

Rivista mensile - Anno VII, Numero 5

luglio
2017

MEDIA APPALTI

Il potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC prima e dopo il correttivo al Codice dei contratti

L'avvalimento alla luce del Correttivo appalti e della proposta dell'ANAC finalizzata all'adozione del decreto MIT

Il principio della trasparenza degli atti, con particolare riferimento all'art. 29 del d.lgs. 50 del 2016 nel correttivo al Codice degli Appalti



“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**

**luglio
2017**

Osceno Mare

342. Sono le spiagge sulle quali sventola la bandiera blu. Il mare è uno dei beni più preziosi per il nostro paese. Se il turismo cresce in Italia è merito dell'arte, della cultura e del mare. Acque cristalline. Fondali bianchi. Bianchissimi. Spiagge. Scogliere.

342. Sembrano tante. Sono pochissime. Se si considerano i 7458 chilometri di costa italiana, sono un niente. Il nostro mare è malato. Le coste sono disseminate di depuratori mal funzionanti, da ultimare, da appaltare, da progettare. "La mala depurazione e gli scarichi inquinanti - afferma Legambiente - restano il delitto più contestato, rappresentano il 31,7% delle infrazioni totali".

Ogni mancato affidamento, ogni ritardo, ogni genere di ostacolo ad appaltare la realizzazione e gestione di un depuratore è una condanna per la comunità. E non solo per quella comunità priva di quello specifico depuratore, ma anche per quelle che vivono nelle zone costiere limitrofe. Il perpetuo movimento del mare rende il problema di una comunità, un dramma che investe zone molto più estese. Il mare diluisce, disperde, propaga. Quelle tracce di inquinamento se le porta insieme. Da una spiaggia all'altra.

Ogni amministrazione dovrebbe iscrivere la gestione dei depuratori tra le proprie priorità. Ogni amministrazione dovrebbe pretendere che le altre municipalità facciano lo stesso. E' il corretto funzionamento della rete dei depuratori che rende il mare pulito. Altrimenti avremmo un mare splendido solo a chiazze. E pochi fortunati che

potranno godersi l'estate senza pensare al rischio di essere infetti da qualche batterio.

Da una parte le bandiere blu, dall'altra le infrazioni registrate da Goletta Verde. Nel 2016 sono state contestate 15699 irregolarità.

La cronaca di queste ultime settimane non fa ben sperare per il 2017. "Il Comune di Augusta si appresta a vivere un'altra stagione balneare come le precedenti, con gli ormai diffusi divieti di balneazione sparsi un po' in tutta la costa e dovuti anche alla non balneabilità del mare", scrive il Giornale di Sicilia. "Depuratore maledetto.

Anzi di più. I lavori di ampliamento e potenziamento che dovevano essere fatti da oltre 20 anni per rendere davvero efficace l'impianto di via Raiale ed evitare gli sversamenti a mare, proprio non si riescono a farli partire", si legge sul giornale online PrimadiaNoi.it parlando della situazione di Pescara. "La procura della Spezia indaga sugli odori irrespirabili e le episodiche fuoriuscite di liquami", afferma IL SECOLO XIX. Il problema è diffuso in tutto il paese. Un problema ambientale, di salute pubblica, di economia.

La gravità della situazione italiana è riassunta nelle sanzioni inflitte dall'Europa. All'Italia sono state assegnate infrazioni per 60milioni di euro e una multa di 350mila euro al giorno fino al risanamento della situazione. Una multa che riguarda, oltre che la carenza degli impianti di depurazione, tutta la filiera della gestione dell'acqua lungo acquedotti obsoleti, caratterizzati da numerose dispersioni e da un altrettanto inefficiente rete fognaria.

Divieto di balneazione. Ogni cartello del genere che vedremo lungo le nostre coste è in realtà un'ammissione di consapevolezza con la quale si confessa che non si è riusciti ad offrire un mare pulito nel quale trovare refrigerio nelle torride giornate estive, nel quale far divertire i vostri figli.

"...avvicina il pennello al volto della donna, esita un attimo, lo appoggia sulle labbra e lentamente lo fa scorrere da un angolo all'altro della bocca. Le setole si tingono di rosso carminio. Lui le guarda, le immerge appena nell'acqua, e rialza lo sguardo verso il mare. Sulle labbra della donna rimane l'ombra di un sapore che la costringe a pensare 'acqua di mare, quest'uomo dipinge il mare con il mare". La magia di questo passo tratto da Oceano Mare di Alessandro Baricco potrebbe funzionare solo in 342 luoghi in tutta Italia. Se un'esperienza del genere fosse vissuta altrove, la donna non resterebbe affascinata, sarebbe disgustata perché quel mare, lì nei pressi di un depuratore malfunzionante, è un Osceno Mare.

Un depuratore efficiente è tra i migliori investimenti che una comunità deve potersi permettere. Un investimento che deve avere precedenza su ogni altro progetto perché è con la salute dell'ambiente e la salute dell'uomo che si costruisce il futuro.

di Enzo de Gennaro

sommario

Editoriale

Osceno Mare

4

In evidenza

Il potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC prima e dopo il correttivo al Codice dei contratti

7

Sotto la lente

L'avvalimento alla luce del Correttivo appalti e della proposta dell'ANAC finalizzata all'adozione del decreto MIT

17

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

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

Avv. Rinaldo Alvisi
Avvocato Penalista

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Il Punto

Il principio della trasparenza degli atti, con particolare riferimento all'art. 29 del d.lgs. 50 del 2016 nel correttivo al Codice degli Appalti

25

La semplificazione per la realizzazione o ristrutturazione di impianti sportivi: una deroga alle norme sulle concessioni pubbliche?

30

La nomina/costituzione della commissione di gara nel periodo transitorio

35

L'interpretazione dei contratti di appalto di servizi e il reato di abuso di ufficio ex art. 323 c.p..

40

Esclusione dal mercato dei pubblici appalti per fatto della Amministrazione e risarcimento del danno

46

La risoluzione delle controversie nella fase esecutiva dell'appalto di lavori alla luce del Nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. n. 50/2016)

53

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

62

In pillole

65

Osservatorio sulla Corte dei Conti

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 potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC prima e dopo il correttivo al Codice dei contratti



di Alessandra Verde

Premessa

Come è noto, il nuovo Codice dei contratti attribuisce all'Autorità Anticorruzione un ruolo centrale nel sistema degli appalti pubblici, sia per le funzioni di vigilanza ad essa attribuite sulla corretta applicazione del Codice medesimo sia per le sue inedite funzioni para-normative, da esplicarsi mediante l'adozione degli atti di *soft law* che tengono luogo dei vecchi atti normativi secondari di esecuzione del Codice.

Nell'ambito dei poteri di vigilanza, assume particolare rilievo il potere di raccomandazione che l'ANAC può esercitare nei confronti delle stazioni appaltanti.

Tale potere è stato al centro della recente vicenda dell'abrogazione "a sorpresa", in sede di decreto correttivo, della norma che lo prevedeva, poi ripristinata in tutta fretta pur se con contenuti differenti.

Procediamo con ordine. Il potere di raccomandazione in capo all'ANAC trova fondamento innanzitutto nella legge delega n. 11 del 2016: l'art. 1, comma 1, lett. t) dispone infatti di attribuirle, tra l'altro, <<più ampie funzioni di promozione dell'efficienza (...), di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, **raccomandazione**, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio>>.

Nel Codice, tale delega trova applicazione, in particolare, negli artt. 211 e seguenti, che disciplinano le funzioni di rilascio di pareri di precontenzioso e di raccomandazione. Prima delle modifiche apportate dal decreto correttivo, di cui parleremo diffusamente più avanti, nell'art. 211, al comma 2, era disciplinato il c.d. potere di raccomandazione vincolante - in verità, infelicemente collocato all'interno di una disposizione rubricata <<pareri di precontenzioso dell'ANAC>>. L'art. 213 invece contiene la declaratoria generale delle funzioni di vigilanza e controllo dell'Autorità nel settore degli appalti e ad esso viene ricondotta la previsione del potere di raccomandazione non vincolante.

Tale distinzione è espressamente contemplata nel Regolamento che l'ANAC stessa si è data, con Atto del 15 febbraio 2017, che disciplina i casi, le modalità e il procedimento per l'esercizio dell'attività di

vigilanza ed, in particolare, per quanto qui ci interessa, del potere di adottare raccomandazioni. Tuttavia, la genesi della norma che contempla il potere di raccomandazione non è stata scevra da contestazioni. Il Consiglio di Stato, in particolare, con due successivi pareri - il primo, il n. 855 del 2016, espresso sullo schema di Codice ed il secondo, il n. 2777 del 2016, sullo schema di regolamento ANAC sull'esercizio del potere di

Il potere di raccomandazione vincolante conferito all'Autorità Anticorruzione dall'art. 211 del Codice è stato oggetto di valutazioni critiche da parte del Consiglio di Stato. Lo stesso è stato poi inaspettatamente abrogato dal Correttivo al Codice e, subito dopo, ripristinato con contenuti più blandi.

vigilanza – aveva messo chiaramente in rilievo molteplici aspetti critici e di dubbia legittimità della disposizione già prima che la medesima entrasse in vigore all'interno del Codice.

Il correttivo, infine, andando ben oltre i suggerimenti del Consiglio di Stato, ha abrogato *tout court* il comma 2 dell'art. 211, scatenando le ire dell'Autorità anticorruzione, tanto da costringere il Governo a correre ai ripari re-intervenendo, con la "Manovrina" estiva, sul testo normativo e ripristinando il potere di raccomandazione pur se con contenuti più blandi, come vedremo meglio nel seguito della trattazione.

1. Il potere di raccomandazione vincolante nella versione originaria del Codice dei contratti

Come detto, la norma che ha introdotto il potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC, ovvero il comma 2 dell'art. 211, ha subito una gestazione piuttosto travagliata.

La prima versione della stessa, contenuta nello Schema di Codice, contemplava anche un potere sospensivo che poi è scomparso nella versione definitiva entrata in vigore ad aprile 2016.

La prima versione del comma 2 in esame era infatti la seguente: <<Qualora l'Autorità, nell'esercizio delle proprie funzioni, accerti violazioni che determinerebbero l'annullabilità d'ufficio di uno dei provvedimenti ricompresi nella procedura ai sensi degli articoli 21-*opties* e 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. **La raccomandazione ha effetto sospensivo sul procedimento di gara in corso per il medesimo termine di sessanta giorni, qualora dal provvedimento possa derivare danno grave.** Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite

massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti (...)>>.

Inizialmente, dunque voleva attribuirsi all'ANAC un potere di "intromettersi" nelle procedure avviate dalle stazioni appaltanti fortemente pervasivo ma di indubbia efficacia, visto anche che non era prevista, almeno espressamente, la possibilità di impugnare l'atto sospensivo. Sicuramente, la locuzione "qualora dal provvedimento possa derivare danno grave" sarebbe stata foriera di dubbi interpretativi: ci sarebbe stato infatti da chiedersi quando un atto illegittimo che infici una procedura di gara possa ritenersi non grave.

In ogni caso, tale versione non è stata confermata in sede di approvazione del Codice. Il riferimento al potere sospensivo dell'ANAC è infatti sparito ed è invece, opportunamente, comparsa la previsione dell'impugnabilità dell'atto di raccomandazione vincolante dinanzi al TAR.

Come già accennato in premessa, il Consiglio di Stato aveva comunque espresso forti perplessità sull'essenza stessa dell'istituto della raccomandazione vincolante, così come formulato nello Schema del Codice¹. Secondo il Supremo Collegio, la norma presentava significative criticità, in primo luogo, <<sul piano della **compatibilità con il sistema delle autonomie**, in quanto introduce un potere di sospensione immediata (poi eliminato nella versione definitiva del Codice, *ndr*) e uno di **annullamento mascherato** che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta (...)>> e, in secondo luogo, <<sul crinale della ragionevolezza e della **presunzione di legittimità degli atti amministrativi**, in quanto la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di **responsabilità da atto legittimo**. E' da preferire allora una riformulazione in chiave di controllo collaborativo (...)>>.

In altri termini, il Consiglio di Stato contestava l'eccessiva incisività dell'intervento dell'ANAC all'interno dei procedimenti di gara, ponendo



1. Si veda il citato parere n. 855/2016.

in dubbio la sua compatibilità con il riparto delle competenze stabilite dall'ordinamento. L'ANAC, esercitando un potere che è di fatto di annullamento, avrebbe assunto il medesimo ruolo dell'organo che ha adottato l'atto ovvero del giudice amministrativo. Compatibile con l'assetto delle competenze dettato dalla Costituzione sarebbe stata invece una legittimazione processuale dell'ANAC, nel senso di attribuirle quel ruolo di controllo collaborativo sfociante anche nel potere di impugnare gli atti oggetto di contestazione direttamente dinanzi al TAR, sulla falsariga di quanto riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, su cui si era appunto pronunciata la Consulta, come ricordato dal Consiglio di Stato proprio nel parere citato.

In secondo luogo, ciò che non ha convinto il Supremo Collegio è il tipo di responsabilità che pareva profilarsi in questo inedito istituto: l'ANAC si sarebbe trovata a poter contestare di sua iniziativa – anzi,

a “dover accertare violazioni”, pur non avendone la competenza conferita né dalla legge delega né dall'ordinamento nel suo complesso - l'illegittimità di provvedimenti di una procedura di affidamento che, a suo avviso, fossero risultati viziati a tal punto da essere annullabili d'ufficio, ma senza che tale accertamento della presenza di vizi di tal fatta fosse operata dall'organo competente, cioè lo stesso organo che avesse adottato l'atto ovvero altro organo competente per legge, oppure dal giudice amministrativo. Ci si sarebbe trovati dinanzi all'obbligo per la stazione appaltante, pena l'irrogazione della sanzione, **di dover annullare un atto formalmente legittimo** perché nessun organo a ciò deputato ne aveva accertato l'illegittimità.

Il Consiglio di Stato, nel suggerire una riformulazione dell'istituto in chiave collaborativa, consigliava altresì di limitare l'operatività della

raccomandazione vincolante, e quindi l'intervento diretto dell'ANAC all'interno di una procedura di gara, solo ai casi di vizi afferenti agli atti più importanti, quali i bandi e gli altri atti generali, ovvero a qualsivoglia atto di gara ma limitatamente agli appalti di particolare rilevanza.

In sede di approvazione del testo definitivo del Codice, il contenuto dell'art. 211, comma 2 è stato parzialmente modificato per smussare alcune imprecisioni linguistiche, quali appunto il riferimento ad un non meglio chiarito potere di “accertamento delle violazioni”, e per accogliere, pur se solo parzialmente, le obiezioni sollevate dal Consiglio di Stato.

Il testo definitivamente approvato è stato il

seguente :
<<Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela

Il Consiglio di Stato, in sede di parere rilasciato sullo schema di Codice, aveva posto in dubbio la compatibilità della norma sulla raccomandazione vincolante con i principi di ragionevolezza e di presunzione di legittimità degli atti amministrativi, posto che la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela di un atto che si presume legittimo fino a prova contraria, dando luogo ad una sorta di “responsabilità da atto legittimo”.

e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo>>.

Come già accennato sopra, il potere sospensivo è venuto meno ed è stata prevista espressamente l'impugnabilità della raccomandazione vincolante dinanzi al giudice amministrativo.

2. Il Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 15 febbraio 2017

Al fine di meglio comprendere i contenuti della raccomandazione vincolante e le differenze con la raccomandazione non vincolante, appare utile esaminare il Regolamento adottato dall'ANAC al fine di disciplinare l'esercizio della sua attività di vigilanza, ex artt. 211, comma 2 e 213 del Codice².

La disamina del Regolamento appare ancora più chiara se è affiancata dalla lettura del parere n. 2777/2016 che il Consiglio di Stato è stato chiamato a rilasciare proprio sullo schema di tale Atto, e che mette in

luce le persistenti criticità dell'istituto della raccomandazione vincolante già evidenziate nel primo parere (il n. 855/2016 sopra esaminato).

Innanzitutto, le raccomandazioni vincolanti sono quelle adottate nei casi e secondo le modalità previste dall'art. 211, comma 2. Si tratta dei provvedimenti conclusivi di un procedimento di vigilanza avviato dall'Autorità su una procedura di gara, adottati dal Consiglio **in caso di gravi e tassative violazioni riscontrate nella sola fase di gara**, con cui si richiede alla stazione appaltante di annullare in autotutela l'atto o gli

atti riscontrati come illegittimi e a rimuoverne gli effetti, pena l'irrogazione di una sanzione a carico del dirigente responsabile. Il procedimento per l'adozione di una raccomandazione vincolante non può essere avviato se la procedura su cui è stato esercitato il potere di vigilanza è già giunta alla fase di esecuzione contrattuale³.

Le raccomandazioni non vincolanti, invece, sono gli atti conclusivi del procedimento di vigilanza

dell'Autorità esercitato ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. a), b) e g)⁴, adottati anch'essi dal Consiglio in presenza di riscontrate violazioni, **relative alla procedura di gara**, non rientranti nelle ipotesi che

La raccomandazione vincolante dell'Autorità è, di regola, adottata con delibera del Consiglio e può riguardare soltanto gli atti di una procedura di gara e non anche atti afferenti alla fase di esecuzione contrattuale. Il dirigente responsabile che non dia riscontro alla raccomandazione o che, pur dando riscontro, non si adegui è soggetto a sanzione pecuniaria.



darebbero luogo ad una raccomandazione vincolante e pertanto anche non gravi, **ovvero relative alla fase di esecuzione contrattuale**, nell'ambito della quale, come detto, le raccomandazioni di natura vincolante non sono più ammesse.

Il Regolamento detta la disciplina di dettaglio per lo svolgimento del procedimento di vigilanza e per l'adozione delle raccomandazioni. L'attività di vigilanza può essere avviata d'ufficio o su segnalazione, purchè circostanziata, secondo i dettami degli artt. 5 e seguenti del Regolamento.



2. Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, approvato dall'ANAC il 15 febbraio 2017 e pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 49 del 28 febbraio 2017.

3. Si vedano gli artt. 1 e 13 del Regolamento.

4. Art. 213, comma 3: <<Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità: a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera f-bis), della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice; b) vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario; (...) g) vigila sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie ed opera un controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'articolo 163 del presente codice; (...)>>.

La raccomandazione vincolante è limitata ad un numero circoscritto di violazioni, elencate dall'art. 12, comma 2⁵. L'ANAC si è in tal modo autolimitata nell'esercizio di tale incisiva forma di vigilanza al fine di evitare eccessi.

Il Regolamento descrive poi le modalità di avvio e di svolgimento dell'istruttoria preordinata all'adozione della raccomandazione vincolante. Degna di nota è la previsione

secondo cui la comunicazione di avvio del procedimento di vigilanza deve espressamente precisare l'eventualità che il procedimento si concluda con una raccomandazione vincolante. Tale comunicazione non può essere effettuata oltre l'effettivo inizio dell'esecuzione del contratto (art. 13).

All'istruttoria possono partecipare tutti coloro che hanno ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, nonché gli altri soggetti portatori di interessi diretti, concreti ed attuali correlati all'oggetto del procedimento sottoposto a vigilanza (art. 14). L'istruttoria si conclude con la "Comunicazione di risultanze istruttorie", la c.d. CRI, la quale deve indicare in modo esplicito l'atto di raccomandazione vincolante che si

intende adottare ed è sottoposta alla preventiva approvazione del Consiglio.

La CRI è trasmessa alla stazione appaltante, la quale ha un termine non superiore a trenta giorni per presentare controdeduzioni ovvero

per manifestare la volontà di conformarsi alle indicazioni in essa contenute (art. 19). Si tratta, in altri termini, di un preavviso dato alla stazione appaltante sull'intenzione di adottare la

raccomandazione vincolante. Se la stazione appaltante accoglie i rilievi e decide di conformarsi immediatamente, evita che la raccomandazione sia formalmente adottata. Laddove ciò non accada, il procedimento prosegue e si conclude con l'atto di raccomandazione adottato con delibera del Consiglio, fatti salvi i casi di impiego della procedura in forma semplificata di cui all'art. 21. Il provvedimento finale viene comunicato alle parti e pubblicato sul sito dell'ANAC.

