

Rivista mensile - Anno VII, Numero 4

giugno
2017

MEDIA APPALTI

**Come cambiano le
gare sul mepa dopo il
correttivo**

**La redazione del
programma degli acquisti
di beni e servizi alla
luce delle disposizioni
del codice dei contratti
e dello schema di DM
del Ministero delle
Infrastrutture**

**Project Financing ad
iniziativa spontanea:
sindacabilità della
valutazione di fattibilità**



**“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**

**giugno
2017**

EDI
TO
RIALE

Smart Road

La paletta rossa che intima l'alt. L'uomo in divisa si avvicina al finestrino. "Lei è in contravvenzione. Parlava al telefonino mentre era alla guida". Il conducente scuote la testa. Sorride. Prova a dimostrare calma e sicurezza. "No, si sbaglia. Vede, non ero io che guidavo, lo faceva in autonomia la mia auto intelligente".

Le auto intelligenti non sono più solo un'idea. Le sperimentazioni sono in stato avanzato. Qualcuno pronostica che la commercializzazione potrebbe cominciare dal 2020. Un'innovazione che potrebbe sconvolgere la nostra esperienza di guida. O meglio, la nostra esperienza di viaggio, perché di guida ce ne sarebbe poca. Entreremo in auto, imposteremo la destinazione e ci lasceremo portare. In California accade, in via sperimentale, da qualche anno. Ma perché possano circolare auto intelligenti sarà necessario che siano intelligenti anche le strade.

Nei prossimi 15 anni, in Italia, le infrastrutture saranno sottoposte ad un'operazione di ammodernamento. 47 miliardi stanziati complessivamente. 20 miliardi per strade, ferrovie, trasporto locale, porti, Mose e progettazione. Un sistema di trasporti efficiente è fondamentale per lo sviluppo dell'economia. E' per questa ragione che sono sempre più importanti gli investimenti orientati al miglioramento dello spostamento di merci e persone. Ma i trasporti stanno cambiando e probabilmente quei 20 miliardi non saranno spesi

solo per coprire le buche e rifare qualche tratto di asfalto.

Il Ministro delle Infrastrutture Graziano Delrio, un anno fa ha lanciato il progetto "smart road". "Si tratta di aggiungere intelligenza alle strade, partendo da sensori, misure e metodi di elaborazione per rendere più estesi, fruibili ed efficienti i sistemi di governo e gestione della circolazione ed i comportamenti di mobilità e di viaggio", aveva detto Delrio. Lungo la rete stradale correranno tecnologie che permetteranno al guidatore di essere in continuo dialogo con la strada attraverso la sua auto. Alla guida, saremo costantemente informati su traffico, condizioni meteo, disponibilità di parcheggio, punti di interesse. Una rivoluzione che è già partita con gli appalti dell'Anas per la digitalizzazione di alcuni tratti stradali e autostradali come il Grande Raccordo Anulare e la Salerno-Reggio Calabria.

"Le strade dovranno adeguarsi al cambiamento. Le norme di progettazione stradale che oggi conosciamo sono adeguate alla motorizzazione del XX secolo ed alle caratteristiche tecnologiche e di funzionamento dei veicoli in produzione dal secondo dopoguerra. In prospettiva, le stesse norme di progettazione stradale cambieranno, adeguandosi ai nuovi veicoli ed alle nuove dotazioni tecnologiche che sia i veicoli sia le infrastrutture faranno propri", si legge in un documento prodotto in occasione dell'incontro del MIT del 29 giugno 2016.

Stiamo per entrare in un periodo di cantierizzazione generale delle strade italiane? Dovrebbe essere così se non si vogliono creare discriminazioni, portando alcune aree nel futuro e lasciandone altre nel passato. Perché il sistema funzioni, dovrebbe essere cantierizzata tutta la rete stradale. Un cantiere lungo 179.024 km. Una sfida omerica.

Strade digitali e veicoli sempre più sofisticati: il futuro. Buche, dossi, avvallamenti e veicoli con gli ammortizzatori scarichi: il presente. Prima di digitalizzare dovremmo assegnare appalti per la manutenzione delle strade. Almeno fino a quando le auto non cominceranno a levitare. Allora le strade saranno sottoposte ad uno stress minore. Dureranno di più. Non avranno bisogno di un'assistenza continua. Un'assistenza che oggi è carente in tutto il paese. Un paese fatto di tante realtà che devono sperare che passi il Giro d'Italia perché vengano avviate opere di rattoppo dell'asfalto. Un problema nazionale.

La digitalizzazione sarà una grande opportunità di sviluppo e di sicurezza delle strade per il futuro, ma intanto ci sono tanti piccoli problemi irrisolti nel presente. Prepariamoci al futuro, occupandoci del presente.

di Enzo de Gennaro

sommario

Editoriale

Smart Road

4

In evidenza

Come cambiano le gare sul MePa dopo il correttivo

7

Sotto la lente

La redazione del programma degli acquisti di beni e servizi alla luce delle disposizioni del codice dei contratti e dello schema di DM del Ministero delle Infrastrutture

16

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Massimiliano Lombardo
Esperto e docente in materia di appalti pubblici

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

Sulla diretta impugnabilità delle clausole del bando di gara. In attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato enumera le singole ipotesi ammissibili

23

Project Financing ad iniziativa spontanea: sindacabilità della valutazione di fattibilità

29

La cessione delle partecipazioni e la variazione della compagine sociale nelle società miste costituite a seguito di gara

35

Modifiche del contratto di concessione in corso di esecuzione fra "complementarietà" e "supplementarietà"

40

Il contratto di disponibilità

48

Pareri & Sentenze

53

A Domanda Rispondiamo

59

In pillole

62

Come cambiano le gare sul MEPA dopo il correttivo

IN
EVIDENZA

di Ilenia Filippetti

Premessa

Il correttivo al codice dei contratti ha introdotto una serie di importanti modifiche di cui le stazioni appaltanti devono necessariamente tenere conto anche quando avviano le procedure all'interno del mercato elettronico.

Di seguito verranno pertanto analizzate, con un approccio pratico e senza pretesa di esaustività, le principali disposizioni che comportano modifiche sull'indizione, sullo svolgimento e sull'aggiudicazione delle richieste di offerta all'interno del MEPA.

1. Cambiano i contratti sotto-soglia

Tra i principi e le disposizioni espressamente richiamati dal codice ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, vengono oggi espressamente richiamati i criteri di sostenibilità energetica e ambientale di cui all'art. 34 e la disciplina del conflitto di interesse di cui all'art. 42¹.

Come vedremo meglio in seguito, l'applicazione delle norme sugli appalti verdi è fortemente ampliata e rafforzata dal correttivo, senza limiti minimi di importo contrattuale, con la conseguenza che di tali principi occorrerà tenere conto anche negli acquisti del MEPA, a prescindere dall'importo della RDO o dell'ordine di acquisto.

Viene inoltre prevista la facoltà, per le stazioni appaltanti, di applicare le disposizioni in materia di inserimento di clausole sociali, ai sensi dell'articolo 50².



1. Art. 36, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, in vigore dal 20 maggio 2017.

2. 2 Art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

A differenza di quanto sostenuto dall’Autorità Nazionale Anticorruzione³, con il correttivo viene espressamente prevista la possibilità di procedere, per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici⁴. Sotto tale profilo può essere utile sottolineare che, ai fini della valutazione della congruità del prezzo offerto in caso di ODA, potrebbero essere tenuti in considerazione i prezzi offerti a catalogo da altri fornitori, considerato che i cataloghi hanno l’efficacia di un’offerta al pubblico, ai sensi dell’art. 1336 del codice civile⁵.

Per gli acquisti di “lavori di manutenzione ordinaria”⁶ d’importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti procedono mediante utilizzo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente: il correttivo ha previsto che in caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti operano possono procedere mediante lo svolgimento di una qualunque delle altre procedure disciplinate dal codice. Ne consegue che ove manchi una delle lavorazioni di cui la PA ha bisogno, non sarà indispensabile ricorrere alle procedure ordinarie con pubblicazione del bando di gara, ma sarà possibile, ad es., ricorrere ai propri elenchi degli operatori economici qualificati⁷.

Il correttivo ha poi introdotto la definizione di “manutenzione ordinaria”, indicando⁸ a tali fini le

opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione necessarie per eliminare il degrado dei manufatti e delle relative pertinenze, al fine di conservarne lo stato e la fruibilità di tutte le componenti, degli impianti e delle opere connesse, mantenendole in condizioni di valido funzionamento e di sicurezza, senza che da ciò derivi una modificazione della consistenza, salvaguardando il valore del bene e la sua funzionalità⁹.

La “manutenzione straordinaria” comprende, invece, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali dei manufatti e delle relative pertinenze, per adeguarne le componenti, gli impianti e le opere connesse all’uso e alle prescrizioni vigenti e con la finalità di rimediare al rilevante degrado dovuto alla perdita di caratteristiche strutturali, tecnologiche e impiantistiche, anche al fine di migliorare le prestazioni, le caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza tipologica, nonché per incrementare il valore del bene e la sua funzionalità¹⁰.

Con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti dovrà essere disciplinata una progettazione semplificata per gli interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di 2.500.000 euro¹¹.

Per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, le stazioni appaltanti devono oggi procedere alla consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli

3. ANAC, Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, 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”.

4. Art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

5. Così CONSIP, Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione pubblicate da CONSIP sul portale deli Acquisti in rete della PA, art. 42, comma 1. Ai sensi dell’art. 1336, comma 1 del codice civile, “l’offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta”, e può quindi essere equiparata ad un vero e proprio preventivo.

6. L’art. 4, comma 3-ter, decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 s.m.i. dispone che gli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip S.p.A. possono avere ad oggetto anche attività di manutenzione.

7. Art. 37, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

8. Fermo restando quanto previsto dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 s.m.i. e dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42s.m.i..

9. Art. 3, comma 1, lett. oo-quater), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

10. Art. 3, comma 1, lett. oo-quinques), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

11. Art. 23, comma 3-bis, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

inviti, individuati sulla base di indagini di mercato – ovvero sia, all'interno del MEPA, mediante RDO – oppure tramite elenchi di operatori economici¹².

In caso di ricorso alle procedure negoziate, la verifica dei requisiti sull'aggiudicatario deve sempre essere effettuata, fermo restando che la stazione appaltante può estendere le verifiche agli altri partecipanti alla RDO¹³.

Nei mercati elettronici, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, da parte del soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico (ovvero sia, nel caso del MEPA, da parte di CONSIP¹⁴): le nuove norme sottolineano che resta comunque ferma la necessità che la stazione appaltante proceda alla verifica dell'effettivo possesso dei requisiti dell'aggiudicatario della specifica procedura esperita sul mercato elettronico¹⁵.

Per i contratti di importo inferiore a 40.000 euro la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento,

l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti¹⁶.

Vale la pena di ricordare, sul punto, che ogni provvedimento amministrativo – anche quando relativo a procedure avviate sul MEPA – deve sempre essere motivato con l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria¹⁷.

2. Cambiano le procedure telematiche

È stato previsto che, nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici – incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, compreso il MEPA – qualora si verifici un mancato funzionamento o, comunque, un malfunzionamento tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta tutti i provvedimenti necessari ad assicurare la regolarità della procedura, inclusi:

1. l'eventuale sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale

12. Art. 36, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

13. Art. 36, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. La norma aggiunge che la PA deve comunque verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito: di norma, i requisiti speciali sono verificati da CONSIP al momento dell'ammissione dell'operatore economico nel MEPA, ferma restando, in ogni caso, l'eventuale facoltà per la singola stazione appaltante di prescrivere il possesso di specifici requisiti ai fini della partecipazione alle varie RDO.

14. Art. 36, comma 6-bis, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. Ai sensi dell'art. 18, comma 3 delle Regole del sistema di e-procurement cit., il Ministero dell'Economia e delle Finanze e/o la Consip si riservano la facoltà di richiedere chiarimenti, effettuare controlli e/o verifiche a campione – anche successivamente al rilascio della Registrazione o dell'Abilitazione – in merito all'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati dai Soggetti Aggiudicatori, dai Fornitori e dai soggetti che in nome e per conto di questi agiscono all'atto della domanda di Registrazione o di Abilitazione.

15. Per essere abilitate al MEPA e per partecipare alle RDO, le imprese devono rendere le dichiarazioni del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 nonché le dichiarazioni relative al possesso degli ulteriori requisiti di capacità professionale ed economico-finanziaria eventualmente richiesti dal Bando. Tali dichiarazioni sono rilasciate in fase di Abilitazione e rinnovate ogni 6 mesi, pena la disabilitazione e l'impossibilità a mantenere attivo il proprio catalogo e partecipare alle RDO. L'onere di acquisizione delle dichiarazioni rilasciate è in capo alla CONSIP e libera le Stazioni appaltanti dall'acquisizione delle predette dichiarazioni ai fini della partecipazione alla gara. Le stazioni appaltanti possono consultare tutte le dichiarazioni rese dalle imprese in fase di abilitazione (e di successivo rinnovo) quando verrà avviato l'esame delle offerte: così CONSIP, Manuale d'uso del Sistema di E-procurement per le Amministrazioni - MEPA – Procedura di Acquisto tramite RDO aggiudicata al prezzo più basso, p. 17.

16. Art. 32, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

17. Art. 3, comma 1, legge n. 241/1990 s.m.i..

funzionamento dei mezzi¹⁸;

2. la proroga del predetto termine per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento.

A tali fini, la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato:

- a. venga mantenuta la segretezza delle offerte già inviate;
- b. sia consentito agli operatori economici che hanno inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente di sostituirla.

La pubblicità della proroga del termine per il ricevimento delle offerte deve essere effettuata attraverso:

1. la tempestiva pubblicazione di un apposito avviso da inserire all'interno dell'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara¹⁹;
2. ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno

In ogni caso, qualora si verificano malfunzionamenti, la stazione appaltante è tenuta a darne comunicazione all'AGID per l'applicazione delle sanzioni disciplinate dal codice dell'amministrazione digitale²⁰. Con il correttivo viene introdotto il principio per cui è vietato porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi

alla gestione delle piattaforme telematiche di negoziazione²¹.

È stata inoltre eliminata la previsione – contenuta nell'originaria stesura del codice – per cui, ai fini del controllo sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, il dispositivo elettronico delle stazioni appaltanti doveva procedere, mediante un meccanismo casuale automatico, ad un sorteggio di cui veniva data immediata evidenza per via telematica a tutti gli offerenti, nel rispetto del principio di riservatezza dell'elenco dei soggetti che partecipano alla procedura di gara²².

In caso di RDO sul MEPA, peraltro, tale funzione era meramente facoltativa e non vincolante per la prosecuzione della procedura²³.

3. Cambiano le norme sul RUP

Per ogni singola procedura le stazioni appaltanti devono individuare – nell'atto di adozione o di aggiornamento del programma degli acquisti e nella programmazione dei lavori pubblici di cui all'articolo 21, comma 1, oppure nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento quando si tratta di esigenze non incluse negli atti di programmazione – un responsabile unico del procedimento per tutte le fasi della programmazione, della progettazione,

18. Nel Manuale RDO al prezzo più basso cit., p. 59 viene espressamente illustrata la procedura per la sospensione della RDO.

19. Nel Manuale RDO al prezzo più basso cit., p. 55 viene illustrata la procedura per l'invio delle comunicazioni ai fornitori invitati alle RDO.

20. Art. 79, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. Nelle Regole del sistema di e-procurement cit., all'art. art. 25, comma 2, viene evidenziato che "l'attività svolta da Consip è improntata a criteri di efficacia, economicità ed utilità e viene svolta nel rispetto dei principi di eguaglianza e non discriminazione, tenendo presenti le dimensioni della potenziale utenza e la frequenza dell'utilizzo del Sistema e dei relativi Strumenti di Acquisto, nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale) e s.m.i.. In ogni caso, salvo eventuali disposizioni di legge inderogabili, il MEF, Consip ed il Gestore del Sistema non saranno in alcun caso ritenuti responsabili per qualunque genere di danno, diretto o indiretto, per lucro cessante o danno emergente, che dovessero subire i Soggetti Aggiudicatori, i Fornitori, gli Utenti o i terzi a causa o comunque in connessione con l'accesso, l'utilizzo, il mancato utilizzo, il funzionamento, il malfunzionamento (come ad esempio le difficoltà tecniche inerenti il caricamento sul Sistema di documenti sottoscritti dal Fornitore) o il mancato funzionamento del Sistema di e-Procurement".

21. Art. 41, comma 2-bis, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. Sul punto si vedano anche le indicazioni già fornite in tal senso da ANAC all'interno dell'Atto di segnalazione del 25 febbraio 2015, n. 3.

22. È stato pertanto abrogato il previgente art. 58, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.

23. Cfr. CONSIP, Manuale RDO al prezzo più basso cit., p. 36.

dell'affidamento, dell'esecuzione.

La sostituzione del RUP individuato nella programmazione non comporterà, peraltro, la necessità di procedere alla formale modifica degli atti programmatori²⁴.

La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara dovrà essere valutata da ciascuna stazione appaltante con riferimento alla singola procedura²⁵.

4. Cambia l'obbligo di applicazione dei criteri ambientali

Come accennato, è stato introdotto l'obbligo di tenere in considerazione i criteri ambientali per gli affidamenti, di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione²⁶.

I criteri ambientali minimi, ed in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche (ma non solo) ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁷.

5. Cambia la verifica sui motivi di esclusione

Tra i motivi generali di esclusione dalle gare è stato introdotto anche il reato di false comunicazioni sociali²⁸. È stato inoltre chiarito che anche le cause di decadenza prescritte dalla normativa antimafia si riferiscono ai soggetti indicati al comma 3 dell'art. 80²⁹.

A tale proposito, va sottolineato che, tra i soggetti per i quali occorre procedere all'acquisizione del certificato del casellario giudiziale e della documentazione antimafia sono stati inclusi gli institori e ed i procuratori generali, nonché i membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza delle società³⁰.

È importante evidenziare che la perdurante assenza dei motivi di esclusione deve essere verificata anche durante l'esecuzione del contratto, ovvero sia anche dopo che l'aggiudicazione definitiva è diventata efficace³¹: in varie disposizioni introdotte dal correttivo, infatti, viene fatto espresso riferimento all'eventuale perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80³² nonché alla necessità di procedere al controllo, anche in fase di esecuzione del contratto, della

24. Art. 31, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

25. Art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. Sono da ritenere pertanto superate le indicazioni fornite, sotto tale aspetto, dall'ANAC con la delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016, contenente le Linee guida n. 3 in materia di Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni: in tale documento, infatti, l'Autorità Anticorruzione aveva sostenuto che, ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza, il ruolo di RUP avrebbe dovuto essere, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del codice).

26. Il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione è consultabile sul portale istituzionale del Ministero dell'ambiente accedendo al link: <http://www.minambiente.it/pagina/gpp-acquisti-verdi>.

27. Art. 34, commi 2 e 3, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. I criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ed attualmente in vigore sono consultabili qui: <http://www.minambiente.it/pagina/criteri-vigore>.

28. Art. 80, comma 1, lett. b-bis), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

29. Art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

30. Art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. In senso conforme cfr. ANAC, Comunicato del 26 ottobre 2016. Per quanto concerne l'obbligo di richiedere il certificato del casellario giudiziale si veda l'art. 86, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. In relazione alla necessità di acquisire la documentazione antimafia ed, in particolare, le informative antimafia relative ad amministratori, sindaci, organi di vigilanza, procuratori e relativi conviventi cfr., invece, l'art. 85, decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 s.m.i..

31. Art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

32. Art. 48, comma 18, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

permanenza dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario³³.

Non è chiaro, peraltro, come tale innovazione possa essere coerente con quanto disposto dal medesimo codice in tema di risoluzione contrattuale, ammessa nel caso in cui l'aggiudicatario si sia trovato, esclusivamente "al momento dell'aggiudicazione dell'appalto", in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1³⁴.

