sua fase di tipo pubblicistico che si conclude con l'assegnazione dell'appalto (in realtà con la stipula del contratto), sia dal lato, almeno in certi casi, della fase civilistica dell'esecuzione del contratto.

La rilevanza della figura (autentico motore e dominus del procedimento amministrativo contrattuale), e pertanto della necessità di una sua corretta individuazione, emerge da una prima ovvia considerazione ovvero il rinvio del codice all'ANAC per la individuazione/definizione

di una disciplina di dettaglio non solo sugli aspetti della nomina e delle funzioni ma, se vogliamo soprattutto, per la precisazione dell'esperienza e della professionalità che una figura, con questi compiti, deve necessariamente possedere.

Ed ha questo compito, l'autorità anticorruzione ha risposto con le linee guida n. 3 ed in specie, con una prima versione nel 2016 ed una diversa nel 2017 (approvata con la deliberazione n. 1007/2017) che tiene conto anche delle variazioni intervenute sulla norma del codice da parte del decreto legislativo correttivo n. 56/2017.

Come emergerà anche più avanti, codice e linee guida – sotto il profilo pratico operativo per ciò che interessa la fase della nomina del RUP – non sempre appaiono perfettamente coerenti imponendo, uno sforzo interpretativo che, proprio gli atti di regolazione dell'ANAC (che non possono considerarsi, evidentemente, né norme né di natura regolamentare), avrebbero dovuto evitare.

1. Il tempo della nomina

La prima questione pratica/operativa che si pone è quella di stabilire il momento della nomina del responsabile unico del procedimento.

È interessante annotare che il codice dei contratti (art. 31, primo comma), si esprime diversamente dalla legge generale sul procedimento amministrativo (legge 241/90) circa la nomina del responsabile del procedimento amministrativo. Mentre il codice assegna tale compito inizialmente alla stazione appaltante in modo impersonale, la legge 241/90, con l'articolo 5 assegna tale compito – correttamente e direttamente – al dirigente (da intendersi anche come responsabile del servizio negli enti privi di dirigenti).

In realtà, al di là delle diverse (e forse inopportune) differenze le modalità della nomina sono le stesse nel senso che anche il responsabile unico del procedimento deve essere nominato dall'apicale. Solo nel terzo periodo del comma 1, art. 31 del codice, si specifica che la competenza è del responsabile dell'unità organizzativa (evidentemente interessata dall'appalto).

Testualmente, nelle linee guida n. 3 ANAC si legge che il responsabile unico viene nominato "con atto formale" **del dirigente o di altro soggetto** responsabile dell'unità organizzativa" a cui si riferisce, evidentemente, l'appalto.

Se tale nomina non interviene, al pari di quanto accade nel procedimento amministrativo generale, ruolo, funzioni e connesse responsabilità sono rimesse al dirigente/responsabile del servizio che si occupa dell'appalto.

Proprio questo riferimento di chiusura (una sorta di clausola di salvaguardia) ha importanti conseguenze per cui l'eventuale omissione – circa l'individuazione del RUP – non ha conseguenze sotto il profilo della legittimità degli atti da adottare.

La nomina del RUP si colloca nella fase ante programmazione non solo del procedimento contrattuale vero e proprio ma della programmazione di tipo generale in materia di

appalti e, quindi, tanto per il programma triennale (ed annuale) dei lavori pubblici quanto per la programmazione biennale (ed annuale) per gli acquisti di beni/servizi. Quest'ultima, ora, resta obbligatoria dall'articolo 21 del codice dei contratti. Da notare che alcune legislazioni regionali (ed è il caso della legge regionale della Sardegna n. 8/2018 – art. 34, comma 7 –) chiariscono perfettamente che il responsabile in parola deve essere nominato prima di ogni atto di programmazione.

È del tutto evidente che la programmazione costituisce un procedimento amministrativo a se stante e, pertanto, esige la nomina di un referente/responsabile che conduca e collazioni le varie esigenze dei vari servizi della stazione appaltante. Un referente unico, del resto, è anche richiamato nel recente DM del 16 gennaio 2018 n. 14 in tema di programmazione (pubblicato in G.U. n. 57 del 9 marzo 2018, in vigore dal 24 marzo 2018).

Le linee guida, invece, sembrano ritenere tale nomina come una semplice opzione ed in questo senso nel paragrafo 5.1.2 che "nella fase antecedente alla programmazione, il RUP, **qualora già nominato**, formula proposte e fornisce dati e informazioni utili alla predisposizione del quadro esigenziale di cui all'art. 3, comma 1, lett. ggggg)-nonies, del codice".

Dove per «quadro esigenziale», si intende "il documento che viene redatto ed approvato dall'amministrazione in fase antecedente alla programmazione dell'intervento e che individua, sulla base dei dati disponibili, in relazione alla tipologia dell'opera o dell'intervento da realizzare gli obiettivi generali da perseguire attraverso la realizzazione dell'intervento, i fabbisogni della collettività posti a base dell'intervento, le specifiche esigenze qualitative e quantitative che devono essere soddisfatte attraverso la realizzazione dell'intervento, anche in relazione alla specifica tipologia di utenza alla quale gli interventi stessi sono destinati".

Sotto il profilo pratico, si possono esprimere almeno tre riflessioni circa le annotazioni riportate. In primo luogo, non si può affatto ritenere che la nomina del RUP costituisca una semplice opzione

del dirigente/responsabile del servizio.
Sembra logico sottolineare che una simile possibilità possa configurarsi solo nelle stazioni appaltanti di minori dimensioni in cui il carico di lavoro – pur presidiabile – non può che ricadere su pochi soggetti.

Diverso è il caso delle stazioni appaltanti di maggiori dimensioni in cui la realizzazione di quanto stabilito dal “piano” dei lavori o degli acquisti richiede necessariamente diversi soggetti per definire e concludere, secondo una tempistica utile all’amministrazione, le varie procedure.

Seconda, logica, riflessione è che il RUP deve essere nominato per ogni fase propedeutica che riguarda l’attività contrattuale a differenza, probabilmente, della nomina/individuazione del responsabile del procedimento ai sensi della legge 241/90 in cui – nella maggior parte dei casi -, i procedimenti attivati dall’esterno vengono assegnati mentre per quelli interni è possibile anche una individuazione propedeutica.

Altra questione riguarda l’atto formale del dirigente/responsabile del servizio di nomina del responsabile del procedimento.

Con l’attribuzione della responsabilità del procedimento - e questo vale in senso generale già con riferimento alla legge 241/90 – si è in presenza di atti di organizzazione del lavoro e quindi di atti del datore di lavoro che organizza il lavoro.

Il dirigente, semplificando, si utilizza i poteri del datore di lavoro privato.

Pertanto, l’atto assumerà la forma del decreto del dirigente/responsabile del servizio e non della determinazione che costituisce, in realtà, un atto amministrativo.

La determina, in particolare la determinazione che avvia il procedimento contrattuale (la c.d. determinazione a contrattare) è l’atto attraverso

il quale viene “socializzata” la nomina ai diretti interessati (sempre che non siano già stati pubblicati i vari riferimenti ai procedimenti nella sezione trasparenza come previsto dal decreto legislativo 33/2013).

2. La scelta/individuazione del responsabile del procedimento

Pertanto, una delle operazioni che non deve essere sottovaluta è quella delle individuazione/scelta del responsabile della procedura. Operazione vincolata, quanto alle caratteristiche che deve avere il soggetto ma discrezionale nella valutazione anche delle attitudini.

A tal proposito se l’articolo 31 impone la scelta del RUP tra “i dipendenti di ruolo addetti all’unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato”, con riserva di scegliere tra i dipendenti in servizio (e quindi non di ruolo), le linee guida ANAC, nel dettaglio, esigono che la figura sia

individuata tra i dipendenti, non necessariamente dirigente, ma “con funzioni direttive o” come appena detto, “in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche”.

Da tutti i riferimenti emerge che il dirigente/responsabile del servizio – che non intenda mantenere la responsabilità istruttoria della procedura di affidamento del contratto – opera la scelta tra il proprio organico (ma anche quello della stazione appaltante nel complesso) privilegiando, ovviamente, la scelta di figure con i requisiti professionali ed esperenziali. Innanzi a categorie D (es. per gli enti locali) non potrà “scendere” di categoria e scegliere un dipendente di categoria C se non con adeguata motivazione.

La nomina del RUP si colloca nella fase ante programmazione non solo del procedimento contrattuale vero e proprio ma della programmazione di tipo generale

La motivazione diventa determinante in relazione al peculiare atteggiarsi della responsabilità in eligendo (e quindi nel momento della scelta) ed in vigilando (ovvero nel controllo/monitoraggio sul presidio dei vari adempimenti).

Non può sfuggire la differenza di responsabilità nel caso in cui pur potendo scegliere un direttivo, il responsabile del servizio scelga un dipendente di categoria inferiore che poi commetta degli errori/negligenze.

Nel secondo caso la responsabilità in eligendo potrebbe essere facile da provare. Naturalmente la scelta risulterà condizionata anche dalla complessità dell'appalto.

3. Un RUP senza requisiti

Da notare, e ciò appare una novità di rilievo fissata con le nuove linee guida n. 3 adeguate con la deliberazione 1007/2017, che il dirigente/responsabile del servizio può individuare anche un responsabile del procedimento che risulti privo dei requisiti.

In questo senso, nelle linee guida citate si legge che "nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, la stazione appaltante affida lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal codice e dalle Linee guida, individuati secondo le procedure e con le modalità previste dalla parte II, titolo I e titolo III, sez. II, capo III del Codice". Il legislatore, in pratica, ipotizza l'avvalimento dei requisiti anche per i responsabili di procedimento.

È, effettivamente, una circostanza particolare che può verificarsi nel caso in cui il dirigente/

responsabile del servizio disponga, ad esempio, di categorie D - e quindi "direttivi" - che non sono in possesso dei requisiti (ad esempio di esperienza) che possono essere "prestati" da dipendenti collocati in altre categorie inferiori.

In questo caso, la funzione del RUP si atteggia soprattutto per essere funzione di coordinamento di un gruppo di lavoro che si occuperà della predisposizione dei vari atti della procedura.

L'ipotesi residuale, in quanto deve risultare

debitamente giustificata dalla assoluta carenza in organico di figure appropriate è quella dell'esternalizzazione del supporto al RUP.

È bene annotare che ciò che può essere oggetto di esternalizzazione non è la funzione del RUP, che dovrà essere interno (con possesso dei requisiti mediato o con ruolo che rimane in capo al dirigente/responsabile del servizio) ma il supporto di competenze specifiche (che a ben vedere comprende anche una componente di tipo consulenziale).

L'incarico di supporto si atteggia come appalto di servizi a cui risulta perfettamente applicabile - sempre tenendo conto delle soglie di importo - la disposizione di cui all'articolo 36 del codice dei contratti.

In sostanza si è in presenza di una fattispecie che tollera - pur nei limiti dei 40mila euro - anche l'affidamento diretto, purché nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, che dovrà risultare debitamente motivato circa le modalità con cui si è giunti alla scelta dell'affidatario.

Gli affidatari delle attività di supporto devono essere muniti di assicurazione di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo

Il RUP deve essere nominato per ogni fase propedeutica che riguarda l'attività contrattuale a differenza, probabilmente, della nomina/individuazione del responsabile del procedimento ai sensi della legge 241/90 in cui - nella maggior parte dei casi -, i procedimenti attivati dall'esterno vengono assegnati mentre per quelli interni è possibile anche una individuazione propedeutica.



svolgimento delle attività di propria competenza e sono soggetti ad un rigoroso regime di incompatibilità rispetto alla partecipazione alle varie competizioni.

Non si può non rilevare, comunque, che il rigore sui requisiti e/o sull'ambito di scelta del RUP (l'organico della stazione appaltante) è stato anche sconfessato dalla giurisprudenza che è giunta ad ammettere che lo stesso segretario comunale possa svolgere le funzioni del responsabile del procedimento.

Pur vero che, evidentemente, i requisiti non si discutono viene comunque a mancare il riferimento all'organico della stazione appaltante e, soprattutto, l'aspetto della terzietà rispetto alle delicate funzioni di controllo dell'agere amministrativo.

In questo senso, in tempi recenti, ha avuto modo di esprimersi il Tar Sardegna, Cagliari, sez. I con la sentenza n. 95/2018.

Nel caso di specie, il giudice sardo non ha ravvisato alcuna illegittimità evidenziando, in primo luogo, che il collegamento tra il ruolo di RUP/dipendente di ruolo deve essere, in realtà, inteso non in senso formalistico ma caso mai funzionale rispetto alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante. Nel caso di specie, il segretario risultava attributario di importanti obiettivi strategici sulla gestione del centro residenziale per anziani del comune (oggetto dell'appalto).

Il giudice ha ritenuto legittima la nomina focalizzando il proprio ragionamento sulla possibilità – ammessa dall'articolo 97, comma 4, del decreto legislativo 267/2000 - di assegnare al segretario anche compiti gestionali, rilevando che, pur non dipendente di ruolo della stazione appaltante, "in effetti" il segretario risulta "stabilmente inserito nella struttura degli organi

e degli uffici del comune, non solo perché nell'amministrazione locale svolge in via esclusiva i suoi compiti e le sue funzioni (anche) di titolare di organi, ma soprattutto perché questo emerge dall'esame delle norme dell'ordinamento degli enti locali che disciplinano le principali attribuzioni che sono riservate, o che comunque possono essere conferite, al segretario".

Ciò che costituisce oggetto di esternalizzazione non è la funzione del RUP, che dovrà essere interno (con possesso dei requisiti mediato o con ruolo che rimane in capo al dirigente/responsabile del servizio) ma il supporto di competenze specifiche



Inoltre, circa la possibilità – in generale – di nominare un RUP per una molteplicità di procedimenti, anche in questo caso, in sentenza si sottolinea che l'interpretazione dell'inciso dell'articolo 31, primo comma del codice, per cui la stazione appaltante è tenuta a individuare e nominare un responsabile unico del procedimento

per ogni "singola procedura", deve essere scevra da ogni formalismo. Pertanto la decisione di porre a capo di procedure lo stesso "referente" non ha alcuna implicazione sostanziale se non quella di "organizzare" l'attività lavorativa secondo le esigenze della stazione appaltante.

4. L'errore nella nomina determina illegittimità degli atti compiuti?

L'insieme delle annotazioni appena riportate fanno emergere un primo quesito di tipo pratico relativo alla circostanza se l'errata nomina del RUP (perché, ad esempio, privo dei requisiti) possa o meno determinare l'illegittimità degli atti compiuti anche alla luce delle prescrizioni contenute (in tema di requisiti) nelle linee guida n. 3 dell'ANAC.

L'ipotesi appare, invero, di scuola ed assolutamente residuale considerato che, presumibilmente, una eventuale assegnazione della procedura a soggetto sprovvisto dei requisiti determinerà la "reazione" di questo dipendente che, è immaginabile, segnalerà al dirigente/responsabile del servizio la carenza del requisito professionale/esperienziale.

Pur nella sua residualità, la questione non deve essere sottovalutata considerato che le linee guida indicano specifici attribuiti e sono vincolanti.

In questo senso, il Consiglio di Stato, con il parere n. 1767/2016 (relativo ai primi schemi di linee guida, rispettivamente, nn. 1, 2 e 3) ha chiarito che "la natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione.

È bene puntualizzare che la "vincolatività" dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la "discrezionalità" esecutiva delle amministrazioni.

Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali.

La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali".

Pur in presenza, quindi, di un atto di regolazione non normativo, le disposizioni devono essere rispettate e ogni deviazione dovrà trovare puntuale motivazione.

È altresì vero, sotto il profilo pratico, che in presenza di un RUP senza requisiti si potrà parlare di avvalimento "implicito" con riferimento ai requisiti del dirigente/responsabile del servizio che, per ciò stesso, risulterà provvisto

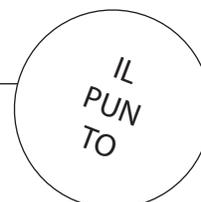
di requisiti professionali ed esperienziali sufficienti e, in ogni caso, diventerà rilevante la norma di chiusura già nella legge 241/90 per cui in caso di omessa nomina la responsabilità grava sull'apicale del servizio.

**Secondo il Consiglio di Stato
(con parere n. 1767/2016)
la natura vincolante delle
linee guida non lascia
poteri valutativi nella fase di
attuazione alle amministrazioni
e agli enti aggiudicatori, che
sono obbligati a darvi concreta
attuazione.**



Il Consiglio di Stato sull'avvalimento «frazionato inverso» nel RTI

di Francesca Scura



Premesse

In una recente sentenza il Consiglio di Stato analizza la portata del divieto previsto al comma 7 dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, norma che introduce ben precisi limiti al ricorso all'istituto dell'avvalimento, pena l'esclusione dalla gara del concorrente che non rispetti tali limitazioni.

Il legislatore vieta, infatti, da un lato, che più di un concorrente si avvalga della stessa impresa ausiliaria in relazione alla medesima gara; dall'altro, che partecipino alla medesima procedura sia l'impresa ausiliaria che quella ausiliata.

Il divieto non si estende, tuttavia, alla diversa fattispecie dell'avvalimento «frazionato», di cui la giurisprudenza riconosce la legittimità, sia pure con alcune precisazioni per quanto attiene alla fattispecie dell'avvalimento «inverso» interno al raggruppamento temporaneo di imprese («RTI»): tale istituto deve ritenersi consentito come evidenziato dalla sentenza in commento che ricerca un punto di equilibrio tra il principio della più ampia partecipazione alle gare e la necessaria garanzia, per la stazione appaltante, circa la corretta esecuzione dell'appalto.

1. Il caso di specie

La sentenza del 10/4/2018 n. 2183 del Consiglio di Stato origina dai ricorsi proposti da ciascuno dei due raggruppamenti temporanei di imprese, unici partecipanti alla gara di appalto, contro l'altrui ammissione alla procedura di gara. Il giudice di primo grado, per quanto qui di interesse, ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara di uno dei due raggruppamenti perché:

- la mandataria del raggruppamento in questione, in asserita violazione dell'art. 89, comma 7, del d.lgs. 50/2016 («Codice»), aveva assunto il ruolo di ausiliaria per le due referenze bancarie richieste quali requisiti economico-finanziari necessari ai fini della partecipazione alla gara nei confronti di più di una mandante;
- la stazione appaltante aveva quindi illegittimamente consentito di sanare questo vizio, attraverso l'invito a presentare distinte referenze bancarie per ciascuna delle imprese raggruppate. Le imprese facenti parte del detto raggruppamento hanno quindi proposto appello contro la sentenza che ne confermava l'esclusione dalla gara.

2. I divieti posti dall'art. 89 del Codice

L'articolo 89, in recepimento dell'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE, disciplina l'istituto dell'avvalimento con riferimento all'operatore economico sia singolo sia riunito in raggruppamento di imprese, ponendosi in linea con la normativa previgente. La *ratio* dell'istituto è, come noto, quella di consentire a tale soggetto di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale - necessari per partecipare ad una procedura di gara - avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

In via generale il ricorso all'avvalimento comporta, come sostanziale conseguenza, la responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Ma il ricorso al detto istituto non è scevro da limiti e condizioni di ammissibilità.

In primo luogo, il soggetto ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto. È, cioè, vietato il cd. avvalimento «a cascata» per espresso disposto dell'art. 89 comma 6 del Codice.

Come più volte osservato in giurisprudenza, infatti, tale tipologia di avvalimento elide il necessario rapporto tra ausiliaria ed ausiliata. La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata

L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto: è vietato il cd. avvalimento «a cascata» (art. 89, comma 6, del Codice)»



in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima, cui consegue la responsabilità solidale delle due imprese per l'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare¹.

La giurisprudenza sul punto è chiara: «... la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili sub-ausiliari e va pertanto escluso dalla gara chi si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante»².

Ciò in quanto «pur essendo pacifico in giurisprudenza il carattere generalizzato dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato a favorire la massima partecipazione nelle gare di appalto e la effettività della concorrenza secondo i principi di rilievo comunitario, tale istituto deve essere pur sempre temperato con la esigenza di assicurare idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti»³.

Il comma 7 dell'art. 89 introduce poi un ulteriore divieto: se, da un lato, il legislatore consente il ricorso a più imprese ausiliare, dall'altro, lo stesso vieta, a pena di esclusione del concorrente, che in relazione ad una stessa gara più concorrenti si avvalgano della stessa impresa ausiliaria così come vieta che ad una stessa gara partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

La norma disciplina il c.d. avvalimento «frazionato inverso», che si perfeziona quando l'impresa



1. Sull'avvalimento «a cascata» v. Consiglio di Stato, sez. IV, 24 maggio 2013 n. 2832 e sez. VI 19/6/2017 n. 2977.
 2. TAR Toscana, sez. I, 26 ottobre 2015, n. 1446.
 3. Consiglio di Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072.

ausiliaria si determina a prestare, nell'ambito della medesima gara, i suoi requisiti a più imprese ausiliate.

Questa prassi era già preclusa dal previgente art. 49 del D.lgs. n. 163/2006. La *ratio* del divieto risiede nell'intento di «evitare che dell'avvalimento si faccia un uso smodato, visto il suo carattere eccezionale, nonché per evitare di vulnerare il principio della par condicio tra i concorrenti» (cfr. ANAC, determinazione del 27/9/2012, n. 150).

È di tutta evidenza infatti che consentire ad uno stesso operatore economico di prestare i suoi requisiti a più imprese, all'interno della medesima procedura di gara, significherebbe giustificare delle spregiudicate operazioni commerciali idonee a ledere l'interesse dell'amministrazione ad ottenere una corretta esecuzione del contratto messo a bando; l'impresa ausiliaria potrebbe infatti essere indotta ad una spasmodica commercializzazione dei suoi requisiti (perché allettata dai corrispettivi dovutigli dalle imprese ausiliate), nonostante questo possa implicare la verosimile inidoneità di onorare l'impegno di essere responsabile in solido con l'impresa ausiliata.