In caso di raccomandazione vincolante, come detto, la stazione appaltante è invitata ad annullare in autotutela gli atti ritenuti illegittimi entro sessanta giorni. Il dirigente responsabile della stazione appaltante ha quindici giorni di tempo per comunicare le proprie determinazioni all'ANAC.

Il Consiglio di Stato, nel parere rilasciato sullo schema di Regolamento ANAC, definisce la raccomandazione vincolante un provvedimento a formazione progressiva, di carattere autoritativo, che impone una forma di autotutela doverosa alla stazione appaltante, unica titolare del potere formale di rimozione dell'atto.

5. Si tratta di: a) affidamento di contratti pubblici senza previa pubblicazione di bando o avviso nelle forme prescritte, laddove tale pubblicazione sia imposta dal codice; b) affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, e quando questo abbia determinato l'omissione di bando o avviso ovvero l'irregolare utilizzo dell'avviso di pre-informazione; c) contratto stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. art. 32, co. 9, del codice, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità ricorrere e sempre che tale violazione abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) contratto stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione qualora tale violazione abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; e) mancata esclusione di un concorrente per il quale ricorra uno dei motivi previsti dall'art. 80 del codice; f) appalto, o concessione, affidato in presenza di una grave violazione degli obblighi procedurali direttamente derivanti dai trattati, dalle direttive Ue e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE; g) artificioso frazionamento del contratto quando comporti la disapplicazione od elusione della normativa sui contratti pubblici; h) ipotesi in cui sia configurato come contratto di partenariato pubblico-privato un contratto che non presenti le caratteristiche di trasferimento dei rischi operativi sul soggetto privato; i) ipotesi di ricorso alla disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile in contrasto con le disposizioni del codice.

In caso di mancato riscontro, si avvia il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 213, comma 13 del Codice⁶.

In caso, invece, di mancato adeguamento della stazione appaltante al contenuto della raccomandazione, il procedimento sanzionatorio che si avvia è quello previsto dall'art. 211, comma 2: al dirigente responsabile è comminata una sanzione variabile da euro 250 a euro 25.000.

Differenti sono gli effetti dell'adozione di una raccomandazione non vincolante. In tali casi, la stazione appaltante è sì invitata a rimuovere le illegittimità o le irregolarità riscontrate negli atti di una procedura di gara o della fase di esecuzione del contratto, tuttavia, il mancato adeguamento alla raccomandazione non comporta di per sé la comminatoria di una sanzione. E' previsto infatti che il dirigente responsabile possa essere sanzionato ex art. 213, comma 13 soltanto in caso di mancato riscontro espresso - di accoglimento o di rifiuto di adeguamento - alla raccomandazione.

3. Le criticità dell'istituto della raccomandazione vincolante evidenziate dal Consiglio di Stato con il Parere n. 2777/2016

Nel Parere rilasciato dal Consiglio di Stato sullo schema del Regolamento testè esaminato, si rilevano interessanti spunti per comprendere meglio l'inedito e complesso istituto della raccomandazione vincolante.

Il Supremo Collegio tenta infatti di spiegare la natura di tale atto, definendolo "fattispecie a formazione progressiva". La raccomandazione vincolante non è infatti un semplice invito all'esercizio di un potere

spettante ad un altro soggetto, dato il carattere di vincolatività della stessa, né, d'altro canto, può essere intesa come un intervento sostitutivo, il quale presupporrebbe l'inerzia della stazione appaltante ed il potere dell'ANAC di provvedere al posto di quella.

Ci troviamo di fronte ad una strana forma di "autotutela doverosa", in cui <<pur restando la stazione appaltante la titolare del potere formale di rimozione dell'atto, l'annullamento di questo discende da un ordine vincolante di un altro soggetto>>, diversamente da quanto di regola accade per l'annullamento d'ufficio ex art 21-*nonies* della L. 241/1990. Secondo il Consiglio di Stato, il procedimento di adozione della raccomandazione vincolante è caratterizzato da un meccanismo bifasico sfociante in un <<provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante ad esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti>>. Il Consiglio di Stato esamina approfonditamente lo Schema di Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di vigilanza, evidenziandone sia gli aspetti positivi che le - numerose - lacune e criticità. Per quel che qui ci interessa, con riferimento all'istituto della raccomandazione vincolante, il Supremo Collegio pone in primo luogo in dubbio la coerenza tra l'iniziale attribuzione del potere da parte della legge delega e l'istituto che poi, in concreto, è scaturito nel dettato del Codice.

Si legge infatti nel parere n. 2777: <<La lett. t) (dell'art. 1, comma 1, della L. 11/2016, ndr) viene evidentemente considerata la base fondante del potere di raccomandazione vincolante. Si può tuttavia **dubitare** che la legge delega, pur nella

6. Art. 213, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016: <<L'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000. Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 50.000. Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza>>.

sua generica formulazione, **abbia concepito il potere di "raccomandazione" come una forma, anche indiretta, di annullamento d'ufficio** ed abbia consentito, quindi, di introdurre una nuova fattispecie di autotutela doverosa, dai connotati peculiari>>. E poco oltre aggiunge: <<Ove poi si volesse attribuire direttamente all'ANAC un vero e proprio potere di autotutela sostitutiva, non sarebbe sufficiente un intervento correttivo mediante decreto legislativo delegato, **ma occorrerebbe una scelta legislativa espressa del Parlamento**>>.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato che ha redatto il parere si sofferma in particolare su alcune "perplexità strutturali" dell'istituto, in termini giuridici nonché di efficacia pratica, per le quali ravvisa la necessità di un nuovo intervento da parte del Governo in sede di decreto correttivo al Codice.

In primo luogo, il parere evidenzia la <<creazione di una **responsabilità oggettiva** avulsa dalla gravità (e dalla stessa esistenza) della violazione che inficia l'atto di gara censurato dall'Autorità, che potrebbe essere successivamente smentita dal giudice amministrativo>>. Si tratta in altri termini della "responsabilità da atto legittimo" di cui lo stesso Consiglio di Stato aveva avuto modo di parlare nel primo parere adottato sullo Schema di Codice. Tale responsabilità sorgerebbe a prescindere dalla maggiore o minore chiarezza del quadro normativo di riferimento o dalla maggiore o minore complessità della

procedura di gara, e si incentrerebbe unicamente sul rifiuto – colpevole o incolpevole, giustificato o meno - di attuare la raccomandazione vincolante. Il Consiglio di Stato rileva altresì un **possibile contrasto** dell'istituto della raccomandazione vincolante, sotto il profilo sopra evidenziato, **con il generale principio di responsabilità personale**

dell'illecito amministrativo, ai sensi della L. n. 689/1981, secondo cui <<nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa>>. Contestabile è anche il fatto che la sanzione amministrativa pecuniaria sia prevista a carico del solo dirigente responsabile. A parere del Supremo Collegio, infatti, ciò determinerebbe la rescissione del rapporto di immedesimazione organica tra la stazione appaltante e il dirigente, con la conseguenza di deresponsabilizzare, anche agli effetti contabili, la stazione appaltante, in ipotesi, in contrasto anche con l'art. 28 Cost..

La Commissione speciale che ha redatto il parere dubita inoltre dell'efficacia "in concreto" del meccanismo, che non impedisce in alcun modo alla stazione appaltante di sottrarsi alla raccomandazione, restando inerte o confermando espressamente l'aggiudicazione ritenuta illegittima. La stessa andrebbe incontro – è vero – alle sanzioni previste dal Codice ma, anche in considerazione della incerta efficacia dissuasiva sia della sanzione pecuniaria che di quella reputazionale, le amministrazioni poco virtuose ben potrebbero accettarne il rischio a fronte di eventuali immediati vantaggi illeciti.

Il Consiglio di Stato rileva infine un possibile rischio di *goldplating*, <<ove si dovesse in ipotesi ritenere che il potere di raccomandazione **vincolante** introduca una disciplina della vigilanza/controllo più severa di quella minima prescritta

dalle direttive in materia di *governance*>>, nonché l'eventualità – niente affatto remota – che vi sia un consistente incremento del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo tra l'ANAC e le stazioni appaltanti, sia in ordine alla legittimità dei rispettivi contrastanti atti sia in ordine alle eventuali e reciproche conseguenze risarcitorie.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere, evidenzia la necessità di incrementare le garanzie procedurali richieste per le raccomandazioni vincolanti suggerendo di comunicare l'avvio del procedimento anche al dirigente responsabile e di garantirne la partecipazione, nonché di prevedere l'instaurarsi di un effettivo contraddittorio tra tutti i soggetti coinvolti.

Nell'ottica costruttiva di proporre alcune modifiche per rendere l'istituto della raccomandazione vincolante più rispettoso dei principi dell'ordinamento, il Consiglio di Stato pone l'accento sulla necessità di incrementare le garanzie procedurali richieste per le raccomandazioni vincolanti e suggerisce di comunicare l'avvio del procedimento finalizzato all'adozione della raccomandazione anche al dirigente responsabile – che sarebbe il destinatario dell'eventuale sanzione – e di garantirne la partecipazione, nonché di garantire in generale una maggiore partecipazione al procedimento di tutti i soggetti interessati e un effettivo contraddittorio tra gli stessi.

4. L'abrogazione a sorpresa del comma 2 dell'art. 211 e il successivo reinserimento con la Manovrina

Le perplessità sollevate dal Consiglio di Stato non devono aver lasciato indifferenti gli uffici governativi, tanto che, in modo del tutto inaspettato – e, a dire il vero, piuttosto sconcertante – al momento dell'approvazione del decreto correttivo al Codice dei contratti, senza che nelle proposte di modifica se ne fosse fatto alcun cenno, il comma 2 dell'art. 211 è improvvisamente sparito. La stampa ha parlato di un "misteriosa manina" che, nottetempo, avrebbe aggiunto la norma contenente l'abrogazione nel testo definitivo del Correttivo, senza che il Consiglio dei Ministri

se ne accorgesse in sede di approvazione. Tale abrogazione a sorpresa ha scatenato le ire del presidente dell'ANAC, Cantone, il quale avrebbe telefonato al Presidente del Consiglio Gentiloni, in quel momento in visita ufficiale negli Stati Uniti, per protestare. A quel punto, Gentiloni, per risolvere quel "pasticciaccio brutto" - frutto, evidentemente, di un approccio del Governo sempre più approssimativo

e superficiale nell'attività di adozione delle norme - dichiarava che si sarebbe trattato di un errore e prometteva di porvi immediatamente rimedio. Dopo giorni di polemiche, in cui l'ANAC e la stampa nazionale accusavano il Governo di aver voluto indebolire i poteri dell'Autorità invertendo radicalmente la rotta rispetto alla volontà originaria del Codice di rafforzarne invece i poteri di contrasto alla corruzione, il Ministro Delrio annunciava che sarebbe stato inserito un emendamento nella Manovrina, al fine di rimediare alla "svista".

Nel frattempo, anche il Consiglio di Stato, chiamato in causa per essere stato, a detta di alcuni, il maggiore accusatore dell'istituto della raccomandazione vincolante, si è difeso pubblicando un comunicato⁷ nel quale affermava che <<nessun parere del Consiglio di Stato ha chiesto l'abrogazione dell'art. 211 comma 2>>, al contrario, <<sono state fornite indicazioni per rendere la "raccomandazione vincolante" uno strumento efficace e al contempo immune da profili di eccesso di delega e di incostituzionalità>>. Il Consiglio di Stato, ha ribadito di aver proposto <<una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, (...) che avrebbe condotto a un rafforzamento dei

poteri dell'ANAC e a una tempistica più stringente nell'attività di controllo>>, dotando l'Autorità <<di uno strumento anche più efficace della sanzione economica conseguente all'inosservanza della "raccomandazione non vincolante">>.

Con il secondo

parere, il Consiglio di Stato <<ha proposto misure per un più efficiente funzionamento del meccanismo delle "raccomandazioni vincolanti" e per un ulteriore rafforzamento del potere dell'ANAC mediante "autotutela sostitutiva", volta a incidere direttamente sugli atti di gara (...) nel quadro legislativo del contrasto preventivo alla corruzione, in un'ottica di collaborazione sul piano tecnico>>.

Il Governo ha corretto la svista fatta con il Correttivo, introducendo una nuova modifica all'art. 211 del Codice nella recentissima L. 96/2017. Il nuovo testo apporta sostanziali modifiche alla raccomandazione vincolante, che è stata trasformata in un parere motivato da cui discende un potere di impugnativa diretta dinanzi al TAR.



7. Comunicato del 21 aprile 2017: <<Consiglio di Stato su parere ANAC, mai chiesta abrogazione art. 211, ma riformulazione per potenziarne l'efficacia>>.

Alla fine, il Governo ha mantenuto la parola e nella "Manovrina" estiva⁸ è stata introdotta una nuova modifica all'art. 211 del Codice. Occorre dire tuttavia che il nuovo testo apporta sostanziali modifiche alla raccomandazione vincolante, che di fatto non esiste più come tale, tanto da essere stata anche ridenominata. Dopo il comma 1 dell'art. 211 del Codice, sono stati infatti aggiunti i seguenti commi, che sostituiscono il vecchio comma 2 (abrogato dal correttivo):

<<1-bis. L'ANAC è **legittimata ad agire in giudizio** per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da **gravi** violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, **un parere motivato** nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, **l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo**. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 1-quater. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter>>.

Come è evidente, la raccomandazione vincolante si è ora trasformata in un "parere motivato" cui la stazione appaltante deve conformarsi, pena la possibilità, per l'Autorità, di impugnazione diretta dell'atto ritenuto illegittimo dinanzi al giudice amministrativo. Si tratta di un potere

di impugnativa ulteriore rispetto a quello, generale, introdotto dal nuovo comma 1-bis, il quale è limitato ai soli "bandi, altri atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto".

La norma precisa inoltre che le violazioni che possono dare origine al parere motivato devono essere "gravi". L'ANAC può autolimitarsi con regolamento, circoscrivendo i casi e le tipologie di provvedimenti per i quali intervenire sia con il potere di impugnativa generale di cui al comma 1-bis, che con l'adozione di un parere motivato di cui al comma 1-ter, come in concreto ha già, in parte, fatto con il Regolamento approvato il 15 febbraio scorso.

E' pur vero che il suddetto Regolamento sarà in gran parte da riscrivere, considerate le sostanziali modifiche apportate all'istituto della raccomandazione vincolante, che costituiva il cuore di tale atto di regolazione.

5. Conclusioni

Dal "pasticciaccio brutto" della soppressione a sorpresa della raccomandazione vincolante possono trarsi tre ordini di considerazioni conclusive.

Innanzitutto, pur se con modalità discutibili, il Governo ha alla fine corretto gli aspetti di dubbia legittimità dell'istituto della raccomandazione vincolante, così come originariamente costruito. Tale atto non è più un annullamento d'ufficio mascherato ma si è trasformato in un canale per l'ANAC di impugnativa diretta dinanzi al TAR. L'assetto delle autonomie e dei rapporti tra i diversi organismi istituzionali è stato salvaguardato.

Vero è che l'Autorità ne è uscita in concreto indebolita in uno dei suoi poteri che, all'indomani dell'approvazione del Codice, era stato individuato tra i più efficaci e penetranti.

In secondo luogo, alla luce di quanto accaduto,

I poteri di vigilanza dell'ANAC andrebbero ripensati in chiave più spiccatamente preventiva e collaborativa. All'Autorità deve essere data maggiormente la possibilità di intervenire in modo efficace in fase antecedente all'adozione dei provvedimenti eventualmente illegittimi, allo scopo di prevenire la corruzione prima che la stessa si verifichi.

8. L. 21 giugno 2017, n. 96: <<Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo>>.

occorre probabilmente ripensare più in generale ai poteri dell'ANAC in modo da valorizzarne la precipua funzione di "prevenzione" della corruzione. All'Autorità deve essere dato modo di intervenire efficacemente in **fase antecedente** all'adozione dei provvedimenti eventualmente illegittimi, proprio perché il suo compito è quello di prevenire la corruzione prima che la stessa si verifichi. Da ciò discende la necessità di potenziare la sua attività di **vigilanza collaborativa** e di **controllo preventivo** in generale, piuttosto che quella di verifica successiva.

Infine, ci sia consentito osservare come la vicenda sin qui descritta sia l'ennesimo esempio del sempre peggiore metodo di lavoro del Governo, il quale ormai, evidentemente, si limita ad approvare solo i titoli delle norme o schemi di sintesi delle stesse, senza verificarne esattamente i contenuti, con ciò rendendo possibili "sviste" sconcertanti come quella accaduta alla norma sulla raccomandazione vincolante, scomparsa nottetempo senza che nessuno se ne accorgesse.

L'avvalimento alla luce del Correttivo appalti e della proposta dell'ANAC finalizzata all'adozione del decreto MIT

di Adriana Presti

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

L'art. 56 del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (di seguito anche il "Correttivo") ha modificato alcuni aspetti della disciplina dell'avvalimento dettata dall'art. 89 del Codice degli appalti pubblici.

Si tratta, a ben vedere, di ritocchi per lo più tesi ad armonizzare la disciplina dell'avvalimento con altre disposizioni codicistiche ed a garantire - come suggerito dal Consiglio di Stato - la "qualità formale" del testo normativo, con l'eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni. In tal quadro si inseriscono sicuramente le modifiche apportate al comma 1 ed al comma 11 dell'art. 89 del Codice.

Le modifiche sostanziali, invece, concernono il comma 9 dell'art. 89 del Codice, nel quale è oggi prevista la **risoluzione del contratto di appalto** nel caso in cui il RUP accerti, in corso d'opera, che le **prestazioni** oggetto di contratto **non sono svolte direttamente dalle risorse** umane e strumentali **dell'impresa ausiliaria** che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Queste in estrema sintesi le novità apportate alla disciplina da parte del Correttivo.

1. Le previsioni dello schema di decreto correttivo ed i Pareri consultivi

L'art. 53 dello schema di decreto correttivo:

- a. sopprimeva al primo comma, primo periodo dell'art. 89, le parole «*nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84*»: detta eliminazione era volta ad eliminare la contraddizione con il richiamo dell'articolo 83, comma 1, lettere b) e c) e comma 2, secondo cui è possibile l'avvalimento anche al fine di conseguire l'attestato di qualificazione;
- b. modificava il nono comma, secondo periodo, dell'art. 89 mediante l'inserimento dell'inciso «*pena la risoluzione del contratto*».
- c. sopprimeva all'undicesimo comma, primo periodo, dell'art. 89 «*oltre ai lavori prevalenti*»;
- d. sostituiva all'undicesimo comma, terzo periodo, dell'art. 89 le parole «*loro esecuzione*» con «*qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84*».

Si tratta di modifiche volte a chiarire che il divieto di avvalimento per le opere super specialistiche si applica al di là dal fatto che esse rientrino o meno nella categoria prevalente.

Si proponeva, inoltre, di prevedere, per le opere di notevole contenuto tecnologico, il riferimento ai requisiti per la qualificazione SOA anziché, come previsto nella formulazione originale della disposizione, ai requisiti di specializzazione per l'esecuzione.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, in ordine alle modifiche dello Schema, ha sostanzialmente posto l'attenzione su due aspetti. In particolare:

- 1) con riferimento al comma 9, secondo periodo, dell'art. 89 ha, peraltro erroneamente, attribuito l'inciso "a pena di risoluzione del contratto" alla mancata ottemperanza delle comunicazioni all'ANAC da parte della Stazione appaltante. Del tutto fuori fuoco è stata, pertanto, l'attribuzione al legislatore dell'intenzione di rendere cogente la trasmissione all'AMAC da parte della stazione appaltante delle dichiarazioni di avvalimento per l'esercizio della vigilanza e per dar corso alla prescritta pubblicità.