Non è chiaro nemmeno in quale modo i requisiti "storici" richiesti per l'accesso alla gara – quali sono, ad es., i requisiti di carattere economico-finanziario – possano mutare nel corso del tempo ed essere quindi "persi" (retroattivamente?) dall'aggiudicatario.

È invece indubitabile che, in forza di tali nuove previsioni, le stazioni appaltanti avranno nuovi adempimenti da curare in corso di esecuzione contrattuale: con la versione previgente del codice, ad esempio, ai fini del pagamento della fattura occorre acquisire il solo DURC ed effettuare, eventualmente, la verifica presso EQUITALIA³⁵, mentre con il correttivo occorrerà acquisire (con cadenza almeno semestrale) anche il certificato dell'Agenzia delle entrate – a prescindere dall'importo della fattura da liquidare – nonché le annotazioni riservate, il casellario giudiziale e così via³⁶.

6. Cambiano le garanzie

Viene espressamente prevista la possibilità di non richiedere la garanzia provvisoria e la garanzia definitiva, ma tale facoltà è riconosciuta per i soli

affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro³⁷: ne consegue, a rigore di logica, che, per le RDO con base d'asta/importo contrattuale pari o superiore al predetto importo, le stazioni appaltanti sono sempre tenute a richiedere la produzione delle garanzie provvisoria/definitiva alle imprese concorrenti/aggiudicatrici della procedura³⁸.

7. Cambiano i criteri di aggiudicazione

Viene chiarito che potrà essere sempre utilizzato il criterio del minor prezzo per l'acquisizione di i servizi e forniture di importo fino a 40.000 euro, e ciò anche nei casi di:

1. contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1;
2. servizi di ingegneria e architettura e altri servizi di natura tecnica e intellettuale.

Il criterio del minor prezzo potrà, peraltro, essere utilizzato anche per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia comunitaria, ma soltanto se caratterizzati da elevata ripetitività, e comunque fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo³⁹.

In caso di procedura da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, viene previsto che la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri idonei a garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici: a tal fine la stazione appaltante stabilisce

33. Art. 81, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

34. Art. 108, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

35. Quando l'importo da liquidare risulti pari o superiore alla soglia indicata all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602s.m.i..

36. Con la conseguenza, davvero paradossale, che ai fini dell'ammissione della gara l'omesso versamento di imposte e tasse potrebbe rilevare solo se pari o superiore a 10.000 euro, mentre ai fini dell'eventuale risoluzione potrebbe essere preso in considerazione un qualunque mancato pagamento, anche di importo irrisorio.

37. Artt. 93, comma 1 e 103, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

38. Sulle modalità tecniche di richiesta della cauzione provvisoria cfr. CONSIP, Manuale RDO al prezzo più basso cit., p. 15.

39. Art. 95, commi 3 e 4, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento⁴⁰, prescrizione di cui le stazioni appaltanti dovranno tenere debito conto anche nella predisposizione delle RDO.

È stato espressamente previsto, infine, che i capitolati – e, per i lavori di manutenzione, il computo metrico estimativo – richiamati nel bando o nell’invito (oppure nella RDO) fanno parte integrante del contratto⁴¹.

8. Cambia la nomina della commissione giudicatrice

La stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie oppure per i lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro, nonché per i contratti che non presentano particolare complessità, nominare alcuni componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione, escluso il Presidente⁴².

Va sottolineato che, opportunamente, la norma in esame precisa che vanno sempre considerate come di non particolare complessità le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione, comprese, pertanto, le procedure attivate sul MEPA.

In caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, effettuati nell’ambito di attività di ricerca e sviluppo, l’ANAC, previa richiesta e confronto con la stazione appaltante sulla specificità dei profili, può selezionare i componenti delle commissioni giudicatrici anche tra gli esperti

interni alla medesima stazione appaltante⁴³.

Le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell’incarico, accertano l’insussistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4, 5 e 6 dell’articolo 77 nonché di cui all’articolo 42 del codice e di cui all’articolo 35-bis del d.lgs. n. 165/2001. La sussistenza di cause ostative o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati devono essere tempestivamente comunicate dalla stazione appaltante all’ANAC ai fini della cancellazione dell’esperto dall’albo gestito dalla medesima Autorità e della comunicazione di un nuovo esperto⁴⁴.

9. Cambia la disciplina delle offerte anomale

Il correttivo ha previsto che, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, il sorteggio del metodo per individuare la soglia di anomalia deve essere effettuato da parte del RUP o della commissione giudicatrice⁴⁵: non è chiaro, peraltro, quali siano, in questo caso, il ruolo ed i compiti della “commissione giudicatrice”, prevista dall’art. 77 per il solo caso delle gare da aggiudicare all’offerta economicamente più vantaggiosa.

Il correttivo ha inoltre modificato i metodi disciplinati dall’art. 97 per l’individuazione della soglia di anomalia, prevedendo, segnatamente, un sorteggio tra una delle seguenti metodologie:

- a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del

40. Art. 95, comma 10-bis, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

41. Art. 32, comma 14, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.. Per supportare le imprese ai fini della predisposizione dell’offerta, è possibile allegare documenti afferenti alla gara nel suo complesso (normalmente di carattere amministrativo), oppure documentazione specifica (normalmente di carattere tecnico e/o economico) attinente agli oggetti di fornitura previsti nello specifico lotto: così CONSIP, Manuale RDO al prezzo più basso cit., p. 13. È importante sottolineare, peraltro, che le PA dovranno porre una particolare attenzione nell’allegazione dei documenti, al fine di evitare che le imprese, incolpevolmente, finiscano per inserire documenti economici nella sezione della RDO dedicata alla documentazione amministrativa, e viceversa.

42. Art. 77, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

43. Ancora art. 77, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

44. Art. 77, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

45. Art. 97, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

“venti per cento”, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;

b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del “venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all’unità superiore”, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;

c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del “quindici per cento”;

d) “media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento”;

e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un “coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all’atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9”.

In caso di RDO sul MEPA, peraltro, occorrerà debitamente attendere che CONSIP adegui gli algoritmi già inseriti ai fini del sorteggio del metodo, che, nella previgente configurazione del sistema, costituivano una funzione da attivare necessariamente al fine di poter procedere all’apertura della busta economica dei concorrenti⁴⁶.

Particolarmente rilevante è poi la reintroduzione della

previsione, generale e cogente, per cui, in caso di gara al prezzo più basso, il calcolo della soglia di anomalia dell’offerta deve essere obbligatoriamente effettuato soltanto quando il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque: sotto tale profilo, peraltro, già l’ANAC aveva fornito indicazioni in tal senso, suggerendo alle stazioni appaltanti di indicare nella documentazione di gara che si procederà alla determinazione della soglia di anomalia solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse⁴⁷. Anche in caso di RDO, pertanto, occorrerà che – nei casi in cui siano presentate cinque o più offerte – venga attivata la verifica dell’anomalia in contraddittorio, ferma restando la possibilità di prevedere, nella documentazione di gara, l’esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di almeno dieci concorrenti.

10. Introdotti nuovi vincoli per il subappalto

Le imprese aggiudicatrici possono affidare in subappalto le prestazioni comprese nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante, a condizione che l’affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l’affidamento dell’appalto⁴⁸: si tratta, quindi, di una prescrizione di notevole portata innovativa, di cui le stazioni appaltanti dovranno tenere debito conto anche ai fini dell’aggiudicazione e dell’esecuzione delle RDO pubblicate a partire dal 20 maggio scorso.

11. Obbligatoria l’indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza

Per i contratti di lavori e servizi è stato introdotto l’obbligo per le stazioni appaltanti – al fine di determinare l’importo posto a base di gara – di individuare, nei documenti posti a base di gara, i costi della manodopera⁴⁹: a tali fini, occorrerà tenere conto del costo del lavoro determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici



46. Cfr. CONSIP, Manuale RDO al prezzo più basso cit., p. 36.

47. ANAC, Comunicato 5 ottobre 2016.

48. Art. 105, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

49. Art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione⁵⁰. Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare che il costo del personale sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle predette tabelle ministeriali.

Per converso, nell'offerta economica, ciascun operatore dovrà indicare i propri costi della manodopera, ad esclusione delle seguenti fattispecie contrattuali:

- forniture senza posa in opera;
- servizi di natura intellettuale;
- affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro.

12. Cambia l'obbligo di indicare la manodopera ed i costi della sicurezza

Per quanto concerne, invece, i costi della sicurezza, il correttivo conferma il principio per cui gli stessi devono essere scorporati, da parte della stazione appaltante, dall'importo assoggettato al ribasso⁵¹. Più in particolare, per i contratti di servizi e forniture,

l'obbligo di previsione, a pena di nullità⁵², dei costi della sicurezza ed il conseguente obbligo di predisporre il documento unico di valutazione dei rischi sono stati disciplinati da ANAC all'interno della determinazione del 5 marzo 2008, n. 3: è importante sottolineare che, nella predetta determinazione, l'Autorità anticorruzione elenca, con specificazione tassativa, gli appalti per i quali è possibile escludere preventivamente la predisposizione del DUVRI e la conseguente stima dei costi⁵³, con la conseguenza che di tali indicazioni le stazioni appaltanti dovranno tenere conto anche quando avviano una RDO sul MEPA⁵⁴.

Le imprese, dal proprio canto, dovranno indicare nell'offerta economica i propri gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, fermo restando che a tale obbligo generale fanno eccezione esclusivamente:

- le forniture senza posa in opera;
- i servizi di natura intellettuale;
- gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro⁵⁵.

Peraltro, fatte salve le predette eccezioni, anche la nuova disciplina del soccorso istruttorio introdotta dal correttivo al codice appalti continua a prevedere l'insanabilità delle carenze riguardanti l'offerta tecnica ed economica, con la conseguenza che la mancata indicazione degli oneri aziendali, da parte dell'impresa, non sembrerebbe essere – allo stato attuale – sanabile⁵⁶.

50. Le tabelle ministeriali in argomento sono consultabili sul sito internet del Ministero del lavoro accedendo al link: <http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/rapporti-di-lavoro-e-relazioni-industriali/focus-on/Analisi-economiche-costo-lavoro/Pagine/Elenco-dei-Decreti-emanati-Anno-2016.aspx>

51. Art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

52. Ai sensi dell'art. 26, comma 5, d.lgs. n. 81/2008 s.m.i., infatti, nei singoli contratti di subappalto e di appalto devono essere specificamente indicati "a pena di nullità", ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile, i costi – non soggetti a ribasso – delle misure adottate per eliminare o comunque ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni.

53. La determinazione ANAC n. 3/2008 richiama, a tale proposito, "la mera fornitura senza installazione, salvo i casi in cui siano necessarie attività o procedure suscettibili di generare interferenza con la fornitura stessa, come per esempio la consegna di materiali e prodotti nei luoghi di lavoro o nei cantieri; i servizi per i quali non è prevista l'esecuzione all'interno della Stazione appaltante, intendendo per "interno" tutti i locali/luoghi messi a disposizione dalla stessa per l'espletamento del servizio, anche non sede dei propri uffici; i servizi di natura intellettuale, anche se effettuati presso la stazione appaltante". Per quanto concerne l'inserimento del DUVRI all'interno della RDO cfr. CONSIP, Manuale RDO al prezzo più basso cit., p. 14.

54. Art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

55. Art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

56. Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i..

La redazione del programma degli acquisti di beni e servizi alla luce delle disposizioni del codice dei contratti e dello schema di DM del Ministero delle Infrastrutture

di Stefano Usai

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Il codice dei contratti (come da nuova rubrica del codice modificata dall'articolo 1 del decreto legislativo 56/2017 entrato in vigore il 20 maggio 2017 e nel prosieguo solo decreto correttivo) contiene importanti innovazioni anche in tema di programmazione degli acquisti di forniture e servizi che, sostanzialmente, superano quelle già introdotte dalla legge di stabilità n. 208/2015, e che si sostituiscono alle previsioni contenute nel regolamento attuativo (art. 271 del DPR 207/2010 ora abrogato) con cui il legislatore, in tema, prevedeva semplicemente una facoltà delle amministrazioni pubbliche di predisporre un programma di acquisti di beni e servizi. Facoltà puntualmente rimasta disposizione inattuata.

1. La programmazione degli acquisti di beni e servizi nel codice

Il codice dei contratti, nella parte prima dedicata all'ambito delle disposizioni comuni in tema, evidentemente, di attività contrattuale, al Titolo III "Pianificazione, programmazione e progettazione", articolo 21 - la cui rubrica è stata modificata con l'articolo 11, comma 1, lett. a) del decreto correttivo da "Programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti" in "**Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici**" -, introduce la disciplina della programmazione in

termini generali e quindi, anche della programmazione relativa ai lavori pubblici.

In sostanza la norma accorpa la disciplina della programmazione tradizionalmente prevista in tema di lavori con quella "nuova" prevista in tema di acquisti di beni e servizi per

L'obbligo della programmazione entrerà in vigore dall'esercizio finanziario 2018 ma, gli enti soggetti alla contabilità armonizzata, devono redigere gli atti entro il 31 luglio 2017 data di scadenza del termine per la presentazione del DUP (documento unico di programmazione) quale atto che, con il bilancio, sintetizza e compendia buona parte dei progressi allegati al principale atto di programmazione contabile

importi unitari pari o superiori ai 40 mila euro, biennale (a differenza della programmazione triennale dei LL.PP. che prevedono l'inserimento per importi pari o superiori ai 100 mila euro). L'obbligo, come si vedrà più avanti, entrerà in

vigore dall'esercizio finanziario 2018 ma, gli enti soggetti alla contabilità armonizzata, in realtà devono redigere gli atti entro il 31 luglio 2017 data di scadenza del termine per la presentazione del DUP (documento unico di programmazione) quale atto che, con il bilancio, sintetizza e compendia buona parte dei pregressi allegati al principale atto di programmazione contabile.

2. Le modifiche

La riformulazione della rubrica, che riprende in parte quella di "Programmazione dei lavori pubblici" del previgente art. 128 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163 del 2006), vale a **specificare che l'articolo disciplina anche la programmazione dei lavori.**

Le norme successive (artt. 22/27) del titolo in commento risultano dedicate alla tradizionale programmazione dei lavori pubblici, che presenta rilevanti novità rispetto pregresso regime.

Al settore dei beni/servizi dell'articolo 21 risultano specificatamente dedicati il comma 1 ed i commi dal 6 al 9. Gli altri riferimenti, come detto, riguardano la programmazione dei lavori pubblici. Rispetto al previsto obbligo di programmazione di cui alla legge di stabilità per il 2016 (art. 1, c. 505) l'intento del legislatore appare profondamente mutato.

Rispetto alla previsione della legge di stabilità citata (legge 208/2015) emerge una differenza sostanziale in quanto con la legge l'obbligo della predisposizione del programma risultava contingentato ai casi di acquisti di beni e servizi "di importo unitario **stimato superiore a 1 milione di euro**" ora per acquisti di importo pari o superiore ai 40 mila euro.

3. La disposizione

Nel primo comma dell'articolo 21 del codice, per ciò che in questa sede interessa trattare, si evidenzia che "le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori **adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi**".

Questa programmazione, come anche si ribadirà anche più avanti, ai sensi del comma 6 dell'articolo 21 dovrà contenere gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro a pena di impossibilità di procedere con gli acquisti.

In questo senso si pronuncia – come era logico aspettarsi – anche lo schema di DM sulla disciplina di redazione della programmazione (anche per i lavori pubblici) reso noto verso la fine di maggio e di prossima pubblicazione.

Il programma degli acquisti – e questo vale anche per i lavori pubblici - deve essere approvato "**nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio (...)**".

Una delle novità di rilievo introdotte dal decreto correttivo, che si condivide, è che con l'articolo 11, comma 1, lett. b) ha apportato una rilevante modifica per gli enti locali per armonizzare le scadenze dei termini di adozione dei vari programmi, lavori e acquisti di forniture e servizi, alle previsioni "che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti".

L'inciso, non si riferisce direttamente agli enti locali ma alle altre amministrazioni che, come in passato, devono redigere una programmazione calibrata sulle proprie possibilità finanziarie.

Una delle novità di rilievo introdotte dal decreto correttivo, che si condivide, è che con l'articolo 11, comma 1, lett. b) ha apportato una rilevante modifica **per gli enti locali** per armonizzare le scadenze dei termini di adozione dei vari programmi, lavori e acquisti di forniture e servizi, alle previsioni "**che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti**".

La norma, pertanto, viene adeguata con riferimenti precisi alla specifica disciplina sui termini di

approvazione del bilancio e, in particolare, per gli enti locali con le previsioni afferenti il DUP.

Con l'inciso aggiunto con il decreto correttivo si superano anche le problematiche relative alla tempistica di adozione dei programmi di lavori e di acquisto di beni/servizi - questione creata dalla mancata riproduzione dei termini indicati nel pregresso codice con riferimento al programma sui lavori.

Nell'odierno, pertanto, la programmazione, tanto dei lavori quanto delle forniture e dei servizi deve seguire la tempistica degli atti di programmazione finanziaria e, per quanto riguarda gli enti locali, del DUP - da approvarsi entro il 31 luglio con nota di aggiornamento entro il 15 novembre - in cui i due documenti dovranno essere inseriti.

Il documento unico di programmazione altro non è che una sorta di sintesi dei vari allegati del bilancio e sostituisce la relazione previsionale e programmatica prevista nella contabilità finanziaria.

4. L'obbligatorietà della programmazione

La circostanza che anche la programmazione degli acquisti di beni e servizi sia diventata, con il codice dei contratti, obbligatoria emerge con grande evidenza dal comma 6 dell'articolo 21.

A memoria del comma in argomento - primo periodo - prevede che il programma "contiene" "gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro". Senza possibilità di deroga.

Pertanto, a prescindere dal valore complessivo delle acquisizioni, nel programma (compresi gli aggiornamenti) **dovranno essere inseriti** gli acquisti per gli importi predetti con redazione dello specifico elenco annuale (per gli acquisti dell'esercizio finanziario).

Sempre il comma in esame (comma 6) prosegue evidenziando che, "nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori individuano **i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati**".

L'inciso ultimo non può che essere considerato come una sorta di proposta/manifestazione di

interesse pubblico aperta ai soggetti interessati ad intervenire a vantaggio dell'ente per proporsi come finanziatori di iniziative che riguardano acquisti di beni o di servizi.

Una iniziativa di questo tipo potrebbe essere inquadrata come omologa della previsione di cui all'articolo 20 del nuovo codice - previsione totalmente innovativa - che riguarda però le opere pubbliche. La previsione in ogni caso non è prevista per i servizi e per le forniture.

Lo schema del DM del Ministero delle Infrastrutture e trasporti (redatto di concerto con il Ministero delle Finanze), come rilevato, prevede importanti disposizioni - alcune già note dal precedente DM del 2014 - sulla redazione della programmazione e sulle modalità operative.

In primo luogo, così come per la programmazione dei lavori, ogni ente deve individuare un referente ed una struttura che si occupa della redazione del programma.

A sommosso parere, il soggetto in questione potrebbe essere individuato - per i comuni - con una specifica deliberazione che sensibilizzi/responsabilizzi i vari settori ed i RUP a fornire quelle informazioni necessarie per la redazione del piano biennale (in questo senso il comma 12 dell'articolo 6 dello schema di DM).

Con il **comma 454, art. 1 della legge di bilancio n. 232/2016**, l'obbligo della predisposizione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi, come anticipato, è stato posticipato al 2018.

In questo senso, il comma in parola dispone che "L'obbligo di approvazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi, **locali**, stabilita dal testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, si applica a decorrere dal bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2018".

L'obbligo della predisposizione della programmazione, pertanto, si prevede per il bilancio dell'esercizio finanziario 2018 e - secondo la tempistica della predisposizione del DUP, dovrebbe essere predisposto entro il 31 luglio 2017 (che riguarderà la gestione finanziaria del 2018) che costituisce documento indispensabile del bilancio 2018/2020.

5. Il contenuto del programma

Sempre dallo schema di DM è dato evidenziarsi che nel programma deve essere indicata l'annualità in cui deve essere avviato il procedimento di acquisto ovvero si intenda procedere con una centrale di committenza/soggetto aggregatore.