Con il citato comma 7 peraltro il nuovo Codice supera ed elimina la precedente previsione che consentiva alle stazioni appaltanti di prevedere nella *lex specialis* che - in caso di requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da poche imprese operanti sul mercato - queste ultime potevano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario (v. art. 49 comma 9 del vecchio codice).

3. L'avvalimento «frazionato»

Fermo restando il divieto di cui al comma 7 sopra ricordato, il Codice ammette espressamente l'avvalimento di più imprese ausiliarie, l'avvalimento cioè per mezzo del quale l'aspirante all'aggiudicazione di un contratto di appalto raggiunge un determinato requisito di partecipazione avvalendosi anche di più soggetti (l'avvalimento cd. «plurimo» o «frazionato» o «cumulativo»). Il comma 6 dell'art. 89 cit. recita infatti: «È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie.».

«In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, né è consentito che partecipino ad una stessa gara sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti (art. 89, comma 7, del Codice).»



La legittimità dell'avvalimento cd. «frazionato» è stata sancita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel vigore del previgente codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), con la sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12 *Swm Costruzioni* e nuovamente affermata con la sentenza 2 giugno 2016, C-27/15⁴. La finalità così perseguita era quella dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

E, difatti, la disciplina dell'avvalimento trae la sua origine nella elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia con la storica sentenza relativa alla causa *Ballast* (causa C-389/92) e la successiva (ed altrettanto storica) sentenza relativa al caso *Holst Italia SpA*: da lì in poi il Giudice europeo ampliò l'ambito di applicazione di tale principio. Non sorprende pertanto il fatto che, chiamata a pronunciarsi sugli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE, la Corte di Giustizia abbia ripetutamente affermato che il diritto dell'Unione non impone che l'impresa concorrente sia in grado di realizzare direttamente, con mezzi propri, la prestazione convenuta (sentenza 23 dicembre 2009, C-305/08, *Conisma*).

La direttiva 2004/18/CE, per tale aspetto non contraddetta dalla successiva direttiva 2014/24/UE, non vieta che un concorrente possa avvalersi

delle capacità di una o più imprese ausiliarie, in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri di qualificazione posti dal bando di gara, secondo lo schema del cosiddetto avvalimento «frazionato» (sentenza 10 ottobre 2013 cit.).

Secondo questa stessa giurisprudenza, le direttive europee riconoscono il diritto di ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti «a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi» e purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che l'offerente disporrà dei mezzi di tali soggetti necessari per l'esecuzione della prestazione (sentenza 14 gennaio 2016, C-234/14, *Ostas Celtnieks*).

In quest'ottica la direttiva 2004/18/CE e la successiva direttiva 2014/24/UE hanno consentito senza riserve, ed in sostanziale continuità tra loro, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di qualificazione imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che l'appaltatore che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti ausiliari disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

«Il Codice ammette espressamente l'avvalimento di più imprese ausiliarie (cd. « plurimo » o « frazionato »)»



Tale interpretazione - come ha peraltro osservato di recente anche il TAR Piemonte (sentenza 2/1/2018 n. 1) - risponde all'obiettivo dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici stabiliti negli Stati membri, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici.

In tal modo inoltre si agevola l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, principio enunciato dalla direttiva 2004/18/CE e rafforzato, come noto, dalla citata direttiva 2014/24/UE.

Deve tuttavia rilevarsi come, in taluni casi, la *lex specialis* vieti tale forma di avvalimento. Sul punto, da ultimo, si è affermato che la eventuale decisione della stazione appaltante di escludere l'avvalimento frazionato è da ritenersi frutto di una «valutazione discrezionale tecnica, riferita alla tipologia di lavori da appaltare, che emerge dalla determina a contrarre, nella parte in cui enfatizza la necessità che un solo operatore debba essere in possesso dei requisiti» e che «tale opzione del bando è quindi ... sindacabile – come ogni esercizio di discrezionalità tecnica – solo nei limiti ristretti del controllo "estrinseco", volto a veri care che la scelta non sia evidentemente illogica o irrazionale, o basata su elementi di valutazione evidentemente insussistenti»⁵.

4. Con le sentenze richiamate la Corte europea ha sancito la contrarietà rispetto alle norme comunitarie della disposizione nazionale che vieti, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese: «È pertanto d'uopo considerare che la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto. 34. Un'interpretazione del genere è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08, Racc. pag. I-12129, punto 37 e giurisprudenza ivi citata). Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 33 e 37 delle sue conclusioni, essa è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32.».

5. Si veda TAR Catania, 7 aprile 2016, n. 984.

4. L'avvalimento nel raggruppamento di imprese

La disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese, in quanto espressione del principio generale di neutralità della forma dell'operatore economico (e quindi della necessità di garantire l'accesso agli appalti pubblici favorendo la cooperazione tra imprese) non può essere intesa come un limite all'avvalimento. Come riconosciuto in giurisprudenza, infatti, una simile interpretazione sarebbe contraria al diritto comunitario, che non pone limitazioni quantitative né qualitative all'avvalimento; in secondo luogo perché lo stesso diritto europeo lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti, sia mediante avvalimento interno che mediante avvalimento esterno. La disciplina nazionale va quindi intesa nel senso che anche la quota minima di requisiti che ciascun componente di un raggruppamento deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento⁶.

In questo senso può dirsi che l'articolo 89, comma 1, del nuovo Codice introduca nella disciplina positiva nazionale un principio di portata generale già consolidato in giurisprudenza e a livello comunitario, ossia quello dell'espressa irrilevanza della natura giuridica dei legami intercorrenti tra concorrente e impresa ausiliaria.

Con specifico riguardo alla ipotesi di avvalimento nel RTI, giurisprudenza e prassi hanno chiarito che il divieto di cui all'art. 89 comma 7 non ricorre quando:

- il soggetto ausiliario sia esterno al RTI che se ne avvale e non partecipi alla medesima gara;

- soggetto ausiliato e soggetto ausiliario appartengano allo stesso raggruppamento e quindi presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi⁷.

In queste ipotesi infatti le imprese non risultano in concorrenza tra loro, non risultando portatrici di autonome e contrapposte offerte.

Pertanto, nel caso in cui il bando o il disciplinare, nell'ambito di un appalto di servizi o forniture, stabiliscano requisiti minimi di partecipazione per la capogruppo o per le mandanti all'interno di un RTI, queste possono tutte ricorrere all'istituto dell'avvalimento per provare la capacità prescritta.

«La disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese, espressione dei principi generali di neutralità della forma dell'operatore economico e della massima partecipazione alle gare, non può essere intesa come un limite all'avvalimento.»



In tale prospettiva, non esistono limitazioni all'applicazione dell'istituto, con la conseguenza che deve essere ritenuto possibile l'utilizzo dell'avvalimento «esterno» (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al RTI ed in favore di un suo membro) o «interno» o «infragruppo» (nel caso in

cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsa).

Nel caso di avvalimento «interno», tuttavia, si è registrata, sia in giurisprudenza che in dottrina, una certa riflessione che ha condotto ad alcune precisazioni.

Nella vigenza dell'abrogato Codice degli appalti, pur in mancanza di esplicita previsione (che invece si rinviene nell'art. 89 del nuovo Codice) tale avvalimento era certamente consentito, in conformità all'interpretazione dell'art. 48, commi 3 e 4, dir. 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, data dalla giurisprudenza del giudice amministrativo⁸.



6. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577.

7. AVCP, Determinazione n. 2 del 1/8/2012.

8. Consiglio di Stato, sez. IV, 4/12 2017, n. 5687; id., sez. VI, 5/1/2015, n. 18; id., sez. V, 18/2/2013, n. 965.

Tuttavia la giurisprudenza oggi esclude che si possa aversi avvalimento interno prescindendo dalle formalità previste dalla disciplina in materia intendendolo alla stregua di un «avvalimento implicito».

È quindi richiesta l'osservanza delle formalità previste dal Codice in materia per cui l'impresa ausiliata dovrà «*far constare con la necessaria chiarezza, all'atto di partecipazione alla singola gara, tale volontà con indicazione del soggetto sulla cui capacità intende fare affidamento, come pure specificando i requisiti che di siffatto affidamento formeranno oggetto e, soprattutto, dovrà rendere di tutto ciò necessariamente edotta l'amministrazione interessata al singolo appalto*»⁹.

La giurisprudenza ha quindi chiarito, con particolare riguardo all'avvalimento cd. di garanzia - avente cioè ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico - proprio ad evitare il rischio, particolarmente rilevante in tale sottogenere di avvalimento, che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza, occorre che dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerga con certezza ed in modo circostanziato l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (Cons.

St., sez. V, 22 novembre 2017, n. 5429; id. 22 dicembre 2016, n. 5423).

Inoltre è necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in RTI sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo RTI. Principio fermo in tema di raggruppamenti, infatti, è quello secondo il quale l'impresa raggruppata che svolga, nella stessa gara, sia il ruolo di soggetto qualificato in proprio sia quello di impresa ausiliaria

di un'altra partecipante al raggruppamento, possieda i requisiti nella misura tale da consentirgli una duplice imputazione, essendo escluso che, nella stessa gara, il medesimo requisito possa essere impiegato più di una volta¹⁰.

Più in particolare si è precisato che nel caso in cui il bando preveda una percentuale massima di requisiti con i quali è consentito alla mandataria

la partecipazione alla procedura, l'avvalimento interno è ammesso a favore delle mandanti purché non comporti il superamento del suddetto limite¹¹.

« È consentito l'utilizzo dell'avvalimento «esterno» (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al RTI ed in favore di un suo membro) o «interno» o «infragrappo» (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsa).»



5. L'analisi del Consiglio di Stato

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ritiene fondato l'appello volto a contestare l'esclusione dalla gara per presunta violazione dell'art. 89 comma 7 del Codice. Il Supremo Collegio cioè condivide le censure avverso il capo della sentenza di primo grado che riteneva illegittimo l'avvalimento

9. Consiglio di Stato, sez. V, 18/2/2013, n. 965. V. anche L. Tringali, L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici in www.appaltiecontratti.it

10. Cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698; TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 maggio 2008, n. 4820; Parere AVCP dell'11/11/2009 n. 34.

11. Consiglio di Stato sez. III 5/3/2018 n. 1339.

plurimo inverso all'interno del raggruppamento temporaneo, avente ad oggetto il prestito delle referenze bancarie, richieste dal disciplinare di gara sulla base delle seguenti argomentazioni.

L'avvalimento «plurimo» inverso all'interno di uno stesso RTI è, nel caso di specie, da ritenersi legittimo non violando la previsione di cui all'art. 89, comma 7, del Codice.

A supporto di tale assunto, il Supremo Collegio richiama i precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia sopra menzionati nonché, in linea con tali pronunce, la stessa giurisprudenza nazionale secondo cui, in caso di avvalimento «plurimo» o «frazionato», ciò che rileva è la dimostrazione da parte del concorrente - che si avvale delle capacità di più imprese - di potere disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi necessari all'esecuzione dell'appalto¹².

La Corte di Giustizia, nella citata sentenza 10 ottobre 2013, ha, al contempo, precisato che l'applicazione dell'avvalimento «plurimo» o «frazionato» non è illimitato e che, in particolare, questa forma di prestito può legittimamente essere vietata quando l'appalto da affidare presenti caratteristiche «*tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori*» (§ 35 della citata sentenza).

Da tali statuizioni il Consiglio di Stato desume il principio di fondo secondo cui le finalità di massima partecipazione sottese all'istituto dell'avvalimento non devono, in altri termini, andare a discapito

dell'interesse che ha la Stazione appaltante nel contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara.

Del resto, come già osservato dallo stesso Consiglio di Stato in precedenti sentenze sul tema, l'orientamento della Corte di giustizia è vincolante per il Giudice nazionale.

Altra è l'ipotesi - osserva il Consiglio di Stato - che ricorre quando alla stessa gara della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente o quando partecipino ad una stessa gara sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti (art. 89, comma 7, del Codice): il divieto in questione ha la funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale e di impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe, nella seconda

parte della norma, il legislatore vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento.

Il Codice invece lascia aperta la possibilità:

- (i) per i raggruppamenti, di utilizzare l'avvalimento tra i loro partecipanti (art. 89, comma 11);
- (ii) di utilizzare «più imprese ausiliarie» (comma 6).

«L'avvalimento «plurimo» o «frazionato» a favore di più mandanti dello stesso raggruppamento temporaneo è consentito, secondo il Consiglio di Stato, «se e nella misura in cui questa modalità di prestito plurimo non si risolve in una elusione dei requisiti previsti, e si consenta quindi ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura di affidamento oppure si privi l'ausiliaria del requisito stesso.»



12. Consiglio di Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2200, 17 marzo 2014, n. 1327.

Ciò precisato, con riferimento al caso di specie, il Supremo Collegio osserva che a venire in rilievo è un requisito di capacità economico-finanziaria che è finalizzato ad assicurare la Stazione appaltante circa la solidità economica e l' idoneità del concorrente a sostenere le obbligazioni derivanti dal contratto.

Sotto questo profilo – prosegue il Consiglio di Stato - deve quindi ritenersi consentito l'avvalimento del

requisito in questione a favore di più mandanti dello stesso raggruppamento temporaneo in quanto lo stesso non è di per sé ostativo alla partecipazione alla gara, *«se e nella misura in cui questa modalità di prestito plurimo non si risolva in una elusione dei requisiti previsti, e si consenta quindi ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura di affidamento oppure si privi l'ausiliaria del requisito stesso.»*.

Gli oneri della sicurezza e i costi della manodopera tra false analogie e incertezze interpretative

di Riccardo Gai

IL
PUN
TO

1. I costi della sicurezza e i costi della manodopera nel codice dei contratti

La questione concernente il costo della manodopera, in modo particolare successivamente all'entrata in vigore del decreto correttivo al codice dei contratti (d.lgs. n. 56/2017), ha dato luogo ad un ampio dibattito e generato alcune perplessità.

Tutto origina dall'inserimento nel comma 16 dell'articolo 23 ("Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi") del Codice dei contratti dell'ultimo periodo che così dispone: "Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso".

Alla modifica introdotta al citato articolo 23, sempre in tema di costo della manodopera, si associa quella di cui al comma 10 dell'articolo 95 il cui nuovo testo è il seguente: "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)" con la precisazione che il citato articolo 97, comma 5, lettera d), posto tra i casi in cui possono essere individuate le offerte come anormalmente basse inserisce quelle per le quali il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16.

La norma appare, dunque, sufficientemente chiara per il fatto stesso che nella prima versione approvata in via preliminare dal Consiglio dei Ministri, l'ultimo periodo del citato articolo 16 era il seguente *"Il costo della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta"*, mentre nella versione finale diventa: *"I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso"*. Non deve, quindi, trarre in inganno la relazione di accompagnamento alla legge perché la stessa si riferiva alla versione originaria (quella in cui l'ultimo periodo era *"Il costo della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta"*) ed in cui era precisato che all'articolo 23 sono inseriti *"due periodi al comma 16, volti a prevedere rispettivamente che, per i contratti relativi ai lavori, il costo dei materiali edili è determinato sulla base dei prezzi regionali, aggiornati annualmente e che i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato a ribasso d'asta"*.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha pubblicato il decreto direttoriale n. 23 del 3 aprile 2017 in cui ha individuato il costo medio orario del lavoro a livello provinciale, per il personale dipendente da imprese del settore dell'edilizia e attività affini, distintamente per gli operai e per gli impiegati, con decorrenza dal mese di maggio 2016. Si tratta delle tabelle citate nel primo periodo del comma 16 dell'articolo 23 del Codice dei contratti e che deve essere, in atto, utilizzato dalle stazioni appaltanti per definire il costo della manodopera che rientra nell'importo a base d'asta soggetto a ribasso mentre, così come disposto dall'ultimo periodo del più volte citato comma 16 nel testo vigente successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 56/2017, i costi della sicurezza

preventivamente determinati devono essere scorporati e non possono essere assoggettati al ribasso d'asta.

Vale senz'altro la pena ricordare che perplessità sulla stesura del testo preliminare dei periodi introdotti nella parte finale del comma 16 dell'articolo 23 furono avanzate anche dal Consiglio

di Stato nel parere n. 782 del 30/03/2017: *"la nuova disposizione (per come formulata) equipara tout court il costo della manodopera ai costi della sicurezza, cioè a quelle voci che concorrono all'importo finale ma non sono soggette a ribasso. Tuttavia, come è noto, i costi della sicurezza c.d. esterna sono già quantificati a priori dal bando e cioè dalla stazione appaltante. Diviene allora necessario, ove si opti per il mantenimento della*

previsione, chiarire a chi - stazione appaltante o offerente - spetti oggi scorporare questi costi dall'importo sul quale calcolare il ribasso".

Sarà per tali ragioni che il legislatore, condividendo le criticità rilevate dal Consiglio di Stato, nella stesura del testo definitivo, ha deciso di modificare l'ultimo periodo del comma 16 precisando che soltanto i costi della sicurezza devono essere scorporati dall'importo a base d'asta. Peraltro anche l'ANAC, con la Segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014, recante appunto *"Disposizioni in materia di costo del lavoro negli appalti pubblici di cui all'art. 82, comma 3-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163"*, aveva ritenuto che la disposizione non poteva trovare applicazione senza ingenerare effetti distorsivi del mercato ed aggiunse, inoltre, la necessità di salvaguardare altresì il principio dell'autonomia imprenditoriale laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo *"complessivo"* del personale e tutela il solo costo *"unitario"*. L'Autorità arrivò alla conclusione che

Stando al tenore letterale della nuova disciplina codicistica, parrebbe che soltanto i costi della sicurezza debbano essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta, mentre i costi della manodopera dovrebbero essere soltanto individuati dalla stazione appaltante al fine dell'eventuale controllo dell'anomalia



il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante.

2. Gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti

La "confusione" ingenerata dal susseguirsi delle norme su citate in tema di oneri della sicurezza e costo della manodopera si è riverberata inevitabilmente anche sulle pronunce dei giudici amministrativi.

In tema di omissione degli oneri per la sicurezza aziendale, particolare rilevanza ha inizialmente rivestito la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815, in cui si condivide l'orientamento che accoglie l'automatismo espulsivo in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendali.

Il Consiglio di Stato ha stabilito, in primo luogo, che per le gare bandite sotto la vigenza del nuovo codice appalti, per ciò che riguarda l'istituto del soccorso istruttorio, trova applicazione l'articolo 83, comma 9, del nuovo Codice secondo cui la procedura di soccorso istruttorio non si applica agli elementi afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, e che perciò che attiene l'obbligo di indicare puntualmente l'ammontare degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali', trova applicazione l'articolo 95, comma 10, secondo cui "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in

materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). [...]" (disposizione che, come detto, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha definito che, per le gare indette nella vigenza del nuovo Codice, è necessaria per le imprese concorrenti l'indicazione dei detti oneri).

Ad avviso del Consiglio di Stato, quindi, nella specie non troverebbero applicazione i principi di diritto formulati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 27 luglio 2016, n. 19, in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio per il caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali' (che ha espressamente limitato la valenza del principio alle sole gare indette nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006, escludendone le precedenti).

il Consiglio di Stato, con la sentenza del 7 febbraio 2018, n. 815 ha chiarito che per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all'articolo 95, comma 10, che determina dunque l'automatica esclusione dalla gara anche in mancanza di espressa comminatoria nel bando.

Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha chiarito che per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all'articolo 95, comma 10. Ciò, in quanto il Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua

incertezza sulla sussistenza di tale obbligo; più in generale, il nuovo Codice non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l'articolo 95, comma 10, cit.). L'esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio – istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali – possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in

pratica a un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica.

Pertanto, una volta accertato che tale obbligo di indicazione è chiaramente sancito dalla legge, secondo la sentenza citata la sua violazione determina conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l'esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del Codice. Ciò in ragione del fatto che l'inadeguata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali' non lede solo interessi di ordine dichiarativo o documentale, ma si pone ex se in contrasto con i doveri di salvaguardia dei diritti dei lavoratori cui presiedono le previsioni di legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per preservare la loro sicurezza e la loro salute.

Il Consiglio di Stato, dunque, ha riconosciuto nella specie l'automatismo espulsivo anche laddove il bando non preveda esplicitamente un obbligo dichiarativo in tal senso.

Di segno (parzialmente) divergente è la sentenza Tar Puglia, Bari, sez. II, 7 febbraio 2018, n. 165, la quale tratta anche la questione della necessità o meno di indicare separatamente i costi della manodopera. È necessario richiamare preliminarmente i principi in tema di tassatività delle cause di esclusione e di eterointegrazione della lex specialis delle gare per l'affidamento dei contratti pubblici. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (25 febbraio 2014, n. 9), ha stabilito che l'esclusione dalla gara è disposta se la legge statale, il codice dei contratti pubblici o il regolamento attuativo la prevedono espressamente o nell'ipotesi in cui esse impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto", pur senza prevedere espressamente l'esclusione.

Sulla base del principio di etero-integrazione un'impresa può quindi essere esclusa se non adempie ad un obbligo previsto da una norma imperativa, anche quando il bando non richiama tale obbligo e né il bando, né la norma imperativa violata prevedono espressamente la conseguenza dell'esclusione. La stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze n. 19 e n. 20

del 2016, ha precisato la portata di detto indirizzo muovendo dalla distinzione fra elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza preclude il soccorso istruttorio perché ammetterne l'integrazione violerebbe la par condicio, ed elementi formali che non incidono sul contenuto sostanziale dell'offerta alla quale sono per così dire "esterni" ed è quindi possibile integrarli attraverso il soccorso istruttorio senza pregiudizio della par condicio.