In tal precipuo quadro ha osservato che *"La Commissione, pur reputando opportuna l'individuazione di meccanismi che rendano effettivo il predetto obbligo di trasmissione per la stazione appaltante, ritiene che lo strumento previsto – ossia la risoluzione del contratto – debba essere espunto dal testo del correttivo. Militano in tal senso diverse argomentazioni. In primo luogo non si comprende la ragione per cui debba "subire" la risoluzione del contratto il contraente privato, ossia l'appaltatore, che evidentemente è estraneo all'adempimento degli obblighi di trasmissione gravanti sulla stazione appaltante. In secondo luogo, se tale modifica venisse confermata, si creerebbe il rischio di contenziosi risarcitori instaurati dall'appaltatore che si è visto risolto, per un'inadempienza della stazione appaltante, il contratto. L'auspicio, dunque, è che il legislatore individui degli strumenti sanzionatori di tipo pubblicistico – sul modello di quello previsti dall'art.*

231, comma 13 – che incidano esclusivamente sulla stazione appaltante risultata inadempiente a siffatta prescrizione".

A dispetto dell'erronea attribuzione dell'inciso "a pena di risoluzione del contratto" all'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 89, la Commissione ha poi, del tutto correttamente, sottolineato l'opportunità di valorizzare i controlli in corso di esecuzione previsti dall'art. 89, comma 9 secondo periodo.

- 2) con riferimento al comma 1, ultimo periodo dell'art. 89 ha suggerito di modificare l'art. 89, comma 1, ultimo periodo:

- a. introducendo in relazione al contenuto del contratto di avvalimento un onere di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione, proprio allo scopo di rendere efficaci i predetti controlli, da svolgere durante l'esecuzione del contratto, ed osservando che *"solo in tal modo si potrà evitare il ricorso a quelli che la dottrina ha definito "avvalifici" e si potranno rendere effettivi i controlli previsti al comma 9 più volte citato"*;
- b. correggendo l'inciso "anche di partecipanti al raggruppamento" contenuto al primo periodo del primo comma eliminando la preposizione "di".

La Conferenza Unificata, con riguardo all'art. 53, si è limitata ad osservare che "sulla base dell'attuale formulazione che richiama solo gli operatori economici dell'art. 45, l'avvalimento non sarebbe consentito nel caso di affidamento di servizi di architettura e di ingegneria in quanto gli operatori sono disciplinati dall'art. 46. Tale limitazione all'avvalimento si pone in contrasto con la direttiva comunitaria e la giurisprudenza. Si propone quindi di inserire anche la previsione dell'art. 46".

2. Le novità del decreto "correttivo"

Il Correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, anche in considerazione dei Pareri consultivi acquisiti dalla Conferenza Unificata e dalla Commissione Speciale

del Consiglio di Stato, ha apportato le seguenti modificazioni all'articolo 89 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Ed in specie

a) al comma 1:

- 1) al primo periodo, le parole: *"nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84,"* sono state soppresse ". È stato, così, eliminato il riferimento al possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, attesa l'aperta contraddizione con il richiamo all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), e comma 2, secondo cui è possibile l'avvalimento anche al fine di conseguire l'attestato di qualificazione, secondo le modalità che saranno fissate dalle linee guida ANAC;
- 2) al primo periodo, le parole: *"anche di partecipanti"* sono state sostituite dalle seguenti: *"anche partecipanti"*;
- 3) è stato aggiunto, in fine, il seguente periodo: *"A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"*. L'inserimento è palesemente teso a valorizzare (e rendere concreti) i controlli in corso di esecuzione del contratto di avvalimento, per il tramite dell'onere di specificazione nel contratto dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

b) al comma 9, secondo periodo, sono state aggiunte, in fine, le seguenti parole: *" , pena la risoluzione del contratto di appalto"*;

c) al comma 11:

- 1) al primo periodo, le parole: *" , oltre ai lavori prevalenti,"*, sono state soppresse. È stata introdotta la precisazione che il divieto di avvalimento per le opere c.d. superspecialistiche si applica indipendentemente dal fatto che esse rientrino o meno nella categoria prevalente: e ciò perché la previgente disposizione non risultava di chiara lettura in ordine all'applicazione del divieto nell'eventualità che le opere super specialistiche rappresentino la categoria prevalente dell'appalto stesso.
- 2) al terzo periodo, le parole: *"loro esecuzione"* sono state sostituite dalle seguenti: *"qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84"*. La modifica in esame prevede, dunque, che i requisiti in questione siano quelli per la qualificazione SOA disciplinati dall'art. 84 del Codice.

Il legislatore delegato ha recepito in parte le indicazioni fornite dal Parere del Consiglio di Stato ed ha disatteso il rilievo formulato dalla Conferenza Unificata.

Con riguardo al Parere della Commissione Speciale è stata accolta *tout court* la proposta di valorizzare dei controlli di cui al comma 1 ultimo periodo, dell'art. 89, introducendo per il contratto di avvalimento

un onere di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione.

E ciò al fine di rendere effettivi ed efficaci i controlli prescritti dalla disposizione, da svolgere durante il corso del contratto, allo scopo di scongiurare i c.d.

"avvalifici" e consentire ad imprese inidonee - per

Il correttivo modifica in più punti la disciplina dell'avvalimento di cui all'art. 89 del Codice. La modifica più importante riguarda l'introduzione della penalità della risoluzione del contratto di appalto nel caso in cui il RUP accerti che nel corso di esecuzione del contratto le prestazioni non sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria prevista dal contratto di avvalimento.

dimensioni o per organizzazione imprenditoriale - la partecipazione alle gare e così frustrare gli interessi pubblici alla corretta e puntuale esecuzione del contratto.

In tal quadro, come si è già evidenziato, di assoluto rilievo è la modifica apportata al comma 9, secondo periodo, laddove è stato aggiunto l'inciso "a pena di risoluzione del contratto". Di tal ché il predetto periodo del comma 9 recita: "A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, **pena la risoluzione del contratto d'appalto**".

Si tratta di modifica che introduce la penalità della risoluzione del contratto di appalto nel caso in cui il RUP accerti che, in corso d'opera, le prestazioni oggetto di contratto **non sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria** prevista dal contratto di avvalimento.

Un'ultima annotazione riguarda l'apparente confusione che ha riguardato la collocazione e l'interpretazione che ne è dipesa delle suddette modifiche. nella Relazione Illustrativa allo Schema di decreto l'inciso - "a pena di risoluzione del contratto" - è stato attribuito del tutto erroneamente all'ultimo periodo del comma che prescrive: "La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità". Il che portava a concludere che la mancata trasmissione sarebbe stata tale da travolgere l'intero contratto. Si legge infatti nella Relazione Illustrativa che sarebbe stata prevista: "... la penalità della risoluzione del contratto di appalto nel caso in cui la stazione appaltante non trasmetta all'ANAC tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità".

Tant'è che la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, sviluppando le indicazioni espresse dalla Relazione illustrativa aveva evidenziato che

"l'intenzione del legislatore è di rendere cogente, per la stazione appaltante, la trasmissione all'Autorità delle dichiarazioni di avvalimento per l'esercizio della vigilanza e per dar corso alla prescritta pubblicità. La Commissione, pur reputando opportuna l'individuazione di meccanismi che rendano effettivo il predetto obbligo di trasmissione per la stazione appaltante, ritiene che lo strumento previsto - ossia la risoluzione del contratto - debba essere espunto dal testo del correttivo. Militano in tal senso diverse argomentazioni. In primo luogo non si comprende la ragione per cui debba "subire" la risoluzione del contratto il contraente privato, ossia l'appaltatore, che evidentemente è estraneo all'adempimento degli obblighi di trasmissione gravanti sulla stazione appaltante. In secondo luogo, se tale modifica venisse confermata, si creerebbe il rischio di contenziosi risarcitori instaurati dall'appaltatore che si è visto risolto, per un'inadempienza della stazione appaltante, il contratto. L'auspicio, dunque, è che il legislatore individui degli strumenti sanzionatori di tipo pubblicistico - sul modello di quello previsti dall'art. 231, comma 13 - che incidano esclusivamente sulla stazione appaltante risultata inadempiente a siffatta prescrizione."

Detta interpretazione è dunque dipesa dall'errata collocazione ad opera della Relazione illustrativa dell'inciso "a pena di risoluzione del contratto" al comma 9, ultimo periodo anziché al secondo periodo del medesimo comma. Tale errore, si è poi, inevitabilmente riflesso nei successivi passaggi interpretativi demandati alla predetta Commissione Speciale, la quale ha puntualmente stigmatizzato l'opportunità di una siffatta misura sanzionatoria in relazione al mancato adempimento dei predetti obblighi di pubblicità.

Il "Dossier Ufficio Studi Camere Parlamentari sul decreto correttivo" del tutto correttamente avvedutosi del qui pro quo aveva puntualmente considerato che "la lettera b) modifica il comma 9 dell'art. 89 del Codice, prevedendo la penalità della risoluzione del contratto di appalto nel caso in cui il RUP (responsabile unico del procedimento) accerti, in corso d'opera, che le prestazioni oggetto di contratto non sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa

ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Si fa notare che la relazione illustrativa invece fa riferimento alla penalità della risoluzione del contratto "nel caso in cui la stazione appaltante non trasmetta all'ANAC tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza e per la prescritta pubblicità", come se la modifica riguardasse non il secondo ma il quarto periodo del comma 9.

Sarebbe opportuno, pertanto, un chiarimento da parte del Governo con riguardo a quanto rilevato nella relazione illustrativa".

Il Correttivo ha lasciato l'inciso al termine del secondo periodo di cui al comma 9: pertanto **la risoluzione del contratto è la penalità che dovrà essere disposta in caso di accertamento da parte del RUP, in corso di esecuzione del contratto, che le prestazioni oggetto di contratto non sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.**

3. La Consultazione della bozza di Proposta dell'ANAC al MIT finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del Codice.

L'ANAC, dopo il Correttivo al Codice, ha avviato, in data 13 giugno 2017, le consultazioni on line (che si concluderanno il 13 luglio 2017) in ordine alla "Proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento".

In attesa della elaborazione della Proposta definitiva di seguito si passano in rassegna i passaggi più rilevanti.

Quanto all'oggetto dell'avvalimento, ed in specie al prestito di requisiti immateriale e materiali, l'ANAC

ha rilevato che:

- qualora l'avvalimento abbia ad oggetto **requisiti immateriali** e non sia possibile una precisa individuazione e/o delimitazione dei mezzi e delle risorse a questi correlati, **il contratto di avvalimento deve prevedere l'effettiva messa a disposizione, anche non esclusiva, del complesso organizzato di beni e risorse costituenti l'organizzazione aziendale globalmente considerata o un suo ramo inteso come unità organizzativa funzionalmente autonoma.** L'impresa ausiliaria può continuare ad utilizzare il complesso della sua organizzazione aziendale, **purché l'esecutore abbia in qualunque momento la possibilità di acquisire la disponibilità materiale di qualsiasi risorsa di cui abbia necessità per l'esecuzione del contratto. Tale condizione deve risultare espressamente dal contratto di avvalimento;**
- nel caso in cui l'avvalimento abbia ad oggetto **risorse materiali**, i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria **devono essere destinati esclusivamente all'esecuzione dell'appalto per il tempo necessario, con l'impossibilità, per l'impresa ausiliaria, di utilizzarli nella propria attività aziendale.** Nel caso di assoluta impossibilità di separare le risorse e i mezzi prestati dal complesso aziendale dell'impresa ausiliaria oppure qualora l'impossibilità di utilizzazione degli stessi comporti un sacrificio insostenibile per l'impresa ausiliaria stessa, quest'ultima potrà servirsi dei mezzi e delle risorse prestate anche per le proprie attività, purché **le necessità dell'esecutore abbiano comunque la priorità e quest'ultimo possa, in qualunque momento, acquisire la disponibilità materiale dei mezzi e delle risorse oggetto del contratto.** Tale condizione deve risultare espressamente dal contratto di avvalimento.

Quanto alle indicazioni specifiche per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione del contratto, l'ANAC ha rilevato che:

- la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti dall'art. 89, comma 4¹ del Codice - svolgimento diretto di taluni compiti essenziali diretto da parte dell'offerente o, nel caso di RTI, da un partecipante al raggruppamento - può essere esercitata previa idonea motivazione da cui emerga il carattere di essenzialità dei compiti riservati, fermo restando il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. L'essenzialità deve derivare dalla particolare rilevanza qualitativa o quantitativa di alcune prestazioni rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto;
- la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice deve intervenire anche qualora la sussistenza di motivi di esclusione, in capo a quest'ultima, emerga nella fase di esecuzione del contratto.

Quanto, infine, all'avvalimento prestato a favore di più imprese, l'ANAC ha rilevato che:

- fermo restando il divieto previsto dall'art. 89, comma 7, del Codice - il quale stabilisce che "in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti" - della medesima impresa ausiliaria possono avvalersi più operatori economici a condizione che sia evitata la contemporanea messa a disposizione delle medesime risorse in favore di più imprese ausiliate;
- il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare

l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

Queste le novità diciamo più salienti della Proposta dell'ANAC al MIT.

Si tratta, è bene rammentarlo, di una bozza di Proposta che non tiene in considerazione le osservazioni degli Stakeholders pervenute nel periodo di Consultazione allo stato non concluso e che, in relazione ai predetti aspetti, dovranno riguardare rispettivamente:

- 1) quanto all'oggetto dell'avvalimento, ed in specie al prestito di requisiti immateriale e materiali, eventuali criticità dell'impostazione proposta e l'indicazione di possibili alternative, nel rispetto dell'esigenza di fornire indicazioni volte a garantire, in ogni caso, l'effettiva messa a disposizione delle risorse correlate ai requisiti oggetto di avvalimento;
- 2) quanto alle indicazioni specifiche per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione del contratto, suggerimenti per una più puntuale perimetrazione dei "compiti essenziali" di cui all'art. 89, comma 4, del Codice, al fine di fornire chiari parametri alle stazioni appaltanti;
- 3) quanto, infine, all'avvalimento prestato a favore di più imprese opinione sulle prescrizioni proposte, segnalando eventuali ulteriori precisazioni che si ritengono necessarie al fine di evitare che il prestito di requisiti in favore di più imprese ausiliarie possa vanificare l'effettiva messa a disposizione, a tutti gli aventi diritto, delle risorse correlate ai requisiti prestati, con pregiudizio per la relativa capacità esecutiva.



1. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

4. Conclusioni

La portata delle modifiche del Correttivo all'istituto dell'avvalimento comporta un dovere di specificazione nel contratto di avvalimento dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione oggettivamente commisurato ai requisiti oggetto del "prestito" tramite avvalimento e conforme alla reale possibilità di avvalersi delle persone e dei mezzi sottesi al requisito stesso, i quali dovranno essere concretamente adoperati per svolgere le prestazioni in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. L'interpretazione giurisprudenziale che della novella disposizione sarà fornita non potrà che chiarire ulteriormente la reale portata dei casi e delle modalità di risoluzione del contratto, che *prima facie*, sembrerebbe operare automaticamente a seguito dell'accertamento da parte del RUP che le prestazioni non sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria.

A tal riguardo la Proposta dell'ANAC in Consultazione nulla dispone al riguardo. Quanto alla suddetta Proposta, la stessa, ove mai recepita dal MIT, è potenzialmente in grado di ridimensionare l'utilizzo in larga scala dell'istituto, atteso che con riferimento al prestito di requisiti materiali di fatto dispone, di norma, una sorta di "cristallizzazione"² del requisito per tutta la durata dell'appalto e, dunque, **la sua temporanea inutilizzabilità da parte dell'ausiliaria nella propria attività aziendale**, atteso che i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria dovrebbero essere destinati

esclusivamente all'esecuzione dell'appalto per il tempo necessario.

Tale aspetto desta non poche perplessità, atteso che:

- 1) l'ipotesi di un divieto di tal fatta, sebbene temperato dalla possibilità che l'ausiliaria potrebbe comunque servirsi dei mezzi e delle risorse prestate anche per le proprie attività in caso di assoluta impossibilità di separare le risorse e i mezzi prestatati dal complesso aziendale dell'impresa ausiliaria oppure qualora l'impossibilità di utilizzazione degli stessi comporti un sacrificio insostenibile per l'ausiliaria stessa, non è in alcun modo contemplato dalla disposizione codicistica e verrebbe, così, introdotto nel sistema da un decreto attuativo;
- 2) lo stesso sembra violare il divieto di c.d. gold plating e, cioè, di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee. Le quali certo non contemplano una previsione di tal fatta. L'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE, né tantomeno l'art. 89 del Codice prescrivono, infatti, un limite al ricorso all'avvalimento nei termini anzidetti;
- 3) non da ultimo suscita dubbi di costituzionalità in relazione all'art. 41 della Costituzione e, dunque, ai diritti di iniziativa e economica e di libertà di impresa.

2. Sul punto ci si permette di rinviare a quanto osservato nello scritto "L'Avvalimento: abbrivio, novità e profili applicativi", in questa Rivista, Anno III, 2013, n. 6, p.33, laddove a tal riguardo si era avuto già modo di osservare che : "non si rinvergono limiti connessi all'utilizzo dell'avvalimento c.d. operativo . Né nella disciplina legislativa nazionale né in quella comunitaria si rinviene, infatti, una disposizione dalla quale si possa desumere il principio che "il prestito di un requisito "operativo" determina la "cristallizzazione" dello stesso per tutta la durata dell'appalto e, dunque, la sua temporanea inutilizzabilità". L'art. 49 del Codice, infatti, al pari della direttive appalti 2004/17/CE e 2004/18/CE, non esprimono un limite al ricorso all'avvalimento nei termini anzidetti.

Il suddetto principio, che lo si ripete, non è immanente all'istituto è stato isolatamente affermato nella prassi da talune stazioni appaltanti , le quali, applicando restrittivamente il principio di effettiva messa a disposizione dei mezzi e delle risorse oggetto di avvalimento, hanno ritenuto di poter concludere che il prestito di un requisito comporti seppur temporaneamente l'impossibilità che lo stesso requisito possa essere speso ai fini della qualificazione a gare future.

Tali isolati episodi ad oggi non risultano essere stati specificatamente sottoposti al vaglio del giudice amministrativo. Sicché nel panorama giurisprudenziale, allo stato, non si rinvergono precedenti che portino a dette conclusioni. Dette conclusioni, per altro verso, appaiono lontane dalla ratio dell'istituto dell'avvalimento, che, lo si ripete, è volto alla promozione della competizione tra le imprese."

Il suddetto principio, dunque, non sembra essere immanente alla disciplina ed alla finalità dell'istituto (la cui *ratio* è la promozione della competizione tra le imprese) e sembra piuttosto finalizzato a stigmatizzare l'abuso che dell'istituto indubbiamente ne è stato fatto.

Certo è che comporterà un ridimensionamento al ricorso all'affidamento sulle capacità di altri soggetti.

D'altra parte detta Proposta lascia aperte non poche questioni, non essendo nemmeno chiaro (i) chi eserciterà i controlli in ordine alla assenza di utilizzazione dei requisiti oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria? Il Rup? (ii) Quali le conseguenze dell'utilizzo da parte dell'ausiliaria dei propri mezzi? (iii) La risoluzione del contratto di appalto? (iv) Chi dovrebbe sopportare tali conseguenze? L'esecutore/ausiliato? (v) Quali e come dovrebbero determinarsi i casi di assoluta impossibilità di separare le risorse e i mezzi prestati dal complesso aziendale dell'impresa ausiliaria? (vi) Quali e come dovrebbero determinarsi i casi che comportano un sacrificio insostenibile per l'impresa ausiliaria stessa tale da giustificare la deroga al divieto di utilizzo? (vii) Tali circostanze devono emergere dalle dichiarazioni negoziali? O è sufficiente la previsione che l'esecutore avrà comunque la priorità e quest'ultimo potrà, in qualunque momento, acquisire la disponibilità materiale dei mezzi e delle risorse oggetto del contratto?

Si pensi, poi, alle modalità di regolazione del trasferimento delle risorse materiali ad. es. con un contratto di cessione di azienda o di ramo di azienda ed alle conseguenze sull'eventuale attestazione Soa, o sulle certificazioni di qualità.