Queste indicazioni sono necessarie anche per coordinare la programmazione/pianificazione delle attività della stessa centrale di committenza (art. 6, comma 6 dello schema di DM).

Gli acquisti possono essere inseriti nel programma solamente se è intervenuta la progettazione di cui ai commi 14 e 15 dell'articolo 23.

Il comma 14 dell'articolo citato, prevede la progettazione – in un unico livello – anche per l'acquisizione di servizi (la norma cita anche le forniture ma l'aspetto sembra assolutamente residuale).

Solo nel caso di "concorso di progettazione relativa agli appalti, la stazione appaltante può prevedere che la progettazione sia suddivisa in uno o più livelli di approfondimento di cui la stessa stazione appaltante individua requisiti e caratteristiche". La progettazione deve essere redatta di regola dai dipendenti della stazione appaltante.

Secondo il comma 15 della stessa norma, per l'acquisizione di servizi (non viene ripetuto correttamente il riferimento alle forniture), il progetto deve contenere:

- a) la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio;
- b) le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza di cui al decreto legislativo 81/2008 (art. 26, comma 3);
- c) il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso;
- d) il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi;
- e) il capitolato speciale descrittivo e prestazionale, comprendente le specifiche tecniche, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire e degli aspetti che possono

essere oggetto di variante migliorativa e conseguentemente, i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara,

- f) l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità, fermo restando il divieto di modifica sostanziale.

Pertanto, l'inserimento nella programmazione – oltre alla quantificazione delle risorse necessarie (con il corredo delle indicazioni tecniche sulla tipologia dei prodotti/servizi da acquistare) – richiede che la progettazione citata sia stata approvata (sulla falsariga dei lavori pubblici si può ritenere che l'organo competente, ad esempio in un comune, possa essere la giunta).

Le acquisizioni sono soggette ad un ordine di priorità (art. 6, comma 9 dello schema di DM). In primo luogo viene in rilievo il soddisfacimento di interessi primari (acquisti di beni/servizi per far fronte a calamità naturali), di seguito gli acquisti "aggiuntivi o supplementari", nonché acquisizioni cofinanziate da fondi europei e quindi le acquisizioni finanziate con capitale privato – in misura maggioritaria -.

Lo schema di DM – sulla falsariga di quanto previsto per la programmazione dei lavori (per cui le schede da utilizzare sono 6) - prevede tre schede che il referente è tenuto a "compilare" per poter procedere con l'approvazione dello schema di piano (per i comuni da approvarsi in giunta o con lo schema di DUP da presentare poi in Consiglio Comunale).

In particolare nella scheda:

- a) occorrerà indicare le risorse necessarie per le acquisizioni, articolate per annualità e per fonti (tipologia) di finanziamento;
- b) nella scheda b) andrà riportata l'indicazione degli elementi essenziali per l'individuazione dei prodotti/servizi ciascun acquisto, tra l'altro, andrà contrassegnato con il codice CUP in caso di investimenti (soprattutto per le forniture);
- c) la scheda C), infine, riguarderà gli acquisti non effettuati con le pregresse acquisizioni mai effettuate.

La nuova programmazione, poi, si sostanzierà in nuovi aggiornamenti degli interventi già previsti aggiungendo nuove previsioni ed eliminando gli acquisti effettuati, mantenendo acquisti non effettuati.

La mancata redazione del programma implica che l'amministrazione non possa procedere con degli acquisti di beni e servizi per importi pari o superiori ai 40 mila euro.

Della mancata adozione della programmazione, proprio per evitar comportamenti arbitrari, occorrerà darne conto nella sezione trasparenza della stazione appaltante (in questo senso l'articolo 4, comma 7 dello schema di DM).

Questa puntualizzazione, evidentemente, ha particolare rilevanza. Riconducendo la programmazione in parola nell'ambito degli obblighi della trasparenza – tra l'altro con i richiami al decreto legislativo 33/2013 – il legislatore ha imposto tale previsione come un "obbligo di pubblicazione" il cui adempimento può essere richiesto da chiunque a prescindere da interessi specifici azionando l'accesso civico (ai sensi dell'articolo 5 del predetto decreto della trasparenza).

Sono del tutto evidenti, pertanto, le implicazioni sotto il profilo della responsabilità che riguardano – salvo altri soggetti – il segretario dell'ente, in qualità di responsabile della trasparenza, che avrà ogni interesse a far rispettare gli obblighi della programmazione.

Soggetto interessato, ovviamente, è anche il responsabile dei servizi finanziari che – a sommo parere – dovrà pretendere che nelle determinazioni a contrarre venga esplicitamente indicato il riferimento alla intervenuta programmazione.

La mancata adozione del programma, infatti, impedisce l'acquisizione salvo che si tratti di acquisti imposti per far fronte a eventi calamitosi, sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari o per sopravvenuta disponibilità finanziaria (che

impone comunque una modifica di un programma o una redazione *ex novo*) in questo senso dispone il comma 8 dell'articolo 7 dello schema di DM, che disciplina nel dettaglio i casi in cui il programma può essere modificato previo rispetto delle disposizioni in tema di pubblicità di cui si dirà più avanti.

6. Le comunicazioni e gli obblighi di pubblicità

La norma del codice dei contratti (ma lo stesso schema di DM), prevede specifici obblighi di comunicazione.

In questo senso, si puntualizza che le amministrazioni pubbliche sono tenute a comunicare – **entro il mese di ottobre** – l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi d'importo superiore a 1 milione di euro che prevedono di inserire nella programmazione biennale al tavolo tecnico dei soggetti di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno

2014, n. 89, **che li utilizza ai fini dello** svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti.

È bene rammentare che la norma rammenta

come in tema di acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori **debbono tener conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 513, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.**

Comma che introduce uno specifico obbligo di acquisizione dei beni/servizi predetti dai soggetti aggregatori con limitatissime possibilità di deroga, tra l'altro soggette ad autorizzazione dal vertice amministrativo dell'amministrazione.

Così come il programma triennale dei lavori pubblici, anche il programma degli acquisti di beni e servizi è soggetto a **specifica pubblicazione.**

Per la predisposizione del programma, così come per il lavori pubblici, ogni ente deve individuare un referente ed una struttura che si occupa della redazione dell'atto da presentare all'approvazione dell'organo competente.

In particolare, anche per questa programmazione **il comma 7 dell'articolo 21** del nuovo codice prevede la pubblicazione:

- a) sul profilo del committente (ovvero la stazione appaltante);
- b) sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- c) sul sito informatico dell'Osservatorio.

Tali pubblicazioni possono avvenire, e potrebbero venire in considerazione le forniture del programma degli acquisti, "anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle province autonome di cui all'articolo 29, comma 4".

Il comma 4 dell'articolo 29 – **fondamentale in tema di trasparenza, sostituito dall'articolo 19, comma 1, lett. b) del decreto correttivo - chiarisce che "per i contratti e gli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali, le stazioni appaltanti provvedono all'assolvimento degli obblighi informativi e di pubblicità disposti dal presente codice, tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme telematiche di e-procurement ad essi interconnesse, garantendo l'interscambio delle informazioni e l'interoperabilità, con le banche dati dell'ANAC, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti".**

Pertanto, la pubblicazione attraverso il sistema informatizzato regionale dovrebbe essere sufficiente ad ossequiare gli obblighi sopra sintetizzati (se soddisfano la possibilità di interscambio dei dati/informazioni).

7. Le modifiche alla programmazione

L'articolo 7 dello schema di DM, detta le disposizioni che il referente deve seguire per poter modificare la programmazione adottata.

Nel dettaglio, la disposizione prevede ipotesi tassative di modifica, in particolare:

- a) la cancellazione di acquisti previsti e non più ritenuti necessari;
- b) aggiunta di acquisizioni in conseguenza di "atti amministrativi adottati a livello statale o regionale";
- c) inserimento di acquisizioni non inizialmente previste e che si rendessero necessarie e possibili per il reperimento di finanziamenti (che all'atto della programmazione iniziale non erano prevedibili) compresi i ribassi d'asta. La previsione è singolare in quanto la programmazione dei ribassi d'asta si può prevedere già all'atto dell'avvio dell'intervento prevedendone la destinazione;
- d) modifiche all'interno del programma: si pensi al caso dell'acquisto previsto per la seconda annualità ed invece, per esigenze che andranno motivate, viene incluso nell'elenco annuale;
- e) modifica dei quadri economici già previsti che esigano però nuove risorse (reperate dalla stazione appaltante).

L'approvazione delle modifiche dovrà seguire lo stesso *iter* previsto per la redazione della programmazione. Negli enti locali, si ipotizzi un comune, lo schema – a parere di chi scrive – può essere

approvato in giunta per essere inserito nel DUP che andrà approvato in Consiglio Comunale. Dopo l'approvazione dello schema in giunta è

necessario assicurare – anche se lo schema di DM lo prevede solo per il programma dei lavori - adeguata pubblicità per almeno 30 giorni per acquisire rilievi/richieste da parte dei soggetti interessati.

Da notare che per gli acquisti di beni e servizi, come per i lavori (ai sensi dell'articolo 8 dello schema di DM), negli elenchi annuali, i referenti, dovranno inserire – su informazione fornita dai vari RUP –

Gli acquisti possono essere inseriti nel programma solamente se è intervenuta la progettazione di cui ai commi 14 e 15 dell'articolo 23 del codice dei contratti.



l'eventuale intenzione di ricorrere ad una centrale di committenza o soggetto aggregatore per lo svolgimento della gara.

Questo tipo di richieste dovrà conciliarsi con la pianificazione delle attività contrattuali delle centrali. Occorrerà, nel programma, indicare la denominazione AUSA della centrale che si intende utilizzare.

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 216 del codice, fino all'adozione del DM le amministrazioni applicano gli atti di programmazione già adottati ed efficaci, all'interno dei quali le amministrazioni aggiudicatrici individuano un ordine di priorità degli interventi e procedono, altresì, con le medesime modalità per le nuove programmazioni che si rendessero necessarie prima dell'adozione del decreto.

8. La questione della responsabilità (per mancata predisposizione del programma)

La legge di stabilità n. 208/2015 riporta una norma non riprodotta nell'articolo del codice dei contratti - e neppure nello schema di DM - relativo alle responsabilità in caso di inadempienza (però) delle stesse disposizioni fissate dal comma 505.

A parere di chi scrive tali disposizioni potrebbero essere lette in senso ampio anche con riferimento agli obblighi posti dal codice dei contratti (e dal DM una volta in vigore).

In particolare le violazioni sono valutabili "ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei dirigenti, nonché ai fini dell'attribuzione del trattamento accessorio collegato alla performance". Si è indotti a ritenere che tali responsabilità permangano anche alla luce del nuovo codice.

Sulla diretta impugnabilità delle clausole del bando di gara. In attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato enumera le singole ipotesi ammissibili

di Giuseppe Totino



Premessa

C'era bisogno di un atto di chiarezza, di un provvedimento giurisprudenziale che invece di connotarsi per una ennesima innovazione, recasse il pregio, quanto mai utile per gli operatori del diritto, di cimentarsi in una ricognizione compilativa, senza con ciò voler togliere riguardo all'attività invero assai meritoria del Collegio, delle ipotesi derogatorie consentite di diretta impugnativa delle clausole di un bando di gara.

Numerosissime si rinvengono le pronunce tese a sviscerare dette ipotesi, cresciute quantitativamente col tempo assieme all'incremento del numero di reiezioni dei ricorsi

relativi all'impugnazione delle singole fasi della procedura concorsuale.

Il *favor* giurisprudenziale al ricorso al soccorso istruttorio, l'innovativa introduzione legislativa dell'art. 46 comma 1-bis del vecchio D.Lgs. 163/06, il crescente anelito sostanzialistico di matrice europea, hanno inevitabilmente ridotto le chances di ottenere una vittoria sul piano della mera violazione di legge in un contenzioso che avesse ad oggetto la legittimità di un atto procedimentale dell'iter di gara.

La novella legislativa di cui al comma 2 bis dell'art. 120 del D.Lgs. 104/2010 e s.m.i.¹ con cui si è introdotto il rito speciale per l'impugnativa delle ammissioni ed esclusioni, non è altro che uno specchio della tensione deflattiva del contenzioso amministrativo in materia di appalti, cui il sistema mostra di voler dirigersi.

1. "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ... L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"

Conseguenza di tale ridotto spettro di possibili crinali entro cui insinuarsi per ottenere l'annullamento di un provvedimento della procedura per vizi propri, è stato l'incremento della proposizione di impugnative che avessero lo scopo di caducare l'intera procedura di gara, determinando l'effetto per la stazione appaltante, ove il ricorso fosse accolto, di dover bandire *ex novo* la procedura.

Tali tipologie di ricorso, qualora il ricorrente fosse anche il gestore uscente dell'appalto, hanno mostrato di mirare - nemmeno troppo velatamente - ad un intento meramente dilatorio inteso a far prolungare l'affidamento in essere attraverso dei provvedimenti di proroga tecnica, nelle more della conclusione del contenzioso e, se favorevole al ricorrente e gestore uscente, fino alla conclusione della nuova procedura.

Di qui l'esigenza di circoscrivere ad ipotesi tassativamente indicate i motivi di impugnativa dei bandi gara, in ossequio al principio prima pretorio ed ora positivizzato nel succitato comma 2-bis dell'art. 120 del Codice del Processo Amministrativo per cui: *"E' altresì inammissibile l'impugnazione della ... degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività"*.

1. La legittimazione all'azione e l'interesse a ricorrere

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel rappresentare che l'attualità della lesione del ricorrente è la situazione soggettiva che,

unitamente, alla legittimazione attiva, consente di rintracciare quella posizione giuridica differenziata determinante l'interesse del ricorrente alla coltivazione di una impugnativa avverso un provvedimento amministrativo, che, in assenza di interesse diretto del promotore della medesima, si sostanzierebbe in una mera attività di controllo dell'operato della P.A. priva di ogni concreta utilità.

Nel processo amministrativo, infatti, la legittimazione al ricorso e interesse al ricorso definiscono posizioni giuridiche soggettive

nettamente distinte, attesa che la prima postula la titolarità di una posizione sostanziale differenziata, che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione e, quindi, il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un

La legittimazione al ricorso e interesse al ricorso definiscono posizioni giuridiche soggettive nettamente distinte, attesa che la prima postula la titolarità di una posizione sostanziale differenziata, che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione e, quindi, il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato; la seconda, invece, l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento a prescindere dal suo carattere finale o strumentale.



bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato; la seconda, invece, l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento a prescindere dal suo carattere finale o strumentale.

In sostanza, mentre la legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne titolare e la sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, altra cosa è la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio, la cui relativa questione attiene al merito della causa.

2. L'interesse ad agire nella giurisprudenza amministrativa con riferimento agli appalti pubblici

Con riferimento agli appalti pubblici è necessario, quindi, indagare quale sia la situazione di fatto che determini la sussistenza dei presupposti per l'ammissibilità di una impugnativa di un provvedimento che di per sé non si connota di diretta lesività quale è un bando di gara.

La giurisprudenza amministrativa, nella composizione Plenaria del Consiglio di Stato, sin dal 2003 ha chiarito che è "acquisizione consolidata che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato" (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1). Sempre il Supremo Consesso amministrativo ha successivamente avuto modo di ribadire che "Riguardo alla legittimazione all'impugnazione in primo grado, va ricordato che l'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 9/2014, richiamando la sentenza n. 4/2011, ha affermato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione "deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione" e che "chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita".

Chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita".



In altri termini, la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel ritenere che l'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto (Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione III, 2 febbraio 2015, n. 491; Consiglio di Stato, sezione VI, 10 dicembre 2014, n. 6048; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

Orbene, a queste regole, che discendono dalla piana applicazione alle procedure di gara dei principi generali in materia di legittimazione e interesse a ricorrere, fanno eccezione le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Consiglio di Stato, sezione V, 12 novembre 2015, n. 5181; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

Il Consiglio di Stato, sez. III 5/12/2016 con la sentenza n. 5113 ha poi specificato che oltre che per la mancanza dei requisiti s o g g e t t i v i ,

l'ipotesi dell'ammissibilità di una impugnativa diretta del bando di gara, si realizza attraverso la configurazione di caratteristiche oggettive, attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, che determinano un effetto egualmente impeditivo, sicché la concorrente non può e non deve essere costretta a presentare un'offerta inesorabilmente destinata all'esclusione

solo per soddisfare formalisticamente l'onere di impugnare quest'ultima o l'approvazione della graduatoria, con inutile dispendio di tempo, soldi ed ulteriori energie processuali; ma invece può e deve reagire immediatamente contro l'illegittima formulazione del bando che contenga clausole che, impedendole di presentare l'offerta o per l'assenza di un requisito soggettivo, esistente *ex ante*, o per la presenza di caratteristiche oggettive, tecniche od economiche, dell'offerta richieste dal bando, le impediscano la partecipazione alla gara e si connotino come immediatamente escludenti (cfr. Cons. Stato, III, n. 491/2015).

Pertanto, alla regola iuris dell'onere di impugnativa dell'atto generale asseritamente lesivo insieme al suo atto applicativo, fanno eccezione talune ipotesi tra le quali l'eventualità in cui il ricorrente contesti in radice la procedura di gara, atteso che, in tale caso, "la mancata partecipazione alla gara, ostativa all'ammissibilità del ricorso, è del tutto equiparabile alla situazione di chi ne sia stato legittimamente escluso (si veda di recente Ad. Plen. n. 9 del 2014; successivamente Cons. Stato, Sez. V, n. 2256 del 2015)." (in questi termini Cons. di Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560).

In tali casi, quindi, conclude la giurisprudenza amministrativa, la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell'impugnazione, o perché è la stessa gara a mancare, o perché la sua contestazione in radice ovvero l'impossibilità di parteciparvi fanno emergere ex se una situazione giuridica differenziata (in capo, rispettivamente, all'impresa titolare di un rapporto giuridico incompatibile con l'indizione della nuova procedura e all'impresa di settore cui è impedita la partecipazione) e una sua lesione attuale e concreta (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

La concorrente non può e non deve essere costretta a presentare un'offerta inesorabilmente destinata all'esclusione solo per soddisfare formalisticamente l'onere di impugnare quest'ultima o l'approvazione della graduatoria, con inutile dispendio di tempo, soldi ed ulteriori energie processuali



3. La *summa* della casistica operata dal Consiglio di Stato Sez. II con la sentenza n. 1809/2017

Dal momento che la casistica relativa alle ipotesi ammissibili di diretta impugnativa delle clausole del bando hanno mostrato di proliferare, sulla scorta dell'interpretazione per cui anche la configurazione di caratteristiche oggettive, attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, possono determinare ugualmente un effetto egualmente impeditivo all'accesso al mercato, il Consiglio di Stato ha sentito l'esigenza di operare una *summa* delle ipotesi ipoteticamente oggi ammissibili secondo il diretto vivente.

La III Sezione del Consiglio di Stato in ottica meritoriamente compilativa - come di seguito si riporta - raccoglie l'odierno approdo ermeneutico della giurisprudenza sul punto.

Ricorda il Consiglio di Stato che "l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non c o n c e r n e solo quelle in senso classico " e s c l u d e n t i ", che prevedono

requisiti soggetti di partecipazione (Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1), ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta (v., ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180)".

Ciò rammentato, passa in rassegna i casi ammissibili di diretta impugnativa dei bandi di gara oggi presenti in giurisprudenza.

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

le altre, tali sono:

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

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

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

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

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

f) le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (quelli relativi, *exempli gratia*, al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbiti

dall'aggiudicatario) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);

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

Pertanto, in coerenza coi principi processuali *ut supra* ricordati (infra par. 2), le rimanenti tipologie di clausole asseritamente ritenute lesive devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara.