Il principio, enunciato in tema di costi della sicurezza aziendale, è in sé neutro e vale per le altre voci di costo – quali i costi della manodopera – se ne è richiesta l'indicazione separata, come si desume dal tenore del ragionamento seguito dall'Adunanza plenaria: *"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 [...] 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 avviso del TAR barese, dunque, sempre in linea di principio può aggiungersi che escludere un'offerta dalla gara solo perché priva dell'indicazione separata dei costi della manodopera o dei costi interni per la sicurezza, non già perché in sé

incompatibile con la normativa di tutela delle condizioni di lavoro, tradisce proprio la finalità dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, che richiede l'evidenza di tali voci di costo perché la stazione appaltante possa scegliere l'offerta migliore fra quelle conformi a detta normativa. Ne consegue che il comma 10 dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, che prescrive l'esposizione dei costi della manodopera nell'offerta economica, senza sanzionare con l'esclusione l'offerta che ne sia priva, non può essere considerato un precetto – per quanto imperativo – la cui violazione comporti comunque l'esclusione, anche quando l'omissione si risolva in una lacuna formale dell'offerta nel senso dianzi chiarito.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone il TAR Emilia Romagna, Sezione II, 1 marzo 2018, n. 193, il quale, analizzato il dato testuale dell'art. 95, co. 10, in combinato disposto con l'art. 97, co. 5, lett. d) nonché con l'art. 23, co. 16, interpreta tale disposizione nel senso di considerare unicamente i costi della sicurezza quale somma che deve essere scorporata dall'importo assoggettato al ribasso d'asta, mentre i costi della manodopera, per i quali nemmeno è previsto un divieto di ribasso, devono essere individuati dalla stazione appaltante soltanto al fine dell'eventuale controllo dell'anomalia dell'offerta.

Pertanto, il mancato scorporo nell'offerta economica dei costi della manodopera rappresenta un difetto solo formale, non sanzionabile con l'esclusione dalla procedura, dovendo, comunque, sempre prevalere il principio del *favor participationis*. Secondo l'interpretazione letterale e logica della norma, infatti, si ha che soltanto i costi della sicurezza devono essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta e che i costi della manodopera devono essere soltanto individuati dalla stazione appaltante al fine dell'eventuale

controllo dell'anomalia.

Si osserva poi ulteriormente che: a) ex art. 23 comma 16 del DLGS 50/2016 "solo" i costi della sicurezza devono essere scorporati e non sono soggetti a ribasso; i costi della manodopera devono essere indicati ma non sono soggetti allo scorporo né tantomeno al divieto di ribasso; b) la mancata indicazione costituisce difetto solo formale e non è sanzionabile con la esclusione in nome del *favor participationis*; c) l'art. 95 comma 10 prevede il dovere di indicare i costi della manodopera (e non lo scorporo) e quelli della sicurezza ma la loro mancata indicazione (di quelli della manodopera) non può condurre alla esclusione".

3. Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti

Quando sembravamo essere giunti ad un approdo chiarificatore, nel senso di ritenere passibili di esclusione quelle offerte che non prevedono lo scorporo dei costi della sicurezza, e non già anche lo scorporo dei costi aziendali, due recenti

sentenze – tra loro antitetichette - hanno rimesso in discussione la questione.

La prima in ordine cronologico è la sentenza del TAR Campania – Napoli, sez. II, del 16 aprile 2018 n. 2494, secondo la quale è legittima l'esclusione da una gara di appalto di una offerta nella quale non sono stati indicati separatamente i costi

della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, così come prescritto dall'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. Quest'ultima disposizione prevederebbe espressamente, ad avviso del TAR campano, che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle

Il TAR Campania – Napoli, sez. II, del 16 aprile 2018 n. 2494, ha ritenuto legittima l'esclusione da una gara di appalto di una offerta nella quale non sono stati indicati separatamente i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro



disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; in considerazione della natura imperativa della previsione, non derogabile dal bando, la stessa si inserisce direttamente nell'atto unilaterale amministrativo anche in presenza di clausole contrastanti difformi.

Nel caso di mancata indicazione nell'offerta degli oneri per la mano d'opera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, trattandosi di requisiti dell'offerta economica, non è applicabile il soccorso istruttorio, espressamente escluso dall'art. 85, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, né può farsi riferimento alla tutela dell'affidamento del contraente alla luce del carattere imperativo della norma e dei requisiti professionali richiesti ad un operatore economico qualificato partecipante a una gara pubblica. E, anzi, il codice avrebbe definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza dell'obbligo del ricorso al soccorso istruttorio, *insuscettibile*, comunque, di trovare applicazione nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica.

Il TAR Campania, dunque, andando anche al di là del dato letterale della norma in esame, vorrebbe che fossero indicati "separatamente" non solo i costi della sicurezza, ma anche i costi della manodopera, come se le due tipologie di costo avessero al stessa identica natura.

Ancor più recentemente, tuttavia, il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza del 27 aprile 2018, n. 2554 ha affermato, in aperta contraddizione con la sentenza del TAR Campania di cui sopra, che

Il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza del 27 aprile 2018, n. 2554 ha affermato che l'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale nell'offerta economica non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta, non essendo prevista alcuna sanzione di espressa esclusione conseguente alla violazione dell'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50 del 2016.



l'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica, ora codificato dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta

Ha osservato il Consiglio di Stato che la lettera della legge non autorizza in sé l'esclusione dalla gara, non essendo prevista alcuna sanzione di espressa esclusione conseguente alla violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, che peraltro non prescrive più, a differenza degli abrogati artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, che i suddetti costi siano indicati «specificamente».

L'assenza di una "specifica" indicazione degli oneri per la sicurezza interna nel testo della nuova legge, non sarebbe dunque casuale, perché il legislatore nazionale, nell'attuare la Direttiva 2014/24/UE, non

si è realmente discostato dall'orientamento sostanzialistico del diritto eurounitario che, da ultimo ed espressamente nell'art. 57 di tale Direttiva, non ha mai inteso comprendere l'inadempimento di questo mero obbligo formale – la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna separatamente dalle altre voci dell'offerta – tra le cause di esclusione.

Non solo dunque la formalistica soluzione escludente contrasta con la lettera dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, che non commina espressamente l'effetto espulsivo della concorrente per l'inadempimento di tale obbligo,

ma anche con la sua finalità, che è quella di consentire la verifica della congruità dell'offerta economica anche sotto il profilo degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ritenuto dal codice di particolare importanza per la sicurezza dei lavoratori, in sede di verifica dell'anomalia, in coerenza con le previsioni del legislatore europeo nell'art. 18, par. 2, e nell'art. 69, par. 2, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE e nel Considerando n. 37 della stessa Direttiva, il quale rimette agli Stati membri l'adozione di misure non predeterminate al fine di garantire il rispetto degli obblighi in materia di lavoro.

La sentenza in questione rileva nella giurisprudenza nazionale orientamenti non univoci (come del resto illustrati nel presente articolo) e che la stessa Corte di Giustizia, investita della questione interpretativa delle nuove norme della Direttiva 2014/24/UE, ha dichiarato irricevibile la questione sollevata dal Tribunale amministrativo regionale della Basilicata per l'assenza di interessi transfrontalieri rilevanti in quel giudizio (Corte di Giustizia UE, sez. VI, 23 novembre 2017, in C-486/17).

In particolare il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'esclusione automatica di una impresa concorrente, nel quadro della nuova legislazione eurounitaria e nazionale, sia illegittima, se l'impresa dimostri, almeno in sede di giustificazioni, che sostanzialmente la sua offerta comprenda gli oneri per la sicurezza e che tali oneri siano congrui.

È stato osservato che, anche nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2006, era analogo il quadro interpretativo consolidatosi dopo la sentenza n. 19 del 27 luglio 2016 dell'Adunanza plenaria, poiché la giurisprudenza del Consiglio di Stato era ormai costante nell'affermare che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna presenta i caratteri di un errore scusabile che non giustifica la sua immediata esclusione dalla gara o l'annullamento dell'aggiudicazione, quando non è contestato, sotto il profilo sostanziale, il rispetto dei costi minimi imposti dagli obblighi per la sicurezza sul lavoro.

Ha infine aggiunto che tale conclusione non si pone

in violazione del principio del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, il quale esclude dal soccorso istruttorio le incompletezze afferenti all'offerta tecnica ed economica, quando la stazione appaltante consenta all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta, senza ovviamente manipolare o modificare in corso di gara l'offerta stessa in violazione della trasparenza e della parità di trattamento tra i concorrenti.

Pertanto, se il principio di non automatica esclusione vale per la mancata indicazione degli oneri della sicurezza, a maggior ragione dovrebbe valere per i costi della manodopera, per i quali la legge non stabilisce alcun onere di indicazione separata, al contrario di quanto sostenuto dal TAR Campania.

4. Conclusioni e nodi irrisolti

Alla luce dell'ultima sentenza del Consiglio di Stato citata, dunque, potrebbero enunciarsi due principi: i) il primo riguarda l'assenza di qualsivoglia automatismo espulsivo discendente dall'omessa indicazione separata dei costi della sicurezza e, a maggior ragione, dei costi della manodopera; ii) il secondo riguarda l'applicabilità, al riguardo, del soccorso istruttorio, anche alla luce della nuova disciplina contenuta nel nuovo codice appalti, che esclude la possibilità di ricorrervi in caso di incompletezza dell'offerta tecnica o economica.

Tale ultimo orientamento del Consiglio di Stato pare maggiormente convincente rispetto ai precedenti, poiché pare maggiormente rispondente al principio di massima partecipazione alle gare, che ispira più di ogni altro l'attuale disciplina codicistica.

D'altro canto, sarebbe auspicabile un definitivo intervento chiarificatore, ad opera del legislatore, che sancisca una volta e per tutte, l'ontologica differenza tra i costi della sicurezza (predeterminati dalla stazione appaltante e non soggetti a ribasso) e i costi della manodopera (rimessi alla valutazione del concorrente e soggetti al ribasso, ma comunque legati al rispetto delle tabelle ministeriali sul costo

del lavoro ed ai trattamenti salariali minimi).

Sotto quest'ultimo profilo, andrebbe altresì chiarito il livello di derogabilità delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro, dal momento che la giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere che le tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, evocate ai fini della giustificazioni da rendere in sede di verifica dell'anomalia dall'art. 97, comma 5, lett. d), del medesimo decreto, esprimono soltanto il costo medio della manodopera quale parametro di riferimento né assoluto né inderogabile e che, svolgendo esso una funzione meramente indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità

dei costi inferiori, è ben possibile discostarsi da tali valori, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, I 30 dicembre 2016, n.

12873). L'unico valore non modificabile è costituito invece dai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate, secondo quanto stabilito dall'art. 97, comma 6, del medesimo d.lgs. n. 50/2016.

Siamo dunque di fronte a fattispecie normativa le quali sono state soggette a numerose, e tra loro contrastanti, interpretazioni additive da parte della

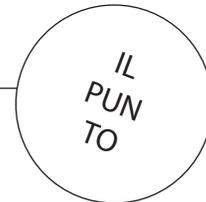
giurisprudenza, ed è per tali ragioni che i dubbi sollevati in seno alla giurisprudenza dovrebbero trovare definitiva soluzione a livello legislativo o, almeno, regolamentare.

Alla luce dell'ultima sentenza del Consiglio di Stato citata, dunque, potrebbero enunciarsi due principi: i) il primo riguarda l'assenza di qualsivoglia automatismo espulsivo discendente dall'omessa indicazione separata dei costi della sicurezza e, a maggior ragione, dei costi della manodopera; ii) il secondo riguarda l'applicabilità, al riguardo, del soccorso istruttorio, anche alla luce della nuova disciplina contenuta nel nuovo codice appalti, che esclude la possibilità di ricorrervi in caso di incompletezza dell'offerta tecnica o economica



Effetti derivanti dal tardivo o mancato pagamento del contributo all'ANAC

di Paola Cartolano



Premesse

A distanza di diversi anni dall'introduzione dell'obbligo del versamento del contributo in favore dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione ("ANAC", già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici), continua a tenere banco la questione relativa alle conseguenze del mancato o tardivo pagamento di detto contributo.

Come noto, la **Legge 23 dicembre 2005, n. 266** all'art. 1 al comma 65 ha disposto che a decorrere dall'anno 2007 le spese di funzionamento dell'ANAC – come per le altre *Authorities* – siano a carico del mercato di competenza, per la parte non coperta dal finanziamento a carico del bilancio dello Stato. In particolare, il comma 67 del medesimo art. 1 ha poi stabilito che l'ANAC «*ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici*»

quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche».

Come stabilito ogni anno dall'ANAC stessa, da ultimo con la **Delibera n. 1300 del 20 dicembre 2017** recante "Attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'anno 2018", sono obbligati alla contribuzione a favore dell'ANAC seguenti soggetti pubblici e privati ovvero:

- a) le stazioni appaltanti di cui all'art. 3, comma 1, lettera o) del D.Lgs. 50/2016 ("Codice Appalti"), anche nel caso in cui la procedura di affidamento sia espletata all'estero;
- b) gli operatori economici, di cui all'art. 3, comma 1, lettera p)¹ del Codice Appalti che intendano partecipare a procedure di scelta del contraente attivate dai soggetti di cui alla lettera a);
- c) le società organismo di attestazione di cui all'art. 84 del Codice Appalti.

1. Art. 3, comma 1 lettera p) Codice Appalti ««operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

Nel dettaglio, gli operatori economici indicati alla lettera b) «sono tenuti a dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è **causa di esclusione** dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, comma 67 della legge 266/2005»².

Dall'entrata in vigore delle richiamate norme la giurisprudenza prevalente si è soffermata sulla natura di "requisito di partecipazione" della dimostrazione del pagamento del contributo in favore all'ANAC tale che la relativa mancanza nel plico del concorrente costituisce causa di esclusione, indipendentemente se tale adempimento sia previsto o meno nel bando di gara.

Sul punto la giurisprudenza è arrivata a ritenere che l'imposizione di detto versamento a titolo di onere per la partecipazione ad una gara pubblica, in quanto disposizione imperativa introdotta dalla sopra richiamata norma, costituisce parte integrante e cogente del bando di gara attesa la totale assenza di discrezionalità dell'amministrazione in ordine all'applicabilità ed efficacia della stessa.

La giurisprudenza più recente si è tuttavia arrestata su un diverso orientamento di cui si darà conto nel prosieguo del presente contributo; in particolare, il giudice amministrativo è giunto a ritenere che, anche in ipotesi di mancata previsione a pena di esclusione nella *lex specialis*, il tardivo pagamento del contributo in questione costituisca una legittima causa di esclusione (o revoca dell'aggiudicazione) a sfavore dell'impresa, ovvero risulti sanabile mediante applicazione del soccorso istruttorio.

Ai sensi dell'art. 1, comma 67 della L. n. 266/2005 il versamento del contributo all'ANAC da parte degli operatori economici costituisce "condizione di ammissibilità dell'offerta"



1. La giurisprudenza e la posizione dell'ANAC sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006

Sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza sosteneva che la dimostrazione del pagamento del contributo costituisce, *ex se*, requisito di partecipazione alle gare e la sua mancanza fosse, pertanto, causa di esclusione, indipendentemente dalla previsione o meno del relativo onere nel bando di gara: ciò in quanto le norme imperative, quale quella di cui all'art. 1 comma 67 della Legge n. 226/2005, costituiscono parte integrante, anche per quanto attiene alla loro cogenza, del bando, attesa la totale assenza di discrezionalità dell'amministrazione in ordine alla applicabilità ed efficacia (cfr. *ex multis* TAR Lazio-Roma, sez. III, 8 gennaio 2015 n. 213, secondo cui «*In tale contesto, ne discende de plano, che la contestata esclusione non risulta essere stata adottata in violazione del principio*

di tassatività delle cause di esclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 46 del D.lgvo n.163/2006 ... stante che il mancato pagamento del contributo AVCP è chiaramente previsto come specifica causa di esclusione da una gara da una disposizione di legge»).

Ancora, il Giudice Amministrativo si è soffermato nel precisare che l'estromissione dalla gara si giustifica solamente nei casi in cui il versamento della somma prescritta sia stato completamente omissso. L'indicazione di un codice CIG errato nella causale del versamento del contributo ANAC non comporta, ad esempio, l'esclusione dalla gara, potendosi procedere con il soccorso istruttorio in quanto «*Tale errore, tuttavia, non pregiudicava*

2. Dal punto di vista operativo, si segnalano le FAQ predisposte dall'ANAC (visionabili sul sito dell'Autorità al link <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/MenuServizio/FAQ/ContrattiPubblici/riscossione>) in cui sono indicate le modalità di versamento di detto contributo tramite accesso al Servizio Riscossione per poter generare la ricevuta di pagamento, da stampare e allegare all'offerta.

l' idoneità della documentazione prodotta a comprovare l'avvenuto pagamento in quanto era facilmente intuibile (con l'uso della normale diligenza) che l'indicazione di un diverso codice identificativo si dovesse attribuire ad un errore materiale».

Costituisce, dunque, causa di esclusione dalla gara esclusivamente la mancata dimostrazione del pagamento del contributo di cui all'articolo 1, comma 67, della Legge n. 266/2005; «*l'estromissione dalla gara si giustifica solamente nei casi in cui il versamento della somma prescritta sia stato completamente omesso ma non qualora esso sia stato eseguito modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa (parere di precontenzioso n. 199 del 20/11/2013)*» (cfr. TAR Toscana-Firenze, Sez. III, 26 ottobre 2016 n. 1546).

Sull'obbligo del versamento del contributo, già sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 l'ANAC stessa si era pronunciata con la **deliberazione dell'8 gennaio 2015 n.1** (recante "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163"). A riguardo, fra le irregolarità concernenti elementi e dichiarazioni che devono essere prodotte in base alla legge, al bando o al disciplinare, l'ANAC ha evidenziato che «*Costituisce causa di esclusione l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato). Di contro, un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, oppure (alla luce della novella in esame) nell'aver omesso di allegare alla domanda di partecipazione la ricevuta di pagamento, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione entro il*

termine decadenziale di partecipazione alla gara. La mancata allegazione del versamento disposto prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta può essere oggetto di soccorso istruttorio dietro pagamento della relativa sanzione».

Pertanto, in sintesi, era previsto che:

- la mancata dimostrazione del pagamento del contributo costituisce causa di esclusione, indipendentemente dalla previsione o meno del relativo onere nel bando di gara;

- l'inadempimento formale (consistente sia nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dalla stessa ANAC sia nell'aver omesso di allegare alla domanda di partecipazione la ricevuta di pagamento), non può essere sanzionato

con l'esclusione del concorrente senza aver proceduto ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione entro il termine di partecipazione alla gara;

- la mancata allegazione del versamento, effettuato comunque prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, può essere oggetto di soccorso istruttorio per regolarizzare l'offerta.

2. Cenni sul soccorso istruttorio

Come visto, già sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 era ammesso il ricorso al soccorso istruttorio nelle ipotesi di inadempimento formale relativo alla dimostrazione del versamento del contributo in favore dell'ANAC.

Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici il soccorso istruttorio è lo strumento

Sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 la giurisprudenza sosteneva che la dimostrazione del pagamento del contributo costituisce, ex se, requisito di partecipazione alle gare



che consente di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione, o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali.

Ratio dell'istituto è quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, conseguentemente ampliando la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del *favor participationis*.

In precedenza l'istituto era originariamente disciplinato dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* del D.Lgs. n. 163/2006; con l'entrata in vigore del Codice Appalti la disciplina del soccorso istruttorio è stata modificata sotto diversi profili, nella speranza di superare le questioni più problematiche e dibattute, ed inserita nell'art. 83 comma 9, nell'ambito dei criteri di selezione.

A quasi un anno dall'entrata in vigore del Codice Appalti è stato adottato il D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56 che ha introdotto disposizioni integrative e correttive, tenendo conto delle consultazioni con le principali stazioni appaltanti e associazioni di categoria, delle osservazioni formulate dall'ANAC, dei pareri del Consiglio di Stato e dei suggerimenti provenienti dalle Regioni e dai Comuni.

In particolare l'art. 52 comma 1 lett. d) del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56 ha modificato, per l'esattezza, riscritto, l'art. 83 comma 9 del Codice Appalti dedicato al soccorso istruttorio, valorizzando maggiormente il principio del *favor participationis* in misura prevalente rispetto alla esigenza di garanzia della *par condicio competitorum*.

In particolare, il **Codice Appalti all'art. 83, comma 9** - così come novellato dall'art. 52, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 - 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, in caso di **manca**za, **incompletezza e di 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 economica e all'offerta tecnica**, 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. 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».*

Occorre soffermarsi altresì sul **comma 8** dell'art. 83 citato ai sensi del quale «*...I bandi e le lettere di invito non possono contenere **ulteriori prescrizioni a pena di esclusione** rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».*

Come emerge dalla lettura del comma 9 dell'art. 83 del Codice Appalti, la disposizione consente di sanare la mancanza di elementi essenziali, purché non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della stazione appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l'offerta va esclusa.

Il delineato principio è stato tra l'altro rafforzato dall'intervento della **Corte di Giustizia dell'Unione Europea** che, nella sentenza della sesta sezione del 2 giugno 2016 (C-27/15 "Pippo Pizzo"), ha affermato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti

nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti.

In particolare la Corte di Giustizia dell'Unione Europea afferma la possibilità di addivenire ad una regolarizzazione documentale postuma quante volte una condizione di esclusione, non espressamente menzionata nella *lex specialis*, «*possa essere identificata solo con interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale*».

Sul solco di questa prospettiva, l'art. 1, comma 67 della Legge n. 266/2005 deve essere interpretato nel senso di non escludere l'interpretazione che il versamento del contributo all'ANAC possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale, prospettiva su cui si è espressa la recente giurisprudenza.

3. La più recente giurisprudenza

Di recente il Giudice Amministrativo è stato più volte chiamato a pronunciarsi se, anche in ipotesi di mancata previsione a pena di esclusione nella *lex specialis*, il tardivo pagamento del contributo in questione costituisca una legittima causa di esclusione (o revoca dell'aggiudicazione) a sfavore dell'impresa, ovvero risulti sanabile mediante applicazione del soccorso istruttorio.