Di talché l'inutilizzabilità temporanea avrebbe ripercussioni definitive sull'attività aziendale anche futura dell'ausiliaria. Con la conseguenza che, stante anche l'estrema onerosità di un prestito di tal fatta, l'avvalimento non sarebbe più definibile istituto pro-concorrenziale né avuto riguardo all'ausiliata né all'ausiliaria, con buona pace della vitalità dell'istituto ma soprattutto della permanenza sul mercato di riferimento delle micro e medie imprese.

A tutte queste prime domande non v'è risposta, né indicazione alcuna.

A parere di chi scrive, tale aspetto della Proposta è affetto da molteplici vizi di legittimità e di opportunità, atteso che il fine di evitare gli "avvalifici" e/o comunque l'abuso dell'istituto è già perseguito e sanzionato dalle modifiche introdotte dal Correttivo e di cui si è detto e, cioè, dall'obbligo di utilizzare a pena di risoluzione del contratto, le risorse e mezzi prestati dall'ausiliaria per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto. Viceversa, l'imposizione del divieto di utilizzo da parte dell'ausiliaria delle risorse materiali messe a disposizione è ultroneo e viola, finanche, il principio di proporzionalità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito, poiché non tiene conto della serie infinita di considerazioni e variabili di cui si è accennato.

Il principio della trasparenza degli atti, con particolare riferimento all'art. 29 del d.lgs. 50 del 2016 nel correttivo al Codice degli Appalti

di Beatrice Corradi



1. La trasparenza negli appalti e le norme presupposte

La trasparenza degli atti regolati dal d.lgs. 50 del 2016, all'art. 29, stabilisce che "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti *a g g i u d i c a t o r i* relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5 alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo

del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione a t t e s t a n t e l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la s u s s i s t e n z a dei requisiti, economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo

La norma prevede che devono essere pubblicati tutti gli atti concernenti la fase di programmazione ed inerenti le procedure per l'affidamento secondo le disposizioni di cui al d.lgs. 33/2013 in tema di trasparenza (è noto che le citate disposizioni tengono conto del fatto che la trasparenza è una finalità intesa a tutelare i diritti dei cittadini e a promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, favorendo così forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche). Ogni Stazione appaltante può provvedere agli obblighi di cui alla l.190/2012 con applicativi propri (o con la pubblicazione tempestiva di documenti) sul proprio sito.

2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33.

Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente" (disposizione corretta con errata corrige del 15-07-2016; disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017).

La norma prevede che devono essere pubblicati tutti gli atti concernenti la fase di programmazione, in un ambito di accesso esteso e diffuso rispetto all'iter, secondo le disposizioni di cui al d.lgs. 33/2013 in tema di trasparenza, (è noto che le citate disposizioni tengono conto del fatto che la trasparenza è una finalità intesa a tutelare i diritti dei cittadini e a promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, favorendo così forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche).

Ogni Stazione appaltante può provvedere agli obblighi di cui alla l.190/2012 con applicativi propri (o con la pubblicazione tempestiva di documenti) sul proprio sito.

la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione."

L'impianto rappresentato costituisce un insieme di strumenti conoscitivi dei provvedimenti decisori dell'Amministrazione: il presente articolo è stato modificato dal Correttivo al Codice con la finalità di chiarire, in particolare, alcuni aspetti connessi alle modalità (evidenziando che gli atti devono indicare la data di pubblicazione) ed ai contenuti delle pubblicazioni precisando, a tal fine, che sono pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito (prima era indicato il provvedimento inerente la valutazione dei requisiti soggettivi) della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti, economico-finanziari e tecnico-professionali.

Le disposizioni in materia di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013, salvo i casi in cui sono previsti specifici diversi termini, sono state immediatamente precettive: l'immediata precettività è stata anche ribadita, per gli enti territoriali, nell'Intesa Governo, Regioni e Autonomie locali sancita in Conferenza Unificata nella seduta del 24 luglio 2013 per l'attuazione dell'art. 1, cc. 60 e 61, della l. n. 190/2012.

Preliminarmente la legge 190/2012, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, all'art. 15 ha previsto che "la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni

relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione."

La legge 190 del 2012, individua fra i settori ad elevato rischio di corruzione, rispetto ai quali è più avvertita l'esigenza dell'attivazione di meccanismi anticorrottivi, quello relativo alla scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 16, comma 1, lett. b).

La trasparenza dell'attività amministrativa ha un significato ampio, tenuto conto del fatto che la medesima, quale principio, si rivolge, quindi, a tutta l'attività amministrativa e conseguentemente agli atti amministrativi che sono posti in essere nell'ambito del procedimento di acquisizioni e della preliminare programmazione.

La trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, tenuto conto che la relativa determinazione deve essere garantita su tutto il territorio nazionale.

Le norme della trasparenza costituiscono un apparato regolativo che garantisce la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito.

2. L'art. 29 del Codice dei Contratti e le finalità di controllo

Nel Codice dei contratti l'art. 29 impone un regime di pubblicità e informazione in materia di appalti speculare a quello delineato dall'art. 37 del D.lgs. 33/2013, costituendone quindi il completamento.

Con Comunicato del Presidente dell'ANAC dell'11 maggio 2016 è stato precisato che le informazioni indicate all'art. 29 coincidono, in parte, con quelle di cui all'art. 1, comma 32 della legge 6 novembre 2012, n. 190, per le quali l'ANAC – con la precedente deliberazione n. 39 del 20 gennaio 2016 – aveva già fornito indicazioni alle amministrazioni sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione.

La finalità perseguita è quella di garantire un controllo generalizzato (ad opera cioè di qualsiasi cittadino) sul regolare andamento delle procedure di gara e sulla corretta gestione delle risorse finanziarie pubbliche.

Sotto quest'ultimo profilo assume un particolare rilievo il disposto di cui all'art. 29, comma 1, ultimo periodo laddove è previsto che nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito

web dell'ente "sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione."

Non è stato chiarito cosa si intenda per resoconti della gestione finanziaria, se

La trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, tenuto conto che la relativa determinazione deve essere garantita su tutto il territorio nazionale. Le norme della trasparenza costituiscono un apparato regolativo che garantisce la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito.



per gli stessi si faccia riferimento al ciclo di vita di un'opera pubblica, come appunto quelli che devono essere resi noti dai RUP tramite il Cig. Gli enti generalmente pubblicano quanto liquidato con i relativi dati contrattuali.

Preme evidenziare, infatti nell'ambito dell'individuazione dei dati inerenti la gestione finanziaria di un ente, che la Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche, in attuazione del D.lgs. del 29/12/2011 n. 229 per il Monitoraggio opere pubbliche, presso il MEF, costituisce un patrimonio informativo sulla base dei dati importati sia dall'ANAC, che dal DIPE, il Dipartimento di Programmazione Economica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Le operazioni di consolidamento e integrazione con altri dati, tra cui quelli economici e finanziari (come quelli provenienti dal SIOPE per le P.a. che sono tenute a collegarsi) dovrebbero rendere evidenti i costi effettivi e i tempi di realizzazione delle opere pubbliche attuando, in tal modo, le finalità che si propone il *principio generale di trasparenza*, citato al primo articolo, ossia quelle di consentire il *“controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*.

3. Trasparenza e proposizione dell'eventuale ricorso. Giurisprudenza a confronto

Il concetto di “piena conoscenza” dell’atto lesivo, non deve essere inteso quale “conoscenza piena ed integrale” dei provvedimenti che si intendono impugnare, ovvero di eventuali atti endoprocedimentali, la cui illegittimità infici, in via derivata, il provvedimento finale:

“Ciò che è invece sufficiente ad integrare il concetto di “piena conoscenza” – il verificarsi della quale determina il dies a quo per il computo del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale – è la percezione dell’esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo da rendere percepibile l’attualità dell’interesse ad agire contro di esso”.

La consapevolezza dell’esistenza del provvedimento e della sua lesività, rimuove ogni ostacolo all’impugnazione dell’atto (così determinando quella “piena conoscenza” indicata dalla norma), la conoscenza “integrale” del provvedimento (o di

altri atti del procedimento) influisce, invece, sul contenuto del ricorso.

Il Codice degli appalti prevede, all’art. 29:

“Al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che procedura di affidamento e le ammissioni all’esito della verifica della documentazione attestante l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti, economico-finanziari e tecnico-professionali” (con una formulazione più estesa rispetto alla precedente).

Il termine per impugnare gli atti di gara decorre, quindi dalla pubblicazione di tali atti, con le modalità previste dall’art. 29, sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l’applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, senza che quindi possa

rilevare, al fine di far slittare in avanti il *dies a quo* del termine per l’impugnazione.

Il TAR Basilicata n. 24/2017 ha affermato che in mancanza di pubblicazione del provvedimento di ammissione sul profilo del committente, il termine

per l’impugnazione decorre *“dalla ricezione mediante posta elettronica del provvedimento di aggiudicazione definitiva, conclusivo del procedimento”*, così non valorizzando il fatto che la norma in esame permette che, insieme ai vizi dell’aggiudicazione, vengano dedotti anche quelli relativi ad ammissioni ed esclusioni.

Il TAR Campania – Napoli, n. 696/2017, ha affermato come sia irricevibile un ricorso in cui si

Ciò che è invece sufficiente ad integrare il concetto di “piena conoscenza” – il verificarsi della quale determina il dies a quo per il computo del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale – è la percezione dell’esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo da rendere percepibile l’attualità dell’interesse ad agire contro di esso”.



deducano insieme motivi avverso l'aggiudicazione e avverso l'ammissione alla gara:

"Tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in esame, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati. In sostanza, una volta che la parte interessata non ha impugnato l'ammissione o l'esclusione non potrà più far valere i profili inerenti all'illegittimità di tali determinazioni con l'impugnativa dei successivi atti della procedura di gara, quale, come nel caso di specie, il provvedimento di aggiudicazione".

La medesima pronuncia afferma la natura ordinatoria del termine di due giorni previsto dall'art. 29 per la pubblicazione del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, così rendendo praticamente concreta la possibilità che si giunga all'aggiudicazione senza che la stazione

appaltante abbia pubblicato il provvedimento sul proprio profilo, infatti, è evidenziato, che può accadere che la stazione appaltante resistente, non rispetti le forme di pubblicità idonee a garantire l'immediata conoscenza degli atti relativi all'ammissione/esclusione, prima, ed aggiudicazione, poi, previste, in particolare, agli artt. 29 e 76 del nuovo codice del contratti.

Il T.A.R. Bari, sez. III, sent. 340/2017 del 5.04.2017), ha sancito il principio per cui *"in difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione*

dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito" (Cons. Stato, sez. III, sent. 4994 del 25.11.2016).

La formulazione dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a. fa espresso riferimento all'adozione di "successivi atti", rispetto al provvedimento che determina

le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, per il quale prescrive l'onere

Alcune pronunce affermano la natura ordinatoria del termine di due giorni previsto dall'art. 29 per la pubblicazione del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, così rendendo praticamente concreta la possibilità che si giunga all'aggiudicazione senza che la stazione appaltante abbia pubblicato il provvedimento sul proprio profilo.



di impugnazione nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Il rito cd. "specialissimo" o "super speciale", di cui ai commi 2-bis e 6-bis del citato articolo 120 c.p.a. è applicabile unicamente nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione (cfr TAR Campania 696/2017).

La semplificazione per la realizzazione o ristrutturazione di impianti sportivi: una deroga alle norme sulle concessioni pubbliche?

Breve commento all'art. 62 L. n. 96/2017: opportunità e criticità

di Emanuela Pellicciotti

IL
PUN
TO

1. Overview: la norma ed il suo contesto di riferimento

Il 23 giugno 2017, sul supplemento ordinario n. 31 alla Gazzetta ufficiale n. 144, è stata pubblicata la legge 21 giugno 2017, n. 96, con la quale è stato convertito, con modificazioni, il D.L. n. 50/2017, recante

“Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo” (c.d. “manovrina”). Il testo normativo reca misure volte al miglioramento dei conti pubblici, sia operando una correzione del disavanzo di bilancio per il 2017 (per circa 3,1 miliardi), sia favorendo il rilancio dell’economia e gli investimenti nel settore pubblico ed infrastrutturale.

Tra i settori di sviluppo previsti dalla manovrina, spiccano gli investimenti pubblici nel settore dello sport; sono previsti, infatti, interventi puntuali necessari per assicurare l’organizzazione di particolari eventi - le gare mondiali di sci alpino a Cortina (previste per il 2020) e la RyderCup (nel 2022) -, ma anche interventi di semplificazione “a regime”, come l’art. 62 - che qui si esamina - dedicato alle misure di natura autorizzatoria e urbanistica volte ad agevolare la finanza di progetto nell’ammodernamento degli impianti sportivi pubblici.

Questa norma, nata quasi contemporaneamente alla fase di definizione delle procedure per la realizzazione del nuovo stadio di Roma, è stata molto discussa, nell’ambito dei lavori parlamentari e più volte rimaneggiata. In realtà, la discussione sulla fattibilità del nuovo impianto della Capitale si può vedere, in un certo senso, come il “banco di prova” delle norme previgenti, che ha

indotto il legislatore a riflettere sulla portata del procedimento di semplificazione e sullo stesso sistema di incentivazioni previsto per il settore.

Resta il fatto che l'art. 62 della L. n. 96/2017 conserva tracce proprio delle discussioni svoltesi per lo stadio romano - ciò si nota soprattutto nei passaggi relativi al divieto di includere nel progetto la realizzazione di nuovi complessi di edilizia residenziale e nella previsione di un esame delle istanze concorrenti in conferenza di servizi preliminare, finalizzata alla definizione dei contenuti del progetto definitivo -, ma si tratta, comunque di una norma di carattere generale ed acceleratorio, che novella l'art. 1, comma 304 L. n. 147/2013.

Quest'ultima disposizione, infatti, costituisce il precedente tentativo del legislatore di rilanciare gli appalti pubblici nel settore sportivo, con l'obiettivo di apportare i necessari miglioramenti alle numerose infrastrutture già presenti nel Paese.

Poiché l'art. 1, comma 304 della Finanziaria 2014 non aveva sortito gli effetti sperati, in termini di riviviscenza degli appalti pubblici nel settore sportivo - complice forse l'incertezza del quadro normativo sulle concessioni pubbliche, nel passaggio fra il codice attuale e quello previgente - il legislatore ha forse pensato di riprovare ad incentivare il settore, intervenendo anche a chiarire i termini degli incentivi assentibili al concessionario.

2. Una concessione "atipica"?

A questo punto, occorre subito premettere una criticità di natura normativa: né l'art. 62 della Legge n. 96/2017, né l'art. 1, comma 304 della Legge n. 147/2013 fanno riferimento allo schema giuridico delle concessioni pubbliche; questa assenza di riferimenti normativi che disciplinino la realizzazione di tali infrastrutture rende senz'altro critico l'uso dello strumento di semplificazione approntato dal legislatore.

Le uniche indicazioni presenti nella norma consistono in riferimenti allo studio di fattibilità,

che è alla base della "proposta di intervento", al concetto di "sostenibilità", al riferimento al "proponente" e - solo nell'art. 1, comma 304, lett. d) della Legge n. 147/2013 -, il rinvio alle "previsioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (all'epoca vigente - n.d.a.) in materia di finanza di progetto", subito temperato dalla clausola "in quanto compatibili". Nella novella in commento, invece, l'unico riferimento al Codice appalti è quello contenuto nel comma 4, ove è previsto che "il soggetto proponente deve essere in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dall'articolo 183, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

Quasi timidamente, dunque, si evocano - per la realizzazione delle opere di che trattasi - le norme sulle concessioni pubbliche, tanto da far dubitare che la vera semplificazione della novella stia, in realtà, non tanto nella previsione di procedure abbreviate per l'approvazione dello studio di fattibilità e del progetto (scandite dai commi 1, 2 e 2 bis dell'art. 62 della manovrina), ma soprattutto in una generale deroga rispetto alle norme sulle concessioni pubbliche, così come individuate nel vigente Codice dei contratti pubblici.

E infatti, sarebbe stato utile un chiarimento - da parte del legislatore - sulle norme regolatrici della materia, laddove egli ha unito ed integrato due norme, nate in tempi diversi e in vigenza di diverse norme regolatrici per i contratti pubblici; ciò, soprattutto pensando che l'attuale D.Lgs. n. 50/2016 è dotato di una "parte III", interamente dedicata alle concessioni pubbliche e di una "parte IV", riservata agli altri strumenti di partenariato pubblico-privato.

La sensazione, leggendo la norma in esame è che il legislatore abbia mutuato le norme in materia di convenzioni urbanistiche (cui, infatti, si riferisce spesso ed apertamente, ad esempio nel comma 2, lett. a), in cui richiama l'art. 28 bis D.P.R. n. 380/2001) e le abbia assunte ad istituto "atipico" per regolamentare quel particolare tipo di concessioni afferenti gli impianti sportivi.

Si è creato, così, un "mix normativo" in cui i richiami al codice dei contratti pubblici (ad esempio, al

comma 1, per lo svolgimento della conferenza dei servizi ed al comma 2 per la definizione dello studio di fattibilità) vengono inseriti in un contesto proprio della disciplina urbanistica degli Accordi di Programma finalizzati alla realizzazione di opere in variante.

In tal senso, quindi, il legislatore sembra allontanarsi dalle disposizioni tipiche delle concessioni di lavori (definite dall'art. 3, lett. uu) D.Lgs. n. 50/2016 come "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere") o della finanza di progetto (in particolare, quella disciplinata dall'art. 183, comma 15 D.Lgs.n. 50/2016, che prende l'avvio da un'istanza del "proponente", corredata da un "progetto di fattibilità"), per creare un modello più evoluto di Accordo di Programma. In altri termini, una procedura urbanistica in cui il "proponente" viene garantito dall'applicazione di procedure trasparenti in sede di conferenza di servizi preliminare, in relazione ai contenuti dello studio di fattibilità (si richiama l'art. 23, commi 5, 5 bis e 6 D.Lgs. n. 50/2016) e del Piano Economico e Finanziario.

Per il resto, come detto, non vi sono riferimenti espliciti alla procedura, o ai limiti, o ai contenuti degli strumenti contrattuali pubblici tipizzati dal codice appalti.

3. Prima deroga rispetto al Codice Appalti: i criteri di redazione dello "studio di fattibilità"

Ad esempio, in tema di progetto di fattibilità non sono richiamati i criteri di redazione e di valutazione indicati dall'art. 23, comma 6, ultima parte D.Lgs. n. 50/2016, laddove la norma prescrive di indicare

"le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa, calcolati secondo le modalità indicate dal decreto di cui al comma 3, dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione del progetto medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie". L'art. 62 L. n. 96/2017, invece, dopo aver genericamente enunciato, al comma 1, "Lo studio di fattibilità ... predisposto ai sensi dell'articolo 23, commi 5, 5-bis e 6, del codice dei contratti pubblici ...", si affretta a specificarne i contenuti, distinguendoli da quelli tipizzati dall'art.23 D.Lgs. n. 50/2016, affermando che tale livello di progettazione "può comprendere, ai fini del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa o della valorizzazione del territorio in termini sociali, occupazionali ed economici, la costruzione di immobili con destinazioni d'uso diverse da quella sportiva, complementari o funzionali al finanziamento o alla fruibilità dell'impianto sportivo, con esclusione della realizzazione di nuovi complessi di edilizia residenziale. Tali immobili devono essere compresi nell'ambito del territorio urbanizzato comunale in aree contigue all'intervento di costruzione o di ristrutturazione dell'impianto sportivo, al cui interno, ove abbiano una capienza superiore a 5.000 posti, possono essere realizzati anche alloggi di servizio strumentali alle esigenze degli atleti e dei dipendenti della società o dell'associazione sportiva utilizzatrice, nel limite del 20 per cento della superficie utile. I suddetti immobili, nel caso di impianti sportivi pubblici, sono acquisiti al patrimonio pubblico comunale. Lo studio di fattibilità può prevedere la demolizione dell'impianto da dismettere, la sua demolizione e ricostruzione, anche con volumetria e sagoma diverse, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettere d) e f), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, nonché la sua riconversione o riutilizzazione a fini sportivi. Laddove si tratti di interventi da realizzare su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti, per

il raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa, lo studio di fattibilità può contemplare la cessione del diritto di superficie o del diritto di usufrutto su di essi, ovvero la cessione del diritto di superficie o del diritto di usufrutto di altri immobili di proprietà della pubblica amministrazione. Il diritto di superficie e il diritto di usufrutto non possono avere una durata superiore a quella della concessione di cui all'articolo 168, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e comunque non possono essere ceduti, rispettivamente, per più di novanta e di trenta anni."