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

4. Conclusioni: l'opzione ermeneutica restrittiva della Corte Costituzionale in attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia

Per quanto le rammentate decisioni hanno altresì evidenziato come le ragioni per le quali i superiori approdi siano in linea con la giurisprudenza comunitaria², il contesto ermeneutico anzi ripercorso è stato in parte scosso da una recente sentenza della Corte Costituzionale³ intervenuta

2. (in particolare, Corte giust. UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 *Fastweb*; Sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09 *Stadt Graz*; 28 gennaio 2010, n. 406/08 *Uniplex*; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, *Grossman*; 19 giugno 2003, C-249/01 *Hackermuller*)

3. Corte Cost. 245/2016

incidentalmente in un giudizio instaurato dinanzi al Tar Liguria, medesimo Tribunale Amministrativo che, una volta preso atto della sentenza della Corte Costituzionale e non persuasa dell'orientamento ivi espresso, ha successivamente rimesso la questione dinanzi alla Corte di Giustizia.

Ciò che risulterebbe spiazzante – secondo il TAR ligure – è che la Consulta proponga un'interpretazione del requisito processuale dell'interesse ad agire tale per cui sarebbe inammissibile il ricorso proposto dalla impresa che non ha partecipato alla gara quando non sarebbe assolutamente certo ma soltanto altamente probabile che, per effetto della strutturazione della gara (ad esempio dimensione dei lotti) ovvero per effetto della normativa di gara l'impresa stessa non potrebbe conseguire l'aggiudicazione (cfr. TAR Liguria sez. II 29/3/2017 Ord. n. 263).

Si legge nell'ordinanza⁴ di rimessione che il Collegio ligure "rileva che l'autorevolissimo precedente della Corte costituzionale italiana è già stato ripreso da alcune sentenze del Consiglio di Stato (C.S. IV 6 febbraio 2017 n. 481, C.S. III, 3 febbraio 2017 n. 474) onde il consolidarsi di un'interpretazione che può precludere alla formazione del diritto vivente nel senso, restrittivo della possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale, stabilito dalla pronuncia della Corte costituzionale italiana. Evidenti appaiono le conseguenze sull'effettività della tutela del diritto alla concorrenza di tale ultimo orientamento".

Continua preoccupata l'ordinanza del Collegio genovese: "La possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale sarebbe condizionata alla partecipazione alla gara, partecipazione che comporta di per sé rilevanti oneri, e ciò anche nel caso in cui l'impresa intendesse contestarne la legittimità per essere la gara stessa eccessivamente restrittiva della concorrenza, partecipazione che si

renderebbe del tutto inutile dal momento che le chances di aggiudicazione sarebbero, fin dall'inizio, inesistenti o estremamente limitate".

Motivo per cui il TAR Liguria ha chiesto in via pregiudiziale che "Se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione".

In attesa, quindi, che la Corte di Giustizia riveli quale sia il confine al di là del quale l'effettività della tutela giurisdizionale debba recedere dinanzi ai principi che informano l'ammissibilità (legittimazione ed interesse) di una azione giudiziaria, appare ragionevole qualificare, in ogni caso, l'elenco enucleato dalla III Sezione del CdS alla stregua di un *numerus clausus* di ipotesi che permettono la deroga al principio generale per cui le diverse tipologie di clausole asseritamente ritenute lesive devono essere impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento e la qualità della lesione, onde scongiurare l'inflazione di ricorsi amministrativi avanzati dai gestori uscenti, con intenti meramente dilatori, che hanno il solo scopo di assicurare al ricorrente una proroga del contratto in essere, in spregio ai basilari principi comunitari in tema di illegittimità di affidamenti diretti.



4. TAR Liguria sez. II 29/3/2017 Ord. n. 263

Project Financing ad iniziativa spontanea: sindacabilità della valutazione di fattibilità Commento alla sentenza TAR Lazio, Sez. I Quater n. 5702 dell'11 maggio 2017

di Avv. Massimiliano Lombardo -
Studio Legale Lombardo & Associati

IL
PUN
TO

Premessa

La sentenza in commento si segnala per la novità dell'approccio adottato dal TAR Lazio, che in controtendenza rispetto alla (peraltro scarsa) giurisprudenza formatasi nel vigore del precedente Codice Appalti in tema di proposta spontanea di *project financing* (art. 153 c. 19 D.Lgs. 163/2006), ha affermato che il nuovo Codice (segnatamente art. 183 c. 15 D.Lgs. 50/2016) non consente più un esercizio pienamente libero e sostanzialmente insindacabile della discrezionalità amministrativa ai fini della cd. "dichiarazione di pubblico interesse" della proposta spontanea, ma viceversa l'accento posto nella nuova norma sulla "fattibilità tecnica" impone il rispetto dei principi di contraddittorio e di ampia e congrua motivazione propri dei procedimenti amministrativi formali.

Con la sentenza n. 5702, la Sezione I Quater del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ha infatti stabilito che, nell'ambito di una proposta di Project Financing proveniente da un proponente privato, l'Amministrazione può dissentire solo motivatamente e tale motivazione deve consistere nel rifiuto da parte del privato di adeguare il progetto alle richieste di adeguamento formulate dall'Amministrazione stessa.

Il principio sancito dal TAR Lazio presenta chiari aspetti di innovatività rispetto al panorama giurisprudenziale sinora attestato, ma al contempo declina e dà corpo ad un concetto già noto e consolidato: quello dell'obbligo di trasparenza e ragionevolezza che devono improntare tutti gli atti amministrativi - principi già espressi dalla L. n. 241/1990, ed ancor prima dalla Carta costituzionale -.

1. La vicenda

Brevemente, nel 2014 – vigente l'art. 153, comma 19 del D.Lgs. n. 163/2006 – un raggruppamento di imprese, guidato da una società francese leader nella gestione di servizi di trasporto metropolitano, presenta alla Regione Lazio una proposta spontanea di *project financing* per l'ammodernamento (nel senso di ristrutturazione integrale della linea e degli impianti, e sostituzione totale dei treni) della ferrovia metropolitana Roma-Lido di Ostia, proponendosi come gestore dell'impianto per circa 20 anni, a titolo di controprestazione per il rilevante investimento previsto (circa 450 milioni di euro).

A seguito della presentazione della proposta spontanea viene avviato, come previsto dalla norma, un dialogo in contraddittorio con l'ente concedente, che si articola in circa due anni, mediante riunioni, revisioni progettuali, approfondimenti e studi volti ad acclarare le migliori condizioni di sicurezza ed economicità del sistema di trasporto.

Sotto l'aspetto normativo l'infrastruttura oggetto della proposta, di proprietà della Regione Lazio, si classifica nel novero delle "Linee Ferroviarie Regionali" adibite al trasporto passeggeri, le quali ricadono nella categoria delle c.d. "linee ferroviarie isolate", ovvero "non interconnesse con la rete ferroviaria nazionale" (cioè, non è compresa fra le linee ferroviarie elencate nell'Allegato A al Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 5 agosto 2016). Convogli, frequenza e tracciato sono propri di una linea metropolitana urbana, cui è normalmente assimilata.

Dal punto di vista contrattuale, tale linea ferroviaria "metropolitana" fa parte a tutti gli effetti del sistema di trasporto pubblico locale della Capitale, affidato (compresa la Roma-Lido di Ostia) dalla Regione alla società municipalizzata di Roma che gestisce il trasporto pubblico locale in città (che non è una "impresa ferroviaria", come definita dal D.Lgs. n. 162/2007, *ad adiuvandum* della tesi circa l'assimilazione della linea in questione ad una "metropolitana"), attraverso un contratto di servizio in affidamento diretto senza gara che si

protrae – di proroga in proroga – dal 2006.

Tale situazione giuridica non è sfuggita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che – con il parere AS1321 del 5 dicembre 2016, reso ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, relativamente allo stato in cui versa la gestione dei servizi di trasporto lungo le Linee Ferroviarie Regionali (tra cui anche la Roma-Lido di Ostia) affidati dalla Regione Lazio alla municipalizzata di Roma – ha rilevato *"un sistematico scostamento delle quantità dei Servizi offerti rispetto a quelli programmati, sia in termini di Km/vettura non effettuati che di corse soppresse, e ciò a causa di deficienze che, in base alle informazioni a disposizione dell'Autorità, attengono a voci quali la mancanza di personale o di materiali, ovvero riconducibili in maniera diretta e preponderante a competenze di programmazione e organizzazione proprie di ATAC"* e pur considerando che *"l'articolo 5, par. 6, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 effettivamente consente alla Regione di affidare servizi ferroviari senza il ricorso a procedure di affidamento competitive"*, ha rilevato che *"è nondimeno richiesto, in tali ipotesi, un particolare sforzo motivazionale e di trasparenza a carico dell'amministrazione procedente, finalizzato a dimostrare che l'affidamento diretto risponda a criteri di efficienza"*, concludendo, poi che *"l'Autorità ribadisce dunque come una procedura competitiva rappresenti la soluzione più appropriata per la selezione di uno o più gestori efficienti dei Servizi, in caso contrario correndo invece il rischio di non cogliere opportunamente le occasioni di sviluppo dei Servizi ottenibili da un effettivo confronto di mercato"*.

In questo contesto, in cui è evidente la necessità di avviare un dialogo concorrenziale fra gli operatori del settore, finalizzato a gestire al meglio una infrastruttura così problematica ma importante per il trasporto pubblico urbano, si colloca la proposta avviata dal Raggruppamento di imprese nel 2014 e si comprende il protrarsi del dialogo con l'amministrazione regionale, ben oltre i "tre mesi" previsti dall'art. 153, comma 19 D.Lgs. n. 163/2006, per circa 2 anni.

Al termine del lungo periodo di valutazione la

Giunta Regionale Lazio assume la Delibera n. 437, in cui la Regione ritiene *"di valutare non fattibile la proposta presentata dalla costituenda associazione temporanea di imprese ... relativamente all'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione dell'infrastruttura di trasporto ferroviario Roma-Lido di Ostia, conformemente a quanto previsto dall'articolo 183, comma 15 del D. Lgs. n. 50/2016"*. Secondo la Regione, in particolare, la proposta presentata era affetta da *"insuperabili criticità tecniche ... emerse nel corso della precedente istruttoria ..."*.

Il Raggruppamento proponente – che all'entrata in vigore del nuovo Codice nell'aprile 2016 aveva formalmente ripresentato la proposta di project financing anche ai sensi dell'art. 183, comma 15 D.Lgs. n. 50/2016 (in conformità alle indicazioni dell'ANAC espresse con il Comunicato del Presidente dell'8 giugno 2016, in relazione alle proposte pendenti durante il periodo transitorio tra il "vecchio" ed il "nuovo" Codice appalti) – ricorre al TAR contro la Delibera con cui era stata negata la fattibilità della proposta spontanea.

Il quadro giurisprudenziale di riferimento, precedente alla sentenza in commento, era saldamente attestato a tutelare la più ampia discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta delle proposte da dichiarare (o meno) "fattibili".

Il ricorso veniva articolato fondamentalmente sulla violazione dell'art. 153, comma 19 D.Lgs. n. 163/2006 nonché del successivo art. 183, comma 15 D.Lgs. n. 50/2016, per aver la Regione respinto la proposta sulla base di motivazioni tecniche (peraltro, variamente contestate nel merito), senza aver rispettato i passaggi della norma, che impongono un dialogo con il proponente volto ad ottenere la possibile modifica della proposta stessa secondo le indicazioni della stazione appaltante e, di conseguenza, rendono legittimo il rigetto della proposta solo qualora il proponente non intenda apportare le modifiche richieste.

2. I principi espressi nella sentenza del TAR

Il TAR, secondo una logica negoziale di proposta-accettazione ovvero di trattative pre-contrattuali inserite in un regolare procedimento amministrativo, è partito dal considerare e valorizzare il comportamento tenuto dalle parti, confermando che il lungo protrarsi del dialogo – ben oltre i tre mesi previsti normativamente – non poteva considerarsi sintomatico di una posizione di chiusura da parte del proponente, anzi, era la prova che quest'ultimo aveva profuso ogni sforzo per tentare di apportare alla proposta le indicazioni richieste dalla Regione a più riprese.

Dal canto suo, la Regione non ha esibito alcuna prova di aver effettuato il passaggio procedurale in cui invita il proponente ad apportare le modifiche ritenute necessarie - indicate come "criticità tecniche insuperabili" nella Delibera impugnata -, né tantomeno la prova che il proponente si sia rifiutato di apportare le modifiche richieste.

La Regione, inoltre, riafferma la sua discrezionalità nel decidere quali proposte spontanee siano "fattibili" e quali no, citando a suo sostegno la giurisprudenza costante.

Secondo il TAR, però, ferma restando la discrezionalità ribadita dalla Regione, *"ciò che rileva, invece, nella fattispecie in esame è che alla parte ricorrente non sono state contestate le criticità in punto fattibilità tecnica ed economica **mediante richieste di modifica nelle parti emerse in sede di conclusione del procedimento valutativo**, mentre un'articolata richiesta in tal senso avrebbe permesso alla proponente di valutare se risolvere le incoerenze evidenziate, attesa la disponibilità, costantemente manifestata, a realizzare la progettazione dell'infrastruttura della Ferrovia Roma - Lido di Ostia. Le superiori considerazioni, comportano, pertanto, l'accoglimento del primo motivo di ricorso, con salvezza, peraltro, della successive fasi procedurali che la Regione avrà cura di porre in essere, al fine di consentire alla parte ricorrente di interloquire in merito alle criticità esposte nel provvedimento impugnato; atteso che l'annullamento del provvedimento impugnato comporta la riattivazione del procedimento per*

la valutazione di fattibilità della proposta in controversia, rimangono assorbiti gli ulteriori mezzi di impugnativa con cui erano contestate nel merito le valutazioni espresse dall'ente regionale".

Il fulcro del ragionamento del TAR consiste, quindi, nella violazione del dovere della P.A. di agire in contraddittorio rispettando l'obbligo giuridico – di buona fede contrattuale e, sul piano amministrativo, di correttezza e trasparenza dell'agire della P.A. - di interloquire con il proponente e verificare la disponibilità ad apportare le eventuali modifiche richieste al progetto.

A ben vedere i principi da cui discendono tali conclusioni derivano direttamente dalla Costituzione, come declinati dall'art. 41 e 97.

In primo luogo si tratta della tutela prevista per l'iniziativa economica privata, che trova la sua espressione generale nell'art. 41 della Costituzione, nella fattispecie consentita e favorita da una norma quadro quale è l'art. 183 (prima 153) del Codice Contratti Pubblici, che prevede la facoltà del privato di proporre "spontaneamente" alla P.A. la realizzazione di un'opera pubblica o la gestione di un servizio pubblico non prevista nella programmazione, da cui scaturisce un vero e proprio procedimento amministrativo obbligatoriamente soggetto alle regole di trasparenza, congruità e motivazione previste per legge.

Dalla lettura comparata dei commi 1 e 3 dell'art. 41 Cost., emerge l'obbligo giuridico di tutelare le iniziative economiche private, in particolare indirizzandole ai fini dello sviluppo sociale; senza dubbio una proposta di privati che intendano sviluppare – a livello imprenditoriale – un servizio di trasporto pubblico, migliorandolo ed aprendo la strada ad un confronto concorrenziale, rappresenta espressione del caso tipico indicato dalla Costituzione.

Oltre a ciò, l'esplicitazione del principio di buon andamento e trasparenza della pubblica Amministrazione – anch'esso di matrice costituzionale (art. 97) e positivizzato dalla legge n. 241/1990 – impongono al soggetto pubblico coinvolto in una procedura di gara di

motivare in modo compiuto e trasparente gli atti amministrativi, tra i quali anche il provvedimento con il quale si dichiara "non fattibile" la proposta spontanea.

Trasferendo questi principi nell'ambito del codice appalti – e segnatamente nella procedura che qui occupa – essi si concretizzano nel puntuale rispetto degli *step* procedurali ivi previsti, caratterizzati – non a caso – da un proattivo incentivo al dialogo.

Affermano, in proposito, i giudici del TAR: "*... il progetto in controversia, pure sviscerato minutamente nel corso di un biennio senza che venissero formulate le richieste di modifica nel dettaglio poi emerse in sede di provvedimento finale, o che queste fossero state rifiutate, è stato analizzato criticamente in sede collegiale dalle amministrazioni coinvolte, in assenza di alcun confronto con il soggetto proponente, circostanza, quest'ultima, di cui la ricorrente, peraltro, si lamenta senza smentita. ... l'espressione adoperata dal legislatore [si intende l'espressione contenuta sia nell'art. 153, comma 19 D.Lgs. n. 163/2006, sia nell'art. 183, comma 15 D.Lgs. n. 50/2016, alla quale si riconduce la discrezionalità amministrativa "l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione" – n.d.a.] non comporta che l'amministrazione sia dotata di una discrezionalità nell'ambito del confronto dialettico con il proponente tale da trasmodare in arbitrarità; tanto più ove, come nel caso di specie, la proposta, pure analizzata per un lunghissimo periodo di tempo senza che si giungesse ad una delineazione definitiva dei requisiti della stessa, avrebbe potuto essere modificata, ove espressamente richiesto, al fine del superamento delle criticità rilevate solo all'esito di un procedimento in cui il proponente non è stato affatto coinvolto."*

In conclusione, dunque, è proprio la repentina chiusura del procedimento sulla base di motivazioni non verificate in contraddittorio con il proponente – letta in contraddizione con il prolungato precedente iter di valutazione della proposta e della conclusiva assenza di dialogo fra Amministrazione e privato – che rende illegittimo il provvedimento impugnato.

Viepiù ove si consideri lo sfondo in cui la Delibera opera, caratterizzato da un'infrastruttura il cui pubblico interesse è riconosciuto dalla stessa Amministrazione procedente, in quanto urgentemente bisognosa di adeguamenti – tecnici e gestionali – che ne migliorino l'utilizzo per la collettività; in altre parole, in un contesto dove l'interesse pubblico è, sostanzialmente, un "fatto notorio".

Ed ancor più ove si consideri che una proposta ex art. 183 del Codice, attivando una successiva procedura ad evidenza pubblica, offre una risposta concreta all'esigenza – rappresentata a più riprese dall'Antitrust – di porre in ambito concorrenziale l'affidamento del servizio pubblico.

Di fronte a tali esigenze, il potere discrezionale dell'Amministrazione, pur in astratto ampio, assume carattere recessivo e deve ricondursi nei binari (metafora calzante) del dialogo, della logica, della ragionevolezza ed – in definitiva – della trasparenza.

Da ciò, segue la conclusione del ragionamento del TAR: *"altrimenti detto, l'Amministrazione non può giustificarsi sostenendo che è una sua facoltà sottrarsi al confronto competitivo con la parte proponente, solo in virtù della norma che le conferisce un potere ampiamente discrezionale, laddove l'uso di tale discrezionalità trasmodi in una condotta contraddittoria con il comportamento osservato per ben due anni nell'ambito di un procedimento in cui era indubitabile l'interesse per il progetto, ancorché, attesa la sua ampiezza e complessità, bisognoso di notevoli modifiche ed aggiustamenti che solo ove rifiutati, avrebbero legittimato senz'altro la contestata negativa valutazione"*.

In virtù di quanto precede il TAR trae l'ordine, rivolto all'ente concedente, di riaprire il procedimento e valutare – in contraddittorio con il proponente – le eventuali modifiche alla proposta spontanea a suo tempo presentata; consentendo al proponente stesso di valutare e decidere se adeguarsi alle richieste della Regione o rifiutarsi di apportare le modifiche, con tutte le conseguenze indicate espressamente dal testo del Codice.

Il TAR, infatti, connota la sentenza di un aspetto propulsivo, affermando che *"le superiori considerazioni, comportano, pertanto, l'accoglimento del primo motivo di ricorso, con salvezza, peraltro, della successive fasi procedurali che la Regione avrà cura di porre in essere, al fine di consentire alla parte ricorrente di interloquire in merito alle criticità esposte nel provvedimento impugnato; atteso che l'annullamento del provvedimento impugnato comporta la riattivazione del procedimento per la valutazione di fattibilità della proposta in controversia, rimangono assorbiti gli ulteriori mezzi di impugnativa con cui erano contestate nel merito le valutazioni espresse dall'ente regionale"*.

3. Conclusioni

Come ogni racconto, anche questa vicenda reca la sua morale.