Diverse le pronunce con cui è stato affermato che l'omesso versamento del contributo ANAC non è causa di esclusione da una gara pubblica in assenza di un espresso obbligo e di una specifica sanzione

in tal senso nella *lex specialis* (cfr. *ex multis*, TAR Puglia-Bari, Sez. III, 4 dicembre 2017 n. 1240).

Sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 era ammesso il ricorso al soccorso istruttorio nelle ipotesi di inadempimento formale relativo alla dimostrazione del versamento del contributo in favore dell'ANAC.



Analizziamo nel dettaglio una controversia sottoposta al vaglio del Giudice Amministrativo relativa alla revoca dell'aggiudicazione disposta a causa del tardivo pagamento – in data successiva a quella di scadenza delle offerte» - del contributo ex art. 1, comma 67, della Legge n. 266/2005 a favore dell'ANAC.

In sede di primo grado il Giudice Amministrativo ha chiarito che «*L'art. 1, comma 67, l. 23 dicembre 2005, n. 266, secondo cui è condizione di ammissibilità dell'offerta l'obbligo di versamento del contributo Anac, non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata (da ultimo alla luce della sentenza della CGUE 2 giugno 2016, C-27/15), che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo, qualora il requisito sostanziale della registrazione ai servizi informatici dell'Anac (AVCPass), per il successivo rilascio del PASSOE (pacificamente producibile anche in corso di gara), sia tempestivo rispetto ai termini di gara e la lex specialis non prescriva anch'essa il versamento a pena di esclusione ... Nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici fra principio di massima partecipazione e di par condicio è ormai il primo a essere considerato prevalente, alla luce del disposto dell'art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che consente sia sanata la mancanza essenziale di elementi formali – rectius, la mancanza di elementi essenziali -, purchè non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del*

3. A riguardo, si rileva che per la legittima ammissione alla gara, il PassOE può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio), purchè il prerequisite fondamentale (cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'ANAC, AVCPass) sia stato perfezionato. In caso contrario, ossia di registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non si ravvisano margini per procedere al soccorso istruttorio, perché non si tratta più di rendere ex novo, ovvero di integrare o regolarizzare ex post, una dichiarazione, ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge (cfr. TAR Sicilia-Palermo, Sez. I, 15 gennaio 2016 n. 150).

contenuto dell'offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della stazione appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l'offerta va esclusa» (cfr. TAR Lazio-Roma, sez. III bis, 6 novembre 2017 n. 11031)³.

La questione è stata sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato il quale ha confermato la sentenza di primo grado riportandosi ai principi espressi dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza sulla causa "Pippo Pizzo", paragonabile in termini oggettivi dal momento che, in primo luogo, verte sul medesimo contributo di cui all'art. 1, comma 67 della Legge n. 266/2005, e in secondo luogo la lettera di invito con cui la procedura di affidamento è stata indetta non prevedeva in modo espresso l'esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma. Sul punto i Giudici di Palazzo Spada hanno richiamato in senso contrario la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione

Europea che ha ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio (allora previsto dall'art. 38, comma 2-bis del D.Lgs. n. 163/2006) inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione o sia così consentito all'operatore economico di formulare nella sostanza una nuova offerta (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 28 febbraio 2018, C-523/16 e C-536/16).

Ad avviso del Consiglio di Stato, simili evenienze non sono configurabili nel caso di mancato versamento del contributo ai favore dell'ANAC, laddove non richiesto a pena di esclusione dalla normativa di gara, dal momento che tale adempimento non inerisce «all'offerta economica e all'offerta tecnica», per le quali invece è preclusa la

regolarizzazione della domanda di partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice Appalti (cfr. **Consiglio di Stato, Sez. V, 19 aprile 2018 n. 2386**).

La giurisprudenza si è anche soffermata a verificare se l'omesso versamento, da parte del concorrente di una gara pubblica per l'affidamento in **concessione** di un servizio, del contributo all'ANAC possa comportare o meno l'esclusione dalla procedura.

A riguardo è stato chiarito che l'art. 1, comma 67 della Legge n. 266/2005 pone il versamento del contributo all'ANAC come condizione di ammissibilità dell'offerta unicamente per gli appalti di opere pubbliche. Ne consegue che, in difetto di espressa previsione di legge, tale previsione non può estendersi alle concessioni di servizi, perché una simile estensione risulterebbe incompatibile con il principio di tassatività delle cause di

esclusione dalla gara previsto dall'art. 83, comma 8 del Codice Appalti.

E ancora, l'estensione alle concessioni di servizi della causa di esclusione dagli appalti pubblici consistente nel mancato versamento del contributo all'ANAC si porrebbe in contrasto anche con il principio generalissimo che non consente l'applicazione di una norma eccezionale fuori dai casi da essa espressamente contemplati (cfr. **TAR Veneto-Venezia, sez. I, 15 giugno 2017, n. 563**).

Ai fini del presente contributo si ritiene opportuno soffermarsi sulle indicazioni fornite nel **"Bando Tipo n. 1"** – recante *"Schema di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo"* – approvato dall'ANAC con Delibera n. 1228 del 22 novembre

Il mancato versamento del contributo all'ANAC costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, mentre la mancata prova del pagamento può essere regolarizzata mediante soccorso istruttorio



2017⁴ ai sensi dell'art. 213, comma 2 del Codice Appalti⁵.

Si segnala sul punto il **paragrafo 12 del "Bando Tipo n. 1"** secondo cui *«In caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCPass. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara [in caso di suddivisione in lotti distinti aggiungere: in relazione "al lotto per il quale non è stato versato il contributo"], ai sensi dell'art. 1, comma 67 della l. 266/2005»*.

Come precisato nella Relazione illustrativa del provvedimento, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice Appalti, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Dunque, viene confermata l'impostazione secondo la quale il mancato versamento costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, mentre la mancata comprova del pagamento può essere regolarizzata mediante soccorso istruttorio.

Sulla natura vincolante del "Bando Tipo" si segnala una recentissima pronuncia che ha ritenuto legittima la previsione a pena di esclusione contenuta nella *lex specialis* in ordine al mancato pagamento del contributo in favore dell'ANAC (cfr. **TRGA Trento, 27 febbraio 2018 n. 44**) e ha stabilito che l'errato o incompleto versamento da parte dell'operatore economico del contributo ANAC, previsto quale condizione di ammissibilità dell'offerta, è sanabile con il soccorso istruttorio.

La questione trae origine da una gara di servizi nell'ambito della quale un concorrente all'atto della presentazione dell'offerta ha effettuato il pagamento del contributo a favore dell'ANAC ma in una misura inferiore all'importo previsto (precisamente riferibili a uno solo dei lotti oggetto di gara). A seguito della richiesta formulata dalla stazione appaltante di produrre in sede di soccorso istruttorio la ricevuta attestante il pagamento di detto contributo, il concorrente ha integrato il versamento producendo la prova del pagamento integrale anche se in parte tardivo. La stazione appaltante ha pertanto disposto l'esclusione del concorrente poiché il corretto pagamento del contributo all'ANAC era stato effettuato in data successiva alla data di scadenza di presentazione dell'offerta.

Il TRGA Trento ha rilevato che *«Considerato il disposto del comma 8 dell'art. 83 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ... la suddetta specifica prescrizione del bando evidenzia, infatti, profili di possibile nullità. Invero né nel codice dei contratti né nella legislazione provinciale è rinvenibile alcuna norma di legge che preveda la sanzione dell'esclusione in caso di mancato adempimento dell'onere del pagamento del contributo in questione ed, anzi, la suddetta omissione risulta sanabile proprio con il soccorso istruttorio di cui al comma 9 dell'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016. ... Alla luce della citata normativa è, quindi, il principio di massima partecipazione a prevalere sul principio di par condicio, come è riconosciuto dalla condivisibile giurisprudenza richiamata dal ricorrente. Pertanto, anche l'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, secondo cui il contributo dovuto dagli operatori economici A.N.AC. è condizione di ammissibilità dell'offerta "non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo*

4. https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=78d166910a778042126d1f4c823f167a

5. "2. L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche".

violazione formale e di elemento essenziale" sanabile con il soccorso istruttorio (cfr. TAR Lazio, n. 11031/2017). Purtroppo, nonostante le argomentazioni che precedono, la clausola di esclusione di cui al paragrafo 4.3 del bando di gara non è nulla. Il bando tipo approvato dall'A.N.A.C., ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, con deliberazione n. 1228 del 22 novembre 2017, quanto al contributo dovuto all'A.N.A.C. stessa dagli operatori economici che partecipano alle procedure di gara, riconferma, infatti, ancora una volta, malgrado la novella del 2017 del citato comma 9, la clausola di esclusione già contenuta in precedenti pareri e nella deliberazione n. 1377 del 2016».

Sulla natura vincolante delle previsioni di cui al bando tipo il TRGA Trento rileva che è imposto «un **obbligo conformativo** alla stazione appaltante anche per quanto riguarda l'esclusione per mancato

versamento del contributo nel termine previsto. Ne consegue che la clausola contestata, prevedendo, in conformità al bando tipo, l'esclusione sia in caso di versamento oltre la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, sia in caso di versamento di importo inferiore, non è, comunque, nulla e neppure affetta da vizi di legittimità».

Ne consegue che la clausola contestata, prevedendo, in conformità al bando tipo, l'esclusione sia in caso di versamento oltre la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, sia in caso di versamento di importo inferiore, non è, comunque, nulla e neppure affetta da vizi di legittimità.

4. Conclusioni

In ordine alle riferite recenti pronunce giurisprudenziali si rileva, a parere di chi scrive,

come al fine di dare applicazione al principio generale del *favor participationis* con l'utilizzo del soccorso istruttorio si stia andando incontro a una "deregolamentazione" nella partecipazione alle gare.

La posizione del Giudice Amministrativo secondo cui il mancato versamento del contributo da parte dell'operatore economico in favore dell'ANAC in assenza di un espresso obbligo in tal senso nella

lex specialis può essere oggetto di soccorso istruttorio e pertanto sanato, rappresenta una posizione innovativa sul tema.

Sarà pertanto interessante verificare che detto orientamento si consolidi in sede giurisprudenziale.

Non può non condividersi la critica mossa all'assimilazione tra l'obbligo di versamento del contributo a favore dell'ANAC alla generazione

dalla piattaforma AVCPass dell'attestazione PassOE, cui gli operatori economici devono provvedere ai fini della partecipazione alla singola procedura di affidamento di un contratto pubblico: i due adempimenti in questione hanno finalità diverse, pur essendo entrambi legati al codice identificativo di gara (CIG) in quanto l'emissione del PassOE non comprova che l'impresa possieda i requisiti per partecipare alla gara, ma costituisce solo lo strumento per le verifiche di competenza della stazione appaltante.

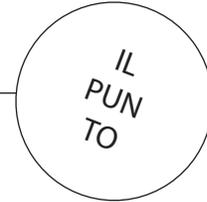
Ancora, si rileva che l'elevazione del "Bando Tipo" a fonte di rango legislativo pur essendo lo stesso, al pari delle linee guida vincolanti emanate dall'ANAC in applicazione delle diverse disposizioni del Codice Appalti, un mero atto amministrativo generale appartenente al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016).

Il paragrafo 12 del "Bando Tipo n. 1" prevede che la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata in sede di soccorso istruttorio a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente.



La solidarietà fra committente ed appaltatore per gli oneri retributivi dei lavoratori: resta irrisolta la questione negli appalti pubblici

di Emanuela Pelliciotti



La circolare dell'Ispettorato del Lavoro n. 6/2018, nel solco della sentenza della Consulta n. 254/2017, conferma che il Committente è tenuto in solido con l'appaltatore, anche per gli appalti di servizi, per i crediti retributivi dei subappaltatori ... ma per gli appalti pubblici la Cassazione "dice no".

1. La circolare dell'Ispettorato del Lavoro e la sentenza della Consulta

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con la circolare n. 6 del 29 marzo 2018, ha fornito indicazioni agli Ispettorati interregionali e territoriali sulla corretta applicazione dei principi espressi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 6 dicembre 2017.

La Consulta, infatti, pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 per contrarietà agli artt. 3 e 36 Cost., ha dichiarato non fondata la questione, contestualmente estendendo il regime di solidarietà disciplinato dalla norma stessa anche alle subforniture – ed aprendo tale possibilità ad altre tipologie contrattuali -.

Precisamente, secondo la Corte costituzionale, la responsabilità solidale del committente a favore dei crediti retributivi vantati dai dipendenti dell'appaltatore, si estende anche a quelli vantati dai subfornitori, non ravvisando differenze fra le due tipologie contrattuali, tali da giustificare una disparità di trattamento tra i lavoratori inquadrati nelle due fattispecie contrattuali.

Finalisticamente, infatti, entrambe le categorie svolgono attività a favore del committente e, dunque, hanno pari tutela con riguardo ai crediti derivanti da lavoro – *in primis* quelli retributivi -.

La Consulta, ricordando la sentenza della Cassazione (Sez. Lavoro) n. 18186/2014, in cui il contratto di subfornitura viene assimilato a quello di appalto, enfatizza l'analogia (e generalizza il concetto) accostando, in via analogica, i diritti dei lavoratori del subfornitore a quelli dei lavoratori del committente e dell'appaltatore, pervenendo alla conclusione di riconoscere un peculiare "genus" di responsabilità – appunto, la "responsabilità solidale del committente" – che discende dalla circostanza della fruizione di fatto delle prestazioni del subfornitore da parte del committente stesso e che, pertanto, non può qualificarsi né come responsabilità contrattuale, né come responsabilità

civile, ma solo come un forma a sé stante di "responsabilità sussidiaria".

La decisione, pensata probabilmente per le ipotesi di distacco transnazionale – per i lavoratori dipendenti da multinazionali operanti nei settori dei servizi – assume ben più ampia e generale portata, sia per effetto dell'interpretazione estensiva della norma data dalla Consulta (e, ovviamente, per l'autorevolezza dell'Organo emanante la sentenza), sia per l'altrettanto estesa applicazione indicata dalla circolare dell'Ispettorato del Lavoro in commento che – come un *retweet* – amplifica e da' corpo ai principi enunciati dalla Corte costituzionale.

Bisogna riconoscere, inoltre, che la sentenza (e la circolare dell'Ispettorato del Lavoro) si muovono in un clima molto aperto al riconoscimento della responsabilità solidale del committente, soprattutto per effetto del D.L. n. 25/2017 che – emanato proprio per non dare corso al referendum richiesto dalle Organizzazioni sindacali – prevede che il lavoratore possa rivolgersi direttamente al committente per il pagamento di quanto maturato nei confronti del proprio datore di lavoro il quale – a sua volta – deve pagare quanto dovuto rivalendosi, poi, sull'obbligato principale "in regresso".

Ricorda, innanzitutto, la circolare che l'art. 29, comma 2, prevede che *"in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento"*. Nel contesto esaminato dalla Consulta, *"alla luce del dato letterale della norma, il Giudice remittente ha ritenuto che la limitazione del regime di solidarietà ai soli casi espressamente previsti – di appalto e subappalto – avrebbe negato la medesima garanzia legale ai dipendenti del subfornitore, parimenti coinvolti in processi di esternalizzazione*

e parcellizzazione del processo produttivo, in contrasto con l'art. 3 e 36 della Cost."

A questo punto, l'Ispettorato del Lavoro ricorda che lo stesso Ministero del Lavoro aveva già privilegiato l'interpretazione normativa più cautelativa per i diritti dei lavoratori. Infatti, *"aveva già avuto modo di soffermarsi sul campo di applicazione dell'art. 29, nella nota prot. 5508 del 19 marzo 2012, manifestando l'opinione di una possibile estensione del regime della solidarietà al contratto di subfornitura sul presupposto della sussistenza, anche in tal caso, di un controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente. Sotto tale aspetto, peraltro, al fine di dare maggiore tutela ai lavoratori impiegati nell'esecuzione delle prestazioni negoziali non inquadrabili in termini di appalto o subappalto, il Ministero aveva dato rilevanza (cfr. interpello n. 2/2012) anche all'orientamento della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. sent. n. 6208/2008) che non escludeva la possibilità di applicare la solidarietà nei rapporti tra consorzio aggiudicatario dell'appalto e imprese consorziate esecutrici dovendosi dare prevalenza, a parere dei giudici, alla funzione di garanzia sostanziale proprio del regime di solidarietà rispetto alla qualificazione giuridica del negozio richiamata nella norma."*

Dal canto suo, poi, *"con una lettura costituzionalmente orientata, la Corte Costituzionale ha esteso i principi della responsabilità solidale del committente in favore dei crediti vantati dai dipendenti dell'appaltatore anche a quelli vantati dal personale delle imprese che con il primo hanno avuto un contratto di subfornitura. Quest'ultimo, secondo la previsione contenuta nell'art. 1 della legge n. 192/1998, ricorre allorché un imprenditore si impegna ad effettuare per conto di un'altra azienda committente alcune lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite direttamente dalla stessa, o si impegna a fornire prodotti o servizi finalizzati ad utilizzati nell'ambito dell'attività economica dell'impresa committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecnologiche e tecniche, modelli o prototipi forniti dal soggetto committente. Da tale ambito sono esclusi i contratti destinati a fornire materie prime,*

servizi di pubblica utilità e beni strumentali non riconducibili ad attrezzature.”.

La Corte costituzionale, innanzitutto, ricorda che, in tema di solidarietà fra committente e appaltatore per i crediti retributivi dei lavoratori non vi è una posizione giurisprudenziale univoca, giacché anche la Suprema Corte ha espresso orientamenti giurisprudenziali opposti (*inter alia*, Cass. SS.UU. n. 24906/2011 e Sez. Lav. n. 18186/2014, quest’ultima, a differenza della prima, possibilista verso il riconoscimento del principio di solidarietà). Inoltre, sempre secondo la Corte costituzionale, la costruzione giurisprudenziale del *genus* “responsabilità solidale del committente” risponde ad una precisa ragione giuridica e sociale: quella di mantenere vive le ragioni del credito in capo ai soggetti che effettivamente forniscono le prestazioni lavorative al committente. In altri termini, *la ragione dell’introduzione della responsabilità solidale del committente, nel nostro ordinamento è quella di evitare che i meccanismi di decentramento e di dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, rechino danno ai lavoratori utilizzati nell’esecuzione del contratto commerciale: la tutela del soggetto che assicura una attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento. Una diversa tutela si porrebbe in contrasto con l’art. 3 della Costituzione.*

E proprio in quest’ultimo passaggio si ravvisa la portata espansiva della sentenza: la consulta, infatti, parte dai contratti di subfornitura per attribuire al ragionamento una portata generale che si espande *a tutti i livelli del decentramento*. Questo *atout* viene colto dalla circolare dell’Ispettorato del Lavoro che, come già precisato, fornisce indicazioni ai propri Uffici nel senso di risalire alla responsabilità solidale del committente anche per il caso di estrema parcellizzazione del lavoro attraverso una catena di subforniture – ad ogni effetto (e sostanzialmente) parificate ad appalti e subappalti, indipendentemente dal *nomen juris* del contratto applicato ai lavoratori -. Sono escluse dall’interpretazione estensiva del concetto di “solidarietà del committente” soltanto *“le altre disposizioni che dettano una disciplina specifica del regime di solidarietà, mutuata dall’art.*

29, comma 2 ma adattata alle peculiarità delle tipologie contrattuali cui si riferiscono (v. ad es. somministrazione di lavoro, contratto di trasporto ecc.)”.

Anzi, proprio per fare un concreto esempio di contratto di quanto possa estendersi la tutela attribuita con la responsabilità solidale, la circolare afferma che *“tale principio spiega i propri effetti anche nelle ipotesi di distacco ex art. 30 del D.L.vo n. 276/2003 laddove gli ispettori debbono vagliare, concretamente, la sussistenza dei requisiti rappresentati dall’“interesse del distaccante e dalla temporaneità” e nel distacco transnazionale ex D.Lgs. n. 136/2016, comportando l’applicazione dell’art. 29, comma 2, tra società estera distaccante e società utilizzatrice in Italia, non soltanto nei casi in cui la prestazione di servizi sia riconducibile ad una filiera di appalto/subappalto ma anche laddove la stessa consista in altre operazioni commerciali (cfr. art. 4, comma 4, D.Lgs. n. 136/2016)”.*

2. Cosa si intende con il concetto di “solidarietà del committente”: un breve excursus sino alla riforma recata dal D.L. n. 25/2017

In tema di solidarietà del committente per i crediti dei lavoratori dell’appaltatore, l’ultima norma intervenuta a regolare la materia, in ordine di tempo, è stata il D.L. n. 25/2017 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 49/2017), emesso in sostituzione della consultazione referendaria richiesta dalle Organizzazioni sindacali per la modifica (in luogo della richiesta abrogazione dell’art. 29 D.Lgs. n. 276/2003).

Detta norma, innanzitutto, generalizza la responsabilità solidale del committente, vietando che i CCNL di categoria introducano disposizioni in contrasto e vietando, altresì, al committente – se evocato in giudizio in forza di tale responsabilità - di eccepire il beneficio della preventiva escussione dell’appaltatore (o del subappaltatore).

In caso di condanna al pagamento, il committente potrà rivalersi in regresso verso l’appaltatore (o il subappaltatore), diversamente da quanto previsto

dalla precedente formulazione della norma (e, per inciso, ritornando ad una più fedele lettura dell'originario art. 29 D.Lgs. n.276/2003).

L'azione, però, può essere esercitata solo entro il termine di due anni dalla cessazione del contratto di appalto e può avere ad oggetto la corresponsione di oneri retributivi, contributivi e previdenziali ed assicurativi, ma solo entro i limiti del *quantum debeatur* dal committente all'appaltatore (o al subappaltatore) e solo per il periodo in cui i richiedenti avevano effettivamente prestato la loro opera nell'ambito dell'appalto con quel determinato committente.

Detta norma, quindi, ha reso quasi d'obbligo, per i committenti, l'apprestamento di opportune tutele, sin dalla fase di predisposizione della documentazione relativa all'appalto, attraverso l'inserimento di clausole che prevedano, ad esempio, il rilascio di una fidejussione a garanzia, ovvero l'esibizione di certificazioni di avvenuto pagamento delle maestranze.