Dunque, la valutazione del primo livello di progettazione – appunto, lo studio di fattibilità – non è basata sulla sostenibilità ambientale, o sul contenimento dei costi, né sull'equilibrio delle opere compensative o sulla migliore modalità di mitigazione dell'impatto ambientale o sociale, ma deve necessariamente porre in equilibrio le anzidette esigenze, con quelle del proponente, espresse in termini di opere ancillari necessarie allo sfruttamento o alla gestione dell'impianto sportivo.

Si noti anche che lo studio di fattibilità non si esprime in merito al carico infrastrutturale ed alle opere di urbanizzazione, necessarie ad adeguare gli standard urbanistici al nuovo dimensionamento dell'impianto sportivo, ovvero alla recettività che tale impianto potenzialmente attrae nell'area e nelle strutture ancillari progettate dal proponente. Tale "omissione" da parte del legislatore, porterebbe a concludere che la valutazione della "sostenibilità del progetto" – inteso nel suo insieme -, deve ricomprendere anche il ponderoso carico delle opere di urbanizzazione: così, il proponente pone a suo carico sia la realizzazione (o ristrutturazione) dell'impianto sportivo, sia la realizzazione delle infrastrutture primarie e secondarie e degli standard opere e – su tale importo complessivo – calcola il corrispettivo atteso.

La sostenibilità del progetto, quindi, diventa assai onerosa e – in questo senso – sembra diluirsi il principio di "rischio di costruzione" che è proprio del concessionario, dal momento che egli costruisce opere di urbanizzazione che servono alla migliore

gestione della struttura sportiva, ma ottiene comunque una controprestazione immediata, in termini di sfruttamento delle cubature ancillari.

Specchio di questa tesi è il successivo comma 2 dell'art. 62, laddove si prevede, genericamente, che il proponente e l'ente pubblico dovranno regolare con una convenzione urbanistica (il riferimento è all'art. 28 bis D.P.R. n. 380/2001) la realizzazione delle opere di urbanizzazione che – sia per gli impianti sportivi privati (lett. a) del comma2), sia per gli impianti sportivi pubblici (lett. c) del comma2) -, "*precede o è almeno contestuale alla realizzazione ... dello stadio*". In altre parole, la realizzazione delle opere di urbanizzazione non condiziona l'esercizio degli altri diritti del proponente – tra i quali, il diritto alle cubature premiali indicate al comma 1 -, ma si configura come un inadempimento rispetto ad una convenzione urbanistica; con l'ulteriore, prevedibile, conseguenza che il mancato rispetto della stessa si riverbera sull'aspetto urbanistico, ma non (o, almeno, non sembra) su quello "concessorio" o "contrattuale".

4. Seconda deroga rispetto al Codice Appalti: il mancato riferimento all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 per gli interventi su proprietà privata

Un altro esempio di criticità della norma consiste nel mancato riferimento ai requisiti morali e professionali in capo al proponente, per quanto concerne gli interventi su proprietà privata: l'art. 62, infatti, non richiede che il proponente sia valutato ai sensi dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016.

Precisamente, il comma 4 dell'art. 62 recita: "*In relazione agli interventi da realizzare su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti, il soggetto proponente deve essere in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dall'articolo 183, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, associando o consorziando altri soggetti laddove si tratti della società o dell'associazione sportiva utilizzatrice dell'impianto*". E' lecito dedurre, per sottrazione, che il riferimento all'art. 183, comma 8 del

Codice appalti (il quale recita: *“alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80.”*) non sia applicabile alle opere realizzate su proprietà privata.

Questa dicotomia non é condivisibile: infatti, anche gli impianti realizzati su proprietà privata fruiscono delle “compensazioni” in termini di cubature premiali, previste dai commi 1, 3 e 5 bis indifferentemente sia per gli impianti privati, che per quelli pubblici.

Inoltre, sia gli impianti pubblici, che quelli privati fruiscono delle norme di semplificazione procedurale indicate dal comma 2.

Ma – e questo è il disequilibrio di maggior rilievo – la preoccupazione ricade ancora sulle opere di urbanizzazione, spesso di importo assai rilevante: tali opere – che sono in ogni caso “opere pubbliche” (e che, per quanto concerne quelle “primarie” e sotto-soglia sono di competenza del proponente, ex art. 16, comma 2 bis DPR n. 380/2001) -, infatti, in caso di “impianti privati” possono astrattamente essere poste a carico di un soggetto privo dei requisiti morali e professionali richiesti per l’affidamento di lavori pubblici.

Si può intravedere anche in questa dissonanza un presagio di criticità nell’attuazione pratica di questa norma di semplificazione per la realizzazione degli impianti sportivi. Gli enti chiamati ad approvare lo studio di fattibilità ed il progetto, infatti, necessariamente dovranno porsi anche il tema dell’affidamento della realizzazione delle opere pubbliche e degli standard, chiedendosi, quindi, se possano (e, spesso, debbano) affidare tali opere a soggetti ai quali potrebbe essere precluso l’accesso alle gare pubbliche o che, comunque, non sono tenuti a rilasciare le dichiarazioni di cui all’art. 80 D.Lgs. n. 50/2016.

5. Conclusioni

Il limite della norma di semplificazione in commento è forse quello – insito nella natura della norma stessa - di voler conciliare situazioni giuridiche distanti fra loro: da una lato, impianti sportivi su aree pubbliche ed impianti sportivi su aree private, dall’altro lato, procedure urbanistiche e procedure concorrenziali.

Il risultato è una norma con una portata disciplinatoria assai labile ed a tratti un po’ confusa.

Senz’altro è lodevole lo sforzo del legislatore di riunire in un unico dettato normativo la realizzazione e ristrutturazione di quelle particolari strutture pubbliche che sono gli “impianti sportivi”, prodigandosi per favorirne lo sviluppo, ma l’attuale disciplina si presta a possibili controversie (peraltro, nel caso di *“controversie relative agli impianti sportivi pubblici omologati per una capienza superiore a 16.000 posti”*, assoggettate dal comma 5 alla disciplina accelerata prevista per le infrastrutture strategiche, di cui all’art. 125 del codice del Processo Amministrativo) e, in definitiva, ad uno scarso utilizzo pratico, proprio per le incertezze di fondo sullo schema contrattuale utilizzabile.

Messo a punto il sistema premiale, in termini di cubature e di opere ancillari – certamente in grado di attrarre interessi imprenditoriali – sarebbe, quindi, auspicabile un ulteriore sforzo per definire le procedure utilizzabili ed allinearle ad uno degli schemi contrattuali tipici contenuti nel vigente Codice dei contratti pubblici. Questo passaggio, forse, si potrebbe attuare tentando di “calare” o “comprimere” nell’ambito di uno schema contrattuale tipico – probabilmente, una forma di partenariato pubblico-privato, anche ad istanza di parte come nel caso dell’art. 183, comma 15 D.Lgs. n. 50/2016 – gli aspetti di semplificazione urbanistica, che costituiscono la vera premialità introdotta dalla norma in commento.

La nomina/costituzione della commissione di gara nel periodo transitorio

di Stefano Usai



IL
PUN
TO

Premessa

Una questione pratico/operativa di grande rilevanza, anche alla luce delle indicazioni non univoche fornite dalla giurisprudenza attiene alla nomina, nel periodo transitorio, delle commissioni di gara (soprattutto negli enti locali).

Come noto, una delle novità di rilievo del codice dei contratti – fortemente voluta dall'ANAC in modo da favorire trasparenza ed oggettività nell'affidamento degli appalti – riguarda la scelta dei commissari che non è più "libera" per le stazioni appaltanti ma dovrà avvenire attraverso un articolato meccanismo di sorteggio contingentato agli esperti inseriti nel predisponendo Albo di cui all'articolo 78 del decreto legislativo 50/2016.

L'aspetto pratico che nel periodo transitorio si pone riguarda pertanto la scelta e la nomina dei commissari di gara negli appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o anche - come a mero titolo esemplificativo, stabilito dall'ANAC per le proprie gare (con la deliberazione n. 620/2016) - nel caso di appalto da assegnarsi al ribasso. Ipotesi, quest'ultima, anche avallata dallo stesso codice che nell'articolo 97 (offerte anormalmente basse), comma 2 - come modificato dall'articolo 62, comma 1, lett. a) 1. - ora prevede, in relazione agli appalti da aggiudicarsi al minor prezzo, che il criterio per determinare la soglia di anomalia può

essere sorteggiato dalla stessa commissione di gara (e non solo dal RUP).

Ai sensi del comma 12 dell'articolo 216 (norma che sintetizza le varie disposizioni transitorie), fino all'adozione dell'Albo (di cui all'articolo 78 del codice) la commissione di gara continuerà ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

1. La proposta di nominare la commissione di gara

La disposizione transitoria appena riportata si riferisce già ad uno stato avanzato del procedimento amministrativo che riguarda la commissione di gara e trascura il momento di "avvio" relativo alla stessa proposta di procedere con un organo collegiale, obbligatorio - come detto - solo nel caso di appalto da aggiudicarsi solo con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La proposta della nomina della commissione di gara e quindi la verifica delle condizioni legittimanti o che impongano il collegio giudice/valutatore è competenza rimessa - dalle linee guida n. 3 dell'ANAC (come nel pregresso dal codice e dal regolamento attuativo) - al RUP.

Il responsabile unico del procedimento è, pertanto, il soggetto che deve proporre la nomina di una commissione di gara e (con l'Albo) la richiesta all'ANAC del sorteggio dei componenti.

2. La scelta dei commissari

E' del tutto evidente che dal momento della proposta di nomina della commissione di gara si distingue la fase successiva relativa alla scelta dei commissari ovvero dei soggetti da inserire nel collegio. Si tratta, questa, di un'ovvia competenza tecnica (e non, ad esempio nei comuni, di competenza giuntale).

Il fatto che sia venuto meno – per abrogazione – l'articolo 84 del pregresso codice impone alla stazione appaltante, come recita l'ultima parte del primo periodo del comma 12 sopra riportato, di darsi delle regole di trasparenza ed imparzialità.

In questo senso, il procedimento da utilizzare – per l'individuazione dei componenti del collegio - potrebbe essere quello già declinato nell'articolo 84 del pregresso codice o limitarsi al richiamo di regole di trasparenza e competenza (es. attingendo da altre pubbliche amministrazioni).

Il RUP, in sostanza, non potrà scegliere discrezionalmente i componenti della commissione ma dovrà privilegiare in primo luogo (e proporre poi al proprio responsabile) la nomina di soggetti interni – non coinvolti da rapporto gerarchico nei confronti del presidente della commissione come stabilito dalla giurisprudenza da ultimo il Tar Puglia, Lecce, sez. II, sentenza n. 825/2017) – oppure attingendo da altre amministrazioni o ancora rivolgendo inviti ai vari ordini/categorie per la formulazione di nominativi su cui espletare la scelta con il sorteggio.

3. La presenza del RUP nella commissione di gara

Rimane aperta la questione della partecipazione del RUP in commissione di gara e – semplificando – se il RUP possa "pretendere" o rifiutarsi di far parte del collegio.

Il decreto correttivo (decreto legislativo 56/2017) con la modifica intervenuta al comma 4 dell'articolo 77 del codice rimette alla stazione appaltante la valutazione se il responsabile unico del procedimento possa o meno far parte della commissione di gara.

Fermo restando, il primo periodo del comma 4 citato, che "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".

Il procedimento da utilizzare, nel caso di scelta di membri esperti esterni alla stazione appaltante, potrebbe essere quello già declinato nell'articolo 84 del pregresso codice o anche un semplice richiamo a regole di trasparenza e competenza (es. attingendo da altre pubbliche amministrazioni).

La scelta del legislatore, in effetti, appare singolare e considerato che l'orientamento dominante della giurisprudenza (ed in particolare quella espressa sotto l'egida del nuovo codice)

sembra confermare l'incompatibilità del RUP. Non solo, le stesse linee guida n. 3 – e l'aggiornamento proposto dall'ANAC attualmente in fase di consultazione – non "raccolgono" il suggerimento del legislatore ribadendo che la presenza del responsabile unico del procedimento viene "condizionata" dalla giurisprudenza che in passato – ma non sempre in modo univoco – ha affermato che questo soggetto può essere membro della commissione se non ha approvato le regole della gara (competenza del responsabile del servizio).

Alla luce dell'ambiguità del dato normativo e di quello giurisprudenziale appare opportuno che la stazione appaltante fornisca indirizzi precisi ai vari servizi ed ai correlati responsabili adottando – si

ritiene – la soluzione chiara ed inequivoca di non inserire il RUP in commissione.

Tale indirizzo generale, evidentemente, esclude fin dall'origine ogni possibilità di ricorso. Al limite potrebbe ritenersi compatibile il RUP in commissione nel caso di limitato intervento discrezionale dell'organo valutatore.

4. Il presidente della commissione di gara (nel periodo transitorio)

Il comma 4 dell'articolo 77 del codice dei contratti estende l'incompatibilità – per aver svolto funzioni tecniche/amministrative afferenti la redazione degli atti – anche al responsabile del servizio che, come accade normalmente negli enti locali, abbia approvato con la propria determinazione a contrattare il bando e gli atti di avvio della procedura.

La norma, come già rilevato, rappresenta una importante novità rispetto al regime pregresso (d e c r e t o l e g i s l a t i v o 163/2006 ed in particolare con l'articolo 84) con cui si operava una sorta di finzione giuridica per consentire al responsabile del servizio di poter partecipare quale presidente del collegio.

Circostanza che risultava perfettamente coerente con l'articolo 107 del decreto legislativo 267/2000 – da ritenersi ancora in vigore e non abrogato neppure implicitamente dal codice dei contratti – che attribuisce non solo la presidenza ma l'intera responsabilità sul procedimento al dirigente/responsabile del servizio.

In tempi recenti, come annotato sopra, proprio il Tar Puglia, della seconda sezione di Lecce con la sentenza n. 825/2017 ha chiarito che il responsabile del servizio in quanto soggetto che

approva gli atti di gara non può partecipare ai lavori della commissione di gara.

Circostanza, questa, che rende necessario un indirizzo generale della stazione appaltante che chiarisca in che modo devono essere costituite le commissioni di gara per evitare impugnazioni/ricorsi dei concorrenti.

5. L'indirizzo generale sulle modalità di composizione delle commissioni di gara

L'indirizzo generale – a mero titolo esemplificativo nei comuni – può assumere la veste formale o di una direttiva del segretario/responsabile anticorruzione o di una delibera giunta; nel caso delle ASL l'atto può promanare direttamente dal direttore generale.

Circa il contenuto degli indirizzi, in primo luogo, ribadito che la commissione di gara opera necessariamente nel caso di appalto/concessioni da

aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e anche nel caso di appalto da aggiudicarsi al ribasso) - composta in numero dispari con un massimo di 5 membri esperti in

aspetti amministrativi e specifici del settore inciso dall'appalto (commi 1 e 2, art. 77 del codice) -, occorrerà esprimersi sia sulla partecipazione del RUP sia dello stesso dirigente/responsabile del servizio.

A sommo avviso, per quanto appena esposto, è da preferire l'orientamento (peraltro già sostenuto dall'ANAC negli schemi di linee guida n. 3) per cui il RUP ed il dirigente/responsabile del servizio non possono partecipare alla commissione di gara (né ai lavori) se non, il primo, come mero segretario verbalizzante, il secondo come soggetto deputato ex lege all'approvazione – se del caso – della

Alla luce dell'ambiguità del dato normativo e di quello giurisprudenziale appare opportuno che la stazione appaltante fornisca indirizzi precisi ai vari servizi ed hai correlati responsabili adottando – si ritiene – la soluzione chiara ed inequivoca di non inserire il RUP in commissione.



proposta di aggiudicazione presentata dal RUP. In questo modo, come detto, si preven- gono direttamente possibili conflitti e ricorsi.

Soggetto competente, come detto, a presentare la proposta di nomina di commissione è il RUP che avrà cura di privilegiare la partecipazione di soggetti interni alla stazione appaltante – non legati da vincoli gerarchici con il presidente – con cura che non abbiano svolto alcun incarico relativo all'appalto né debbano rivestire ruoli specifici in fase di esecuzione del contratto (né si trovino in situazioni di altre incompatibilità ai sensi del commi 5 e 6 dell'articolo 77); il presidente potrà essere individuato alternativamente tra gli altri responsabili di servizio.

Il presidente, ai sensi del comma 8 dell'articolo 77 – come il resto della commissione – nel periodo transitorio e quindi ante albo dei commissari, potrà essere ancora un dipendente interno alla stazione appaltante, mentre una volta a regime il nuovo sistema, anche per gli appalti nel sottosoglia il presidente dovrà essere sorteggiato tra i nominativi comunicati dall'ANAC e, pertanto, dovrà sempre essere un soggetto esterno.

In caso, da ritenersi residuale, di nomina di componenti esterni il modello a cui il RUP si deve ispirare è quello già previsto nell'articolo 84 del pregresso codice con escussione dei vari "ordini" di esperti affinché propon- gano una terna di nomi su cui effettuare il sorteggio.

La determina di nomina – con eventuali compensi per i membri esterni che dovranno essere considerati nel quadro economico dell'appalto (comma 10 art. 77) – compete al dirigente/ responsabile del servizio.

6. Il momento della nomina della commissione di gara

Il comma 7 dell'articolo 77 – e nell'indirizzo generale adottato dalla stazione appaltante sarà opportuno ribadirlo – dispone che la nomina della commissione possa avvenire legittimamente solo dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, secondo un principio classico del procedimento di gara in modo da evitare potenziali collusioni con gli appaltatori.

Ulteriori questioni che l'atto di indirizzo può affrontare attengono allo svolgimento dei lavori dell'organo collegiale, il cui *modus operandi* deve essere attentamente presidiato dal RUP che poi stenderà l'atto di approvazione dei vari verbali e predisporrà la proposta di aggiudicazione al proprio responsabile del servizio.

Ulteriori questioni che l'atto di indirizzo può affrontare attengono allo svolgimento dei lavori dell'organo collegiale – il cui modus operandi deve essere attentamente presidiato dal RUP che poi stenderà l'atto di approvazione dei vari verbali e predisporrà la proposta di aggiudicazione al responsabile del servizio.

Le sedute, al netto di quelle dedicate alla valutazione dei progetti, devono essere rigorosamente pubbliche. La giurisprudenza ha più volte annotato

che l'unico momento in cui gli appaltatori possono realmente verificare l'andamento e la regolarità della procedura è quello dei lavori aperti agli interessati. Pertanto, ogni violazione rischia verosimilmente di determinare l'annullamento degli atti di gara.

Da notare che il decreto correttivo (comma 1-bis dell'articolo 78) nel rimettere all'ANAC la predisposizione di specifiche linee guida sul funzionamento delle commissioni di gara, ha specificato la necessità di chiarire che le sedute di norma devono essere pubbliche. Disposizione, a sommo- so avviso, non necessaria considerato il costante indirizzo giurisprudenziale che impone la pubblicità delle sedute ad eccezione del momento in cui l'organo collegiale valuta i progetti in modo da poter espletare tale valutazione al riparo da possibili condizionamenti.

Le considerazioni ultime riportate introducono la questione di quali siano i compiti della commissione. In via esclusiva la competenza della commissione è quella di valutare le offerte mentre in via residuale e solo nel periodo transitorio – come annotato anche dalla giurisprudenza e dall'ANAC – l'organo giudicatore può occuparsi sia delle verifiche formali sulla documentazione prodotta (si intende il controllo della prima fase consistente nella verifica della completezza – non del possesso dei requisiti – della documentazione presentata) e della stessa verifica sulla potenziale anomalia. Compiti che appartengono al RUP il quale, soprattutto in relazione alla verifica dell'anomalia può farsi supportare anche dalla commissione di gara (il RUP può anche richiedere la collaborazione degli uffici della stazione appaltante, la costituzione di un ufficio a hoc oppure l'intervento di esperti).