L'Amministrazione, pur disponendo di un ampio potere discrezionale nello scegliere quali siano le proposte di *project financing* ad iniziativa privata meritevoli di interesse, non può disattendere le aspirazioni imprenditoriali private senza una idonea motivazione e seguendo un percorso dialettico incoerente con il provvedimento finale.

La libertà di iniziativa economica dei privati merita il dovuto rispetto. Se un privato, in virtù di una norma di legge primaria che espressamente gliene conferisce facoltà, assume formalmente l'onere di proporsi all'Amministrazione con un atto di impegno (tale è la "proposta spontanea", normativamente assistita da garanzie poste a carico del proponente) che lo vincola ad attivarsi per dare corpo ad una iniziativa di pubblico interesse, l'Amministrazione deve dimostrarsi altrettanto impegnata a dialogare secondo i canoni di correttezza, logicità e trasparenza propri all'agire amministrativo.

La forma di partenariato che potrà nascere da questo tipo di proposte spontanee, dunque, deve vedere la luce in un contesto in cui i futuri partner operino *ab initio* con reciproca "solennità" (ovverossia, con scambievole impegno), valutando ogni aspetto tecnico ed economico, senza esimersi

dal seguire un percorso che sembra tracciato dal legislatore proprio per favorire un dialogo proattivo e – in definitiva – per sollecitare l’istituto del partenariato, che come noto soffre di gravi limitazioni nel nostro Paese.

Il TAR, infine, focalizza una differenza determinante fra il vecchio ed il nuovo Codice appalti: quella che nel D.Lgs. 163/2006 era una proposta finalizzata alla sua valutazione in rapporto al “pubblico interesse”, adesso è ricondotta – in maniera a nostro avviso appropriata - nei termini più precisi e circoscritti di una valutazione di “fattibilità” della proposta stessa.

Questa diversità di espressione, secondo il Tribunale – lungi dall’apparire meramente lessicale – indica, invece, un elemento di maggior tutela del proponente ed al contempo un obbligo di maggiore trasparenza per la P.A.. Laddove infatti nel precedente art. 153 del Codice la proposta spontanea del privato poteva (o meno) suscitare

un interesse collettivo – a “libera” interpretazione dell’Amministrazione -, adesso, nella formulazione del nuovo art. 183, l’ambito di discrezionalità viene ristretto alla “valutazione di fattibilità”, che implica un giudizio che vira sulla discrezionalità tecnica, invece che sulla più ampia (ed ineffabile) discrezionalità amministrativa.

Ne consegue un obbligo motivazionale rafforzato, sotto il profilo tecnico e, di conseguenza, un dialogo necessariamente costruttivo (sempre sotto il profilo tecnico) tra il proponente e l’Amministrazione.

In definitiva, sembrano amplificarsi quelle ragioni di rispetto e tutela del proponente privato che costituiscono un fattore di rilancio dell’istituto del partenariato pubblico – privato, nella consapevolezza che solo il maggior rispetto delle proposte delle imprese, può contribuire ad eliminare la diffidenza endemica verso queste forme di sviluppo economico.

La cessione delle partecipazioni e la variazione della compagine sociale nelle società miste costituite a seguito di gara

di Emilia Giulia Di Fava



1. Le nuove disposizioni in materia di cessione delle partecipazioni di società mista ex d.lgs. 19 Agosto 2016, n. 175

Il tema della cessione delle partecipazioni nelle società a capitale misto pubblico-privato è oggetto di dibattito, in quanto esprime in modo evidente il conflitto latente tra soggezione alle regole pubblicistiche e regime ordinario che insiste su questa tipologia di società.

La questione attiene al regime - di fatto speciale - cui sono sottoposte le società miste, in considerazione della presenza del socio pubblico nel proprio capitale: questo aspetto determina l'esigenza di coniugare le ordinarie regole civilistiche attinenti al funzionamento delle società di capitali in un'ottica pubblicistica, necessariamente rivolta al rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza.

Con l'entrata in vigore del DLgs. 19 Agosto 2016, n.175 - T.U. in materia di Società a partecipazione pubblica - si sono aggiunti ulteriori elementi al quadro regolatorio, dal momento che il T.U. ha disciplinato in modo analitico all'art. 10 la procedura di alienazione di partecipazioni sociali, mentre all'art. 17 - relativo alla disciplina delle società miste - ha previsto l'obbligo di inserire specifiche disposizioni statutarie in materia.

L'art. 10 del T.U. ha in particolare disposto che gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle

amministrazioni pubbliche devono essere adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1 del medesimo D.Lgs. n.175/2016: in sostanza l'iter

Le disposizioni speciali per i casi di alienazione delle partecipazioni delle società miste riguardano - sia pure con modalità diverse - tanto le operazioni di alienazione di quote pubbliche quanto le operazioni di alienazione di quote private.

procedurale per la cessione delle partecipazioni è parificato all'iter per la partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione

di una società, per cui le relative delibere vanno adottate dagli organi competenti al più alto livello decisionale, secondo la tipologia di partecipazione pubblica:

a) con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali;

b) con provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali;

c) con deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali;

d) con delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche.

Per quanto poi attiene le modalità di svolgimento delle operazioni di alienazione, il c. 2 dello stesso art. 10 disciplina sostanzialmente due ipotesi, una di carattere ordinario e l'altra di carattere eccezionale.

Si specifica infatti che in linea generale l'alienazione delle partecipazioni deve essere effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non

discriminazione: in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente, che dia analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, si

prevede che l'alienazione possa essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente.

Di particolare rilievo, ai fini dell'argomento trattato, è poi la disposizione conclusiva del medesimo comma, per cui viene fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto: dunque il diritto di prelazione

– così come civilisticamente inteso – potrà essere esercitato, sempre che sia predefinito e conosciuto, secondo una specifica regolazione legislativa o statutaria.

Il vincolo che si crea tra socio pubblico e socio privato è speciale: il partenariato nasce da una gara a doppio oggetto – che da una parte sceglie il socio privato e dall'altro affida il servizio pubblico o la realizzazione di un'opera pubblica - e le operazioni di modifica di assetti societari che nascono da una procedura ad evidenza pubblica diventano di per sè sensibili.



Da ultimo, sempre in tema di regolazione introdotta dal T.U. in materia di cessione delle partecipazioni, va richiamato quanto disposto dall' art. 17, c. 3 del DLgs. 175/2016, dove si dispone che la durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione: lo statuto deve quindi prevedere meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.

Il T.U. fa salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto: il diritto di prelazione potrà essere esercitato, sempre che sia predefinito e conosciuto, secondo una specifica regolazione legislativa o statutaria.



Da quanto sopra esposto emerge un quadro regolatorio che prevede disposizioni speciali per i casi di alienazione delle partecipazioni delle società miste, e ciò riguarda - sia pure con modalità diverse - tanto le operazioni di alienazione di quote pubbliche quanto le operazioni di alienazione di quote private.

Il fatto stesso della *partnership* pubblico-privata pone queste operazioni - da entrambi i lati - su un

piano di attenzione, meritevole di una regolazione specifica e di particolari tutele.

Il vincolo che si crea tra socio pubblico e socio privato è speciale: il partenariato nasce da una gara a doppio oggetto – che da una parte sceglie il socio privato e dall’altro affida il servizio pubblico o la realizzazione di un’opera pubblica - e le operazioni di modifica di assetti societari che nascono da una procedura ad evidenza pubblica diventano di per sé sensibili.

La *ratio* di queste disposizioni va dunque individuata nell’origine del rapporto pubblico-privato che sta alla base della costituzione della società mista:

- per quanto riguarda l’alienazione di quote pubbliche – e dunque la modifica dell’assetto della partecipazione pubblica alla società – vi è la necessità di non venire meno al rispetto dei principi comunitari e interni di trasparenza, concorrenza e pubblicità già osservati al momento genetico della società;

- per quanto riguarda l’alienazione di quote private – e dunque la modifica dell’assetto della partecipazione privata alla società – vi è l’esigenza di mantenere il vincolo alla realizzazione dello scopo sociale, per cui il rapporto viene centrato sul contratto di servizio e dovrà venire meno in caso di eventi patologici che ne determinino la risoluzione.

In materia di cessione delle quote di una società mista da parte di un’amministrazione pubblica il principio che va osservato è quello dell’evidenza pubblica: la cessione successiva è a tutti gli effetti equiparabile alla prima procedura di selezione del partner privato.



2. Modalità di cessione di quote pubbliche delle società miste

In materia di cessione delle quote di una società mista da parte di un’amministrazione pubblica il principio che va osservato come regola generale è quello dell’evidenza pubblica: la cessione successiva è a tutti gli effetti equiparabile alla prima procedura di selezione del partner privato.

Questo principio è stato confermato da una recente sentenza del Consiglio di Stato (Cons. St. Sez.V, sent. n. 4014 del 28 Settembre 2016), che ha negato l’esercizio del diritto di prelazione del socio privato per l’acquisto delle quote sociali del Comune, considerando tali clausole nulle.

In sostanza, una clausola statutaria che attribuisca genericamente al socio privato il diritto di prelazione si porrebbe in contrasto con il consolidato principio per cui la cessione da parte di un’amministrazione pubblica di quote di una società partecipata da altri soggetti privati deve necessariamente avvenire tramite l’espletamento di procedure ad evidenza pubblica.

In considerazione di ciò, la clausola statutaria attributiva di un diritto di prelazione sulle quote detenute dal Comune sarebbe affetta da nullità assoluta.

Va infatti considerato che l’art. 5, c. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al DLgs. n. 50/2016 (come peraltro già il precedente Codice

di cui al D.Lgs. 163/2006) prevede che nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica o per l’organizzazione e la

gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica.

Questa disposizione ha valenza di principio e non potrebbe avere senso se fosse derogabile dopo il momento costitutivo della società: il principio avrà quindi natura dinamica e sarà applicabile anche ai casi di alienazione successiva di quote societarie da parte della Pubblica Amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha dunque ritenuto che la clausola statutaria, che prevede il diritto di prelazione in capo ai soci privati, debba

considerarsi nulla anche perché contrasta con il libero dispiegarsi del principio della concorrenza e perché viola i principi del necessario rispetto della par condicio tra i concorrenti e della trasparenza, così come quello di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione pubblica.

3. Condizioni di possibile coesistenza del rispetto dei principi di evidenza pubblica ed esercizio del diritto di prelazione

Da quanto sopra esposto emerge ancora una volta la difficoltà oggettiva di coniugare l'insieme delle regole pubblicistiche con le disposizioni privatistiche che regolano la vita delle società di capitali miste.

Ma se la Pubblica Amministrazione sceglie il modello societario, lo fa per l'apporto che può dare il socio privato alla gestione della cosa pubblica, in termini di *know-how* tecnico e di conferimento di capitali: la ricerca di un'ottimizzazione non può trasformarsi in un vincolo rigido che trasformi una scelta di efficienza in una situazione statica e insuperabile.

La scelta della forma societaria è di durata medio-lunga, tempi in cui le esigenze della Pubblica Amministrazione possono evolversi e modificarsi: anche se correttamente pianificati, i bisogni possono mutare nel tempo e va ricercata una modalità di adattamento alla dinamicità delle situazioni che concretamente si presentano.

Naturalmente tutto ciò non può prescindere dal rispetto dei principi di evidenza pubblica, terreno sul quale si deve necessariamente muovere ogni azione della Pubblica Amministrazione.

In questa ottica, la sentenza del Consiglio di Stato n. 4014/2016 potrebbe anche essere letta in chiave diversa se opportunamente coordinata alle

nuove disposizioni portate dal T.U. in materia di Società a partecipazione pubblica.

Va quindi sottolineato che lo stesso T.U. all'art. 10, c.2 fa salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto.

Dal momento che è stata introdotta questa previsione, un riconoscimento delle clausole di prelazione esiste e il principio deve essere coordinato con quanto ricordato dal Consiglio di Stato in ordine alla necessità del rispetto dei principi di evidenza pubblica.

Secondo questa chiave di lettura, non esisterebbe dunque una nullità generalizzata delle clausole di prelazione, ma solo di quelle incompatibili con il necessario rispetto dei principi di evidenza pubblica.

A livello interpretativo - al di là delle clausole di derivazione legislativa - vengono in rilievo almeno due casistiche di condizioni di accrescimento della partecipazione privata potenzialmente compatibili e coerenti con i principi di evidenza pubblica:

1) la prima attiene a quelle clausole statutarie regolate adeguatamente in fase di gara, e dunque rese conoscibili in modo dettagliato ed esauriente già nella fase di scelta originaria del socio privato.

In questo caso la pre-regolazione di dettaglio consente di poter considerare assolto l'aspetto pubblicistico. Se in sostanza la Pubblica Amministrazione

mette in gara una quota di partecipazione alla società mista contemporaneamente indicando le modalità di risalita nel capitale sociale da parte del socio privato a condizioni predefinite, questa modalità di cessione successiva di quote societarie pubbliche appare rispettosa dei principi di evidenza pubblica in quanto assolti "a monte";

2) la seconda attiene alla riconduzione della censura di nullità espressa dal Consiglio di Stato alle sole clausole di prelazione impropria (ovvero

Ex T.U. non esiste una nullità generalizzata delle clausole di prelazione, ma solo di quelle incompatibili con il necessario rispetto dei principi di evidenza pubblica.



a quelle che attribuiscono un diritto di preferenza e contemporaneamente il diritto di contestare il prezzo offerto, rimettendo la valutazione ad un arbitratore) e non alle clausole di prelazione propria (ovvero a quelle che attribuiscono ai soci il diritto ad essere preferiti, a parità di condizioni economiche.).

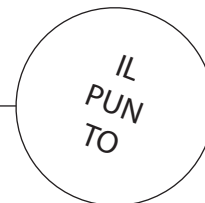
In quest'ultimo caso, infatti, se la clausola di prelazione propria è regolata dettagliatamente nello statuto (allegato agli atti di gara) si rientrerebbe nelle previsioni di cui all'art. 10, c.2 del T.U.: la

procedura ad evidenza pubblica viene svolta e a parità di condizioni il socio privato potrà esercitare il suo diritto di prelazione. Anche in questo caso i principi di evidenza pubblica appaiono assolti.

Questo approccio interpretativo, che tende a coniugare i principi pubblicistici con la sfera del diritto privato, può peraltro consentire alla Pubblica Amministrazione di agire più agevolmente nel riassetto delle proprie partecipazioni societarie, favorendo la realizzazione dei Piani di razionalizzazione previsti come obiettivo primario dallo stesso T.U. di cui al D.Lgs.175/2016.

Modifiche del contratto di concessione in corso di esecuzione fra “complementarietà” e “supplementarietà”

di Paola Cartolano



Premesse

Secondo i principi alla base della disciplina della contrattualistica pubblica di regola, i **nuovi affidamenti** di lavori, servizi e forniture devono essere effettuati attraverso le procedure ad evidenza pubblica.

Per quanto riguarda, invece, i **contratti già affidati** la regola generale è che essi siano di norma immutabili dal punto di vista dell'oggetto poiché si ritiene che all'esito

della gara l'oggetto del contratto sia stato individuato in modo certo e definitivo al fine di soddisfare l'interesse pubblico sotteso.

Con riguardo ai lavori pubblici, tale principio vale tanto per l'appalto quanto per la concessione. Tuttavia, tanto per l'appalto come per la concessione, la stabilità del quadro iniziale non è sempre possibile ed, in effetti, correttivi o adeguamenti in corso d'opera possono apparire necessari per soddisfare al meglio l'interesse pubblico alla base dell'opera.

Circa i limiti in cui sono possibili variazioni dell'“oggetto” del contratto di opera pubblica già

stipulato ed in corso di esecuzione, senza ricorrere ad un previo confronto concorrenziale, questi devono considerarsi di carattere eccezionale ed applicabili solo in casi tassativi.

La lunga durata che caratterizza il rapporto **concessorio** comporta spesso delle problematiche applicative dell'originario assetto contrattuale: nel caso della concessione dei lavori già il legislatore del D.Lgs. n. 163/2006 aveva previsto la

deroga al principio dell'immutabilità dell'oggetto in 3 fattispecie:

- varianti in corso di esecuzione
- revisione dal piano economico e finanziario
- **affidamento al concessionario di lavori complementari.**

Il presente contributo si occuperà di analizzare la nuova disciplina dettata dal D.Lgs.n. 50/2016 con riferimento ai lavori e servizi “complementari”, al fine di stabilire se rispetto a quanto previsto nel D.Lgs. n. 163/2006 siano intervenute delle modifiche.

Le possibili variazioni dell'“oggetto” del contratto in corso di esecuzione, senza ricorrere ad un previo confronto concorrenziale, devono considerarsi di carattere eccezionale ed applicabili solo in casi tassativi.



1. La disciplina previgente¹

Sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, i **“lavori e servizi complementari”** nell’ambito di un **appalto** potevano essere affidati con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (ai sensi dell’art. 57) mentre nell’ambito di una **concessione** potevano essere affidati direttamente al concessionario (ai sensi dell’art. 147); in entrambi i casi, tenuto conto del fatto che tali previsioni costituivano di fatto una deroga al principio di concorrenza, il legislatore aveva indicato dei presupposti molto stringenti.

L’art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006, in attuazione dell’art. 31 della direttiva 2004/18/CE, prevedeva la possibilità di ricorrere alla **procedura negoziata** (comma 5, lett. a) per l’affidamento di «lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all’esecuzione dell’opera o del servizio oggetto del

progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all’operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:

a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall’esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;

a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell’importo del contratto iniziale».

Per quanto concerne le **concessioni**, in attuazione dell’art. 61² della direttiva 2004/18/CE, **l’art. 147 del D.Lgs. n. 163/2006** prevedeva l’**affidamento diretto** al concessionario, senza l’osservanza delle procedure ad evidenza pubblica previste dal medesimo codice, per **«i lavori complementari**

1. Si osserva in via preliminare che già la Legge n. 109/94 conteneva una disciplina per l’affidamento al concessionario dei lavori complementari in virtù del disposto di cui all’art. 2, comma 3, ultimo periodo il quale prevedeva che «E’ fatto divieto ai soggetti di cui al comma 2, lettera a), di procedere ad estensioni di lavori affidati in concessione al di fuori delle ipotesi previste dalla citata direttiva 93/37/CEE previo aggiornamento degli atti convenzionali sulla base di uno schema predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti».

Ed in particolare, la direttiva 93/37/CEE all’art. 7, comma 3, lettera d) prevedeva che «Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, nei casi seguenti:

[...]

d) per i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato né nel primo contratto concluso e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all’esecuzione dell’opera quale è ivi descritta, a condizione che siano attribuiti all’imprenditore che esegue tale opera:

- quando tali lavori non possono essere, tecnicamente o economicamente, separati dall’appalto principale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici;
- oppure quando tali lavori, quantunque separabili dall’esecuzione dell’appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia, l’importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il 50% dell’importo dell’appalto principale».

2. Direttiva 2004/18/CE, art. 61: «La presente direttiva non si applica ai lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l’esecuzione dell’opera descritta, che l’amministrazione aggiudicatrice affida al concessionario, purché l’aggiudicatario sia l’operatore economico che esegue tale opera:

- qualora i lavori complementari non possano essere tecnicamente o economicamente separati dall’appalto iniziale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici, oppure
- qualora i lavori, quantunque separabili dall’esecuzione dell’appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia l’importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il 50 % dell’importo dell’opera iniziale oggetto della concessione».

che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera quale ivi descritta, a condizione che l'affidamento avvenga a favore dell'operatore economico che esegue l'opera, nelle seguenti ipotesi:

(a) quando i lavori complementari non possono essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure

(b) quando i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento.

Data una concessione già aggiudicata e la sopravvenuta necessità dei lavori, i presupposti per l'applicazione della procedura erano condizioni alternative e non già cumulative (come si desume dalla disgiunzione "oppure"):

- l'inscindibilità tecnica dei lavori da affidare rispetto a quelli già aggiudicati al concessionario;
- l'inscindibilità economica dei lavori da affidare rispetto a quelli già aggiudicati al concessionario;
- lavori che, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, erano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Proseguiva l'art. 147 al comma 2 specificando che «2. In ogni caso l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il cinquanta per cento dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione».