La norma, infine, pur se non applicabile ai soggetti pubblici, è comunque applicabile alle società partecipate – e ciò, si deduce, anche se esse, a loro volta, assumano la veste di committente nell'ambito di un appalto pubblico -.

Ed è proprio questa situazione di possibile squilibrio tra il bilancio di un appalto pubblico e l'obbligo solidale del committente che è stata esaminata dall'ordinanza della Suprema Corte, Sezione Lavoro, n. 9412 del 17 aprile 2018.

3. La Cassazione sulla solidarietà del committente in un appalto pubblico

La Corte Suprema di Cassazione, Sezione Lavoro, con l'Ordinanza n. 9412 del 17 aprile 2018 ha posto nuovamente in dubbio l'estensione della solidarietà del committente, in un appalto pubblico, rispetto ai crediti di lavoro vantati dalle maestranze dell'appaltatore (o del subappaltatore).

La vicenda esaminata dalla Suprema Corte attiene i crediti vantati dal dipendente di una società

appaltatrice nei confronti dell'ente committente in un appalto pubblico.

L'ente committente, impugnando la sentenza della Corte d'Appello di Torino, che aveva riconosciuto la responsabilità solidale in capo allo stesso ente – nonostante si vertesse nell'ambito di un appalto pubblico – lamentava *“la violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 29 del D.Lgs n. 276/2003 perché la Corte territoriale, nel ritenere applicabile alle pubbliche amministrazioni la responsabilità solidale dell'appaltante prevista dal richiamato art. 29, avrebbe interpretato la disposizione senza considerarne il chiaro tenore letterale e la ratio, omettendo anche di valutare le differenze fra appalto pubblico e privato che giustificano la diversità di disciplina quanto alla responsabilità solidale, limitata per gli enti pubblici a quella residuale prevista dall'art. 1676 cod.civ.”*. Secondo la Corte, nel caso di specie il ricorso è fondato, perché la responsabilità solidale del committente è un istituto che non si può applicare ai “contratti pubblici”; in questo senso, quindi, seguendo l'argomentazione della Cassazione, resterebbe preclusa anche per i contratti pubblici affidati dalle società partecipate.

La ragione della preclusione della responsabilità solidale del committente in un appalto pubblico, secondo la motivazione dell'Ordinanza, andrebbe ricercata nel vincolo di *budget* cui tali appalti sono tenuti; vincolo incompatibile con eventuali costi sopravvenuti derivanti dall'obbligo di corrispondere alle maestranze dell'appaltatore (o del subappaltatore o subfornitore) quanto spettante per i crediti maturati per l'esecuzione dell'appalto.

L'Ordinanza, nel raggiungere tale conclusione – che si pone quale principio di diritto in materia – ripercorre l'elaborato andamento giurisprudenziale e normativo formatosi sull'art. 29 D.Lgs n. 276/2003, ma stranamente non cita la sentenza della Consulta, cui la circolare dell'Ispettorato del Lavoro ha inteso dare continuità.

In incipit della motivazione, si precisa che *“il ricorso è fondato in quanto la sentenza impugnata si pone in contrasto con l'orientamento consolidato*

di questa Corte secondo cui "ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.Lgs n. 276 del 2003 non è applicabile alle pubbliche amministrazioni la responsabilità solidale prevista dall'art. 29, comma 2, del richiamato decreto".

E ancora, "l'art. 9 del d.l. 76 del 2013, nella parte in cui prevede la inapplicabilità dell'art. 29 ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 del d.lgs n. 165 del 2001, non ha carattere di norma di interpretazione autentica, dotata di efficacia retroattiva, ma lo stesso non ha innovato il quadro normativo previgente, avendo solo esplicitato un precetto già desumibile dal testo originario del richiamato art. 29 e dalle successive integrazioni" (Cass. 10.10.2016 n. 20327; Cass. 22.11.2016 n. 23746; Cass. 21.11.2016 n. 23651; Cass. 11.10.2016 n. 20434; e quanto all'inapplicabilità dell'art. 29 agli appalti pubblici Cass. 23.5.2016 n. 10664; Cass. 24.5.2016 n. 10731; Cass. 7.7.2014 n. 15432) ...

La Cassazione, *intende dare continuità, alle sentenze sopra richiamate, partendo dall'assunto che le stesse - "escludendo ogni profilo di illegittimità costituzionale della interpretazione qui accolta" - pongono in risalto le differenze fra appalto pubblico e privato che giustificano la diversità della disciplina.*

Infatti, "per gli appalti pubblici l'ordinamento prevede un complesso articolato di tutele, volte tutte ad assicurare il rispetto dei diritti dei lavoratori, tutele che difettano nell'appalto privato e che compensano la mancata previsione della responsabilità solidale prevista dall'art. 29 del D.Lgs n. 276 del 2003, non applicabile alla pubblica amministrazione in quanto in contrasto con il principio generale (oggi rafforzato dal nuovo testo dell'art. 81 Cost. che affida alla legge ordinaria il compito di fissare "i criteri volti ad assicurare l'equilibrio fra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni") in forza del quale gli enti pubblici sono tenuti a predeterminare la spesa e, quindi, non possono sottoscrivere contratti che li esponano ad esborsi non previamente preventivati e deliberati".

La Suprema Corte si riferisce, con tale inciso, alle tutele approntate dal Codice dei contratti pubblici in relazione al costo del lavoro (vedansi, ad esempio, l'art. 23, comma 16, l'art. 30, comma 4 e l'art. 50 D.Lgs. n. 50/2016) e, da un lato, agli obblighi previdenziali ed assicurativi che - se violati - comportano per l'impresa l'esclusione dalla gara e, dall'altro lato, abilitano la stazione appaltante ad effettuare ritenute all'appaltatore per corrispondere direttamente agli enti previdenziali ed assicurativi quanto dovuto dall'appaltatore stesso (ex art. 30, commi 5 e 6 D.Lgs. n. 50/2016), o dal subappaltatore (ex art. 105, commi 10 e ss. D.Lgs. n. 50/2016), così come le retribuzioni dovute al personale.

In tal senso, quindi, la Cassazione non pone in dubbio che il committente pubblico debba ritenersi obbligato verso le maestranze dell'appaltatore (o del subappaltatore), ma nega decisamente che tale responsabilità sia qualificabile come "solidarietà del committente", intesa ai sensi del novellato art. 29 D.Lgs. n. 276/2003.

In altri termini, il committente pubblico non può essere "aggredito" in prima battuta dai dipendenti (né dagli enti previdenziali ed assicurativi) per i crediti derivanti dall'esecuzione delle attività appaltate, senza potersi agevolare della preventiva escussione del debitore principale.

Al contrario, egli è tenuto al rispetto e delle procedure di contestazione (nei confronti dell'appaltatore e del subappaltatore) degli inadempimenti retributivi e contributivi e, soprattutto, non può eccedere rispetto al budget della commessa - con ciò, quindi, non potrà fare altro che trattenere i corrispettivi dovuti al debitore principale, per riversarli sui lavoratori - creditori (ed agli enti previdenziali ed assicurativi).

Dunque, nel caso in cui all'appaltatore nulla sia dovuto (ad esempio, a causa di opere maldestramente eseguite), il committente pubblico non potrà dare corso ad alcuna ritenuta ... e quindi a nessun pagamento alle maestranze (ed agli enti previdenziali ed assicurativi).

Secondo la Suprema Corte, inoltre, *"la responsabilità*

prevista dall'art. 1676 c.c., applicabile anche alle pubbliche amministrazioni, al pari dell'intervento sostitutivo di cui al D.lgs 163 del 2006, opera nei limiti di quanto è dovuto dal committente all'appaltatore, mentre l'art. 29 comporta la responsabilità dell'appaltante anche nell'ipotesi in cui lo stesso abbia già adempiuto per intero la sua obbligazione nei confronti dell'appaltatore.

Detta responsabilità non può essere estesa alle pubbliche amministrazioni in relazione alle quali vengono in rilievo interessi di carattere generale che sarebbero frustrati ove si consentisse la lievitazione del costo dell'opera pubblica, quale conseguenza dell'inadempimento dell'appaltatore."

Pertanto – conclude la Corte cassando la sentenza impugnata – *"la diversità delle situazioni a confronto e degli interessi che in ciascuna vengono in rilievo giustifica la diversa disciplina ed esclude ogni contrasto dell'art. 29 del d.lgs 276 del 2003 in relazione all'art. 3 Cost."*

4. Conclusioni

Dunque, la sentenza ora esaminata pone nuovamente in dubbio la esposizione di un committente pubblico - o comunque di una stazione

appaltante, nell'ambito di un contratto pubblico – alla solidarietà del committente per i crediti retributivi, contributivi ed assicurativi vantati dalle maestranze che operano nell'esecuzione dell'appalto.

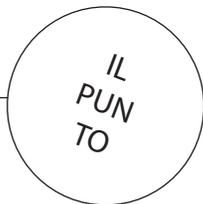
Il "genus" di responsabilità tratteggiato dalla Consulta, nonostante l'interpretazione estensiva attribuita (oltre che dalla sentenza) anche dall'Ispettorato del Lavoro, viene accantonato in omaggio al principio di intangibilità dei costi posti a base d'asta – in una parola, del "budget" – dell'appalto.

Secondo la Cassazione, gli interessi pubblicistici dei quali la stazione appaltante è portatrice, verrebbero frustrati se si consentisse di incrementare senza controllo il costo dell'opera pubblica, addebitando sul *budget* anche i costi degli oneri contributivi e retributivi – assicurativi dovuti dall'appaltatore alle maestranze.

I meccanismi previsti dal Codice dei Contratti pubblici, quindi, rappresentano – secondo il principio interpretativo sviluppato dalla Cassazione – il punto di massima estensione della esposizione della stazione appaltante nei confronti dei lavoratori che si adoperano per l'esecuzione dell'appalto pubblico.

Oneri ed onori della sicurezza... presupposti di tutela o formalismi incompresi?

di Pier Luigi Gianforte



Premessa

Il tema dei costi ed oneri della sicurezza, come ben noto agli operatori del settore, è questione annosa e di non rapida soluzione poiché connotata da una serie contraddittoria di disposizioni normative e giurisprudenziali a dir poco ondivaghe.

Nelle spirito pratico che ispira l'operato dello scrivente si intende fornire un contributo sulle principali criticità ponendo l'attenzione alle fasi

cruciali della commessa ovvero 1) quella della progettazione, 2) quello dell'affidamento e 3) quello della realizzazione.

Le proprie valutazioni non possono tuttavia prescindere da una doverosa e preliminare ricostruzione storica dell'evoluzione normativa che riesca a far capire anche l'effettiva distinzione tra COSTI ed ONERI come intesi dal legislatore e come applicati nella pratica dagli operatori e dalla Giustizia Amministrativa e Civile.

- SICUREZZA E FASI DELLA COMMESSA -	
LA PROGETTAZIONE	P.S.C. o quantificazione da parte del committente
L'AFFIDAMENTO	Verifica della congruità del prezzo
LA REALIZZAZIONE	Contabilità dei lavori

1. Sicurezza, le origini e la sua evoluzione normativa nell'ordinamento italiano

La sicurezza è un tema centrale nella disciplina degli appalti, in quanto materia legata al diritto fondamentale della salute, come tale a rilevanza costituzionale (artt. 32 e 41, comma 2, Cost.) e comunitaria, connotandosi il bene protetto come inderogabile e con tutela a carattere imperativo. Nell'evoluzione normativa della materia l'ambito della sicurezza è sempre stato legato alle attività di cantiere e la tutela è stata imperniata sulla configurazione del piano di sicurezza quale parte integrante del contratto di appalto o di concessione, sanzionandone la mancanza quale causa di nullità e la violazione quale grave inadempimento suscettibile di determinare la risoluzione del contratto.

In ambito pubblicistico con la modifica apportata all'art. 31 (L. n.109 del 1994) dalla L. 18 novembre 1998, n. 415 è stato sancito il principio che gli oneri relativi alla sicurezza andassero evidenziati nei bandi di gara e sottratti a ribasso d'asta.

Tale principio contenuto nella L. n. 415/1998 per quanto riguarda i lavori pubblici, è stato esteso dal D.Lgs. n. 528/1999, di modifica del D.Lgs. n. 494/1996, ai lavori privati, assumendo valenza di carattere generale la regola secondo cui, a garanzia della sicurezza e della salute dei lavoratori impegnati nei cantieri, il costo delle misure di sicurezza, degli apprestamenti, dei dispositivi di protezione collettiva ed individuale, previsti nei piani, è sottratto alla competizione del mercato e va riconosciuto integralmente agli appaltatori, mediante esclusione dallo sconto o ribasso d'asta. Corollario di tale tutela è la definizione dettagliata di tali costi.

Ai sensi degli artt. 12 del D.Lgs. n. 494/1996 e 41 del D.P.R. n. 554/1999, sostituiti dalle norme di analogo tenore, di cui agli artt. 39 del D.P.R. n. 207 del 2010 e 100 - Allegato XV del D.Lgs. n. 81 del 2008, la stima dei costi della sicurezza è uno degli elementi essenziali del piano di sicurezza e coordinamento (PSC) di competenza del coordinatore della progettazione nominato dalla stazione appaltante.

L'art. 31 della L. n. 109/1994 è stato poi riprodotto integralmente nell'art. 131 del D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, con un richiamo al comma 1, al D.P.R. n. 222/2003 e l'autorizzazione al Governo ad introdurre modifiche in conformità alle direttive comunitarie, e alla relativa normativa nazionale di recepimento.

In assenza di precise indicazioni normative riguardo l'esatta definizione dei costi della sicurezza e conseguentemente dei criteri di computo, essenziale per garantire la tutela preliminare di sottrazione al ribasso, sulla base anche di una serie di indicazioni dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, sono stati valorizzati alcuni elementi normativi per definire e circoscrivere l'ambito dei costi di sicurezza.

L'Autorità di vigilanza con la Determinazione n. 2/2001 del 10 gennaio 2001, interpretativa della Determinazione n. 37/2000, aveva chiarito che *"La stima complessiva delle spese di sicurezza si compone di due parti, una parte compresa nel prezzo unitario delle singole lavorazioni [Decreto del Ministero dei lavori pubblici del 19 aprile 2000, n. 145, art. 5, comma 1, lett. i)] ed una parte di spese cc.dd. speciali non incluse nei prezzi [Decreto del Ministero dei lavori pubblici del 19 aprile 2000, n. 145, art. 5, comma 1, lett. a)].*

La loro somma rappresenta il costo della sicurezza non soggetto a ribasso. Sia la parte degli oneri di sicurezza inclusa nei prezzi che quella afferente agli oneri cc.dd. speciali (la presenza in cantiere dell'ambulanza e del medico, le riunioni mensili degli operai, ecc.) deve essere determinata dal progettista.

Nel caso degli oneri inclusi nei prezzi, il progettista determina analiticamente la quota di detti oneri. Nel caso di oneri cc.dd. speciali, il progettista procede ad un computo metrico degli stessi. La somma degli oneri di sicurezza "speciali" e di quelli inclusi nei prezzi, porta alla determinazione delle spese complessive della sicurezza SCS e, di conseguenza, anche di IS (incidenza media della sicurezza)."

In seguito alle innovazioni derivanti dal D.P.R. n.

222/2003 - riguardante i "contenuti minimi dei piani di sicurezza nei cantieri temporanei e mobili", riprodotto nell'allegato XV al D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, sono stati introdotti criteri precisi per la stima dei costi derivanti dai piani di sicurezza (art. 7 del D.P.R. n. 222/2003 riprodotto dall'All. XV punto 4 del D. Lgs. n. 81 del 2008), sempre con riferimento al PSC di cui all'art. 100 del D. Lgs. n. 163 del 2006.



In particolare il tema della stima dei costi derivanti dai piani di sicurezza è affrontato nell'Art. 7 del regolamento in questione.

Questa norma contiene al comma 1 una elencazione dei costi che "vanno stimati nei costi della sicurezza" nei casi in cui vige l'obbligo di redigere il PSC ai sensi del D.lgs. 494/96.

Tale elenco comprende gli apprestamenti previsti nel PSC; le misure preventive e protettive e i dispositivi di protezione individuale previsti nel PSC per le sole lavorazioni interferenti; i mezzi e servizi di protezione collettiva; le eventuali procedure "speciali" per la sicurezza; i sovra costi connessi al coordinamento temporale tra le diverse fasi esecutive e le diverse imprese e all'uso comune di apprestamenti, infrastrutture mezzi e servizi di protezione collettiva, nonché gli impianti tecnici per la sicurezza del cantiere (impianti di terra, antincendio, evacuazione fumi).

Si tratta di voci connesse tutte alla specificità del singolo cantiere, e non alle modalità ordinarie di

esecuzione dei lavori; la formulazione della norma non consente interpretazioni che lascino margini per integrare o ridurre detto elenco, in sede applicativa.

Esso deve quindi considerarsi tassativo.

Nel comma 3, inoltre, il predetto Art. 7 stabilisce che "la stima dovrà essere **congrua, analitica per voci singole, a corpo o a misura**, riferita ad elenchi prezzi standard o specializzati, oppure basata su prezziari o listini ufficiali vigenti nell'area interessata, o sull'elenco prezzi delle misure di sicurezza del committente; nel caso in cui un elenco prezzi non sia applicabile o non disponibile, si farà riferimento ad analisi costi complete e desunte da indagini di mercato".

Di conseguenza sulla base di questo sistema normativo, ricondotto ad unità dal D.Lgs. n. 81 del 2008, si è operata distinzione tra i costi della sicurezza ai quali l'impresa è vincolata contrattualmente in quanto previsti nel PSC e riferibili allo specifico cantiere (definiti costi della sicurezza "contrattuali" ed a loro volta distinti in costi "diretti" e costi "speciali") e costi della sicurezza che il datore di lavoro è comunque obbligato a sostenere a norma del Titolo IV (Misure per la salute e sicurezza nei cantieri temporanei o mobili) del D.Lgs. n. 81 del 2008, per l'esecuzione in sicurezza di ogni singola lavorazione compresa nell'appalto (costi della sicurezza "ex lege").

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con la Determinazione n. 4/2006, richiama l'interpretazione fornita dalla Conferenza delle Regioni (assunta in conformità al parere dell'UOC Unità Operativa di Coordinamento presso il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, denominata documento **ITACA**) in virtù della quale non sono oggetto del PSC, in quanto costi della sicurezza *ex lege*, quelli intrinsecamente connessi alle varie lavorazioni e compresi nei relativi prezzi unitari, come le spese per i dispositivi di protezione individuale (DPI ad esclusione di quelli previsti nel PSC per lavorazioni interferenti in base all'Allegato XV del D. Lgs. n. 81 del 2008), nonché i cosiddetti "costi generali" per l'adeguamento dell'impresa al D.Lgs. n. 626/1994 allora vigente e riprodotti nel D.Lgs. n. 81 del 2008, ossia la formazione

dei lavoratori, l'informazione, la sorveglianza sanitaria, etc.

I costi della sicurezza "contrattuali" vanno riconosciuti integralmente all'appaltatore, in quanto derivanti dall'ingerenza del committente nelle scelte esecutive dell'impresa, che deve conformarsi alle indicazioni del PSC.

Secondo il documento ITACA, quindi, il PSC in base al disposto dell'Art. 7 comma 1 doveva comprendere soltanto le spese connesse al coordinamento delle attività nel cantiere, alla gestione delle interferenze o sovrapposizioni, nonché quelle degli apprestamenti, dei servizi e delle procedure necessari per la sicurezza dello specifico cantiere secondo le scelte di discrezionalità tecnica del Coordinatore della sicurezza in fase di progettazione.

L'Autorità nel 2006 ha operato una valida analisi del combinato disposto degli artt. 131 e 87 del D.lgs. 163/2006, che la porta a limitare l'ambito applicativo della prima norma circa l'individuazione degli oneri che vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta, ai soli costi stabiliti dalla stazione appaltante in sede di redazione del progetto e trasfusi nel PSC (costi contrattuali).

È interessante a questo punto una piccola parentesi chiarificatrice sul fatto che le parole "costi" ed "oneri" spessissimo vengono utilizzate indistintamente, generando particolare confusione. Ad esempio il D.Lgs. 81/2008 e s.m.i., al punto 4 dell'allegato XV parla di stima dei costi della sicurezza e precisando che:

*"...Il direttore dei lavori liquida l'importo relativo ai **costi** della sicurezza previsti in base allo stato di avanzamento lavori, previa approvazione da parte del coordinatore per l'esecuzione dei lavori quando previsto".*

Il Decreto Legislativo 163/2006 all'articolo 87 riportava piuttosto:

*"[...]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 100, decreto legislativo 81/2008 e alla relativa stima dei costi conforme al punto 4*

dell'allegato XV al d.lgs. n. 81/2008".