La circostanza che la commissione di gara venga chiamata ad occuparsi della verifica sulla regolarità e completezza degli atti presentati per partecipare alla competizione implica – da parte di questa – l'esercizio delle incombenze correlate all'utilizzo del soccorso istruttorio, sia specificativo (che si esplica con la richiesta di meri chiarimenti sui documenti prodotti), sia di tipo integrativo (ora non più oneroso per effetto delle modifiche apportate dal decreto correttivo al comma 9 dell'articolo 83 del codice) che si esplica con autentiche richieste di integrazioni per mancate dichiarazioni (tranne che per quella afferente alle procedure penali), per

l'integrazione sul contratto di avvalimento (sempre che risulti stipulato ante scadenza del termine per presentare offerta) e/o anche per integrare la carenza di firme sempre che sia chiara la paternità dell'offerta.

Di tali incombenze, evidentemente, si potrà occupare comunque anche il RUP (o, questo potrebbe prestare valido supporto).

7. Il rinnovo del procedimento di gara

La commissione di gara, quale organo straordinario della stazione appaltante, conclude i propri lavori con la consegna della proposta di aggiudicazione al RUP (il quale poi, dopo le dovute verifiche/controlli formali, dovrà predisporre l'atto completo per il proprio responsabile del servizio) ma – ai sensi del comma 11 dell'articolo 77 – potrà essere riconvocata in caso di annullamento del procedimento di gara. Questo per una evidente economia di procedimento.

Il comma in parola puntualizza testualmente – secondo disposizioni già note – che "in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione".

L'interpretazione dei contratti di appalto di servizi e il reato di abuso di ufficio ex art. 323 c.p..

di Rinaldo Alvisi

IL
PUN
TO

Premessa

In questo articolo si tratterà un caso oggetto di un processo penale ancora in corso, nel quale è imputato, per il reato di abuso di ufficio, un Dirigente del settore dei servizi sociali di un Comune, che ha gestito un appalto di servizi di natura assistenziale - dalla redazione del bando di gara, alla assegnazione dell'appalto, alla stipula del relativo contratto e alla sorveglianza della sua corretta esecuzione - stipulato tra la pubblica amministrazione e un operatore economico.

Il Dirigente è stato accusato di avere mantenuto, nello svolgimento delle funzioni, specificamente nella interpretazione del contratto di appalto, comportamenti contrari alla buona fede, al principio di correttezza e di imparzialità della P.A., in violazione dell'art. 97 Cost. (principio di imparzialità della pubblica amministrazione), degli artt. 1366 (interpretazione di buona fede) e 1375 (esecuzione di buona fede) c.c., nonché dell'art. 2 commi 1 e 4 del d.lgs. 163/06 (codice dei contratti pubblici), al fine di arrecare un ingiusto danno alla impresa appaltatrice.

Il punto è che comportamenti in violazione delle norme individuate nella imputazione normalmente generano illeciti civili, in quanto l'appalto pubblico rappresenta l'oggetto di un contratto, la cui nozione e la cui disciplina trovano la loro fonte originaria nel codice civile.

Ed è per ciò che l'istituto, in tutti i suoi aspetti, non può che essere regolato principalmente da tale fonte, fatta eccezione per particolari e specifici aspetti che trovano la loro regolamentazione nella *lex specialis*, anche in deroga alla normativa codicistica.

Per tali contratti valgono i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, quelli propri dettati, ad esempio, in caso di inadempimento contrattuale, di valutazione dei comportamenti delle parti sotto il profilo della buona fede, della correttezza nella fase esecutiva, di interpretazione delle clausole contrattuali.

Pertanto, la eventuale violazione dei suddetti principi normalmente genera illeciti civili e, a carico delle parti contraenti, le conseguenti responsabilità contrattuali ed extracontrattuali.

1. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

E' opportuno precisare che la responsabilità è contrattuale allorchè vi è violazione delle obbligazioni previste in contratto, mentre, è extracontrattuale quando non vi è la violazione di una preesistente, specifica obbligazione corrente tra l'autore dell'illecito e il danneggiato, scaturente da contratto, bensì dalla violazione dell'obbligo generico del *neminem laedere*, imposto a salvaguardia dell'altrui sfera giuridica.

Più precisamente, nell'illecito contrattuale si ha una trasformazione del preesistente rapporto obbligatorio relativamente all'oggetto, perché alla prestazione dedotta in obbligazione si sostituisce il risarcimento del danno. Nell'illecito extracontrattuale, invece, l'obbligazione di risarcimento sorge ex novo, sulla base della violazione del predetto obbligo generico dell'*alterum non laedere*. **(cfr. commento all'art. 1173 c.c., pag. 7, codice civile commentato IPSOA)**

2. La violazione dell'art. 97 Cost. da parte di un funzionario pubblico

Ciò specificato, si rileva che, secondo un orientamento della Suprema Corte, la violazione dell'art. 97 Cost. può costituire parametro di riferimento per il reato di abuso di ufficio allorchè sia violato il precetto in esso contenuto, che impone al funzionario pubblico di non usare, nell'esercizio delle funzioni, favoritismi, di non realizzare discriminazioni e procurare ingiusti vantaggi.

Ebbene, sulla base di questo orientamento giurisprudenziale un dirigente comunale si ritrova oggi a rispondere, dinanzi al giudice penale, per il reato di abuso di ufficio.

3. Oggetto del contratto di appalto di servizi

Si è accennato in esordio che il contratto stipulato tra l'ente pubblico e l'impresa appaltatrice

aveva ad oggetto un appalto di servizi di natura assistenziale.

Trattavasi, invero, di assistenza di cittadini, nella specie, anziani, disabili, minori e adulti, in condizioni di fragilità, persone con patologie oncologiche e HIV correlate in fase avanzata, con patologie in fase terminale, che determinavano una limitazione della autonomia, invalidanti e trattabili a domicilio. Il servizio di assistenza era finalizzato a salvaguardare le singole persone in stato di bisogno e a garantire la permanenza della persona assistita nel proprio ambiente di vita, attraverso interventi a sostegno della famiglia e con prestazioni sociosanitarie integrate svolte in regime domiciliare, ovvero nel contesto della vita quotidiana della persona. E ciò per evitare il ricovero ospedaliero, l'istituzionalizzazione in residenza Sanitaria Assistita, in Residenza Protetta o in Casa di Riposo.

L'oggetto del contratto imponeva, dunque, proprio per la peculiarità del servizio assistenziale, l'effettivo svolgimento dello stesso.

E, infatti, sia il contratto sia il relativo capitolato prevedevano che l'operatore economico, assegnatario dell'appalto, espletasse, in concreto, la suddetta assistenza per un numero di ore annue contrattualmente stabilito.

Si rileva, altresì, che il corrispettivo globalmente concordato dell'appalto venne determinato con specifico riferimento alle ore annue da impiegare per l'esecuzione dello stesso.

Ebbene, nel corso della esecuzione del servizio appaltato, il Dirigente Comunale, a seguito di verifiche, riscontrava che non erano state effettuate tutte le ore garantite e, pertanto, in forza delle previsioni contrattuali, chiedeva alla aggiudicataria il recupero delle stesse, specificando che, relativamente al recupero delle ore non "lavorate", nulla era dovuto dall'amministrazione comunale, avendo quest'ultima già provveduto al pagamento del relativo corrispettivo, liquidando le fatture che mensilmente l'aggiudicataria emetteva in 1/31 e che si riferivano, appunto, alle ore appaltate.

La suddetta richiesta è oggi oggetto della imputazione a carico del dirigente comunale.

4. Le accuse mosse al Dirigente Comunale

L'impresa appaltatrice ha denunciato il funzionario pubblico asserendo che la richiesta di recupero ore avanzata dal Dirigente non fosse legittima, frutto di una interpretazione distorta del contratto e che l'amministrazione, non avendo provveduto al pagamento delle ore "recuperate", aveva conseguito un ingiusto profitto e generato un danno patrimoniale in capo alla impresa.

La denuncia trovava supporto nella relazione del consulente della pubblica accusa, il quale affermava che il comportamento illecito si sarebbe sostanziato nell'aver il Dirigente interpretato in mala fede il contratto, in difformità rispetto all'indirizzo espresso dall'Avvocatura Comunale in relazione alla interpretazione dei contratti aventi ad oggetto appalto di servizi.

A tal fine, il consulente richiama un parere reso dall'Avvocatura Comunale, su richiesta dell'imputato, ma per un appalto di servizi diverso e precedente rispetto a quello oggetto della imputazione, e che negava la possibilità di potere richiedere il recupero di ore appaltate e non effettivamente "lavorate".

5. Il parere dell'Avvocatura Comunale

In sintesi, l'Avvocatura nell'affrontare il tema concernente la modalità di calcolo delle ore oggetto del servizio appaltato, forniva una interpretazione del bando e del capitolato, affermando che, nelle ore oggetto dell'appalto, dovessero computarsi anche quelle "**non prestate materialmente**", in quanto ricadenti nelle festività.

Puntualizzava che il contratto di appalto di servizi è un contratto a corpo e non a misura.

E a sostegno di questa insensata interpretazione richiama:

- la locuzione contenuta nell'articolo del bando: "*indicativamente si presume che la ditta debba garantire complessivamente un numero di ore ... per ventotto mesi.*";
- la circostanza che nella legge di gara era esclusa

la prestazione del servizio nei periodi di festività;
- la circostanza che l'appalto dovesse essere assicurato nei giorni feriali.

Sosteneva, pertanto, che, poiché nella gara era "*fissata la delimitazione oggettiva del servizio, che deve espletarsi nell'arco temporale di TOT mesi, non era possibile fare recuperare alla aggiudicataria la effettuazione delle ore non rese nei giorni festivi in ulteriori giorni non festivi, poiché detta ultima possibilità si sarebbe tradotta nel superamento della durata amministrativamente e contrattualmente stabilita del servizio appaltato, ovvero il periodo di ventotto mesi*".

Rilevava, ancora, sbagliando, che per le ore non prestate nei giorni festivi il soggetto aggiudicatario ha dovuto, comunque, corrispondere al personale di cui si è avvalso la relativa retribuzione.

E' bene immediatamente stabilire che l'Avvocatura Comunale, il cui parere NON è vincolante per un funzionario pubblico, ha reso un'interpretazione errata del contratto d'appalto da lei esaminato. E il grave errore in cui è incorsa ha fornito le basi alla impresa per costruire accuse false in danno dell'imputato.

Infatti, secondo la pubblica accusa e il consulente dalla stessa nominato, l'imputato, sulla base di quanto espresso dalla Avvocatura, avrebbe adottato comportamenti in violazione dei principi innanzi indicati, difformi rispetto ad appalti precedenti, avrebbe, in sostanza, interpretato in mala fede il contratto per avanzare richieste in danno della impresa appaltatrice.

6. La difesa del Dirigente Pubblico

Per approntare la difesa del Dirigente pubblico, confutare gli assunti dell'Avvocatura, recepiti dal consulente della Pubblica Accusa, e dimostrare che, nella fattispecie in esame, il reato contestato al Dirigente non esiste e il suo operato è stato conforme a legge, si è dovuto, preliminarmente, accertare se il contratto di appalto di servizio, stipulato dal Comune e dalla impresa, abbia natura di contratto a corpo o a misura.

Si è proceduto, dunque, alla disamina degli elementi costitutivi e caratterizzanti la figura contrattuale in oggetto, ricorrendo ai principi generali di diritto previsti in materia di obbligazioni e contratti, la cui applicazione non può essere elusa neanche dalla vigenza, in materia di appalti pubblici, di norme speciali dettate per materie non tipicamente previste dal codice civile.

7. Disamina del contratto di appalto

Il contratto di appalto è a corpo o a forfait quando, al momento della stipulazione del contratto, il prezzo è stabilito in un importo globale, fisso e invariabile per l'intera opera, ovvero indipendentemente dalla misura della stessa, e il corrispettivo è parametrato al risultato piuttosto che alla quantità delle singole prestazioni.

L'appalto è a misura quando, al momento della stipulazione del contratto, le parti stabiliscono il prezzo di una unità di misura dell'opera. Il corrispettivo globale è determinato moltiplicando il prezzo unitario per il numero delle singole unità di misura di cui sarà composta l'opera o il servizio. Partendo da questi principi di diritto sostanziale si sono dunque esaminati tutti gli atti correlati all'appalto, ovvero il bando di gara, il contratto stipulato, il capitolato, i verbali di aggiudicazione. A tal proposito, si rileva che il criterio di aggiudicazione del servizio fu quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

E, infatti, l'impresa, per aggiudicarsi l'appalto, dopo avere esaminato le basi d'asta, predispose e inoltrò al Comune committente una proposta migliorativa, offrendo un'implementazione dell'equipe, con un'ulteriore unità operativa, rispetto a quella prevista dal CSA, per 38 ore settimanali per tutta la durata dell'appalto. A tal fine allegava una scheda di scomposizione della offerta, con cui dettagliatamente e specificamente indicava i costi riferiti sia ad ogni singola ora di espletamento del servizio, sia al singolo assistente sociale e/o domiciliare incaricato dalla Impresa medesima, e, per la determinazione dei costi, aveva seguito le indicazioni fornite dalle tabelle ministeriali, cui doveva attenersi.

Dunque, l'aggiudicataria aveva l'obbligo – in forza del Contratto, del Capitolato Speciale di Appalto, del progetto tecnico e delle relative proposte migliorative presentate in sede di gara - di assicurare in TOT mesi, l'effettivo espletamento delle ore poste a base d'asta oltre a quelle, in aggiunta, offerte in sede di gara, non una di meno. E sapeva anche che l'appalto aveva ad oggetto non ore teoriche ma quelle effettivamente erogate dagli operatori, le sole che l'amministrazione comunale era tenuta a retribuire.

Il prezzo venne stabilito sulla base di ogni singola ora di servizio da effettuare ad un costo definito dalle tabelle predisposte in materia dal "*Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali per determinare il costo orario del lavoro per le lavoratrici ed i lavoratori delle Cooperative del Settore Socio-Sanitario-Assistenziale Educativo e di inserimento lavorativo*".

Dalla lettura delle indicate tabelle emergeva che:
- la "quantificazione del costo orario" si basava sul numero delle ore **mediamente lavorate** (pari a n.1.548) e **non di quelle teoriche** (38 x 52 settimane) pari a 1.976.
- le ore mediamente "non lavorate" (pari a 428) costituivano la differenza tra le ore teoriche e le ore mediamente lavorate;
- nelle ore mediamente "non lavorate" **venivano computate**: ferie, festività soppresse, assemblee sindacali, malattia, gravidanza, infortunio, diritto allo studio, formazione professionale, permessi.

Quanto al pagamento del corrispettivo, il capitolato prevedeva che fosse subordinato alla ricezione delle fatture **pari ad 1/31 dell'importo offerto in sede di gara** e che il prestatore era tenuto ad emettere, all'inizio di ogni mese, previa attestazione della regolarità e conferma dei servizi da parte del dirigente.

Aggiungasi che, quanto alla quantificazione delle ore, il riferimento soltanto in via "presuntiva" delle ore di servizio da svolgere (utilizzato dal consulente del Pubblico Ministero, per sostenere che il tempo di esecuzione dell'appalto non era riferibile alle ore di servizio poste a base d'asta ma al tempo complessivo di esecuzione, indipendentemente

dall'effettivo espletamento delle suddette ore), era funzionale alle esigenze degli utenti, ai quali doveva essere assicurata assistenza giornaliera. Invero, la stazione appaltante aveva la possibilità, sulla base delle richieste degli interessati, di apportare variazioni al servizio agli stessi prezzi, patti e condizioni. Il che avveniva, attraverso il potenziamento, disposto con apposito atto amministrativo, di un maggior numero di operatori o con l'incremento del monte-ore previsto, stabilendo l'ulteriore servizio da svolgere e il prezzo da corrispondere, in virtù delle disposizioni di base dell'appalto in oggetto.

Il potenziamento, dunque, non avrebbe potuto applicarsi se non si fosse partiti da una base certa di ore da prestare, se le ore contrattualizzate non fossero state effettivamente espletate e se il costo orario di ciascuna ora di servizio non fosse stato determinato.

Inoltre, era previsto dal contratto che sulla impresa appaltatrice incombeva l'onere, con cadenza mensile, di aggiornare l'Amministrazione Comunale sull'andamento del Servizio, evidenziando eventuali carenze o difficoltà e avanzando suggerimenti o proposte per il miglioramento dello stesso, e di compilare, settimanalmente, per le verifiche di congruità e di coerenza con i piani di lavoro del mese, una scheda contenute nel dettaglio gli orari e le prestazioni effettuate.

Dunque, dalla lettura del bando di gara, del contratto di appalto, del capitolato, dei verbali di aggiudicazione si è potuto stabilire in via generale e specifica che:

- il contratto in esame prevedeva prestazioni da corrispondere a misura;
- l'aggiudicataria aveva l'onere di garantire effettive ore di servizio, nella misura concordata (le ore poste a base di gara cui aggiungere quelle offerte in sede di proposta migliorativa); quindi il periodo complessivo stabilito per la durata dell'appalto era stato calcolato sulle ore annue da espletare, la richiesta di recupero ore avanzata dal Dirigente era assolutamente legittima.

Chiarito, poi, dalle tabelle ministeriali, utilizzate per determinare il costo di ciascuna ora, che:

- la "quantificazione del costo orario" si basava sul numero delle ore mediamente lavorate (pari a n.1.548) e non di quelle teoriche (38 x 52 settimane) pari a 1.976.
- le ore mediamente "non lavorate" (pari a 428) costituivano la differenza tra le ore teoriche e le ore mediamente lavorate;
- nelle ore mediamente "non lavorate" venivano computate: ferie, festività soppresse, assemblee sindacali, malattia, gravidanza, infortunio, diritto allo studio, formazione professionale, permessi, l'amministrazione comunale aveva legittimamente richiesto il recupero di ore lavorative appaltate e mai effettuate e aveva già provveduto al pagamento delle ore da recuperare, liquidando le fatture che mensilmente l'Impresa emetteva in 1/31 e che si riferivano, come già detto, alle ore appaltate.

8. Prime conclusioni

Sulla base di questi elementi tutti i dubbi sulla natura dell'appalto oggetto del contratto devono ritenersi fugati ed è possibile sostenere, così come si sta sostenendo nel processo penale in corso, che:

- le parti contraenti avevano stipulato un contratto di appalto di servizi a misura e non a corpo;
- contrariamente a quanto affermato dalla accusa, nell'espletamento dell'appalto si doveva aver riguardo non al periodo complessivo stabilito per il suo svolgimento (TOT mesi) ma alle singole ore appaltate;
- l'interpretazione resa dall'Avvocatura Comunale, relativamente alla natura dei contratti di appalto di servizi, è errata;
- la richiesta avanzata dal Dirigente deve ritenersi assolutamente lecita;
- il Dirigente non ha mai richiesto il recupero dei giorni festivi, ma soltanto quello delle ore appaltate, contrattualizzate e non espletate, sul presupposto che oggetto dell'appalto erano

effettive ore di servizio assistenziale, che l'impresa aveva garantito di svolgere;

- le ore recuperate, in virtù dei parametri delle Tabelle ministeriali e dell'offerta avanzata con la relativa scheda analitica dall'aggiudicataria, erano già state pagate dall'Amministrazione Comunale;

- la mancata effettuazione delle ore appaltate avrebbe comportato un effettivo danno economico alla Amministrazione comunale, oltre a quello provocato agli utenti del servizio, e il danno sarebbe stato ancor più grave se il Comune, come richiesto dalla impresa appaltatrice, avesse proceduto alla ripetizione del pagamento delle somme già corrisposte.

Nel prossimo numero, dopo avere stabilito quali sono gli elementi costitutivi del reato di abuso di ufficio, vi aggiorneremo sulla conclusione del processo.