Dunque, sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 l'importo del 50% del valore dell'opera del contratto originario rappresentava un limite massimo entro il quale si potevano affidare al contraente originario lavori e servizi complementari.

Circa la nozione di "lavori complementari", considerato il tenore della norma, tali erano quei lavori ulteriori e diversi rispetto a quelli oggetto della convenzione iniziale che da un punto di vista tecnico-realizzativo rappresentavano un'integrazione dell'opera principale connessi in modo inscindibile con essa, in modo da giustificarne l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore.

Su tale presupposto, dunque, la mera suddivisione in stralci successivi dell'opera avrebbe legittimato l'affidamento diretto della stessa all'impresa aggiudicataria del primo lotto di lavori, con conseguente vanificazione del confronto concorrenziale nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica.

In termini generali la procedura per l'affidamento diretto al concessionario esistente dei lavori complementari non costituiva un obbligo a carico dell'amministrazione quanto una sua facoltà. Pertanto, la scelta dell'amministrazione, caratterizzata da ampia discrezionalità, doveva essere motivata e, pertanto, correttamente doveva ponderare gli interessi pubblici sottesi all'opzione di affidare i lavori complementari al concessionario esistente con gli interessi pubblici sottesi alla scelta di procedere con procedura aperta o ristretta. Di tale scelta l'amministrazione doveva darne conto nell'atto dell'affidamento aggiuntivo relativo agli lavori complementari indicando i motivi che avevano indotto l'affidamento dei lavori al concessionario in assenza di un confronto concorrenziale.

2. La nuova disciplina

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 la disciplina sulla esecuzione del contratto di concessione non aveva ricevuto un autonomo riconoscimento sulla base del principio secondo cui la fase esecutiva del contratto non rientra nella libera disponibilità delle parti.

Il quadro normativo appare mutato a seguito delle nuove direttive e dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016.

La direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni riconosce, infatti, la possibilità che «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono trovarsi ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato la concessione, in particolare quando l'esecuzione della concessione copre un periodo lungo. In questi casi è necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova

procedura di aggiudicazione» (cfr. considerando n. 76). La stessa direttiva ritiene inoltre che i soggetti concedenti «dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione, ma senza che tali clausole conferiscano loro una discrezionalità illimitata» (cfr. considerando n. 78).

È poi l'art. 34 della direttiva 2014/23/UE che chiarisce quali siano le ipotesi consentite di modifica dei contratti durante il periodo di validità. Il legislatore nazionale con l'art. 175 del D.Lgs n. 50/2016 si è riportato quasi alla lettera al predetto art. 43 della direttiva 2014/23/UE. La disposizione presenta un'articolata serie di ipotesi in cui il contratto di concessione può essere modificato dalle parti senza che sia necessario il ricorso ad una nuova procedura di aggiudicazione.

Per gli **appalti**, in recepimento dell'art. 32 della direttiva 24/2014/UE, l'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016 (applicabile, per quanto compatibile, anche alle **concessioni**, secondo quanto disposto dall'art. 164, comma 2) è dedicato alle **procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara**: l'art. 63 citato, pur ricalcando in larga parte la disciplina contenuta nel previgente art. 57 del D.Lgs.n. 163/2006, non prevede più la possibilità di ricorrere a tale modalità di affidamento per i lavori e i servizi "complementari".

Per i settori speciali, la corrispondente disposizione dell'art. 125 (in recepimento dell'art. 50 della direttiva 23/2014/UE), dispone in conformità al predetto art. 63.

Si rileva inoltre che il legislatore del D.Lgs. n. 50/2016 per le concessioni non ha riprodotto una previsione analoga a quella già contenuta nell'art. 147 del D.Lgs. n. 163/2006, in ordine alla possibilità di affidare direttamente al concessionario i lavori e i servizi "complementari".

Tuttavia, per gli **appalti** il D.Lgs. n. 50/2016 prevede all'art. 106 (applicabile sia agli appalti nei settori ordinari sia agli appalti nei settori speciali, ai sensi del comma 1 della stessa disposizione normativa e all'art. 114, comma 8 del D.Lgs.n. 50/2016) che i contratti di appalto «*possono essere modificati senza una nuova procedura di*

affidamento nei casi seguenti: (...) b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:

1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;

2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi» (comma 1).

Dunque, la fattispecie dei c.d. lavori/servizi complementari, prevista nel D.Lgs. 163/2006 quale ipotesi per il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, rappresenta ora **uno dei casi** in cui la stazione appaltante può procedere a modifiche del contratto in corso di esecuzione, purché sussistano le condizioni espressamente e tassativamente indicate nella norma.

Con previsioni analoghe, l'**art. 175 del D.Lgs. n. 50/2016** (dettato in recepimento dell'art. 43 della direttiva 2014/23/UE ed applicabile anche ai settori speciali) disciplina il regime delle modifiche del contratto di **concessione** durante la sua vigenza, stabilendo che le predette concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione in diverse ipotesi indicate al comma 1:

«a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Tali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione. In ogni caso le medesime clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione;

b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario

risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi;

c) ove ricorrano, contestualmente, le seguenti condizioni:

1) la necessità di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza;

2) la modifica non alteri la natura generale della concessione;

d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze:

1) una clausola di revisione in conformità della lettera a);

2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purchè ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere

l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore;

3) nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del comma 7».

Dunque, anche con riferimento al rapporto concessorio, i lavori e i servizi "complementari" rappresentano ora **uno dei casi** in cui la stazione appaltante può procedere a modifiche del contratto in corso di esecuzione.

Quanto ai presupposti per ricorrervi, sia l'art. 106 sia l'art. 175 fanno riferimento a lavori/ servizi "**supplementari**", specificando che ai fini del legittimo ricorso all'istituto in esame, occorre che gli stessi, non previsti nell'appalto iniziale, siano divenuti "necessari", nel caso in cui un cambiamento del contraente produca gli effetti indicati nelle norme stesse, con riguardo all'impraticabilità della sostituzione del contraente originario per motivi economici o tecnici o a ritardi/ aggravii/costi a carico della stazione appaltante.

In particolare si osserva che nell'ipotesi di cui all'art. 175, comma 1 lettera b) i requisiti per ricorrervi devono sussistere congiuntamente in ragione della presenza della congiunzione "e": «ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici ... e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi».

Si osserva inoltre che la nuova disciplina non fa più riferimento, come nel previgente art. 57, comma 5, lettera a) e art. 147 comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, a "circostanze impreviste".

Con riferimento al **presupposto economico**, mentre per gli appalti l'art. 106 individua (al comma 7) per le modifiche consentite il tetto del 50% del valore del contratto iniziale, precisando

che, in caso di **più modifiche**, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica, l'art. 175 per le concessioni stabilisce (al comma 2) per il contratto di concessione che suddetto limite del 50% sia riferito al "valore della concessione iniziale".

A riguardo l'art. 147 del D.Lgs. n. 163/2006 individuava chiaramente, come visto, un limite del 50% dell'importo del contratto iniziale riferito ai "lavori". Si osserva ancora che la rubrica dell'art. 61 della direttiva 2004/18/CE ("Aggiudicazione di lavori complementari al concessionario") nonché la rubrica dello stesso art. 147 del D.Lgs. n.

Sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, i "lavori e servizi complementari" nell'ambito di una concessione potevano essere affidati direttamente al concessionario ai sensi dell'art. 147



163/2006 ("Affidamento al concessionario di lavori complementari") recava il riferimento esplicito ai "lavori". Pertanto è a tale categoria di attività (lavori e non anche servizi di gestione) che si ritiene si dovesse fare riferimento ai fini del predetto 50%.

Per quanto concerne l'art. 175 del D.Lgs. n. 50/2016, il comma 2 dello stesso dispone che «2. Nelle ipotesi

*di cui al comma 1, lettere a), b) e c), per le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II, l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale, inteso come **valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione**. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice».*

Occorre porre in evidenza inoltre il contenuto del comma 4 dell'art. 175 secondo cui «4. Le concessioni possono essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, né di verificare se le condizioni di cui al comma 7, lettere da a) a d), sono rispettate se la modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti:

- a) la soglia fissata all'articolo 35, comma 1, lettera a)[euro 5.225.000, ndr];
- b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale».

Tuttavia a tale riguardo il seguente comma 5 specifica che «5. La modifica di cui al comma 4 non può alterare la natura generale della concessione. In caso di **più modifiche successive**, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche».

Anche con riferimento alla nuova disciplina, la procedura in questione non costituisce un obbligo a carico dell'amministrazione quanto una sua facoltà: la scelta amministrativa, essendo discrezionale,

deve essere motivata e tal fine deve ponderare gli interessi pubblici sottesi all'opzione di affidare i lavori supplementari al concessionario esistente

con gli interessi pubblici sottesi alla scelta di procedere con procedura **c o n c o r s u a l e**.

Di tale scelta l'amministrazione deve darne conto nell'atto dell'affidamento aggiuntivo indicando i

motiviche hanno indotto l'affidamento dei lavori al concessionario esistente in assenza di un confronto concorrenziale.

3. Case study - Delibera ANAC n. 388 del 12 aprile 2017

L'ANAC nella recentissima Delibera n. 388 del 12 aprile 2017 si è occupata della questione sottoposta dal Comune di Firenze in relazione alla possibilità di affidare direttamente a Tram di Firenze s.p.a., attuale concessionario del sistema tramvia di Firenze costituito ai sensi dell'allora vigente art. 37 - *quinquies* Legge n. 109/94, la realizzazione della Linea 4 (tratta Leopolda-Le Piagge) e l'estensione della Linea 2 Aeroporto – Sesto Fiorentino (Polo Scientifico), quali lavori non previsti nella convenzione di concessione stipulata originariamente con la medesima società concessionaria.

A riguardo si rileva che in data 20 giugno 2005, il Comune di Firenze in qualità di concedente e il concessionario hanno stipulato, ai sensi dell'art. 37-*bis* della Legge n. 109/1994 una convenzione di concessione volta a regolare (i) la progettazione e realizzazione della Linea 2 e della Linea 3 (I Lotto) e (ii) la gestione e manutenzione di Linea 1, Linea 2 e Linea 3 (I Lotto) del sistema tramvia nell'area di Firenze e Scandicci, successivamente modificata, rispettivamente, in data 6 marzo 2007 e in data 17 aprile 2014 mediante il terzo atto aggiuntivo.

In particolare il Comune di Firenze ha sottoposto all'ANAC un quesito circa la possibilità di affidare al concessionario le attività relative alla progettazione,

Sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, i "lavori e servizi complementari" nell'ambito di una concessione potevano essere affidati direttamente al concessionario ai sensi dell'art. 147



realizzazione e gestione della futura Linea 4 e dell'estensione della Linea 2 del sistema tranvia dell'area di Firenze e Scandicci mediante l'utilizzo di quota parte del finanziamento pubblico messo a disposizione dallo Stato Italiano a valere sulla legge 11 novembre 2014, n. 164 di conversione del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133.

Il Comune di Firenze ha pertanto chiesto all'ANAC di esprimere un parere "in ordine alla possibilità di affidare direttamente a Tram di Firenze S.p.A., attuale concessionario del sistema tranvia di Firenze, la Linea 4 (tratta Leopolda-Le Piagge) e l'estensione di Linea 2 Aeroporto - Sesto Fiorentino (Polo Scientifico)" rappresentando a tale riguardo che sarebbero sussistenti, nella fattispecie, i presupposti previsti dalla disciplina di settore per l'affidamento dei c.d. "lavori e servizi complementari" all'attuale concessionario ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006.

L'ANAC, alla luce degli elementi forniti dal Comune di Firenze, svolge una considerazione preliminare in ordine alla normativa applicabile al momento di sottoscrizione degli atti aggiuntivi alla convenzione di concessione originaria.

In particolare, si legge nella delibera in commento «per costante orientamento dell'Autorità quando il rapporto concessorio necessita di essere integrato mediante stipula di **atti aggiuntivi, agli stessi deve essere applicata la disciplina vigente al momento della loro sottoscrizione**». Ad avviso dell'ANAC, infatti, occorre distinguere da una parte la convenzione di concessione originaria (che reca termini e condizioni del rapporto concessorio fra concedente e concessionario) e dall'altra gli eventuali "contratti specificativi ed applicativi di quanto previsto nella convenzione di concessione" ciò in ragione alla definizione del momento «nascita o meno di diritti soggettivi, nonché al loro consolidamento in capo al concessionario».

In ragione di ciò «*Ne deriva, pertanto, che **sulla base dei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo**, i rapporti instauratisi nel regime previgente a quello attuale, continuano a produrre i loro effetti purché si tratti di rapporti definiti in tutti i loro*

elementi fondamentali, non suscettibili di ulteriori definizioni mediante atti successivi (cfr. AG3/2010 del 22 Luglio 2010, Deliberazioni n. 68 del 14 marzo 2001; n. 273 del 19 luglio 2001, n. 407 del 6 dicembre 2001; n. 351 dell'11 dicembre 2002; n. 29 del 17 febbraio 2004). Tenuto conto dell'indirizzo generale sopra illustrato, quanto alla possibilità di affidare all'attuale concessionario anche l'estensione della linea 2 e la realizzazione della linea 4 del sistema tranviario di Firenze, secondo quanto prospettato dall'Amministrazione richiedente, occorre riferirsi alla disciplina prevista nel d.lgs. 50/2016, dovendo tale ipotesi trovare eventuale attuazione mediante la stipula di atti aggiuntivi alla convenzione in corso di esecuzione (sottoscritta nel 2005)».

Alla luce del predetto principio, l'ANAC rileva che per fornire risposta al quesito sottoposto dal Comune di Firenze nell'attuale assetto normativo di settore occorre far riferimento all'art. 175 del D.Lgs. n. 50/2016.

Dopo aver svolto un'ampia analisi della normativa applicabile, l'ANAC giunge a considerare che «*nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista la possibilità per la SA di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione.*

Tale possibilità è tuttavia subordinata alla sussistenza dei **presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice**; tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della predetta disposizione».

Con esplicito riferimento al caso oggetto di richiesta di parere da parte del Comune di Firenze l'ANAC afferma che «... pertanto, l'Amministrazione istante è tenuta all'accertamento, adeguatamente motivato, dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione con particolare riferimento alle seguenti circostanze:

- la SA è tenuta a valutare in concreto le reali esigenze sottese al ricorso all'istituto di cui all'art. 175 del Codice, ivi inclusa la "necessità" degli interventi e la sussistenza delle insuperabili interferenze derivanti da interconnessioni tecniche degli interventi, tali da non consentire l'affidamento degli stessi mediante appalti separati;

- la SA è chiamata ad accertare l'impraticabilità del cambiamento del concessionario per motivi economici o tecnici "quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale";

- la SA è chiamata altresì a valutare se tale cambiamento comporti per la stessa un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi».

Considerata, inoltre, la portata del comma 7 dell'art. 175 del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, l'ANAC afferma ancora che la stazione appaltante deve «accertare mediante adeguata motivazione, se la modifica del rapporto concessorio si configuri come "sostanziale", ossia se alteri considerevolmente gli elementi essenziali del contratto con riferimento ai seguenti aspetti:

a. se la modifica introduce condizioni che, ove

originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;

b. se la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;

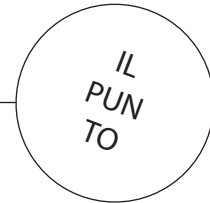
c. se la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;

d. se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)».

Come rileva l'ANAC, dunque, è solo all'esito dell'accertamento che deve svolgere la stazione appaltante che quest'ultima può procedere con l'eventuale affidamento diretto in favore del concessionario originario fermo restando che «deve avvenire alle stesse condizioni previste nella convenzione originaria (poiché diversamente si assisterebbe ad una rinegoziazione del contratto, non ammessa dalla disciplina di settore) e previo controllo del possesso, da parte del medesimo operatore, dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori/servizi de quibus».

Il contratto di disponibilità

di Emanuela Pellicciotti
- Studio Legale Lombardo & Associati



1. Overview, tra il previgente e l'attuale Codice appalti

Il contratto di disponibilità, come noto è uno schema contrattuale introdotto dall'art. 44 del D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012 (recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", poi convertito con la L. n. 27/2012) ed inserito nel corpus del D.Lgs. n. 163/2006 all'art. 160 ter.

In pieno clima di *spending review*, questo strumento sembrava rispondere alle esigenze dell'Amministrazione – stazione appaltante di acquisire un'opera (o il diritto di utilizzarla o, per usare le parole del legislatore, di "averla a disposizione") interamente realizzata dai privati, con ogni onere e rischio in capo al realizzatore e rispondente alle esigenze dell'Amministrazione stessa, sia sotto il profilo delle *performances* che dal punto di vista dei costi.

Il nucleo dell'istituto andava, quindi, ricercato nell'esigenza delle stazioni appaltanti di munirsi di

un'opera ad un costo pre-determinato e di azzerare il "rischio progetto", il "costo di manutenzione" ed il "costo di fine-vita".

Quest'ultimo punto, soprattutto, rende questo strumento utile e duttile, soprattutto, per la realizzazione di impianti caratterizzati da alti costi di manutenzione e di chiusura, come ad esempio gli impianti di trattamento dei rifiuti. Infatti, la peculiare formulazione dell'istituto lascia l'Amministrazione libera di utilizzare l'impianto, con le *performances* necessarie al buon funzionamento dello stesso (si pensi che l'avvio della procedura di acquisizione del contratto di disponibilità si apre con un "capitolato prestazionale"), ma senza i maggiori costi legati alla localizzazione ed alla disponibilità dell'area di sedime (e, quindi, al prolungarsi dei lavori), alla manutenzione nel corso dell'utilizzo, i costi di bonifica e chiusura.

Tutte le variabili suscettibili di apportare alterazioni di tempi e costi vengono "azzerate", riconducendo ogni problematica alla erogazione di un canone, predeterminato, che l'Amministrazione versa al

privato per l'utilizzo dell'opera (che deve essere sempre in perfette condizioni di funzionamento) ed, eventualmente, ad un rateo finale per il "riscatto" dell'opera, in modo che l'Amministrazione ne acquisti la proprietà.

L'enfasi del legislatore sul collocamento del rischio in capo al privato imprenditore, viene accentuata per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 4-bis, comma 1, lettere a) e b), L. n. 134/2012. La novella, infatti, da un lato prevede che *l'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice*. Per altro verso, poi, dispone che *il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario*.

L'Amministrazione, per suo conto – e salvo diversa determinazione contenuta nel contratto – assume solamente *i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa* che – infatti – *normativamente sono a carico del soggetto aggiudicatore*. Tale ultima determinazione, a ben vedere, appare da un lato superflua e dall'altro lato ridondante; superflua, perché l'Amministrazione può scegliere di non impegnarsi sul "rischio costruzione" e sul "rischio progetto" (altrimenti, perderebbe molti dei vantaggi che l'istituto in questione le offre) e ridondante, perché il rilascio di autorizzazioni, nulla osta e pareri spesso dipende proprio dall'attività dell'Amministrazione stessa.

E questa "piena autonomia" dell'imprenditore si spinge sino a far sì che il legislatore riconosca che *l'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante*.

Per effetto dell'art. 13, comma 1, L. n. 164/2014, poi, si aggiunge che *l'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità*.

In questo modo, quindi, viene in luce un istituto di partenariato pubblico-privato del tutto peculiare, in cui il normale equilibrio che sussiste nei contratti di partenariato – caratterizzandoli rispetto agli appalti – viene ad essere "appiattito" e spostato ex ante sulla computazione del "canone di disponibilità".

In questa formulazione, l'istituto viene trasferito – pressoché "tal quale" – nel D.Lgs. n. 50/2016; per tale ragione, le riflessioni formulate in prosieguo sono indirizzate all'istituto, sia nella sua versione attuale, sia in quella risultante dal previgente Codice appalti.