Proseguendo poi:

*"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".*

Nel già richiamato articolo 131 il termine oneri viene corretta utilizzato al posto di costi
*"[...] Il piano di sicurezza e di coordinamento, quando previsto ai sensi del decreto legislativo 81 del 2008, ovvero il piano di sicurezza sostitutivo di cui alla lettera b) del comma 2, nonché il piano operativo di sicurezza di cui alla lettera c) del comma 2 formano parte integrante del contratto di appalto o di concessione; i relativi **oneri** vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta".*



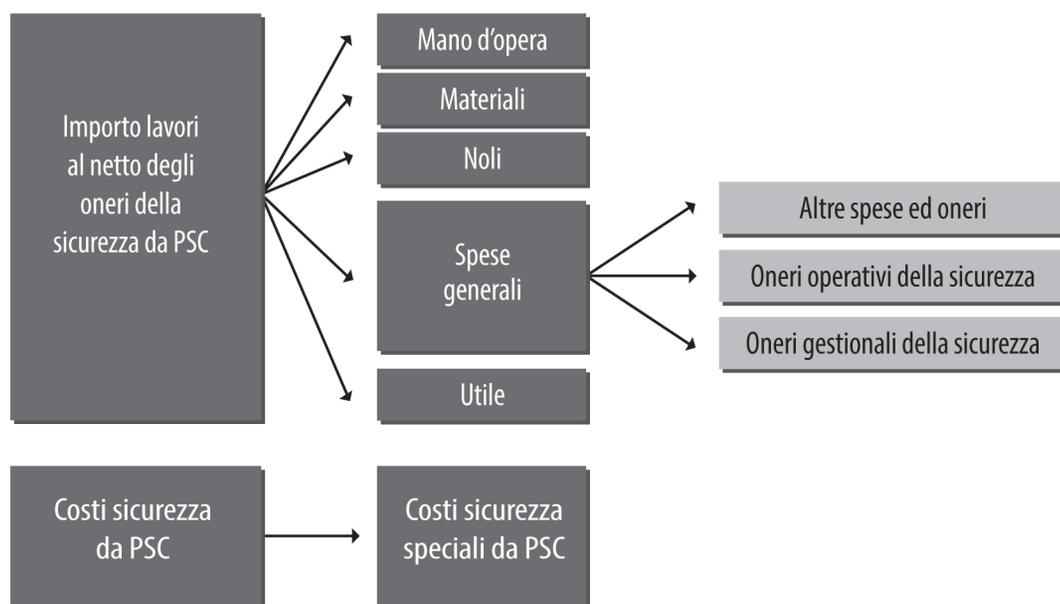
Il documento di ITACA a tal proposito chiarisce le attribuzioni delle due locuzioni, assumendo per convenzione linguistica le definizioni:

a. costi della sicurezza che derivano, in caso di lavori ex Titolo IV, dalla stima effettuata nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) ai sensi dell'art. 100 del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.) - o dall'analisi della Stazione appaltante anche per tramite del RUP quando il PSC non sia previsto- rif. punto 4.1.2. - secondo le indicazioni dell'allegato XV punto 4. A tali costi l'impresa è vincolata

contrattualmente (costi contrattuali) in quanto rappresentano "l'ingerenza" del committente nelle scelte esecutive della stessa; in essi si possono considerare, in relazione al punto 4.1.1. dell'allegato XV, esclusivamente le spese connesse al coordinamento delle attività nel cantiere, alla gestione delle interferenze o sovrapposizioni, nonché quelle degli apprestamenti, dei servizi e delle procedure necessarie per la sicurezza dello specifico cantiere secondo le scelte di discrezionalità tecnica del CSP/Stazione appaltante, valutate attraverso un computo metrico estimativo preciso;

b. oneri aziendali della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico (detti anche, in giurisprudenza

piuttosto che in dottrina, costi ex lege, costi propri, costi da rischi specifici o costi aziendali necessari per la risoluzione dei rischi specifici propri dell'appaltatore), relativi sia alle misure per la gestione del rischio dell'operatore economico, sia alle misure operative per i rischi legati alle lavorazioni e alla loro contestualizzazione, aggiuntive rispetto a quanto già previsto nel PSC e comunque riconducibili alle spese generali. Detti oneri aziendali sono contenuti nella quota parte delle spese generali prevista dalla norma vigente (art. 32 del D.P.R. 207/2010 s.m.i.) e non sono riconducibili ai costi stimati per le misure previste al punto 4 dell'allegato XV del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.



Per quanto riguarda il primo elemento, il richiamo è al PSC ed all'allegato XV del TU Sicurezza, ovvero al costo:

- a) degli apprestamenti previsti nel PSC;
- b) delle misure preventive e protettive e dei dispositivi di protezione individuale eventualmente previsti nel PSC per lavorazioni interferenti;
- c) degli impianti di terra e di protezione contro le scariche atmosferiche, degli impianti antincendio, degli impianti di evacuazione fumi;
- d) dei mezzi e servizi di protezione collettiva;
- e) delle procedure contenute nel PSC e previste

per specifici motivi di sicurezza;

- f) degli eventuali interventi finalizzati alla sicurezza e richiesti per lo sfasamento spaziale o temporale delle lavorazioni interferenti;
- g) delle misure di coordinamento relative all'uso comune di apprestamenti, attrezzature, infrastrutture, mezzi e servizi di protezione collettiva.

Per quanto riguarda gli oneri, viene evidenziato che si tratta di importi aggiuntivi rispetto a quanto già previsto nel PSC e comunque riconducibili alle spese generali e che in virtù della normativa vigente

in materia (art. 15 e art. 95 del D. Lgs. 81/08 e s.m.i.) dovranno essere sostenuti e valutati dal Datore di Lavoro in qualità di operatore economico partecipante ad un appalto. Tali importi riguardano sia gli oneri gestionali della sicurezza annui sostenuti dall'operatore economico in attuazione della normativa vigente in materia, a prescindere dai singoli e specifici contratti (ad esempio: quota parte delle spese sostenute per le visite mediche, formazione ed informazione di base dei Lavoratori ecc.), sia di contenuti riconducibili espressamente a oneri operativi rappresentativi di tutte le spese relative alle misure di prevenzione connesse allo specifico appalto (ad esempio: la formazione integrativa necessaria agli stessi lavoratori, alcuni DPI particolari ecc.).

Il D.Lgs. 50/2016 non innova i concetti di cui sopra pur andando a cristallizzare l'importanza della corretta valutazione degli oneri ai fini della congruità dell'offerta e quindi della verifica dell'anomalia in capo all'operatore aggiudicatario. Tale fase è criticità ad esse collegate non ultimi i contraddittori pronunciamenti sugli oneri della sicurezza aziendali, sulla loro omessa indicazione e sull'applicabilità del soccorso istruttorio saranno oggetto di un successivo e specifico articolo.

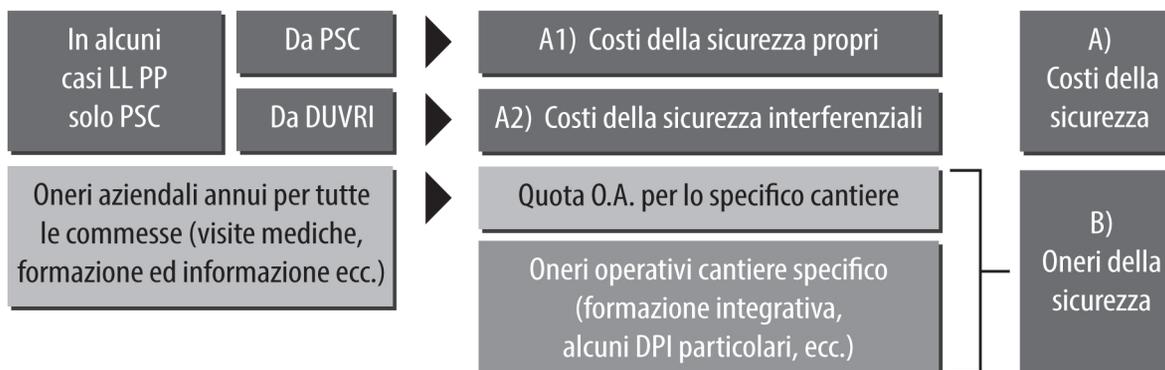
Il D.Lgs. 50/2016 ha il pregio di effettuare una trattazione paritaria ai lavori dei servizi e delle forniture e con esso di rendere di più immediata comprensione anche la necessità di tener conto della corretta e preventiva valutazione degli oneri derivanti dall'interferenza così come statuiti dall'art. 26 D.Lgs. 2008 riguardanti il sistema azienda.

Ci si riferisce a titolo di esempio di appalti pubblici su edifici scolastici, fattispecie oggi ricorrente, in cui al cantiere edile si sovrappone il sistema azienda scuola, determinandosi conseguentemente la necessità della preventiva individuazione dei costi della sicurezza nell'ambito del PSC e dei rischi interferenti nell'ambito del DUVRI.

Anticipando alcune brevi considerazioni che saranno oggetto di un successivo approfondimento si evidenzia come la corretta individuazione di detti costi, a prescindere dal fatto che essa costituisca elemento di efficacia del rapporto contrattuale, è diretta conseguenza dell'obbligo imposto al committente di progettare l'opera in sicurezza e valutare preventivamente i relativi costi da non assoggettare a ribasso.

Dopo tanti anni nel settore dei lavori pubblici, ancora oggi si assiste all'assenza di qualsiasi documento programmatico che effettui con la dovuta attenzione la comparazione nelle scelte progettuali anche sotto il profilo della sicurezza nonché l'individuazione dei correlati costi la cui computazione è nei fatti rimessa ad una percentuale assiomatica assegnata dal RUP.

Talvolta si perviene addirittura in un'ottica di asserita economia, a non designare il coordinatore della sicurezza ed a redigere conseguentemente il PSC con il risultato pratico di esporre l'amministrazione a valle della richiesta del sub appalto da parte dell'operatore principale (ad oggi il sub appalto costituisce un diritto e una facoltà dell'operatore comprimibile ma che non può essere escluso), e quindi di una presenza non contemporanea di più



imprese, ad una illegittima sospensione dei lavori con tutte le evidenti conseguenze.

La condivisa esigenza di economia si trasforma quindi a ben vedere in un maggiore onere per l'amministrazione a cui potrebbe essere eccepita una carente, corretta e preventiva progettazione anche sotto il profilo della sicurezza.

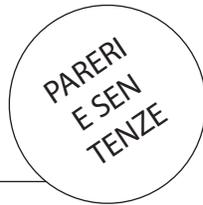
Aggiungasi sul punto che con il D.Lgs. n. 50/2016 si assiste di fatto alla soppressione dell'obbligo di redigere il piano di sicurezza sostitutivo (PSS) per i lavori edili. Detto documento, a carattere suppletivo, è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge quadro in materia di lavori pubblici n. 109/1994; all'art.31 si stabiliva espressamente che l'appaltatore avesse l'obbligo

di consegnare il PSS in sostituzione del PSC e del piano generale di sicurezza, quando questi non erano previsti dal D.Lgs. n. 494/1996, le cui disposizioni sono poi confluite nel titolo IV del D.Lgs. n.81/2008.

Con il D.Lgs. n. 50/2016 e con il correttivo, D.Lgs. n. 56/2017, invece il PSS non viene più richiamato in nessuna disposizione e di conseguenza ci si chiede da più parti se sia effettivamente obbligatorio o meno.

Accennate alcune criticità, nel prossimo articolo le stesse verranno sviluppate focalizzando l'attenzione sulla fase progettuale effettuando alcuni collegamenti predittivi con le correlazioni e complicità che possono scaturire nella successiva fase dell'affidamento e della realizzazione.

Pareri & Sentenze



TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 2/5/2018, n. 4793

Non sussiste l'obbligo di valutare la congruità dell'offerta della seconda classificata

"Non può essere condivisa neppure l'ultima doglianza proposta con cui parte ricorrente fa valere che nei confronti della seconda classificata non è stata effettuata la verifica dell'anomalia.

Al riguardo occorre far riferimento all'art. 97 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016 stante il cui ultimo periodo: "La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa" in base al quale dunque non è stabilito un dovere per la stazione appaltante di valutare in modo particolare la posizione della seconda classificata a meno che la posizione di quest'ultima non rientri nelle ipotesi in cui "in base ad elementi specifici" essa non appaia anormalmente bassa.

E poiché, come correttamente opposto da INPS, per l'offerta presentata da Securitas non ricorrevano in particolare i due presupposti fissati dall'art. 97 comma 3: "Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara" e per giurisprudenza costante sulla materia la scelta dell'amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale (Consiglio di Stato, sezione III, 3 luglio 2015, n. 3329)"

Consiglio di Stato, Sez. V, 26/4/2018, n. 2527

L'esclusione dalla gara non può operare in caso di irregolarità contributiva dell'impresa ausiliaria

"...l'obbligo di immediata esclusione vale nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi. Vi osta, infatti, la regola dettata - all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici - dall'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per il quale: "La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione". La disposizione costituisce una novità del nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016, recependo la previsione dell'art. 63 dir. 24/2014/UE, per cui: "L'amministratore aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione" con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione di cui all'art. 80."

TAR Lazio Roma, Sez. II bis, 24/4/2018, n. 4562

Rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea circa la questione inerente la mancata indicazione dei "costi della manodopera", con divieto di successiva sanatoria, anche qualora siffatta indicazione separata non sia espressamente richiesta dall'amministrazione nella documentazione di gara per la presentazione delle offerte e, comunque, gli operatori economici abbiano precisato, nelle offerte economiche formulate, "il rispetto dell'art. 95 c. 10" del d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. codice appalti)

"La questione interpretativa che si solleva dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha per oggetto la normativa nazionale sull'obbligo di indicazione separata, in sede di formulazione delle offerte economiche per partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica di affidamento di un appalto di servizi, dei "costi della manodopera", con divieto di successiva sanatoria, anche qualora siffatta indicazione separata non sia espressamente richiesta dall'amministrazione nella documentazione di gara per la presentazione delle offerte e, comunque, gli operatori economici abbiano precisato, nelle offerte economiche formulate, "il rispetto dell'art. 95 c. 10" del d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. codice appalti)...In relazione a tutto quanto sopra esposto, il Collegio formula il seguente quesito interpretativo:

"Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai 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 i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente".

Consiglio di Stato, Sez. V, 19/4/2018, n. 2386

Ammesso il soccorso istruttorio in caso di mancato pagamento del contributo ANAC se la lettera di invito non prevedeva in modo espresso l'esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma

"...con riguardo al caso dell'omesso versamento del contributo per il funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione odierna appellante la Corte di giustizia ha affermato che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara (sentenza della Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016, C 27/15, sopra citata, e posta dall'originaria ricorrente a fondamento delle proprie censure)...Il caso esaminato dalla Corte di giustizia appare dunque in termini con quello oggetto del presente giudizio, dal momento che, in primo luogo, esso verte appunto sul medesimo contributo di cui all'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, e in secondo luogo che la lettera di invito con cui la procedura di affidamento è stata indetta non prevedeva in modo espresso l'esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma.... il giudice europeo ha infatti ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio (allora previsto dall'art. 38, comma 2-bis, del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione o sia così consentito all'operatore economico di formulare nella sostanza una nuova offerta (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 28 febbraio 2018, C 523/16 e C 536/16 - MA.T.I. SUD s.p.a.)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 10/4/2018, n. 2185

"Le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica"

"Si osserva al riguardo che la formula utilizzata dalla stazione appaltante al fine di attribuire il richiamato punteggio ($X = P_i \times C / P_o$, laddove P_i indica la migliore offerta economica; C indica il punteggio economico e P_o indica l'offerta del singolo candidato), pur se opinabile, non risulta affetta dai lamentati profili di irragionevolezza. Del resto, in base a un consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato, le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, V, 10 agosto 2016, n. 3579; id., V, 29 ottobre 2014, n. 5375; id., V, 15 luglio 2013, n. 3802). Vero è che la formula utilizzata nel caso in esame finisce per non determinare eccessive differenziazioni fra le singole offerte (anche a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), ma è anche vero che essa garantisce pur sempre un collegamento proporzionale (e in sé non irragionevole) fra l'entità del ribasso e la conseguente attribuzione del punteggio. Non può del resto ritenersi (al contrario di quanto sembra ritenere l'appellante) che l'unico legittimo criterio di attribuzione del punteggio economico sia quello che assegna il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso."

Consiglio di Stato, Sez. III, 4/4/2018, n. 2102

"per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ed in particolare del fatturato globale o specifico, non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto"

"...sussiste un consolidato filone giurisprudenziale a mente del quale per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ed in particolare del fatturato globale o specifico, non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, perché l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Cons. Stato, III, 11 luglio 2017, n. 3422, 17 novembre 2015, n. 5703, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 marzo 2015, n. 1020, 6 febbraio 2014, n. 584; IV, 29 febbraio 2016, n. 812; V, 22 dicembre 2016, n. 5423).

Con diretto riferimento ad una fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio, inoltre, questa stessa Sezione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422) ha affermato che "nelle gare pubbliche, in caso di avvalimento avente ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico, la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata; in sostanza, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione della impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo; ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Cons. Stato, III, n. 2952/2016; n. 5038/2015; n. 5041/2015; vedi anche, in senso analogo, V, n. 1032/2016). Tali elementi minimi risultano soddisfatti dal contratto di avvalimento in esame, che indica puntualmente il fatturato messo a disposizione e prevede la responsabilità solidale con l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante, e non può quindi configurarsi alla stregua di un prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, tale da soddisfare su di un piano meramente formale il requisito di partecipazione (ciò che, effettivamente, renderebbe l'avvalimento illegittimo - cfr. CGUE, 7 aprile 2016, in C-324/14)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 3/4/2018, n. 2079

Sulle finalità del principio di rotazione

Il principio di rotazione "è stato già ritenuto dalla giurisprudenza di questo Consiglio in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli "appalti cd. "sotto soglia", al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato (cfr. Consiglio

di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Consiglio di Stato, Sez.VI, 31 agosto 2017, n.4125);
Ritenuto che tale principio è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 37 DEL 17 gennaio 2018
PREC 348/17/S**

"l'invito del gestore uscente alla procedura per l'affidamento di un servizio di valore inferiore alla soglia di cui all'art. 35 d. lgs n. 50/2016 ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato"

"... secondo le Linee Guida n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" e la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI 31 agosto 2017 n. 4125 e sez. sez. V 13 dicembre 2017 n. 5854), determina che l'invito all'affidatario uscente a partecipare alla procedura per l'affidamento di un servizio di valore inferiore alla soglia di cui all'art. 35 d.lgs. n. 50/2016 ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 35 DEL 17 gennaio 2018
PREC 180/17/S**

"È legittima la richiesta della stazione appaltante di regolarizzare il formato della polizza fideiussoria non conforme alla disposizione della lex specialis in sede di soccorso istruttorio..."

"Considerato che l'Amministrazione è tenuta ad applicare le regole contenute nel bando anche nel caso di sopravvenuta modifica della disciplina vigente al momento della sua adozione (Consiglio di Stato, 7 settembre 2010 n. 6485) e che «in giurisprudenza si ritiene che "la mancata presentazione di una cauzione nelle forme prescritte dalla legge e dalla "lex specialis" della procedura di gara costituisce causa di esclusione dalla gara anche a prescindere da un'espressa previsione in tal senso del bando o del disciplinare, in quanto la cauzione garantisce l'affidabilità dell'offerta" (cfr. T.A.R Sicilia Palermo, sez. III, 12 aprile 2010, n. 4935)» (Parere di precontenzioso n. 26 del 23 febbraio 2012), la richiesta di integrazione della documentazione di gara in sede di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante con pagamento di sanzione pecuniaria appare conforme alla disciplina vigente ratione temporis (art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163/2006)."

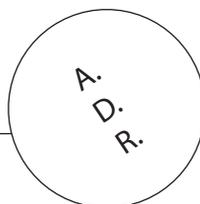
Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 1363 DEL 20 dicembre 2017
PREC 147/17/S**

È legittima la clausola del bando che preveda l'adempimento del sopralluogo obbligatorio e a pena di esclusione

"...l'Autorità, in linea con parte della giurisprudenza (TAR Lazio, sez. III, 12 aprile 2017, n. 4480; TAR Basilicata, sez. I, 7 giugno 2017, n. 439), ha chiarito che «L'art. 79, comma 2, [del d.lgs. n. 50/2016] prevede: che "quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione sul posto dei documenti di gara (...)", la formulazione della norma dà atto della legittimità della eventuale clausola del bando che prevede il sopralluogo come obbligatorio. Conformemente, deve ritenersi ancora attuale l'orientamento del Consiglio di Stato, formatosi sulla disciplina delle precedenti cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006), ed è, pertanto, legittima la clausola del bando che preveda adempimenti a pena di esclusione non solo nelle ipotesi in cui detta "sanzione" sia espressamente prevista da disposizioni di legge o del Codice ma in tutti i casi in cui un dato comportamento è previsto come doveroso ovvero come vietato (Consiglio di Stato, Adunanze Plenarie n. 21/2012 e n. 7/2014)» (Relazione AIR Bando-tipo n. 1/2017 per l'affidamento di servizi e forniture, deliberata dal Consiglio dell'Autorità in data 15 novembre 2017 e di prossima pubblicazione);"

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1 In caso di irregolarità nella posizione contributiva dell'ausiliaria (motivo di esclusione obbligatoria ex art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la stazione appaltante deve chiedere la regolarizzazione o la sostituzione?

Con la sentenza n. 2527 del 26/04/2018 il Consiglio di Stato sez. V, ha stabilito che, la norma secondo cui la stazione appaltante che, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, riceve dall'ente previdenziale comunicazione di D.U.R.C. irregolare sia tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, valga solo nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi. Vi osta, infatti, la regola dettata - all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici - dall'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per il quale: "La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione".

2 In caso di appalti riservati a cooperative sociali di tipo B, è ammissibile l'istituto dell'avvalimento?

La figura dell'avvalimento ha incontrato il favor del legislatore, dapprima a livello comunitario poi nazionale, costituendo uno strumento per consentire ai concorrenti, che non dispongano dei requisiti richiesti di capacità economica-finanziaria e tecnica-professionale, di partecipare alle gare di appalto, nell'ottica di assicurare la massima concorrenza. Proprio in ragione della sua ampia portata, l'avvalimento è considerato istituto con un ambito applicativo generale e, in quanto tale, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l'applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'idoneità professionale.

L'art. 112 del D.lgs. n. 50/2016, nel fare salva la disciplina sull'affidamento di contratti pubblici alle cooperative sociali, consente la riserva di partecipazione alla gara a favore di esse, senza stabilire alcun divieto espresso e generalizzato al ricorso dell'avvalimento (Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 03 aprile 2018, n. 2144).

L'Anac nel Parere n. 218 del 10 dicembre 2015 afferma che, nel caso di procedure rivolte alle sole Cooperative sociali di tipo "B", l'istituto dell'avvalimento può essere utilizzato solo nel caso in cui si risolva nella possibilità di usufruire dei requisiti di soggetti compresi nel novero delle Cooperative sociali stesse

3

Per le gare bandite a far data dal 18 aprile come deve essere prodotto il DGUE?