Esclusione dal mercato dei pubblici appalti per fatto della Amministrazione e risarcimento del danno

di Francesca Scura

IL
PUN
TO

Premessa

L'ordinamento riconosce il diritto dell'impresa di ottenere il risarcimento dei danni subiti consistenti nella estromissione della stessa dal mercato dei pubblici appalti, che sia direttamente imputabile a fatti estranei alla condotta della impresa stessa. Trovano, infatti, applicazione a tale fattispecie i generali principi civilistici in tema di responsabilità extracontrattuale, ivi inclusa la responsabilità per condotta omissiva.

La tipologia di danni che può venire in rilievo in tali casi assume, tuttavia, una connotazione peculiare, così come l'individuazione della decorrenza del termine di prescrizione della azione civile volta ad ottenere il relativo risarcimento.

Un recente sentenza della Corte di Cassazione (30 maggio 2017 n. 13510) analizza la duplice questione, enunciando un principio di diritto a parziale superamento degli orientamenti precedenti.

1. Il caso di specie

Il caso giunto alla attenzione della Corte di Cassazione originava dalla richiesta di risarcimento, azionata nel 2008, relativi a danni subiti da un'impresa a causa di comportamenti negligenti posti in essere da alcune prefetture.

La causa veniva proposta, in particolare, contro la Presidenza del Consiglio, quale coordinatrice dell'intera attività dell'esecutivo, e il Ministero dell'Interno, quale esclusivo responsabile della tenuta e dell'aggiornamento del Centro Elaborazione Dati (C.E.D.), nonché titolare dei poteri di accertamento delegati agli organi di Polizia ed alle Prefetture, nella gestione delle "informative antimafia" c.d. "atipiche" di cui al Decreto del Presidente della Repubblica n. 252 del 1998, ex articolo 10, comma 7, lettera c).

Le amministrazioni menzionate, nonostante i ripetuti solleciti e le istanze inoltrate dalla azienda interessata, non avevano provveduto ad aggiornare gli archivi informatici normalmente utilizzati per le verifiche e le informative, sulla base delle novità e dei chiarimenti via via forniti dall'azienda, che, a suo dire, dimostravano l'inesattezza, l'imprecisione e l'obsolescenza di pregresse notizie, le quali venivano utilizzate per le informative antimafia, che così risultavano prive di fondamento.

Il suddetto mancato aggiornamento causava quindi

la revoca dei contratti già aggiudicati in favore della impresa in questione, nonché la perdita dei requisiti di capacità economico-finanziaria necessari per poter mantenere l'aggiudicazione conseguita e operare nel sistema degli appalti pubblici. Il che determinava la "morte" dell'impresa, fino ad allora avente una significativa posizione nel detto sistema.

La negligente condotta degli enti pubblici, competenti alle suddette verifiche, si era spinta al punto da costringere la società in questione ad avviare le procedure di messa in liquidazione.

2. L'analisi della Corte

La Corte di Cassazione pone in luce due rilevanti aspetti in riferimento al caso di specie: il danno subito dalla impresa a seguito della condotta negligente della pubblica amministrazione (che, con comportamento omissivo, non ha ottemperato ai propri doveri verso l'impresa richiedente) determina non solo la perdita delle attuali commesse bensì - tramite la messa in liquidazione della società, che comporta, di per sé, la limitazione della capacità di agire della stessa - anche l'estromissione dal mercato dell'impresa medesima.

In particolare, la logica seguita, comune alla giurisprudenza della Corte, distingue, in tema di responsabilità civile, sia contrattuale sia extracontrattuale, fra c.d. danno evento e c.d. danno conseguenza.

In primo luogo, la Corte individua il comportamento illecito addebitato alle Amministrazioni (ossia il fatto dannoso riconducibile allo schema tipico dell'illecito aquiliano, ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile) nella omissione dell'aggiornamento degli archivi in funzione delle informative ai sensi del DPR n. 252 del 1998, articolo 10, comma 7, lettera c) e, dunque, nella tenuta di un comportamento di natura omissiva, che è durato nel tempo.

Tale comportamento omissivo è causa del c.d. danno-evento, che a sua volta si individua nella persistenza, negli appositi archivi, di una situazione di mancato aggiornamento sulla posizione della società, come tale utilizzata ed utilizzabile per la redazione delle informative, in funzione della valutazione della richiesta di partecipazione alle gare per i pubblici appalti.

Da tale danno evento, cioè dal mancato aggiornamento, sarebbe derivata, quale ulteriore danno, la perdita, da parte della impresa della capacità di essere ammessa a quella partecipazione, che identifica il c.d. danno conseguenza.

Lo stato di incapacità determinato dalla messa in liquidazione volontaria, indotta dal comportamento omissivo delle Amministrazioni, rileva, in sostanza, secondo la Corte, come cd. danno conseguenza, cagionato dal comportamento omissivo fino a quel momento tenuto, a sua volta determinativo di danni conseguenza ulteriori, ex articolo 1223 del codice civile, per il fatto che la società non poteva più operare ed esplicare la sua capacità¹.

Chiaramente il cd. danno conseguenza presuppone che l'impresa possedesse a monte la capacità di agire e, quindi, i requisiti richiesti dalla normativa e correlati, in definitiva, a determinate caratteristiche della sua consistenza patrimoniale - come offerente ed eventuale aggiudicataria al sistema delle gare pubbliche - e che di essi potesse valersi ossia utilizzarli ai fini della spendita della sua legittimazione alla partecipazione al sistema delle gare pubbliche. In altri termini - osserva la Corte - è evidente che in tanto il possesso di quelle caratteristiche poteva essere utilizzato in funzione della partecipazione alle gare, in quanto il soggetto giuridico fosse stato nelle condizioni di capacità d'agire, tali da consentirgli di svolgere le operazioni necessarie per quella partecipazione.

La società, messa in liquidazione, continua, come noto, ad esistere unicamente al fine del completamento delle procedure di liquidazione

1. V. articolo 1223 del codice civile: *"Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta."*

con la conseguente automatica preclusione allo svolgimento di tutte le attività dirette alla partecipazione alle pubbliche gare e alla stipula dei relativi contratti.

Con lo stato di messa in liquidazione, per espressa volontaria autolimitazione da parte degli organi sociali (sebbene resa necessaria dal comportamento della Amministrazione), la capacità d'agire della società interessata risulta, quindi, di fatto limitata alle sole attività finalizzate alla liquidazione, con la conseguenza che detta capacità non poteva più, nel caso di specie, indirizzarsi allo svolgimento dell'attività e delle operazioni necessarie per la partecipazione alle gare pubbliche.

La Corte muove da tale prospettazione per evidenziare che è a partire dalla messa in liquidazione della società che diviene certa - e quindi non più solo possibile - la prospettiva,

per la medesima società, di perdere ogni futura occasione di partecipazione alle pubbliche gare non più solo per il perdurante comportamento omissivo delle pubbliche amministrazioni che rifiutavano l'aggiornamento degli archivi informatici, ma per effetto immediato della limitazione della capacità di agire della società stessa.

La decisione degli organi sociali di porre la società in stato di liquidazione, implicando necessariamente una preclusione all'attività di partecipazione alle gare pubbliche per il futuro, si connota infatti come un evento che, proprio perché comporta la certezza di tale preclusione, rende, per il fatto stesso che è stata assunta dalla società, non solo certa, ma percepibile, la prospettiva di perdere tutte le future

occasioni di partecipazione ad esse. Comportando la percezione in modo certo di tale perdita futura e, dunque, del relativo danno conseguenza ulteriore, essa stessa ne determina la collocazione nella categoria del danno c.d. futuro.

In mancanza di messa in liquidazione, in altri termini, la capacità di agire dell'impresa sarebbe piena e il danno, pur sussistendo, sarebbe limitato all'illegittimo rifiuto di aggiornamento dell'archivio funzionale al rilascio delle informative.

Con la messa in liquidazione, invece, il danno è effetto immediato dell'autolimitazione della capacità. La messa in liquidazione costituisce, pertanto, una voce di danno autonoma, consentendo alla società

«Il comportamento negligente della Amministrazione, che costringe la società alla messa in liquidazione, legittima il risarcimento del danno futuro, consistente nella perdita della capacità della società di operare nel mercato dei pubblici appalti»

da danneggiata per l'appunto di invocare, come danno risarcibile, sia il mancato guadagno connesso alle occasioni di partecipazione alle gare (perdute),

sia la circostanza di essere stata costretta a deliberare la propria messa in liquidazione, nonché la connessa perdita delle occasioni future di partecipare al sistema dei pubblici appalti.

In estrema sintesi, nella fattispecie, sono ravvisabili le seguenti distinte voci di danno, rispetto alle quali è riconosciuto il diritto risarcitorio ai sensi delle generali norme civilistiche:

- a) le occasioni di partecipazione perdute (indipendentemente dalla messa in liquidazione);
- b) il fatto aver, la società, dovuto avviare le procedure di liquidazione e, quindi, di essersi posta nel conseguente stato di capacità d'agire limitata²;

2. Come noto, **il principio di continuità nel possesso dei requisiti di gara**, richiede che "nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità." (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 20 luglio 2015, n. 8).

c) la perdita delle occasioni future di partecipazione al sistema degli appalti pubblici (danno futuro con conseguente esclusione dal mercato) in ragione della messa in liquidazione e quindi della intervenuta perdita della capacità.

3. La prescrizione del diritto al risarcimento

Il ragionamento sopra riportato fa da corollario alla principale questione affrontata dalla Corte, che è di natura preliminare-procedurale: la prescrizione o meno dell'azione di risarcimento del danno in questione.

La sentenza di appello aveva, infatti, rigettato l'azione di risarcimento perché ritenuta intempestiva, in riforma della sentenza, invece favorevole alla società, resa dal Giudice di primo grado.

Secondo la società ricorrente, il momento della messa in liquidazione è neutro ed irrilevante a tali fini, innanzitutto perché dalla messa in liquidazione volontaria di una società non sarebbe lecito desumere che essa, tramite i suoi organi, abbia consapevolezza della situazione pregiudizievole determinativa della relativa decisione e, soprattutto, della sua attribuibilità a condotte inadempienti o negligenti altrui; ed in secondo luogo, perché la messa in liquidazione volontaria sarebbe fattispecie "del tutto reversibile e revocabile ad nutum ove muti l'intendimento della società".

Pertanto, il cd. danno conseguenza, secondo la ricorrente, in quanto ascrivibile pur sempre al comportamento

o m i s s i v o ,
sarebbe divenuto
effettivamente
p e r c e p i b i l e
come tale, così
da giustificare
l'insorgenza della
possibilità di far
valere il relativo

diritto risarcitorio agli effetti dell'articolo 2935 del codice civile, non a far tempo dalla decisione di

mettersi in liquidazione volontaria adottata dalla società, bensì successivamente ad essa.

Secondo tale ottica, la sentenza impugnata, nell'individuare l'*exordium praescriptionis* a partire da quella decisione avrebbe errato, perché il danno non era divenuto percepibile a partire da quel momento.

Alla Corte territoriale si addebitava inoltre di non avere considerato che, se pure la messa in liquidazione poteva valere in funzione del termine prescrizionale per il risarcimento del danno da perdita di commesse, non poteva invece valere ai fini del decorso della prescrizione per il risarcimento del danno derivante dalla «morte» dell'impresa, che si sarebbe verificato solo in un momento successivo alla perdita delle commesse, cioè «solo dopo la definitiva perdita dei requisiti tecnici ed economici necessari alla partecipazione alle gare pubbliche», verificatasi «solo anni dopo l'apertura della procedura di liquidazione volontaria».

Sempre secondo la ricorrente, la decisione di messa in liquidazione volontaria era stata presa allo scopo di «preservare per il miglior realizzo il proprio patrimonio in previsione di una futura possibile ripresa dell'attività d'impresa, nella consapevolezza di potere in ogni momento revocare ex articolo 2487-ter c.c. lo stato di liquidazione volontaria e riprendere l'attività, allorquando la P.A. avesse finalmente provveduto all'agognato aggiornamento delle notizie prodromiche all'emanazione delle informative antimafia».

La Corte rigetta le argomentazioni dell'impresa ricorrente, sostenendo, al contrario, che il termine

entro cui si
prescrive l'azione
di risarcimento
(quinquennale),
in questo
caso, decorre
dal momento
della messa in
l i q u i d a z i o n e
della società.

«Il termine di prescrizione entro cui far valere il danno consistente nella perdita delle commesse in atto decorre dal momento della perdita di ciascuna commessa e, dunque, prima e indipendentemente della messa in liquidazione della società»



In particolare, secondo la Cassazione occorre distinguere:

a) il danno consistente nella perdita delle commesse in atto si prescrive **a decorrere dal momento della perdita di ciascuna commessa** e, dunque, prima e indipendentemente della messa in liquidazione della società;

b) il danno (futuro) individuato nella perdita della possibilità di partecipare alle gare pubbliche, intesa come capacità dell'impresa di essere ammessa a quella partecipazione in quanto non più in possesso dei requisiti tecnici ed organizzativi all'uopo necessari, si prescrive a decorrere dal momento della messa in liquidazione o comunque a decorrere dall'evento che renda certo nell'*an* il verificarsi del danno stesso.

Con riguardo a tale ultimo caso, infatti, la Corte evidenzia come non abbia rilevanza alcuna il perdurare del comportamento omissivo della Amministrazione circa il mancato

aggiornamento dei dati successivamente alla messa in liquidazione ai fini di giustificare l'esclusione dell'inizio del corso della prescrizione³.

Ritenere il contrario comporterebbe - nella prospettazione della Corte - la conseguenza di dover frazionare l'esercizio del diritto risarcitorio, con evidente manifesta contraddizione rispetto all'esigenza che l'istituto della prescrizione vuole soddisfare.

La Corte invoca, sul punto, l'articolo 2935 del codice civile, secondo cui "La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere".

Nel caso di specie, per l'appunto, questa possibilità di far valere il diritto al risarcimento del danno derivante da comportamenti omissivi permanenti va ravvisata (sì da giustificare l'inizio del decorso della prescrizione del diritto risarcitorio) ogniqualvolta il processo causativo del danno (nel caso di specie il comportamento omissivo) risulti in concreto avere avuto una manifestazione e degli effetti tali da rendere certi i danni futuri che ulteriormente si potranno verificare sempre per il perdurare del comportamento omissivo.

«Il danneggiato ha l'onere di agire anche per i danni futuri prevedibili come certi e ragionevolmente atualizzabili, di cui quindi deve tener conto nell'individuazione della decorrenza del relativo termine di prescrizione.»

Naturalmente tale ragionamento ha valore nella misura in cui vi sia, oltre alla sussistenza attuale delle cause del danno futuro, *certezza* circa il predetto

danno futuro, quanto all'*an*, sebbene permanga una ragionevole approssimazione per ciò che riguarda il *quantum*: se non sussistono tali condizioni, il giudizio relativo ai danni attuali non può comprendere anche i danni futuri (si veda sul punto la sentenza della Corte di Cassazione n. 363/1962).

Nella specie, la circostanza che l'impresa avesse già sofferto, a causa del comportamento omissivo,

3. La Corte in tal modo si allinea alla tesi sostenuta dalla Corte d'appello, secondo cui: "Non appare poi rilevante ai fini della decisione sull'eccezione di prescrizione il fatto che l'omesso aggiornamento dell'archivio informatico sia perdurato nel tempo concretando un illecito permanente tuttora in corso. E' principio costante di diritto che il diritto al risarcimento del danno da illecito permanente sorge in modo continuo e in modo continuo si prescrive. Nel caso concreto il danno da perdita di commesse già affidate, lamentato con l'atto di citazione, si era già verificato integralmente alla data di apertura della liquidazione della società se, come dedotto con l'atto introduttivo del giudizio (cfr. pag. 39 della citazione), detta perdita aveva cagionato l'irrefrenabile dissesto finanziario della società e solo con abnormi sforzi e grazie alla dedizione della proprietà era stato evitato il fallimento, al costo, però, della messa in liquidazione volontaria della società con conseguente uscita dal mercato e licenziamento dei numerosissimi dipendenti. Il perdurante mancato aggiornamento dell'archivio informatico e' in concreto irrilevante ai fini della decisione sull'eccezione di prescrizione atteso che il danno da esclusione dal mercato e perdita di commesse azionato con pretesa risarcitoria in questa sede, come già osservato, si era già interamente verificato in modo pienamente riconoscibile anche nelle sue cause.".

la perdita delle commesse pubbliche nonché la messa in liquidazione volontaria costituiscono chiaro indice della certezza circa l'an dell'ulteriore danno subendo per il futuro consistente nella perdita della possibilità di partecipare alle gare, consentendo di prospettarne con ragionevole approssimazione il *quantum*.

La società - osserva la Corte - è giunta, in dipendenza delle perdite di bilancio, alla determinazione che la propria sopravvivenza ormai poteva svolgersi solo con la riduzione della capacità connessa ad una liquidazione volontaria. La percezione di questa situazione, ricollegandosi al comportamento perdurante delle Amministrazioni, viene a diventare prova della insorgenza della consapevolezza di poter esercitare il diritto risarcitorio, sicché deve trovare necessaria applicazione l'articolo 2935 del codice civile.

4. Il parziale superamento del precedente orientamento

La pronuncia in commento ridimensiona un consolidato principio di diritto in tema di risarcimento di "illecito permanente", espresso in passato dal Giudice di legittimità a Sezioni Unite: *«in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, mentre, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive*

se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica.» (Cassazione, Sezioni Unite, n. 23763/2011).

Nel caso di specie infatti la Corte ritiene di dover coordinare il detto principio con quello della unicità del giudizio risarcitorio, secondo cui il danneggiato ha l'onere di agire anche per i danni futuri prevedibili come certi e ragionevolmente atualizzabili.

Ed è altresì onere della parte - che rischi il rigetto del proprio ricorso per intempestività - prospettare nello stesso le motivazioni per cui non possa configurarsi il danno futuro come certo o ragionevolmente determinabile.

Al contempo la Corte ritiene inapplicabile al caso di specie il diverso principio di diritto in tema di interruzione del termine prescrizioneale.

Secondo la ricorrente, infatti, la prescrizione quinquennale del proprio diritto al risarcimento del predetto danno futuro si sarebbe interrotta a seguito della decisione di messa in liquidazione, quale comportamento adottato dall'impresa solo al fine di evitare danni ulteriori.

La Corte ricorda, tuttavia, che secondo il richiamato principio di diritto *«... si ha interruzione del nesso causale, per effetto del comportamento sopravvenuto del soggetto danneggiato, soltanto quando il fatto di costui si ponga come unica ed esclusiva causa dell'evento di danno, sì da privare di efficienza causale e da rendere giuridicamente irrilevante il precedente comportamento dell'autore dell'illecito.*

Non si ha, invece, interruzione del detto nesso quando, essendo ancora in atto ed in sviluppo il processo produttivo del danno, avviato dal fatto illecito dell'agente, nella situazione di potenzialità dannosa da questo creata si inserisca il comportamento dello stesso soggetto

«Il termine entro cui si prescrive l'azione di risarcimento per estromissione dal mercato decorre dal momento della messa in liquidazione della società»

danneggiato, preordinato proprio a fronteggiare e, possibilmente, a neutralizzare le conseguenze di quell'illecito, il quale resta, in tal caso, unico fatto generatore del danno.»⁴ (Corte di Cassazione n. 3701/1969).

Nella specie, quindi, se pure la messa in liquidazione volontaria si consideri come comportamento adottato per evitare ed impedire danni ulteriori, derivanti dal comportamento omissivo delle Amministrazioni, l'efficacia causativa di danni ulteriori del comportamento dannoso risulta – secondo la Corte – ormai verificata e il corso della prescrizione ha luogo anche per i danni rimediati in tutto o in parte per effetto dell'intervento del danneggiato, in quanto causalmente riconducibili al pregresso comportamento del danneggiante, nonché per i danni futuri certi nell'an e ragionevolmente, sebbene per approssimazione, quantificabili.

La messa in liquidazione volontaria avrebbe, comunque, rappresentato il momento in cui la perdita della capacità «normale» della società, in quanto provocata dal detto comportamento omissivo tenuto fino a quel momento, dava luogo alla possibilità di esercitare il diritto al relativo risarcimento del danno, con conseguente decorso della prescrizione, sia per i danni verificatisi sia per i danni futuri, in quanto causalmente ricollegabili sempre al comportamento omissivo che aveva determinato la perdita della capacità.