2. Una forma di partenariato pubblico-privato sui generis e la diffidenza del mondo imprenditoriale

In altri termini, questo istituto sembra cristallizzare le posizioni delle parti al momento della stipula del contratto, senza preoccuparsi delle modifiche o delle esigenze di riequilibrio che possono manifestarsi nel corso del tempo.

In questo tratto distintivo – rispetto alle concessioni in generale ed alle forme di partenariato pubblico-privato – è racchiusa l'essenza, ma anche il destino dell'istituto.

Infatti, nonostante la velleitaria affermazione del legislatore, contenuta nell'ultimo comma dell'art. 160-ter (*"le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle infrastrutture di cui alla parte II, titolo III, capo IV"*, cioè i *"lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi"*), facesse intendere che il contratto di disponibilità fosse destinato a regolamentare la realizzazione delle infrastrutture più importanti del Paese, di fatto – invece – questo istituto è sempre stato guardato con diffidenza e – nella pratica – è rimasto desueto.

Anche il legislatore ha dovuto prendere atto del sostanziale fallimento di questo schema contrattuale, tanto che l'unica palpabile differenza nella formulazione dell'istituto, tra il previgente e l'attuale codice appalti (ove il contratto di disponibilità è disciplinato dall'art.188) è proprio

la mancanza dell'ultimo comma ... che suona come una sorta di abbandono progressivo della speranza di vedere realizzate infrastrutture ed insediamenti produttivi a totale rischio di costruzione del privato.

Sotto il profilo dell'allocazione del rischio, dunque, questo istituto non è stato apprezzato dal mondo imprenditoriale, forse proprio a cagione di quella rigidità dello schema "uso dell'opera – controprestazione canone" che non consente, di fatto, al privato imprenditore di valutare appieno il "rischio d'impresa", non essendovi alcun meccanismo di riequilibrio dell'investimento.

Da questo punto di vista, quindi, lo strumento del contratto di disponibilità sembra andare oltre la definizione – contenuta all'art. 3, comma 15-ter D.Lgs. n. 163/2006 – di "partenariato pubblico-privato", secondo la quale *"ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti."*

Tale definizione, infatti, pur consentendo l'utilizzo di strumenti che collochino il "rischio di costruzione" (in questo caso, ovviamente, non il "rischio di gestione", nonostante il *wording* dell'art. 160-ter, comma 2) in capo ai privati, tuttavia indica la possibilità di graduare tale rischio, mitigandolo con meccanismi di compensazione – tipici delle concessioni – provenienti dalla giurisprudenza e prassi comunitarie.

L'istituto in esame, effettivamente, si discosta dallo schema del "partenariato" propriamente detto, virando verso meccanismi più consoni ad un vero e proprio appalto ... ma – anche in quest'ottica – senza i rimedi applicabili alla fase patologica dell'equilibrio contrattuale degli appalti propriamente intesi.

La centralità del "canone di disponibilità" è viepiù evidente nell'*incipit* dell'art. 160 – ter, laddove

non viene descritto "l'oggetto" del contratto di disponibilità, ma – più concretamente – si afferma che: *"l'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto..."*.

Il fluire della norma, poi, non risponde alla domanda "qual è l'oggetto del canone di disponibilità", ma si limita ad indicare quali siano gli impegni dell'imprenditore privato e quali quelli dell'Amministrazione (che si riduce, sostanzialmente, al pagamento del canone). In tal modo, si lascia intendere che l'istituto possa essere utilizzato per disciplinare una serie indeterminata di opere pubbliche, con il chiaro intento di agevolare la diffusione di questa forma di *partnership*.

3. Il canone di disponibilità

Analoga dicitura si ritrova nell'art. 188, comma 1 D.Lgs. n. 50/2016, ove si riporta la stessa previsione contenuta nel previgente Codice: *"l'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto: a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3; b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice; c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo incorso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice."*

Oltre al canone, dunque, il legislatore ammette anche l'erogazione di un "contributo in corso

d'opera" (il che rappresenta un altro caso di "anticipazione del prezzo", che richiama il principio generale contenuto nell'art. 35, comma 18 D.Lgs. n. 50/2016), ma soltanto nel caso in cui l'Amministrazione abbia previsto di acquistare l'opera: infatti, tale contributo sarà detratto dal prezzo di acquisto dell'opera a fine contratto.

Al di fuori di tale ipotesi, l'Amministrazione è tenuta a corrispondere il canone con regolarità, ma senza deroghe rispetto all'ammontare a suo tempo pattuito e "cristallizzato" nel contratto di disponibilità.

E non solo. Sibillinamente, l'ultima parte del comma 6 dell'art. 188 D.Lgs. n. 50/2016 afferma che *l'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera e dalla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità.*

Come a dire che l'Amministrazione verserà il canone solo nel caso in cui l'opera sia realizzata "a regola d'arte" e sia pienamente "idonea all'uso".

Anche in questo caso, sembra stridente il contrasto fra l'onere imposto all'Amministrazione di *versare il canone di disponibilità... soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera* e quello addossato all'imprenditore, di *prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 103 e, inoltre, dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario anche una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, da prestarsi nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 103;*

Anzi, in caso di varianti al progetto approvato, l'imprenditore - *affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione*, ma senza ulteriori riconoscimenti: la norma, infatti, non dispone a riguardo e, così, indirettamente rinvia al primo comma, in cui il principio granitico dell'istituto è chiaramente declinato e riporta all'eshaustività del canone di disponibilità.

4. Il progetto

Infine, nell'esaminare i tratti distintivi dell'istituto è doveroso esplorare anche il tema progettuale.

In proposito, il terzo comma dell'art. 188, D.Lgs. n. 50/2016, afferma che a base dell'intera procedura di selezione del concorrente privato, viene posto un semplice "capitolato prestazionale", *predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità ... Le offerte devono contenere un progetto di fattibilità rispondente alle caratteristiche indicate in sede di gara. ... l'amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ... individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte.*

Con riguardo al testo della norma ora citata, viene spontaneo rilevare la contraddittorietà in termini fra il termine "capitolato prestazionale" (che si assume essere una preliminare descrizione delle esigenze dell'Amministrazione (altrimenti avrebbe assunto la dignità di uno "studio di fattibilità" o, comunque, una qualifica progettuale) ed il riferimento al "dettaglio" delle caratteristiche tecniche e funzionali dell'opera e, addirittura, le modalità (si ipotizza, i "criteri tecnici", trattandosi si gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) per determinare il canone di disponibilità.

Nella versione della norma che precede il I Decreto Correttivo del Codice Appalti, al posto del "capitolato prestazionale" era previsto uno "studio di fattibilità"; tale riferimento è stato poi modificato, ma ne è rimasta traccia nel successivo comma 5, laddove si specifica che *il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera sono redatti a cura dell'affidatario; l'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del progetto*

di fattibilità tecnico-economica approvato dall'amministrazione aggiudicatrice e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti; il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice la quale può, entro trenta giorni, motivatamente opporsi ove non rispettino il capitolato prestazionale e, ove prescritto, alle terze autorità competenti.

A questo punto, nello schema tipico delineato dalla norma, si cita uno "studio di fattibilità" che – probabilmente frutto di un refuso – non è riconducibile né ad onere della stazione appaltante, né a carico del privato-affidatario.

Inoltre, in un momento così delicato ai fini della quantificazione della spesa per la realizzazione dell'opera – cioè la fase di approvazione del progetto definitivo ed esecutivo – il privato-affidatario assume addirittura il compito di "approvare il progetto", mentre l'Amministrazione-committente può soltanto "opporsi motivatamente", nel caso in cui il progetto non rispetti il capitolato prestazionale posto a base di gara.

Ciò, nella pratica, potrebbe diventare un passaggio quasi "di stile", giacché – per un verso – l'Amministrazione potrebbe non avere le competenze per motivare tecnicamente il suo dissenso e – per altro verso – potrebbe respingere *tout court* i vari livelli di progettazione - ad esempio, nel caso in cui il progetto risultasse troppo costoso – affermando che i progetti non rispettano i livelli prestazionali richiesti.

Ed anche su questo punto, si potrebbe obiettare che sulla base di un capitolato prestazionale è alquanto difficoltoso effettuare valutazioni economiche, tali da rendere possibile un confronto fra costi nascenti dal capitolato a base di gara e costi stimati in progetto.

Ed anche in questo caso, quindi, si palesa la situazione di sostanziale disequilibrio tra le parti, per cui l'imprenditore – affidatario potrebbe trovarsi impegnato nella progettazione di opere (anche assai complesse), avendo per giunta depositato la cauzione, ma esposti ad eventuali critiche del Committente – con la conseguenza della possibile mancata erogazione del corrispettivo perché, come detto sopra, il canone viene corrisposto solo in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera.

5. Conclusioni

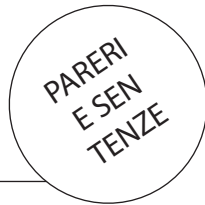
In conclusione, si è potuto verificare come l'istituto in esame – nato per disciplinare la realizzazione di infrastrutture nodali per lo sviluppo del Paese – presenta indubbi vantaggi per l'Amministrazione, che ne assicurerebbero l'ampia diffusione.

Tali vantaggi, però, costituiscono per il privato altrettante criticità: il che porta alla sostanziale aridità di questa forma di partenariato.

Il tratto essenziale sul quale si potrebbe riflettere *de jure condendo*, per riportare in auge l'istituto, consiste nel ricondurre il contratto di disponibilità nell'alveo dello schema concessorio o di partnership, dal quale attualmente si discosta proprio per l'amplissima discrezionalità lasciata all'Amministrazione.

In altri termini, una rimodulazione del "rischio progetto" e del "rischio costruzione" a carico del privato, che sia più realistica in rapporto all'entità delle opere da costruire, potrebbe fungere da volano per il rilancio dell'istituto, anche senza stravolgerne i tratti essenziali.

Pareri & Sentenze



TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 6/6/2017, n. 202

"le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica"

"...va considerato che il comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2016, pone il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della lex specialis di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate.

La disposizione precitata in realtà codifica l'orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 2064/2013), con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV[^], sentenza n. 208/2017)."

TAR Umbria, Sez. I, 31/5/2017, n. 428

Sulla natura giuridica delle linee guida ANAC nel nuovo Codice dei Contratti

"...il Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50 del 2016 ha previsto per la relativa attuazione, in completa rottura rispetto al sistema precedente, non più un'unica fonte regolamentare avente forma e sostanza di regolamento governativo bensì una pluralità di atti, di natura eterogenea, tra cui per quello che

qui interessa, le linee guida approvate dall'ANAC.

Tali linee guida, costituendo una novità assoluta nella contrattualistica pubblica, si distinguono in vincolanti (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e non vincolanti, quest'ultime invero molto più frequenti e assimilabili - secondo una tesi - alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. "soft law" (Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure - seconda altra opzione - alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016).

Senza dover affrontare tale tematica, per quel che qui rileva va invece senz'altro affermata la natura di meri pareri dei comunicati del Presidente dell'ANAC, privi di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, trattandosi di meri opinamenti inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici.

Infatti, per quanto a norma dell'art. 213 del D.lgs. 50 del 2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'ANAC sia invero penetrante ed esteso, a presidio della più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e della prevenzione della corruzione, non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto erga omnes affidato ad organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente, i cui comunicati ermeneutici - per quanto autorevoli - possono senz'altro essere disattesi.

Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato (vedi art. 213 comma 2 D.lgs. 50 del 2016) - nel solco d'altronde degli stessi principi affermati dalla giurisprudenza in tema di esercizio di poteri di tipo normativo o regolatorio da parte di Autorità Indipendenti (Consiglio di Stato sez. atti normativi, 6 febbraio 2006; T.A.R. Lombardia Milano, 4 febbraio 2006, n. 246) - i comunicati del Presidente dell'ANAC sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici."

TAR Venezia, 26/05/2017, n. 512

Regime di pubblicità ex art. 29, d.lgs. 50/2016, e accesso alla documentazione amministrativa

"Giova considerare.....non solo l'art. 29 del D.lgs. 50/2016, il quale detta i principi generali sulla trasparenza e impone la pubblicità di tutti gli atti delle procedure di affidamento sul sito delle stazioni appaltanti, nella sezione amministrazione trasparente, e inoltre sulla piattaforma digitale ANAC e sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ma anche il comma 3 dell'art. 76 (nel testo ante correttivo attualmente vigente) che in aggiunta alle pubblicazioni previste dall'art. 29, stabilisce che debba essere dato "avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti"; laddove per "atti" si devono intendere, i verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti e la documentazione amministrativa di cui si è detto sopra utile al fine della verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi dei concorrenti; il nuovo regime diversificato di impugnazione previsto dal citato art. 120, comma 2-bis, del cpa, introdotto nel 2016, che impone una tale interpretazione, nel senso cioè che l'operatore economico possa accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti, già nella fase iniziale della procedura selettiva (senza attendere cioè quella finale di aggiudicazione, come era previsto nel vecchio regime di cui al D.lgs n. 163 del 2006) e che il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016 sia ormai limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche (cfr. in tal senso, T.A.R. Lazio, sez. III, n. 3971 del 28 marzo 2017)."

TAR Lazio, Latina, Sez. I, 23/5/2017, n. 325

Il r.u.p. non può essere componente della commissione nemmeno quale presidente

"...la formulazione dell'articolo 77, comma 4, d.lg. 19 aprile 2016, n. 50 secondo cui "i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"; la mancata esclusione del presidente dalla regola prevista dall'articolo 77 implica chiaramente che il r.u.p. non possa essere componente della commissione nemmeno quale presidente e quindi il superamento della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del soppresso codice degli appalti; non è d'altro lato consensibile il rilievo secondo cui la nuova regola del comma 4 sarebbe destinata ad operare solo dopo l'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2, dato che essa è formulata in termini generali ed è pertanto immediatamente efficace anche nel regime transitorio delineato dal comma 12 dell'articolo 77 (con il quale è compatibile);"

Tar Campania, Sez. Salerno, 16/05/2017, n. 926

La rotazione nei contratti sotto soglia è la regola e non l'eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza

"...il carattere cogente del principio di rotazione, così come coniato dalla legge generale, non richiede che esso sia necessariamente richiamato dalla disciplina di *lex specialis*;

- il principio assume particolare rilievo nelle procedure sotto soglia, in quanto, secondo le coordinate ermeneutiche seguite in sede pretoria, "la rotazione dunque, che nei contratti sotto soglia è la regola e non l'eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza" (cfr. TAR Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336);

- così pure si afferma in giurisprudenza (TAR Puglia – Lecce, Sez. II, sentenza n. 1906 del 15 dicembre 2016) che "non può configurarsi alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione e in caso di esercizio effettivo, la stessa P.A. deve dare motivato conto all'esterno" (si veda anche: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 6906/2011; Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 4661/2014; TAR Abruzzo - Aquila, Sez. I, sentenza n. 372/2016);

- la ricaduta applicativa del principio in oggetto vale anche per il caso, come quello in oggetto, in cui il conferimento del servizio in appalto è stato preceduto da indagine di mercato, come esattamente previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) e dalle Linee guida ANAC n. 1/2017 (IV, punto 1.2);

- inoltre, con Delibera ANAC n. 917 del 31 agosto 2016 si è precisato che "il criterio di rotazione comporta in linea generale l'esclusione dell'affidatario del contratto uscente, salvo motivare la decisione contraria nei termini indicati connessi alla competenza e all'esecuzione a regola d'arte del precedente contratto";"

Consiglio di Stato, Sez. III, 15/5/2017, n. 2252

"il costo del lavoro è ritenuto indice di anomalia dell'offerta quando non risultino rispettati i livelli salariali che la normativa vigente rende obbligatori"

"...l'Amministrazione, prima di procedere all'aggiudicazione definitiva, deve effettuare una valutazione sulla congruità complessiva dell'offerta ritenuta migliore in presenza di determinati indicatori di possibile anomalia dell'offerta, e procedere ad un approfondimento sulla possibile anomalia anche in assenza di tali indicatori.

In particolare, tenuto conto della esigenza indefettibile di tutela dei lavoratori, l'art. 97 del d.lgs. 50 del 2016 stabilisce che "La stazione appaltante ... esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 (comma 5). Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (comma 6)".

Per effetto di tale disposizione il costo del lavoro è ritenuto indice di anomalia dell'offerta quando non risultino rispettati i livelli salariali che la normativa vigente rende obbligatori.

In linea di continuità con la previsione contenuta nell'art. 86, comma 3 bis, dell'abrogato codice dei contratti pubblici, l'art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016 in materia dispone che "per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali".

Ai sensi della disciplina vigente, una determinazione complessiva dei costi basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi per i lavoratori del settore costituisce, per ciò solo, indice di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione del principio della par condicio dei concorrenti ed è fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato i costi delle retribuzioni da erogare."

TAR Campania, Napoli, Sez. III, 3/5/2017, n. 2358

L'art. 95 pone l'onere di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni, il cui mancato rispetto comporta l'esclusione dalla gara, senza che possa invocarsi la necessità di far ricorso al soccorso istruttorio

"...Il menzionato comma 10 dell'art. 95 pone l'onere di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni, il cui mancato rispetto comporta l'esclusione dalla gara, senza che possa invocarsi la necessità di far ricorso al soccorso istruttorio.

È, difatti, acclarato che:

- la nuova disciplina fissa un obbligo legale inderogabile a carico dei partecipanti alla gara pubblica, cosicché resta ininfluente che gli atti della procedura non dispongano espressamente al riguardo, operando piuttosto il meccanismo dell'eterointegrazione con l'obbligo discendente dalla norma primaria;
- non può ammettersi il soccorso istruttorio (previsto dall'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 per "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica),

in quanto gli oneri di sicurezza interni attengono direttamente all'offerta economica e, per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, ne costituiscono elemento essenziale (cfr. T.A.R. Campania, sez. I di Salerno, 5/1/2017 n. 34 e T.A.R. Veneto, sez. I, 21/2/2017 n. 182). Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 è superata ogni incertezza interpretativa, nel senso sopra illustrato dell'inderogabilità dell'obbligo derivante dall'art. 95, comma 10."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**Delibera n. 247 del 8 marzo 2017
PREC 102/16/L**

"è illegittima la clausola del bando che, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, pone a carico dell'aggiudicatario il rimborso dei costi di funzionamento della centrale di committenza"

"l'istante lamenta la illegittimità della clausola del bando della gara in oggetto che prevede che «in caso di aggiudicazione l'offerente è tenuto a versare alla Stazione Appaltante una somma pari allo 0,5% dell'importo a b.a. quale copertura spese di funzionamento della centrale di committenza...l'Autorità ha ritenuto che « le previsioni normative di rango primario (...) che consentono l'introduzione di meccanismi di remunerazione per l'ente appaltante, posti a carico dell'aggiudicatario, confermano la necessità di apposita copertura normativa per legittimare l'operato delle centrali di committenza ed evidenziano, altresì, l'eccezionalità di una tale possibilità, non esistendo alcuna disposizione legislativa, che in termini generali abilita una stazione appaltante a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d'appalto»;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 243 DEL 8 marzo 2017
PREC 47/17/L**

"una rettifica dell'offerta è ammissibile solo qualora ci si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente"

"...è stato precisato dalla stessa giurisprudenza amministrativa che l'approccio sostanzialistico non può arrivare fino al punto di consentire alla stazione appaltante una ricerca della reale volontà dell'operatore economico che si traduca nell'acquisizione di dichiarazioni o documentazione successive alla presentazione dell'offerta da parte del concorrente e dunque in una violazione del principio di immutabilità dell'offerta e della par condicio.

Ciò che è consentito alla stazione appaltante, in assenza di specifiche indicazioni della lex specialis, è l'emenda del mero errore materiale, ovvero di quello che è possibile individuare sulla base di elementi di valutazione diretti e univoci già tutti desumibili dall'offerta presentata dal concorrente.