Il DGUE, è uno schema organizzato (formulario) utilizzato dagli operatori economici per rendere le autodichiarazioni necessarie per la partecipazione ad una procedura di gara. L'utilizzazione del DGUE è rimessa alla discrezionalità della singola stazione appaltante solo per le procedure di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), (affidamento diretto di contratti di importo inferiore a 40.000 €) nonché per procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 del Codice, ad esclusione dell'ipotesi di cui all'art. 63 comma 2 lett. a). Dal 18 ottobre, il DGUE dovrà essere predisposto esclusivamente in conformità alle regole tecniche che saranno emanate da AgID ai sensi dell'art. 58 comma 10 del Codice dei contratti pubblici. Fino al 18 ottobre 2018 - data di entrata in vigore dell'obbligo delle comunicazioni elettroniche ex art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - le stazioni appaltanti che non dispongano di un proprio servizio di gestione del DGUE in formato elettronico, o che non si servano di altri sistemi di gestione informatica del DGUE, richiederanno nei documenti di gara all'operatore economico di trasmettere il documento in formato elettronico, compilato secondo le modalità ivi indicate, su supporto informatico all'interno della busta amministrativa o mediante la piattaforma telematica di negoziazione eventualmente utilizzata per la presentazione delle offerte.

4

Qual'è il regime IVA applicabile allo SPRAR?

In base alla legge di stabilità 2016, le prestazioni socio-sanitarie, assistenziali ed educative di cui ai nn. da 18) a 21) e 27-ter) dell'articolo 10, primo comma, del D.P.R. n. 633 del 1972, rese da cooperative, sia direttamente sia in forza convenzioni e contratti di ogni genere, nei confronti delle categorie di soggetti elencati dallo stesso n. 27-ter), ossia: le prestazioni socio-sanitarie, di assistenza domiciliare o ambulatoriale, in comunità e simili, in favore degli anziani ed inabili adulti, di tossicodipendenti e di malati di AIDS, degli handicappati psicofisici, dei minori anche coinvolti in situazioni di disadattamento e di devianza di persone migranti, senza fissa dimora, richiedenti asilo, di persone detenute, di donne vittime di tratta a scopo sessuale e lavorativo, rese da organismi di diritto pubblico, da istituzioni sanitarie riconosciute che erogano assistenza pubblica, previste all'articolo 41 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, o da enti aventi finalità e da enti del Terzo settore di natura non commerciale di assistenza sociale sono, dunque, assoggettate:

- all'aliquota IVA del 5 per cento, se rese da cooperative sociali e loro consorzi;
- al regime di esenzione dall'imposta, se rese da cooperative non sociali aventi la qualifica di ONLUS;
- all'aliquota IVA ordinaria del 22 per cento, se rese da cooperative non sociali e non ONLUS, sempreché non abbiano oggettivamente le caratteristiche per rientrare nell'applicazione delle esenzioni di cui ai nn. 18) e 21) dell'articolo 10 del D.P.R. n. 633 del 1972.

5 Cosa comporta la durata limitata di un CIG nel tempo?

Con la Delibera n.1/2017 l'ANAC ha stabilito una validità limitata nel tempo per ogni CIG. Con l'entrata in vigore della predetta delibera, ogni CIG richiesto, ha una validità di 90 giorni. Se nel termine di 90 giorni dalla loro acquisizione i CIG non vengono perfezionati e/o annullati, l'Autorità procede automaticamente alla loro cancellazione inviando apposito messaggio via mail al RUP, all'indirizzo registrato in anagrafe.

Dalla data della cancellazione, l'utilizzo del CIG da parte della stazione appaltante determina violazione delle norme sulla trasmissione delle informazioni obbligatorie all'Autorità, sulla contribuzione di gara e sulla tracciabilità dei pagamenti, nonché possibile responsabilità penale ed erariale.

Il comportamento è altresì valutabile ai fini della qualificazione ex art. 38 del codice.

6 La suddivisione in lotti di una procedura di gara con oggetto non omogeneo, è sempre obbligatoria?

L'art. 51 d.lgs. n. 50-2016 afferma il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, ma consente anche alle Stazioni Appaltanti di non ricorrere alla suddivisione in lotti adducendo una opportuna motivazione. Il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto.

7 Nel caso di avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, quali specifiche deve contenere il contratto di avvalimento?

L'art 89 del Dlgs 50/2016 stabilisce che in caso di avvalimento "...Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.". Un consolidato filone giurisprudenziale sostiene che per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ed in particolare del fatturato globale o specifico, non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, perché l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Cons. Stato, III, 11 luglio 2017, n. 3422, 17 novembre 2015, n. 5703, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 marzo 2015, n. 1020, 6 febbraio 2014, n. 584; IV, 29 febbraio 2016, n. 812; V, 22 dicembre 2016, n. 5423). In sostanza, ciò che l'impresa ausiliaria mette a disposizione della impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo; ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali.

Il momento della valutazione delle offerte

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Facendo il punto della situazione recente sulla tematica relativa al momento valutativo delle offerte e provando a volgere lo sguardo sulle indicazioni rese dalla Giurisprudenza circa le attività che l'Amministrazione pone in essere nel momento più propriamente tecnico della seduta di gara, emergono alcuni aspetti meritevoli di considerazione.

Mantener fede alle previsioni della *lex specialis* di gara e alle regole in essa contenute, rappresenta la prima delle due sponde entro cui si costruisce la valutazione dell'offerta tecnica ed economica da parte dell'organismo di valutazione incaricato; l'altro argine è costituito dalla manifesta illogicità, irragionevolezza, irrazionalità e arbitrarietà, che lo stesso organismo è tenuto a scongiurare con una valutazione che sia (da parte dei singoli commissari e nel suo complesso) il più possibile ponderata e misurata, sulla base di regole predefinite in atti attraverso l'individuazione dei criteri di valutazione e dell'eventuale tabella dei giudizi di valore (che si pone come buona prassi,

alternativa alla discrezionalità tecnica pura, comunque assoggettava alla motivazione del singolo commissario).

Sul punto Tar Lazio Roma con la sentenza n. 2328 del 02 marzo u.s., nel quale si scongiura il pericolo di introduzione da parte della commissione di un nuovo criterio di valutazione non previsto in atti, quando la commissione non intende procedere alla valutazione delle migliori che modificano in modo consistente la proposta progettuale posta a base dell'appalto aderendo ad un principio generale per il quale le caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione non sono liberamente modificabili dall'offerente, salvo che non costituiscano semplici soluzioni migliorative, che operano nell'ambito ed entro i limiti delle modalità tecniche di realizzazione dell'appalto definite dalla stazione appaltante. La commissione di gara, pertanto, non ha alterato il contenuto della *lex specialis* ma ha esplicitato l'obbligo di rispettare una regola di condotta cui, comunque, erano già assoggettate tutte le imprese partecipanti.

Interessante in tal senso anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 675 del 02 febbraio u.s. nella quale si precisa che l'articolazione dei criteri di valutazione all'interno della lex di gara è opportuna, ma non imposta. La scelta refluisce però sulla motivazione del giudizio, nel senso che, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, l'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l'iter logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi. Ne consegue che, tanto è più dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 20 settembre 2016, n. 3911; IV, 20 aprile 2016, n. 1556).

Ove invece il giudizio della Commissione non sia delimitato nell'ambito di un minimo e di un massimo, occorre la motivazione (discorsiva, secondo l'espressione usata dal primo giudice) del giudizio, al fine di rendere comprensibile l'iter logico seguito in concreto nella valutazione delle offerte, ed in particolare di quella tecnica.

Tanto più che, in presenza di una indeterminabilità a priori dei servizi aggiuntivi che i concorrenti avrebbero potuto proporre ha indotto la stazione appaltante a prevedere un criterio di valutazione "di tipo aperto", seppure temperato dall'obbligo della commissione giudicatrice di illustrare con una motivazione discorsiva il punteggio attribuito per i servizi aggiuntivi proposti da ciascun concorrente».

Sull'onda lunga delle precisazioni necessarie in tema di oggettività nelle valutazioni dei commissari in ambito di offerta tecnica, il Tar Puglia Lecce ricorda con la sentenza n. 549 del 04 aprile che costituisce, *jus receptum* il fatto che nelle gare di appalto che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014 n.

1072)" (Cons. St., sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258). Sicché, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dall'Amministrazione, il Giudice amministrativo non può sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo amministrativo la propria" (Tar Lazio, sez. II, 14 novembre 2017, n. 11322).

Anche il Tar Calabria Catanzaro con la sentenza n. 893 del 18 aprile u.s. ricorda che non è condivisibile il vizio di disparità di trattamento dedotto dalla ricorrente - oggetto di cognizione nei limiti di quanto indicato nell'atto introduttivo - come palese sintomo di eccesso di potere.

Va aggiunto che, in ogni caso, le censure proposte si configurano come dirette a porre in rilievo l'erronea attribuzione dei punteggi da parte della commissione, con lo scopo di ottenere per sé un punteggio maggiore e, dunque, l'aggiudicazione della gara, invocando un sindacato "nel merito" delle valutazioni operate dalla commissione, inammissibile in questa sede (cfr. ex multis Cons. Stato, III, 23 ottobre 2015, n. 4894; V, 28 ottobre 2015, n. 4942; V, 11 dicembre 2015, n. 5655).

Altro risvolto interessante della questione, è quello attinente alla attribuibilità complessiva dei punti in palio per i diversi profili dell'offerta; in tal senso merita menzione la pronuncia n. 1845 del 23 marzo u.s. del Consiglio di Stato, nella quale a proposito della c.d. doppia riparametrazione, si ribadisce l'orientamento giurisprudenziale seguito dal Tar, ed espresso dai precedenti richiamati nella sentenza impugnata di cui alle decisioni di questo Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016 n. 266 e id., 30 gennaio 2017 n. 373, confermato dalle più recenti sentenze di questa stessa Sezione del 12 giugno 2017, n. 2811 e n. 2852, e della Sezione Terza, 20 luglio 2017, n. 3580.

Si tratta di orientamento prevalente e fermo nel superamento di quello seguito dalla decisione, richiamata nel ricorso in appello, di cui a Cons. Stato, III, 16 marzo 2016, n. 1048, pronunciata, peraltro, in un caso in cui la doppia parametrizzazione era prevista nella legge di gara.

Anche le Linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio ANAC con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, hanno previsto la mera facoltà per la stazione appaltante di procedere alla riparametrazione dei punteggi, a condizione che la stessa sia prevista nel bando di gara, in conformità a quanto affermato da questo Consiglio di Stato nel parere preventivo sulle linee guida (Cons. St., sez. consultiva, 3 agosto 2016, parere n. 1767), in dichiarata continuità con la giurisprudenza prevalente.

Pertanto, senza che sia necessaria la rimessione all'Adunanza Plenaria, auspicata dalle appellanti, la questione di diritto posta a base del primo motivo va risolta nel senso che per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa nessuna norma di carattere generale impone alle stazioni appaltanti di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla lex specialis mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione, la quale deve essere espressamente prevista dalla legge di gara.

A chiusura della disamina si riportano le osservazioni del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2185 del 10 aprile u.s. in tema di formula utile e necessaria per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica, si legge che: La formula utilizzata dalla stazione appaltante al fine di attribuire il richiamato punteggio ($X = P_i \times C / P_o$, laddove 'P_i' indica la migliore offerta economica; C indica il punteggio economico e P_o indica l'offerta

del singolo candidato), pur se opinabile, non risulta affetta dai lamentati profili di irragionevolezza. Del resto, in base a un consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato, le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, V, 10 agosto 2016, n. 3579; id., V, 29 ottobre 2014, n. 5375; id., V. 15 luglio 2013, n. 3802).

Vero è che la formula utilizzata nel caso in esame finisce per non determinare eccessive differenziazioni fra le singole offerte (anche a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), ma è anche vero che essa garantisce pur sempre un collegamento proporzionale (e in sé non irragionevole) fra l'entità del ribasso e la conseguente attribuzione del punteggio.

Non può del resto ritenersi (al contrario di quanto sembra ritenere l'appellante) che l'unico legittimo criterio di attribuzione del punteggio economico sia quello che assegna il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso. Si osserva, del resto, che anche l'adesione a tale criterio (in sé, idoneo ad attribuire sempre e comunque l'intero range del punteggio a disposizione per la componente economica, come auspicato dall'appellante) determinerebbe l'effetto – anch'esso opinabile – di produrre ingiustificate ed 'estreme' valorizzazioni delle offerte economiche anche laddove il minimo ribasso e quello massimo si differenziassero per pochi punti percentuali.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

MEDIAAPPALTI

www.mediappalti.it
Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it
Servizio abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

Mediagraphic

Redazione: Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189
redazione@mediappalti.it

i seminari in programma

SEMINARI

APPALTI

La figura del RUP

10 maggio 2018 Roma, 22 maggio 2018 Torino,
28 Giugno Palermo

Corso di Project Management ISIPM-Base® per i RUP

(corso di tre giornate)
16, 17 e 24 maggio 2018 Bologna;
22, 23 e 29 maggio 2018 Roma;
29, 30 maggio e 05 giugno 2018 Trieste;
12, 13 e 19 giugno 2018 Milano

Esercitazione sul NUOVO MePA 2018

15 maggio 2018 Trieste, 24 maggio 2018 Verona, 29 maggio
2018 Ancona, 07 giugno 2018 Napoli, 14 giugno 2018 Roma,
19 giugno 2018 Parma, 26 giugno 2018 Pescara

Come gestire senza errori gli affidamenti sotto soglia

15 maggio 2018 Potenza, 15 maggio Palermo, 12 giugno 2018
Verona, 19 giugno 2018 Bolzano, 28 giugno 2018 Bologna

Gli adempimenti obbligatori post-aggiudicazione delle Stazioni Appaltanti

19 giugno Udine, 3 luglio 2018 Torino

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

12 giugno Pescara, 27 giugno Verona

La procedura di affidamento di beni e servizi step by step

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

Il punto della situazione sugli atti attuativi del codice dei contratti

29 maggio 2018 Milano

La redazione della documentazione di gara

29 maggio 2018 Pescara

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

31 maggio 2018 Bolzano

La nuova Legge Regionale sui Contratti Pubblici di lavori, servizi, forniture della Regione Sardegna

29 maggio 2018 Cagliari, 05 giugno 2018 Olbia

Come gestire correttamente una gara di forniture e servizi

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

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

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

CORSI ONLINE AREA APPALTI

Gli appalti sotto soglia e gli affidamenti diretti dopo l'approvazione delle nuove Linee Guida ANAC 2018: laboratorio didattico e modulatoria (corso di due giornate)
14 giugno 2018 e 19 giugno 2018

Come acquistare sul NUOVO MePA 2018 Esercitazioni su acquisizioni di beni, servizi e lavori - XI Edizione (corso di tre giornate)
11 giugno 2018, 20 giugno 2018 e 25 giugno 2018

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

Anticorruzione dopo la Riforma Madia
(corso di tre giornate)
08 giugno 2018, 15 giugno 2018 e 22 giugno 2018

AREA AMMINISTRAZIONE

Tecniche di redazione dei provvedimenti amministrativi. Le responsabilità dei dipendenti pubblici
12 giugno 2018 Genova, 26 giugno 2018 Milano

CORSI ONLINE AREA AMMINISTRAZIONE

La nuova disciplina sulla Privacy dopo il Regolamento Europeo 2016/679 e la riforma sull'Accesso agli Atti
(corso di due giornate)
14 maggio 2018 e 21 maggio 2018

URBANISTICA

La Pianificazione e gestione del demanio marittimo. Profili tecnico-giuridici nella prospettiva di riordino della materia
19 giugno 2018 Bari, 28 giugno 2018 Roma

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

maggio
2018

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Gli incentivi ex art. 113 stanno fuori dal tetto del salario accessorio (Sezione Autonomie, delibera n. 6/2018)

Premessa

1. La vicenda
2. L'interpretazione della nuova norma
3. I nuovi incentivi previsti dal codice
4. I vincoli di spesa del personale
5. Il chiarimento
6. La legittimazione dell'esclusione dal limite del trattamento accessorio

3

È possibile corrispondere incentivi in modo "retroattivo"? (Corte dei Conti, sezione Reg. Lombardia n. 93/2018).

Premessa

1. La liquidazione degli incentivi senza regolamento
2. Regolamento interno ed efficacia retroattiva
3. Incentivo calcolato sul ribasso (e non sulla base d'asta)

8

Pagamento del debito fuori bilancio senza il riconoscimento ex art. 194 del decreto legislativo 267/2000 (Corte dei Conti, sezione reg. Liguria, deliberazione n. 73/2018)

Premessa

1. La richiesta
2. Il parere
3. L'obbligazione giuridica

10

Gli incentivi ex art. 113 stanno fuori dal tetto del salario accessorio

Premessa

La sezione autonomie della Corte dei Conti, con la recentissima deliberazione n. 6/2018 giunge infine – in tema di configurazione degli incentivi ex art. 113 del codice dei contratti dopo la modifica apportata con il comma aggiunto dalla L. 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di Bilancio 2018) – a considerare gli incentivi ex progettazione come non soggetti ai limiti/vincoli di contenimento imposti per il trattamento economico accessorio dei dipendenti. In sostanza, nonostante qualche dubbio interpretativo posto dalla nuova norma collocata nel comma 5-bis dell'articolo 113 del codice (che oggettivamente non chiarisce se il vincolo insista o meno), la sezione ritiene che gli incentivi non debbano essere computati anche sostanzialmente nella quota dell'accessorio (circostanza che, per effetto dei vincoli di contenimento delle spese determinava la sostanziale riduzione della quota di produttività "generale" per consentire l'erogazione degli incentivi).

1. La vicenda

Come noto la vicenda, sui vincoli e sulla riconduzione al tetto dell'accessorio risultava posto – semplificando – dalla diversa natura degli incentivi ora non più previsti per la progettazione ma diretti a compensare funzioni varie di attività espletate in relazione al procedimento di acquisizione con estensione anche alle forniture ed ai servizi. Circostanza che ha portato a configurare tali spese come spese di funzionamento e quindi soggette al tetto previsto per il salario accessorio del personale.

La stessa sezione delle autonomie, con le deliberazioni nn. 7/2017 e 24/2017 aveva confermato questo orientamento.

Alla sostanziale impossibilità di pagare gli incentivi o ridurre la quota di produttività generale (determinata dalla necessità di restare entro i limiti di spesa dell'accessorio dell'anno precedente) si è cercato di porre soluzione con la novella introdotta con il comma 5-bis nell'articolo 113 del codice a memoria del quale si è specificato che gli incentivi "fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture".

Più in dettaglio, la sezione rileva come nell'originaria formulazione dell'articolo 113 del codice "non è stata rinvenuta una specificità nei compensi previsti per le funzioni tecniche, tale da far ritenere non applicabile il limite stabilito per i trattamenti accessori. Ciò anche in funzione della rilevata difformità della fattispecie introdotta dall'art. 113, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, rispetto all'abrogato istituto degli incentivi alla progettazione, nonché per il fatto che tali emolumenti essendo erogabili anche per gli appalti di servizi e forniture, si configuravano, ai sensi delle disposizioni normative all'epoca vigenti, come spesa di funzionamento e, dunque, come spese correnti (e di personale)".

Ed è inoltre da notare "che la stessa legge delega per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 1, comma 1, lett. rr, l. n. 11/2016) ha precisato che

gli incentivi per le funzioni tecniche vanno a remunerare specifiche e determinate attività di natura tecnica svolte dai dipendenti pubblici, tra cui quelle della programmazione, predisposizione e controllo delle procedure di gara e dell'esecuzione del contratto "escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione". Si tratta nel complesso di compensi volti a remunerare prestazioni tipiche di soggetti individuati e individuabili, direttamente correlati all'adempimento dello specifico compito affidato ai potenziali beneficiari dell'incentivo.

2. L'interpretazione della nuova norma

Il nuovo testo normativo non ha, oggettivamente, fornito quel chiarimento che sembrava necessario e, non a caso, ameno due sezioni regionali hanno sollecitato l'esigenza di un definitivo chiarimento alle sezioni unite.

In particolare, la sezione Lombardia, con la deliberazione n. 40/2018 che ha riproposto la questione di massima concernente l'assoggettamento ai limiti posti al trattamento accessorio del personale dipendente anche degli emolumenti economici erogati a titolo di incentivi dall'art. 113 del codice dei contratti, d.lgs. n. 50/2016 e – per ciò che in questa sede interessa – in ulteriore subordine, quali siano le concrete modalità contabili che le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare per osservare la regola dell'eventuale sottoposizione degli incentivi previsti dall'art. 113, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, al limite complessivo posto al trattamento economico accessorio dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017.

Più o meno, gli stessi quesiti sono stati posti dalla sezione Puglia, con la deliberazione n. 9/2018 con cui si è rimesso al Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.l. n. 174/2012, una questione di massima concernente l'accertamento, alla luce della novella normativa di cui all'art. 1, comma 526, della legge n. 205/2017, della natura giuridica della spesa per incentivi per funzioni tecniche e dell'inclusione, o meno, della stessa nell'ambito della spesa per il personale, con le relative conseguenze in ordine al rispetto dei vincoli normativi in tema di trattamento accessorio. Soprattutto, il sindaco pugliese si interrogava sulle modalità della corretta allocazione delle relative risorse.

3. I nuovi incentivi previsti dal codice

La sezione coglie l'occasione per una utile sintesi dell'ordine dei problemi posti. In questo senso, si legge in delibera, si rammenta che l'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), rubricato "incentivi per funzioni tecniche", riproducendo analoghe disposizioni previgenti (art. 18 della legge n. 109 del 1994, e successive modifiche ed integrazioni, e art. 92, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, confluito in seguito nell'art. 93, commi 7-bis e seguenti, del medesimo decreto legislativo), consente:

- previa adozione di un regolamento interno;
- e della stipula di un accordo di contrattazione decentrata,

"di erogare emolumenti economici accessori a favore del personale interno alle Pubbliche amministrazioni per attività, tecniche e amministrative, nelle procedure di programmazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo (o verifica di conformità) degli appalti di lavori, servizi o forniture".

In particolare, il comma 2 dell'art. 113 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di destinare, a valere sugli stanziamenti di cui al precedente comma 1, "un apposito fondo risorse finanziarie in misura non supe-

riore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara". Il fondo risulta essere finalizzato a premiare esclusivamente le funzioni, amministrative e tecniche, svolte dai dipendenti interni tra cui, l'attività "di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico".

La possibilità di erogare gli incentivi anche ai rispettivi "collaboratori" viene prevista nel comma 3 della norma in commento il quale, inoltre, prevede che l'80% delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 possa essere ripartito, per ciascun lavoro, servizio, fornitura, "con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti", ai destinatari individuati.

La quota restante del 20%, invece, deve essere destinato – in base a quanto chiarito dal comma 4 - ad innovazione tecnologica e, a titolo esemplificativo, all'acquisto di strumentazioni e tecnologie funzionali all'uso di metodi elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture; attivazione di tirocini formativi; svolgimento di dottorati di ricerca etc..).

4. I vincoli di spesa del personale

Con riguardo ai provvedimenti che pongono limiti alle risorse indirizzate al trattamento accessorio del personale, la sezione ricorda che l'art. 9, comma 2-*bis*, del d.l. n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010 **disponeva** che l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, non può superare il corrispondente importo dell'anno 2010 e che a decorrere dal 1° gennaio 2015, le risorse destinate annualmente al trattamento economico accessorio sono decurtate di un importo pari alle riduzioni operate.

In seguito l'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 75 del 2017, ha disposto, a decorrere dal 1° luglio 2017, che "l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2016".

5. Il chiarimento

La novella legislativa, rileva la sezione plenaria, richiede pertanto, un ulteriore intervento nomofilattico "sia per la rilevanza dei dubbi interpretativi palesati dalle due Sezioni regionali remittenti, sia, soprattutto, in ossequio al principio, costantemente affermato dalla giurisprudenza contabile (*ex multis*: deliberazione n. 24/SEZAUT/2017/QMIG), secondo il quale la proposizione di questioni di massima già precedentemente esaminate e risolte non è, in linea di principio, preclusa, pur soggiacendo a precise condizioni di ammissibilità, tra cui - ed è questo il caso di specie - la ricorrenza di mutamenti legislativi".

La norma, come si è anticipato, si presta oggettivamente ad interpretazioni divergenti, infatti, "potrebbe essere ritenuta di non chiara lettura, in quanto si limita a prescrivere che gli incentivi in esame vanno finanziati dai capitoli di spesa su cui gravano i costi dell'opera, ma non esplicita la loro esclusione dai tetti posti al salario accessorio". Al contempo, non esclude neppure che l'intervento del legislatore potrebbe essere

inteso come "diretto ad affermare che gli incentivi per le funzioni tecniche espletate nelle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici, non essendo finanziati dal fondo relativo alla contrattazione decentrata, non rientrano più nella spesa di personale soggetta ai limiti".

Anche se l'allocazione contabile degli incentivi di natura tecnica nell'ambito del "medesimo capitolo di spesa" previsto per i singoli lavori, servizi o forniture **potrebbe non mutarne la natura di spesa corrente** - trattandosi, in senso oggettivo, di emolumenti di tipo accessorio spettanti al personale - "la contabilizzazione prescritta ora dal legislatore" - sottolinea il collegio - "sembra consentire **di desumere l'esclusione di tali risorse dalla spesa del personale e dalla spesa per il trattamento accessorio**".

6. La legittimazione dell'esclusione dal limite del trattamento accessorio

La sezione rileva quindi una serie di aspetti che legittimano l'interpretazione che propende per l'esclusione dall'inclusione nei limiti di spesa predetti.

In particolare:

- è da considerare, come rilevato dalla Sezione remittente lombarda, che gli incentivi per le funzioni tecniche sono, **per loro natura, estremamente variabili nel corso del tempo e, come tali, difficilmente assoggettabili a limiti di finanza pubblica a carattere generale**, che hanno come parametro di riferimento un predeterminato anno base (qual è anche l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017). Il riferimento, infatti, ad un esercizio precedente diviene, in modo del tutto casuale, favorevole o penalizzante per i dipendenti dei vari enti pubblici.

In questo senso, la sezione registra già delle puntualizzazioni sia da parte della Sezione regionale di controllo per il Friuli- Venezia Giulia (deliberazione n. 6/2018/PAR), la quale ha ritenuto che dalla novella "si evince che gli incentivi non fanno carico ai capitoli della spesa del personale ma devono essere ricompresi nel costo complessivo dell'opera", sia la Sezione regionale di controllo per l'Umbria (deliberazione n. 14/2018/PAR), la quale afferma che "il legislatore è intervenuto sulla questione della rilevanza degli incentivi tecnici ai fini del rispetto del tetto di spesa per il trattamento accessorio, escludendoli dal computo rilevante ai fini dall'articolo 23, comma 2, d.l.g.s n. 75 del 2017. Il legislatore ha voluto, pertanto, chiarire come gli incentivi non confluiscono nel capitolo di spesa relativo al trattamento accessorio (sottostando ai limiti di spesa previsti dalla normativa vigente), ma fanno capo al capitolo di spesa dell'appalto".

- effettivamente, poi, "il comma 5-bis rafforza tale intendimento e individua come determinante, ai fini dell'esclusione degli incentivi tecnici dai tetti di spesa sopra citati, l'imputazione della relativa spesa sul capitolo di spesa previsto per l'appalto".

In questo senso la stessa Sezione remittente lombarda, secondo la quale "analizzando la lettera delle norme succedutesi nel tempo, traspare che l'incentivo previsto dal d.lgs. n. 163 del 2006 **era già finalizzato a compensare, non la sola attività di progettazione, ma anche quella di RUP, direttore lavori, collaudatore e rispettivi collaboratori, anche amministrativi**". La medesima Sezione prosegue affermando che "anche nella vigenza della disposizione che ha dato luogo alla deliberazione n. 51/2011 delle Sezioni Riunite gli emolumenti in discorso non erano qualificabili, nella maggior parte dei casi, come spesa di investimento, ma di funzionamento per il personale".

- risulta altresì rilevante considerare che la norma contiene un sistema di vincoli compiuto per l'erogazione degli incentivi "che, infatti, sono soggetti a due limiti finanziari che ne impediscono l'incontrollata espansione: uno di carattere generale (il tetto massimo al 2% dell'importo posto a base di gara) e

l'altro di carattere individuale (il tetto annuo al 50% del trattamento economico complessivo per gli incentivi spettante al singolo dipendente)".

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

Alla luce (anche) di questi orientamenti, la sezione ritiene che l'ultimo intervento normativo, "pur mancando delle caratteristiche proprie delle norme di interpretazione autentica (tra cui la retroattività)", non possa che trovare la propria *ratio* "nell'intento di dirimere definitivamente la questione della sottoposizione ai limiti relativi alla spesa di personale delle erogazioni a titolo di incentivi tecnici proprio **in quanto vengono prescritte allocazioni contabili che possono apparire non compatibili con la natura delle spese da sostenere.** La *ratio legis* è quella di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure. L'aver correlato normativamente la provvista delle risorse ad ogni singola opera con riferimento all'importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell'opera" aggancia "la contabilizzazione di tali risorse ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, **al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale**".

Infine, la sezione plenaria affronta la questione della corretta contabilizzazione, sottolineando che permane "l'esigenza di chiarire le specifiche modalità operative di contabilizzazione, **la novella impone che l'impegno di spesa, ove si tratti di opere, vada assunto nel titolo II della spesa, mentre, nel caso di servizi e forniture, deve essere iscritto nel titolo I, ma con qualificazione coerente con quella del tipo di appalti di riferimento**".

Pertanto, conclude la delibera, "il legislatore, con norma innovativa contenuta nella legge di bilancio per il 2018, ha stabilito che i predetti incentivi gravano su risorse autonome e predeterminate del bilancio (indicate proprio dal comma 5-*bis* dell'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016) **diverse dalle risorse ordinariamente rivolte all'erogazione di compensi accessori al personale**" (che trovano "fonte" nel contratto collettivo) .

Gli incentivi per le funzioni tecniche, quindi, devono ritenersi non soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017.

È possibile corrispondere incentivi in modo “retroattivo”?

Premessa

Sempre in tema di incentivi ex art. 113 del codice - pur relativamente ad argomentazioni differenti -, risulta interessante anche la recente deliberazione n. 93/2018 della sezione regionale della Lombardia in cui un sindaco di un comune della regione pone un articolato quesito sia con riferimento ai rapporti regolamento interno/incentivi sia in relazione alla possibilità di fissare la percentuale dell'incentivo invece che sulla base d'asta sulla somma risultate dopo il ribasso effettuato dall'aggiudicatario.

1. La liquidazione degli incentivi senza regolamento

Il primo quesito, consueto, verte sulla annosa questione – a cui costantemente viene dato riscontro negativo – “se sia legittima la corresponsione degli incentivi di progettazione ai dipendenti dell'ufficio tecnico pur in assenza di regolamentazione aggiornata al nuovo codice degli appalti”.

Evidentemente, con riferimento ad un proprio precedente (deliberazione n. 305/2017/PAR) la sezione rammenta che, dopo aver ricordato che “la disciplina sugli incentivi tecnici prevista dal citato art. 113, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici si applica alle procedure bandite successivamente all'entrata in vigore dello stesso, come fatto palese dall'art. 216, comma 1”, ha affermato che “l'adozione del regolamento (...) rimane “una condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo. **Ciò, evidentemente, perché esso è destinato ad individuare le modalità ed i criteri della ripartizione, oltre alla percentuale, che comunque non può superare il tetto massimo fissato dalla legge**” (Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 353/2016/PAR).

2. Regolamento interno ed efficacia retroattiva

Ulteriore quesito, è diretto a comprendere “se sia corretto attribuire efficacia retroattiva fin dal 2016 al regolamento che è in corso di predisposizione da parte del predetto responsabile”.

La sezione rammenta che “non può aversi ripartizione del fondo tra gli aventi diritto se non dopo l’adozione del prescritto regolamento. Il che tuttavia **non impedisce** che quest’ultimo possa disporre anche la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche espletate dopo l’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici e prima dell’adozione del regolamento stesso, utilizzando le somme già accantonate allo scopo nel quadro economico riguardante la singola opera (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 185/2017/PAR; Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 353/2016/PAR)”.

3. Incentivo calcolato sul ribasso (e non sulla base d’asta)

Interessante anche la questione relativa al calcolo degli incentivi (della percentuale) non sulla base d’asta ma sul ribasso una volta effettuata l’aggiudicazione.

In questo senso, testualmente, il quesito era diretto a conoscere “se sia possibile liquidare gli incentivi calcolati non sull’importo a base d’asta, ma con il ribasso d’asta conseguente all’aggiudicazione, determinati nel modo esplicitato in premesse nel periodo da aprile 2016 ad oggi”.

La sezione rammenta una discrezionalità della stazione appaltante a condizione che si rispetti il tetto massimo del 2% della base d’asta, circostanza – evidentemente – che viene rispettata nel caso in cui l’ammontare su cui si calcola la percentuale è ovviamente più basso (andando sul ribasso *post* aggiudicazione e non sulla base d’asta).

In questo senso, il riscontro ne puntualizza l’ammissibilità rilevando che è sufficiente “ricordare che il più volte richiamato art. 113, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici pone, per gli incentivi in analisi, un tetto massimo pari al 2 per cento dell’importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara”.

Ora, “fatto salvo il rispetto di tale limite quantitativo, ben può l’Ente individuare, **nell’esercizio del proprio autonomo potere regolamentare, una base di quantificazione** – quale quella che tenga conto del ribasso d’asta conseguente all’aggiudicazione – che determini un importo inferiore dei predetti incentivi. Ciò in quanto, come chiarito già da questa Sezione (deliberazione n. 185/2017/PAR), solo il regolamento, nella sistematica della legge è destinato ad individuare le modalità ed i criteri della ripartizione, oltre alla percentuale, che comunque non può superare il tetto massimo fissato dalla legge”.

Pagamento del debito fuori bilancio senza il riconoscimento ex art. 194 del decreto legislativo 267/2000

Premessa

La Corte dei Conti sezione della regione **Liguria con il parere n. 73/2018** è giunta ad affermare la possibilità del pagamento immediato del decreto ingiuntivo senza attendere la delibera consiliare di riconoscimento del debito fuori bilancio. Ipotesi che risultava paventata in altre circostanze anche da altre sezioni ma, finora, senza una chiara presa di posizione.

La sezione ha fissato, ovviamente, alcune importanti puntualizzazioni visto che il procedimento di riconoscimento (come delineato dall'articolo 194 del decreto legislativo 267/2000) rimane la procedura corretta a cui i funzionari (e la stessa amministrazione) deve sempre tendere.

In caso di oggettiva difficoltà a far deliberare il consiglio, con capienza dei capitoli deputati – o attraverso l'utilizzo del fondo rischi come previsto dalla contabilità armonizzata – il responsabile del servizio interessato può procedere con la liquidazione ed il servizio finanziario con il correlato mandato. Restando comunque invariata la competenza consiliare ad una delibera di riconoscimento "postuma" con cui potrebbero anche essere ravvisate delle "illegittimità" tali da coinvolgere, evidentemente, i soggetti agenti.

1. La richiesta

Nel parere del Sindaco del comune ligure si chiarisce che il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria emetteva un decreto ingiuntivo, notificato in data 28 dicembre 2017, con cui si ordinava all'ente "il pagamento di una somma di danaro corrispondente ad un credito certo, liquido ed esigibile vantato dalla parte ricorrente, oltre all'IVA, agli interessi dalla domanda al saldo e alle spese del relativo procedimento". Il comune trovava un accordo – a condizione di un tempestivo pagamento - con la società creditrice per ridurre l'importo da pagare degli interessi ma, nonostante la tempestiva convocazione del consiglio comunale non giungeva a deliberare per assenza del numero legale.

Ciò posto, il Sindaco chiede "se, dinanzi alla possibilità di evitare al Comune il maggior esborso degli interessi dovuti in base al decreto ingiuntivo, (...) sussistente la copertura finanziaria nel bilancio dell'Ente, sia legittimo procedere al pagamento di cui al decreto ingiuntivo (...) con apposita determinazione del dirigente competente, prima dell'adozione da parte del Consiglio comunale della deliberazione di riconoscimento del debito fuori bilancio prevista dalla disposizione sopra citata".

Nel rivolgere la richiesta, l'istante assume il duplice impegno, "volto ad assicurare sia il nuovo inserimento della proposta di riconoscimento del debito tra gli argomenti dell'ordine del giorno della prossima seduta del Consiglio comunale, sia la trasmissione della suddetta eventuale determinazione dirigenziale autorizzativa del pagamento alla competente Procura regionale della Corte dei conti, in attuazione dell'articolo 23, comma 5, della legge 27 dicembre 2002, n. 289".

I termini della questione, pertanto, risultano abbastanza evidenti ovvero: consentire un immediato pagamento – non ossequiando immediatamente il procedimento canonico (ed obbligatorio) del riconoscimento in consiglio – per evitare un aggravio di spesa (costituito dagli interessi anche per ritardato pagamento).

2. Il parere

La sezione premette che il debito fuori bilancio esige il rispetto prioritario del procedimento stabilito dall'articolo 194 del decreto legislativo 267/2000. A questo funzionari e politici devono comunque tendere in buona fede e non agendo in modo arbitrario.

Ciò chiarito, l'aspetto pratico di rilievo è che a certe condizioni – **e limitatamente al caso del debito fuori bilancio determinato da sentenze esecutive o similari** – con capienza di bilancio, insiste una margine di azione che consente di addivenire al pagamento immediato soprattutto in presenza di difficoltà oggettive ad ottenere la delibera deputata.

A tal riguardo, nel parere di legge che "la riconoscibilità dei debiti derivanti da sentenze esecutive ammesse dall'art. 194, comma 1, lett. a), TUEL," in primo luogo, "è da intendersi riferita a tutti i provvedimenti giudiziari idonei a costituire un titolo esecutivo e ad instaurare un processo di esecuzione, ivi compreso, pertanto, il decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo".

Per gli amministratori e i funzionari che venissero "a conoscenza dell'avvenuta notificazione di un decreto ingiuntivo, rimane obbligo prioritario quello di attivare e svolgere prontamente, ciascuno per la propria competenza, il procedimento che conduce alla tempestiva convocazione del Consiglio comunale deputato all'assunzione delle determinazioni inerenti il riconoscimento del debito fuori bilancio, in modo che l'adozione della deliberazione consiliare possa giungere in tempo utile per effettuare il pagamento nei termini stabiliti ed impedire la formazione di oneri aggiuntivi a carico dell'ente, come quelli connessi alla maturazione di interessi e rivalutazione monetaria o alle ulteriori spese legali conseguenti ad eventuali azioni esecutive". Ed in tal senso si esprimeva anche il pregresso ordinamento contabile.

Una volta valutata positivamente la riconoscibilità del debito, la delibera consiliare consente di assicurare la salvaguardia degli equilibri generali di bilancio, "in quanto deve contestualmente indicare le risorse per far fronte alla conseguente assunzione del nuovo impegno contabile e al relativo pagamento, individuandole tra le fonti di finanziamento consentite dall'ordinamento (cfr. in particolare, art. 193, comma 3 e art. 194, commi 2 e 3, TUEL)".

La pronuncia del consiglio - prosegue la sezione - "è altresì chiamata ad indagare su modalità e cause della irregolare formazione della posizione debitoria e ad accertare le eventuali responsabilità. Dovrebbe cioè procedersi ad esaminare le procedure e operazioni amministrative eseguite, sia al fine di rilevare le anomalie da correggere per il futuro, sia per verificare se vi siano state mancanze ascrivibili ad amministratori o funzionari dell'Ente, in grado di dar luogo in particolare a danni erariali. Tale funzione di accertamento risulta rafforzata dalla previsione legislativa dell'obbligo di invio delle delibere di riconoscimento di debiti agli organi di controllo ed alla Procura regionale della Corte dei conti (articolo 23, comma 5, legge 27 di-

cembre 2002, n. 289) fattispecie del riconoscimento di debiti derivanti da provvedimenti giudiziari esecutivi, presenti elementi di specificità che la distinguono dalle altre tipologie considerate dall'art. 194 TUEL".

3. L'obbligazione giuridica

La situazione generata da una sentenza definitiva o da un decreto ingiuntivo come nel caso di specie, è che il fatto stesso è in grado di generare *ex se* l'obbligazione debitoria.

Anzi l'obbligazione giuridica (il debito) "si impone all'ente "ex se", in virtù della forza imperativa dell'atto proveniente dal giudice che vincola chiunque, e quindi tanto un soggetto privato quanto un'Amministrazione pubblica, ad osservarlo ed eseguirlo (articolo 2909 del codice civile). L'ente, cioè, è tenuto a saldare detti debiti effettuandone il pagamento, indipendentemente da qualsivoglia manifestazione di giudizio in ordine alla loro legittimità, che è già implicita nella fonte da cui promanano, tenuto conto che, in caso contrario, il creditore può ricorrere a misure esecutive per soddisfare la propria pretesa, con un pregiudizio ancora maggiore per l'ente".

Il perfezionarsi dell'obbligazione giuridica consente – soprattutto ora con la contabilità armonizzata - di assumere l'impegno di spesa se esiste – come nel caso trattato – la capienza nel capitolo di bilancio deputato. In sostanza se esistono tutte le condizioni per poter proceder al pagamento – soprattutto quelle appena sintetizzate - evidentemente, diventa difficile comprendere, in caso di momentanea impossibilità di assicurare il corretto procedimento di riconoscimento, per quale ragione non si debba consentire il pagamento del debito per evitare ulteriori gravi danni all'ente.

In tale contesto – che non appare suscettibile di interpretazioni analogiche – si legge nella delibera della sezione "non si ravvedono ragioni per precludere all'organo **competente alla gestione della spesa** la possibilità di procedere all'assunzione del nuovo impegno contabile, propedeutico alle successive fasi della spesa e quindi anche al pagamento. Ed invero, premesso che le obbligazioni giuridiche derivanti da provvedimenti giudiziari esecutivi si presentano come obbligazioni che si perfezionano senza il concorso della volontà dell'amministrazione, occorre notare che in fattispecie di questo genere non si è in presenza di alcuna situazione patologica né nel sistema di bilancio esistente, visto che già di per sé reca la copertura finanziaria per la nuova spesa, né nell'impegno contabile. Sotto questo secondo profilo si osserva, infatti, che, come è stato tradotto in diritto positivo nel nuovo ordinamento contabile, la registrazione di un impegno di spesa può avvenire soltanto dal momento in cui l'obbligazione a carico dell'ente è giuridicamente perfezionata (cfr. punto 5.1 del già menzionato principio applicato della contabilità finanziaria di cui all'allegato 4/2). Perciò non può rilevarsi un'anomalia nell'assunzione dell'impegno a seguito dell'obbligazione giuridica che sorge e si perfeziona per effetto del provvedimento del giudice. Prima di tale momento ciò non sarebbe neppure stato possibile, come è confermato dal punto 5.2, lett. h) del medesimo principio contabile proprio con riferimento alle obbligazioni passive, solo potenziali, in attesa degli esiti di un giudizio".

Negare tale possibilità, prosegue il collegio "nei casi in cui costituisce l'unico rimedio per evitare maggiori aggravii di spesa per l'ente, condurrebbe questa Sezione a privilegiare un formalismo giuridico che si appalesa all'evidenza non giustificato".

Del resto "la sottoposizione della fattispecie di spesa da provvedimento giurisdizionale esecutivo all'esame del Consiglio comunale in un momento successivo al pagamento del debito, lascia inalterati i poteri e i margini di valutazione che competono all'organo nell'ambito della deliberazione di riconoscimento e che potrà esercitare con uguali modalità e, soprattutto, con pari efficacia e rilevanza".