In ultima analisi, dunque, il principio consolidato è che una rettifica dell'offerta è ammissibile solo qualora ci si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (che non sono ammesse

salva l'ipotesi dell'applicazione dell'art. 83, comma 9 del Codice dei contratti) si deve osservare che, nel caso di specie, la correzione delle percentuali di ribasso operata dalla Stazione appaltante relativamente all'offerta di taluni concorrenti non è stata determinata dalla presenza di una incongruità tra offerta espressa in cifre e medesima offerta espressa in lettere, bensì da una rilevata discordanza del ribasso percentuale offerto rispetto al prezzo globale al netto del costo degli oneri di sicurezza.

La Commissione, infatti, ha effettuato la rettifica delle percentuali di ribasso pervenendo alle stesse con assoluta certezza, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente, proprio perché tutte le operazioni di ricalcolo sono state effettuate sulla base di dati certi, non soggetti, cioè, ad alcun tipo di attività (discrezionale)."

Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 225 del 8 marzo 2017

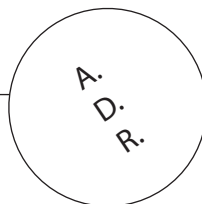
PREC 122 /16/S

"la ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale"

"RITENUTO che la ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento e quindi, omettendo di procedere alla verifica dell'anomalia, l'ente appaltante non ha potuto effettivamente riscontrare che le imprese avessero giustificazioni adeguate all'eccessivo sconto proposto; Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore, in quanto essa, pur non avendo previsto l'esclusione automatica nel bando, avrebbe comunque dovuto applicare l'art. 97, co. 2 e procedere conseguentemente alla verifica dell'anomalia delle offerte"

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1

E' ammesso il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica?

Diversamente dalla previgente disciplina che ammetteva il soccorso istruttorio anche rispetto all'offerta in tutte le sue fasi con l'unico limite costituito dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1 - bis, laddove, facendo riferimento all'incertezza assoluta del contenuto o della provenienza dell'offerta, escludeva la possibilità di sanare, ex post, mediante il soccorso istruttorio quelle mancanze, incompletezze o irregolarità dell'offerta; la nuova norma esclude la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l'offerta tecnica ed economica. Il principio del "soccorso istruttorio non può essere utilizzato per supplire a carenze

dell'offerta, sicché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi" (Cons. Stato, V, 15 febbraio 2016, n. 627).

L'errore materiale consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere ictu oculi. In definitiva, l'errore materiale non esige alcuna attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare in toto l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23.03.2017 n. 1320).

2 **L'affidamento diretto per importi inferiori ad € 40.000,00 può essere fiduciario?**

Ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett.a) del D.Lgs n. 50/2016 per affidamenti di importo inferiore ad 40.000 euro le stazioni appaltanti possono procedere ad affidamenti diretti anche senza previa consultazione di due o più operatori economici. Con questo però non deve intendersi che l'Amministrazione possa procedere all'affidamento senza doverne rendere conto. L'obbligo della motivazione anche se cancellato dall'art. 36 comma 2 lett. a) del codice, resta comunque obbligatorio, in quanto imposto dall'art. 97 comma 2 della Costituzione ai sensi del quale "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" nonchè dall'art. 3 comma 1 della legge n. 241/1990 ai sensi del quale "Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2 (atti normativi e a contenuto generale). La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

3 **Nell'offerta economica l'operatore oltre ad indicare la percentuale di ribasso offerta sull'importo a base di gara quali altri costi deve specificare?**

Ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti diretti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) del codice, nell'offerta economica l'operatore, ai sensi dell'art. 95 comma 10 del D.Lgs n. 50/2016, 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.

4 **Nelle gare di progettazione possono le Stazioni Appaltanti subordinare il pagamento del corrispettivo all'ottenimento del finanziamento dell'opera?**

No, ai sensi dell'art. 23 comma 8bis del D.Lgs n. 50/2016, sarebbe illegittima la clausola del bando di gara che subordinasse la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata.

5 **Quali condizioni devono sussistere perchè la Stazione Appaltante possa autorizzare il subappalto?**

I soggetti affidatari dei contratti possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

6

Come cambiano i requisiti di base per la qualificazione delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti con l'entrata in vigore del Decreto Correttivo D.Lgs 56/2017?

Il Decreto Correttivo in parola, aggiunge due requisiti di "base" che devono essere posseduti per la qualificazione, intesa come una serie di capacità e competenze che rendano la centrale di committenza particolarmente efficiente nella gestione della programmazione acquisizione e controllo sull'esecuzione, di lavori beni e servizi.

E' necessario, quindi, che i soggetti da qualificare adempiano agli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti di lavori servizi e forniture verso l'ANAC ai sensi dell'articolo 213 c.9 del D.Lgs. 50/2016, e agli obblighi di comunicazione in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, derivanti dagli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229 e di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti, richiamati dall'articolo 29, comma 3 del medesimo Decreto.

7

Le Stazioni Appaltanti, prima dell'aggiudicazione, sono tenute sempre a instaurare il sub procedimento di verifica dell'anomalia?

Le stazioni appaltanti verificano obbligatoriamente la congruità delle offerte affette da anomalia calcolata ai sensi dell'art. 97 commi 2 e 3 del D.lgs. 50/2016 rispettivamente nelle gare col criterio del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ai sensi dell'art. 97 comma 6 del D.lgs. n. 50 /2016 le stazioni appaltanti possono discrezionalmente valutare la congruità di ogni offerta che in base a elementi specifici appaia sospetta di anomalia.

In entrambi i casi l'amministrazione instaura il sub procedimento di verifica dell'anomalia richiedendo all'offerente elementi a giustificazione dell'offerta, all'esito del quale si procederà all'esclusione dell'offerente solo se le giustificazioni sono insufficienti a dimostrare la congruità complessiva dell'offerta.

Con l'entrata in vigore del Correttivo al D.lgs. n. 50/2016 le stazioni appaltanti devono obbligatoriamente verificare la congruità dell'offerta, anche qualora non si ravvisi il superamento delle soglie di anomalia, in presenza di indicatori quale potrebbe essere il mancato rispetto dei livelli salariali che la normativa vigente rende obbligatori. Ne consegue che in caso di offerta che presenti un costo della manodopera inferiore rispetto ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali, il fumus di anomalia obbligherà la stazione appaltante, così come previsto dall'art. 95 comma 10 del D.lgs. n. 50 /2016, a richiedere giustificazioni relativamente a quest'ultima singola voce di costo al fine di valutarne la congruità prima dell'aggiudicazione.

Lo scostamento, tuttavia, del costo del lavoro dai costi minimi indicati nelle tabelle ministeriali, secondo la giurisprudenza amministrativa, non può determinare l'esclusione per anomalia in quanto può essere concretamente giustificato dalle diverse particolari situazioni aziendali e territoriali e dalla capacità organizzativa dell'impresa che possono rendere possibile, in determinati contesti particolarmente virtuosi, anche una riduzione dei costi del lavoro.

Avvalimento... principi e contenuti

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Diverse le pronunce intervenute nell'ultimo periodo relativamente ad un istituto ormai acquisito dal nostro ordinamento e raffinato nelle regole e nei principi fin dalla vigenza del "vecchio" d.lgs. 163/206.

Prendendo buona nota dei punti fermi sviluppati dalla Giurisprudenza, si ritrova certamente la sentenza n. 5545 del 09 maggio u.s. a firma del Tar Lazio Roma, nella quale è stato affrontato l'annoso tema della genericità del contratto di avvalimento infra gruppo.

A fronte di apposita eccezione sollevata dalla parte e fondata su consolidata giurisprudenza la quale ritiene indispensabile la specificazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa concorrente, al precipuo fine di rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il "prestito" del requisito, al fine di consentire all'Amministrazione di verificare che la sinergia aziendale realizzata con l'avvalimento sia effettiva ed idonea a consentire la regolare

esecuzione del contratto d'appalto, e non già limitata ad un mero impegno "cartolare", che in alcuni casi potrebbe eludere le norme generali sui requisiti di partecipazione (la ricorrente cita Cons. Stato n. 5573/2014 e Tar Firenze n. 865/2014).

Il Collegio a seguito dell'eccezione, effettua una ricostruzione fondata su un quesito essenziale: se cioè, trattandosi nella specie di un avvalimento infragruppo, fosse o meno necessaria la stipula di un contratto di avvalimento "ad hoc".

Il Collegio ritiene che il comma 1, ultimo periodo dell'art. 89 del nuovo Codice Appalti - a mente del quale "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" - trovi applicazione anche nel caso di specie senza che a ciò osti il fatto che si tratti di un avvalimento infragruppo.

A tale conclusione il Collegio giunge valorizzando alcuni profili essenziali di carattere interpretativo, anche comparando il pregresso impianto normativo del d.lgs. 163/2006.

a) ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006, era in effetti previsto che "nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5".

b) nessuna norma di analogo tenore trova oggi collocazione nel nuovo Codice degli Appalti Pubblici, il che deve indurre a ritenere che non abbia più spazio la deroga già prevista all'obbligo di produrre il contratto di avvalimento per il caso di sua conclusione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo.

c) in particolare, non si rinviene alcuna deroga per l'ipotesi di avvalimento infragruppo nell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 che oggi detta la disciplina fondamentale dell'avvalimento, prevedendo il generale obbligo di allegare il relativo contratto; né la deroga previgente può dirsi espressione di un particolare principio eurounitario di primaria rilevanza o cogente, trattandosi di disposizione (lett. g) del "vecchio" art. 49) che mirava semplicemente ad attenuare l'onere dimostrativo nelle situazioni in cui si poteva presumere una convergenza di interessi tra più soggetti, ai fini della messa a disposizione di un requisito dell'uno di cui l'altro fosse carente;

d) non può desumersi alcuna deroga neanche dal riferimento ai "settori speciali" di cui al comma 2 dell'art. 89;

e) siffatta deroga va invero negata se si pensa che, per coerenza ermeneutica, si dovrebbe anche escludere l'applicabilità del quarto periodo del comma 1, che impone necessariamente di depositare la dichiarazione dell'ausiliaria, adempimento certamente non derogabile, non essendo altrimenti ipotizzabile altro documento

idoneo a comprovare il rapporto di avvalimento e costituendo la suddetta dichiarazione "da sempre" la prova principale del rapporto di avvalimento, anche nel regime previgente.

Non solo. Ma i Giudici hanno altresì puntualizzato circa il requisito tecnico di esperienza reso dall'ausiliario al concorrente, rammentando che l'avvalimento, ben può riguardare anche, un requisito di capacità tecnica, relativo ad una determinata esperienza tecnico-professionale maturata, in casi di questo genere, deve ritenersi che "l'impresa ausiliaria deve assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. Stato, VI, 31 luglio 2014, n. 04056; V, 22 gennaio 2015, n. 257, 27 gennaio 2014, n. 412, 4 novembre 2014, n. 5446, 23 maggio 2011, n. 3066 e 12 giugno 2009, n. 3762; III, 7 aprile 2014, n. 1636 e 11 luglio 2014, n. 3599; IV, 9 febbraio 2015, n. 662).

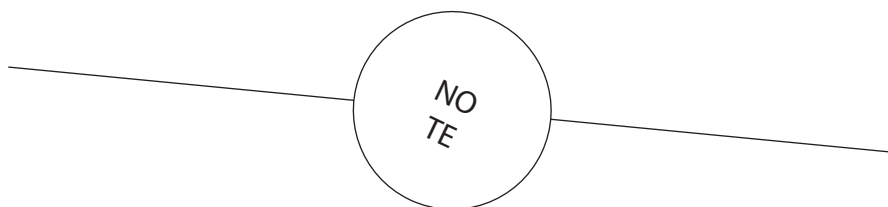
Tra l'altro richiamando alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 4 novembre 2016, n. 23 il tribunale converge sull'assunto per il quale il contratto di avvalimento (qualificabile come contratto atipico) presenta tratti propri: i) del contratto di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile, ii) dell'appalto di servizi, nonché iii) aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto", deve ritenersi che, nella specie, ai fini dell'integrazione del requisito in capo alla concorrente, nel contratto di avvalimento debbano necessariamente ricorrere elementi propri anche dell'appalto di servizi (prestazione di mezzi e risorse), che appaiono prevalenti rispetto agli aspetti di "mera garanzia patrimoniale".

I Giudici di primo grado valorizzando positivamente una serie di elementi che consentono di ritenere adeguatamente determinati tanto la prestazione, quanto l'impegno assunti dall'ausiliaria, giungono alla conclusione che alcuna nullità del contratto di avvalimento in quanto, nonostante la prestazione

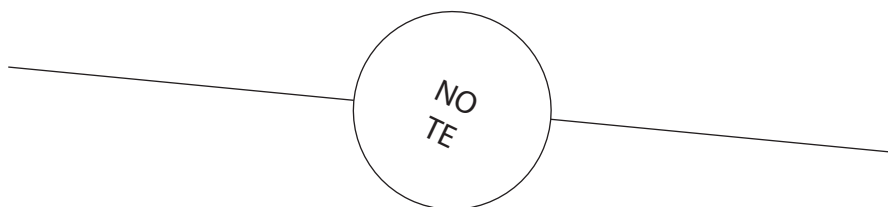
della dell'ausiliaria non sia puntualmente dettagliata, l'impegno contrattuale da essa assunto appare determinabile "per relationem" e non è revocabile in dubbio la serietà di esso stante l'assunzione di una responsabilità solidale nella prestazione.

Nella rassegna sul tema, si richiama la sentenza n. 2316 del 16 maggio u.s. a firma della sezione V del Consiglio di Stato, nella quale si legge che perché l'offerente possa legittimamente addurre l'affidamento sulle capacità di terzi soggetti, quale che sia la natura dei loro legami, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà in modo reale ed effettivo dei mezzi di tali soggetti che non ha in proprio e che sono oggettivamente necessari per realizzare l'appalto; sicché egli non può far valere le capacità di altri soggetti solo per soddisfare su un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, n. 324): perciò il possesso da parte dell'ausiliario dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi specificamente le risorse, ovvero sia persone e mezzi messi a disposizione dell'ausiliato, si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, che non assolve alla funzione tipica dell'avvalimento, finalizzata ad assicurare alla stazione appaltante che in ogni caso i mezzi mancanti all'aggiudicataria vengano assicurati dalle risorse e dall'apparato organizzativo del soggetto che si impegna al prestito (Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016 n. 264).

Da ultimo una pronuncia a firma del Tar Campania Napoli, la numero 2643 del 16 maggio u.s. nella quale, si richiama nuovamente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016 innanzi citata, ed ai ragionamenti in essa contenuti ed incardinati nei principi del Codice Civile sul tema dell'interpretazione delle clausole contrattuali. Il Collegio si orienta considerando che l'indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto di avvalimento (anche ai fini dell'individuazione di eventuali forme di invalidità) deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, segnatamente, sulla base dell'articolo 1363 cod. civ. (rubricato 'Interpretazione complessiva delle clausole'), secondo cui "le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto" e dell'articolo 1367 del medesimo codice (rubricato "Conservazione del contratto"), secondo cui "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno".



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 lines in total. The lines are evenly spaced and span most of the width of the page.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 lines in total. The lines are evenly spaced and cover most of the page's width.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

MEDIAAPPALTI

www.mediappalti.it

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

Mediagraphic

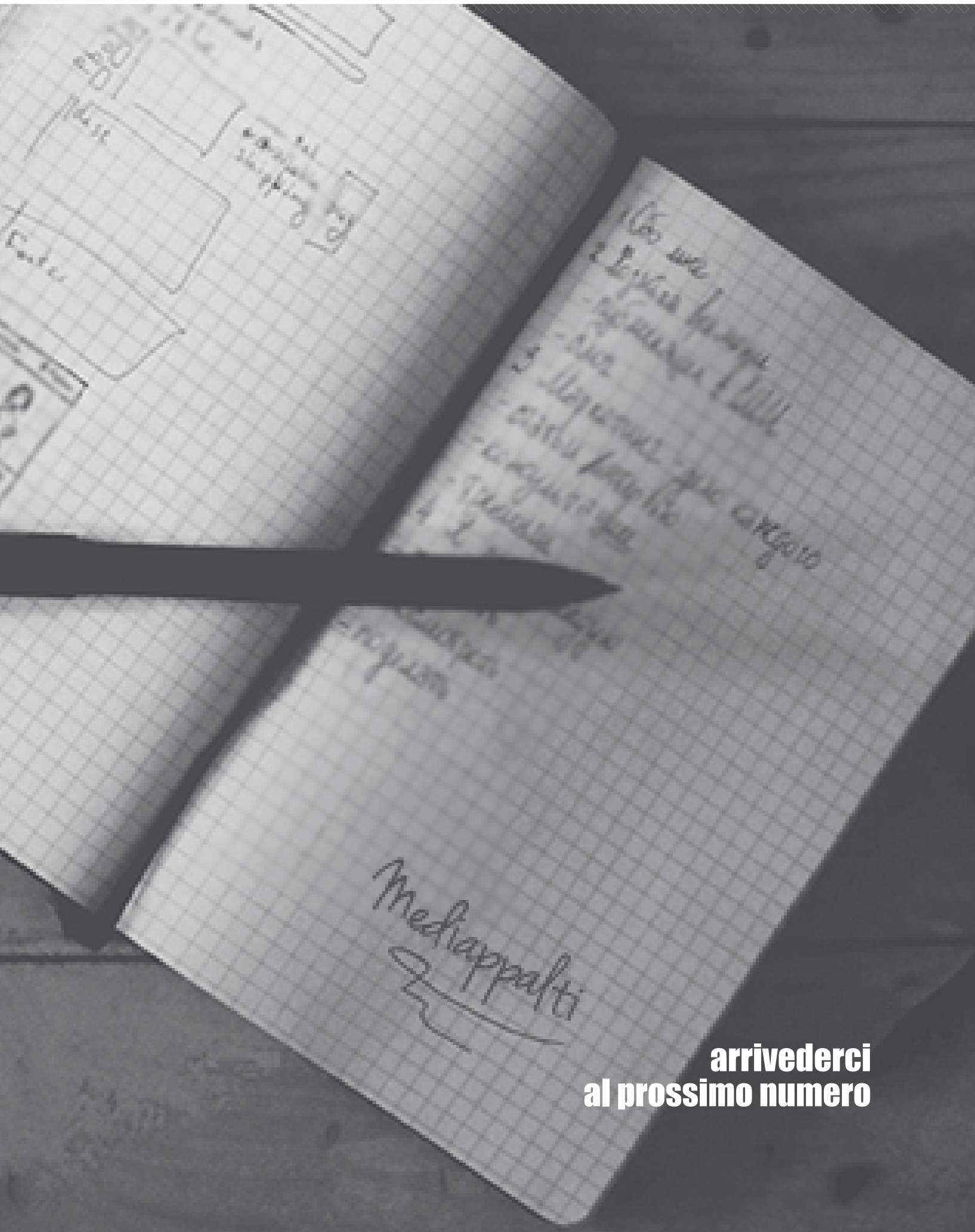
Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it





Mediappalti

**arrivederci
al prossimo numero**

i seminari in programma

SEMI
NARI

APPALTI

La novità del decreto correttivo del Codice degli Appalti: d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017

13 giugno 2017 Palermo, 20 giugno 2017 Potenza, 20 giugno 2017 Parma, 20 Giugno 2017 Bolzano, 27 giugno 2017 Cagliari.

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

13 giugno 2017 Cagliari, 13 giugno 2017 La Spezia, 13 giugno 2017 Salerno, 13 giugno 2017 Udine, 20 giugno 20107 Ancona, 23 giugno 2017 Brescia, 27 giugno 2017 Roma, 27 giugno 2017 Bologna.

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

13 giugno 2017 Verona, 22 giugno 2017 Catania.

La gara di forniture e servizi

22 e 23 giugno 2017 Torino, 29 e 30 giugno 2017 Milano.

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

6 luglio 2017 Bari.

CORSI ONLINE AREA APPALTI

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

12, 19 e 28 giugno 2017.

Il Decreto Correttivo 2017 n. 56 e la nuova riforma del Codice degli Appalti

14 giugno 2017.

Il MePA alla luce del nuovo Codice degli Appalti - IX edizione

23, 27 e 30 giugno 2017, 6 luglio 2017.

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

L'Anticorruzione dopo la Legge Madia

09 giugno 2017.

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!