5. Il principio di diritto

La Corte conclude enunciando il seguente principio di diritto:

«In materia di appalti di opere pubbliche, il dies a quo del termine quinquennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da estromissione dal mercato dei pubblici appalti, che una società faccia valere contro il Ministero dell'Interno (in quanto competente tramite le Prefetture al rilascio delle informative di cui al Decreto del Presidente della Repubblica n. 252 del 1998, articolo 10, comma 7, lettera c)), nonché contro la Presidenza del Consiglio (quale articolazione coordinatrice dell'attività esecutiva del Governo), assumendo che detta estromissione è stata causata dal rifiuto dell'aggiornamento delle banche dati, funzionali al rilascio di dette informative, qualora risulti che la società abbia disposto la propria messa in liquidazione volontaria, ancorché, in tesi, proprio in ragione della pretesa efficacia causale del detto rifiuto, si identifica, pur perdurando il relativo comportamento omissivo, nel momento di tale messa in liquidazione volontaria.

Ciò, non solo per i danni fino a quel momento verificatisi, ma anche per i danni futuri derivanti dalla perdita della possibilità di partecipazione a quel mercato, restando del tutto irrilevante che nel detto momento fossero, in ipotesi, ancora esistenti in capo alla società i requisiti normativi e fattuali per essere ammessa a partecipare al sistema dei pubblici appalti e, d'altro canto, potendosi configurare successivamente un danno ascrivibile alle Amministrazioni da impossibilità della società di riprendere quella partecipazione solo previa deliberazione di revoca della messa in liquidazione volontaria, richiesta alle Amministrazioni di procedere all'aggiornamento, e rifiuto di esse di procedervi.».

4. Nella specie, i giudici di merito avevano accertato che i gravi danni alla produttività di un oleificio erano stati determinati dalla formazione di depositi salini sulla caldaia, con conseguente surriscaldamento e sfiancamento di questa che tali depositi erano dovuti ad immissione di acqua salina nei pozzi della zona a seguito di guasti in una conduttura sotterranea di acque fortemente saline di proprietà della convenuta che la proprietaria dell'oleificio aveva fatto ricorso ad alcuni accorgimenti tecnici al solo fine di evitare, finché fu possibile, il maggior danno della cessazione dell'attività produttiva. Detti giudici avevano, pertanto, escluso che il comportamento della danneggiata avesse potuto rompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'autrice dell'illecito e lo evento di danno.

La risoluzione delle controversie nella fase esecutiva dell'appalto di lavori alla luce del Nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. n. 50/2016)

di Armando Lamantia

IL
PUN
TO

Premesse

Non è insolito che successivamente alla stipula del contratto di appalto ed in fase esecutiva dell'opera pubblica possano insorgere tra l'impresa esecutrice dell'opera pubblica e la stazione appaltante delle controversie che possono dare luogo all'iscrizione delle c.d. "riserve" sugli atti contabili.

Il legislatore, sin dalla Legge "Merloni" (anno 1994) si è preoccupato di offrire alle parti del contratto uno strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie al fine di prevenire il trasferimento della stessa in fase giudiziale con inevitabili conseguenze sia sul piano del contenimento della spesa pubblica che sull'esito della realizzazione dell'interesse pubblico sotteso ad ogni appalto in cui sia parte la P.A o comunque un soggetto tenuto al rispetto della normativa sugli appalti pubblici.

1. Accordo bonario

L'art. 205 del nuovo codice degli appalti di cui al d.lgs. 50/2016 (entrato in vigore a decorrere 19.04.2016) offre uno strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie che si verificano successivamente alla stipula del contratto di appalto.

La norma sopra citata richiama *ma con sostanziali differenze* il vecchio istituto normativo dell'art. 240 del vecchio codice di cui al D.lgs. 163/2006.

Se la finalità è comune, tuttavia, entrando nel merito della nuova norma stabilita nell'art. 205 si colgono rilevanti differenze.

Evidenziamo i distinguo in relazione ai presupposti:

In precedenza il RUP procedeva ad avviare la procedura di accordo laddove le riserve iscritte dall'impresa esecutrice dei lavori comportassero un aumento dell'importo contrattuale superiore al 10%;

vi è da dire che la valutazione del RUP non era di mero calcolo matematico dovendo investire la sostanza delle riserve e pertanto poteva verificarsi che lo stesso RUP poteva negare la procedura di accordo

bonario pur in presenza del soddisfacimento del requisito numerico e quindi anche in presenza di riserve che sul piano numerico potessero variare l'importo contrattuale in misura superiore al 10%.

Nel nuovo art. 205 del D.lgs. 50/2016 è previsto che l'avvio della procedura di accordo possa avvenire laddove il valore delle riserve, rispetto all'importo contrattuale, rientri nella fascia tra il 5% ed il 15%: quindi è sufficiente che per effetto delle riserve formulate il contratto possa subire una variazione appena superiore al 5% che, almeno sulla carta, il RUP possa dare luogo alla prescritta procedura di accordo.

Tuttavia anche nel contesto della novella legislativa è da sottolineare che la valutazione del RUP trascende il mero calcolo matematico; il suo è un *giudizio di merito* finalizzato ad accertare la bontà/fondatezza delle riserve a prescindere della loro incidenza ai fini dell'importo del contratto.

Inoltre (ed è *questo un aspetto del tutto innovativo*) il RUP può chiedere alla Camera arbitrale presso ANAC una lista di 5 esperti ed in tale caso l'impresa di comune accordo con il RUP scelgono l'Esperto che dovrà avviare la procedura ed eventualmente formulare una proposta di accordo.

Ulteriore differenza (non da poco) è riconducibile al fatto che, rispetto alla vecchia normativa dell'art. 240, la procedura può essere *reiterata più volte* laddove prima poteva reiterarsi solo per una volta.

Circa la tempistica è previsto che il RUP entro gg. 90 dalla comunicazione ricevuta dal D.L. sulle riserve, formuli all'impresa la proposta di accordo bonario; a sua volta l'Impresa e la Stazione appaltante hanno gg. 45 per la accettazione/rifiuto della proposta.

In definitiva, in linea teorica, la procedura dovrà concludersi nell'arco di gg. 135. decorrenti dalla comunicazione del D.L. al RUP che, appunto, gli comunica che l'impresa ha formulato delle riserve. Trattasi di termini ordinatori e non perentori e quindi la loro inosservanza non preclude l'avvio della procedura sebbene gli stessi non siano rispettati.

Per grandi linee sono state evidenziate le fasi della procedura che, ripetiamo, viene avviata a condizione che il RUP *riconosca fondate*, sia pure parzialmente, e quindi meritevoli di accoglimento le riserve formulate dall'impresa; tuttavia anche nel Nuovo Codice degli Appalti non sono state fugate alcune criticità già presenti nel vecchio codice in vigore sino al 19/04/2016.

Vediamo di evidenziare alcuni elementi di criticità. Si è detto che il D.L. deve, *nel più breve tempo possibile*, comunicare al RUP le riserve fornendo allo stesso le sue controdeduzioni che non hanno, tuttavia, natura vincolante, in quanto il RUP può dissociarsi dalle stesse.

Ma cosa si intende per: *nel più breve tempo possibile*?

Atteso che l'impresa che ha formulato le riserve non ha notizia se e quando il D.L. ha adempiuto ai suoi obblighi comunicativi; sarebbe opportuno che l'impresa si facesse parte diligente presso il RUP chiedendo allo stesso di valutare le riserve con specifica richiesta di avviare la procedura: ovviamente l'iniziativa dell'impresa avrebbe un effetto positivo e sollecitatorio rimuovendo, se del caso, l'inerzia o del D.L. ovvero del RUP.

Ma la *grande criticità* è riconducibile alla circostanza che il comma 6 dell'art. 205 ha stabilito che: il RUP ovvero l'Esperto, se nominato, formulano la proposta, **accertata e verificata la disponibilità di idonee risorse economiche**:

La locuzione, sicuramente giusta, tuttavia potrebbe frustrare la finalità dello stesso istituto dell'accordo bonario; infatti è notorio che nel contesto economico le risorse finanziarie in materia di appalti pubblici sono sempre più scarse.

Sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse previsto che una parte dei ribassi in sede di gara fossero stati vincolati a copertura di eventuali accordi bonari in modo di evitare che la controversia debba necessariamente trovare soluzione solo nei Tribunali.

E' auspicabile che strada facendo si intervenga in questa direzione se vogliamo effettivamente offrire alla P.A. la via per risolvere in via bonaria senza ricorrere alla via giudiziaria le eventuali liti con l'impresa esecutrice con vantaggi da ambo le parti in gioco.

2. Riserve e Giudizio in sede civile

Nel caso in cui non venga attivata la procedura di accordo bonario ovvero nell'ipotesi in cui avviata non si addivenisse all'accordo bonario, esistono due regole che sono state imposte dal Nuovo codice degli appalti.

La prima riguarda l'oggetto della domanda che si può portare in giudizio; la seconda riguarda invece il momento nel quale proporre l'atto di citazione e precisamente:

In base al comma 2 dell'art. 205 è stabilito che le domande che fanno valere pretese *già* oggetto di riserve, non possono essere proposte per *importi maggiori* rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse.

Il principio impone, quindi, che innanzi al Tribunale l'impresa non può chiedere più di quanto abbia chiesto a livello di quantificazione.

Posto, quindi, che l'impresa abbia iscritto riserve per €.100.000,00; riserve che non hanno formato oggetto di procedura bonaria; lo stesso importo e cioè €.100.000,00 dovrà essere richiesto nella fase giudiziaria innanzi al Tribunale competente: in sostanza vi è deve essere piena corrispondenza tra le "riserve" iscritte ed il "*petitum*" dell'atto di citazione non potendosi, pertanto, chiedere somme differenti.

La seconda regola è stata imposta a seguito del decreto correttivo (D.lgs. 56/2017 entrato in vigore il 20 maggio); è stato aggiunto all'art.205, infatti, il *comma 6.bis* che ha previsto che in caso di rifiuto della proposta di accordo bonario ovvero di inutile decorso del termine per l'accettazione (45 gg. dal ricevimento della proposta); l'impresa è tenuta a promuovere il giudizio entro i successivi

60 giorni a pena di decadenza.

Ciò comporta che nel caso in cui l'impresa e la stazione appaltante non accettino la proposta di accordo così come formulata dal RUP ovvero dall'Esperto ove nominato, la domanda innanzi al Tribunale (atto di citazione) deve essere promossa entro gg. 60 dalla scadenza dei 45 gg. per la accettazione della stessa.

Trattasi di una norma molto restrittiva in quanto impone un termine decadenziale assai ristretto.

3. Transazione

Anche nel Nuovo Codice degli appalti è contemplata la "transazione".

L'art. 208 ricalca il vecchio art. 239 del vecchio codice di cui al D.lgs. n.163/2006; tuttavia se la procedura risulta essere analoga, cambia la portata della norma.

Prima di entrare nel merito della norma, sopra riferita, occorre preliminarmente evidenziare che la transazione è istituto giuridico *già* contemplato nel nostro codice civile.

L'art.1965 del c.c. prevede, infatti, che le parti al fine di evitare l'insorgere di una controversia ovvero al fine di dirimere una controversia già insorta possono transigere la stessa facendo reciproche concessioni e/o rinunce.

Accade frequente nel campo delle questioni civilistiche che le parti, con l'assistenza di legali, addivengono ad una transazione.

Nel campo delle locazioni, per esempio, potrebbe verificarsi che il conduttore, se vuole evitare di subire la risoluzione del contratto e quindi lo sfratto, possa proporre al locatore la riduzione del canone che ove accettata porta e configura una transazione.

Ritornando al Codice degli appalti l'art. 208 ha una formulazione "poco chiara".

La norma infatti al 1 comma stabilisce che le

controversia possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile, *solo ed esclusivamente nelle ipotesi in cui non risulti possibile altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale (comma modificato dall'art.122 del d.lgs. 56/2017).*

Cosa significa la locuzione di cui sopra? Azzardiamo due interpretazioni.

Una prima ipotesi di applicazione sarebbe riferibile alla circostanza in cui le riserve delle imprese di per sé sono inferiori alle soglie minime prevista per l'avvio della procedura di accordo bonario; quindi al di sotto del 5% dell'importo contrattuale.

In siffatta ipotesi l'impresa, tuttavia, ne dovrebbe fare esplicita richiesta nel senso di chiedere al Committente e per esso al RUP di applicare l'istituto della transazione, preso atto della mancanza dei presupposti per l'avvio della procedura di accordo bonario.

Altra ipotesi di applicazione e quindi di ricorso all'art. 208 sulla "transazione" potrebbe riferirsi al giudizio valutativo e di merito da parte del RUP sulle riserve.

Il RUP, chiamato ad esprimersi sulle "riserve" potrebbe, qualora reputasse non ammissibile la procedura di accordo bonario in quanto non fondate (le riserve) almeno nella misura minima del 5% ma comunque fondate per una misura appena sotto la soglia minima, proporre la transazione.

In entrambe le ipotesi avanzate sopra ci si troverebbe, infatti, nella specifica situazione

voluta dall'art. 208 che, appunto, stabilisce che la transazione è applicabile quando non sia possibile altro rimedio alternativo all'azione giurisdizionale e quindi, in ultima analisi, fuori della procedura di accordo bonario.

L'art. 208 ha, quindi, stabilito una sorta di primato gerarchico della procedura dell'accordo bonario, di cui all'art.205, sulla transazione di cui all'art. 208. Anche con riferimento alla "transazione" sarebbe opportuno un chiarimento sia a livello legislativo ovvero giurisprudenziale circa la reale portata della norma, in assenza del quale difficilmente l'art.208 vedrà la luce

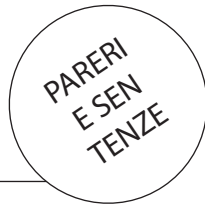
4. Commento conclusivo

Sia l'art. 205 che l'art. 208 del Nuovo Codice degli appalti hanno, almeno sulla carta, una valenza importante nel contesto dell'esecuzione dei contratti di lavori in quanto offrono strumenti di natura stragiudiziale di risoluzione delle possibili controversie che possono insorgere nella fase esecutiva dell'opera pubblica.

Chi scrive ha maturato l'esperienza sul campo che è sempre meglio prediligere una transazione piuttosto che seguire a tutti i costi la via giudiziale che ovviamente comporta notevoli costi e dispendio di energie e di tempi.

Se il ns. Legislatore, tuttavia, vuole dare concretezza al nobile obiettivo di deflazionare il contenzioso, riducendo il carico dei Tribunali, deve creare le condizioni perché ciò avvenga dotando la P.A., in tutte le sue varie articolazioni, di idonee risorse sia professionali che economiche.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. III, 3/7/2017, n. 3246

"non esiste alcuna regola o principio che imponga in assoluto l'esclusione del r.t.i. sovrabbondante"

"Bene ha osservato, al riguardo, il primo giudice che nel nostro ordinamento non esiste alcuna regola o principio che imponga in assoluto l'esclusione del r.t.i. sovrabbondante (v., sul punto e da ultimo, Cons. St., sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452, che ribadisce un principio consolidato nella giurisprudenza di questo Consiglio e ribadito anche dall'ANAC nel parere n. 114 del 21 maggio 2014)...Del resto... la stessa appellante riconosce che la "sovrabbondanza" del r.t.i. non ha avuto, quale conseguenza, la presentazione di un'offerta avente un ribasso tale da "tagliare fuori" gli altri concorrenti dalla gara..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 30/6/2017, n. 3178

Novero dei soggetti delle società di capitali con meno di quattro soci di cui occorre accertare la moralità professionale

l'"art. 38, laddove estende il novero dei soggetti delle società di capitali di cui occorre accertare la moralità professionale ai fini dell'ammissione alle gare pubbliche ricomprendendovi il "socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci", dev'essere interpretato in base alle seguenti direttrici ermeneutiche.

a) In assenza di specificazioni circa la natura giuridica del socio, l'espressione testuale vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica, in conformità ad un approccio sostanzialistico alla normativa che attribuisce rilievo ai requisiti di moralità di tutti i soggetti che condizionano la volontà degli operatori che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, a prescindere dalla circostanza che siano persone fisiche o giuridiche, in ossequio ai principi di lealtà, correttezza, trasparenza e buona amministrazione.

b) La medesima espressione indica solamente una soglia minima di partecipazione azionaria, nel senso che la dichiarazione è richiesta al socio, persona fisica o giuridica, che detenga almeno la maggioranza del pacchetto azionario. A fortiori, quindi, l'onere dichiarativo grava sul socio unico, rivestendo egli un ruolo decisionale e gestionale sulla società di carattere esclusivo e perciò più penetrante rispetto a quello del socio di maggioranza.

Da qui la necessità di verificare la sussistenza dei requisiti morali in capo ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza e direzione tecnica in seno alla persona giuridica socio unico della società di capitali offerente."

TAR Liguria, Sez. II, 23/06/2017, n. 559

"alla commissione è inibito di integrare il bando di gara mediante la previsione di criteri integrativi"

"...alla commissione è inibito di integrare il bando di gara mediante la previsione di criteri integrativi dello stesso che non siano stati resi noti ai potenziali offerenti, mediante adeguata pubblicità, al momento in cui presentarono le offerte (Cons. di St., III, 10.1.2013, n. 97; id., V, 1.10.2010, n. 7256);...la individuazione di una griglia di sottoparametri di valutazione della qualità successivamente all'apertura delle offerte tecniche integra un'evidente inversione procedimentale, che, oltre a violare palesemente i principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, costituisce sicura spia dell'eccesso di potere;"

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/06/2017, n. 3042

Procedura di gara telematica, il difetto di sottoscrizione dell'offerta economica a causa di "file" corrotto determina l'esclusione

"Il Collegio ribadisce che la sottoscrizione dell'offerta, prescritta ai sensi dell'art. 74 d.lgs. n. 163-2006, si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico.

La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara.... Nel caso di specie, la stazione appaltante non poteva far altro che escludere l'offerta presentata a nome del costituendo R.T.I. composto dalle parti appellanti, difettando l'offerta economica di sottoscrizione poiché una delle conseguenze derivate dalla corruzione del "file" contenente la dichiarazione della stessa..."

Consiglio di Stato, Sez. VI, 19/06/2017, n. 2973

Lieve scostamento dell'offerta economica e soccorso istruttorio

"...Col primo motivo d'appello, la società deduce la concorrente violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 26 del bando, lamentando l'errore di diritto in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure nell'avallare il comportamento dell'impresa aggiudicataria che non ha rispettato i prezzi minimi di ogni singolo prodotto come previsti nella lex specialis....il Tar ha valorizzato, in via ermeneutica, l'applicazione del principio di proporzionalità, sì da ritenere che il discostamento (oltretutto in minus) del singolo prezzo offerto da quello minimo prescritto dal bando non comportasse affatto l'automatica esclusione dell'offerente. Nel rinnovato ruolo assegnato all'istituto del soccorso istruttorio come disciplinato dal nuovo codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante ha il potere-dovere (cfr. artt. 83 e ss. d.lgs. n. 50/2016) di sanare la discrasia relativa ad una singola voce del prezzario, dal momento che il soccorso, limitato ad un solo addendo dell'offerta economica, non compromette l'affidabilità complessiva dell'offerta né altera la par condicio."

TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 16/6/2017, n. 1454

"la mancata previsione nella lettera di invito dell'esperimento della procedura di "miglioramento" delle offerte prevista dall'invocato art. 77 del R.D. 827/1924, deve essere colmata attraverso il meccanismo di eterointegrazione della lex specialis previsto dall'art. 1339 c.c."

"...la mancata previsione nella lettera di invito dell'esperimento della procedura di "miglioramento" delle offerte prevista dall'invocato art. 77 del R.D. 827/1924, deve essere colmata attraverso il meccanismo di eterointegrazione della lex specialis previsto dall'art. 1339 c.c., che nel caso di specie risulta doverosa in considerazione di un duplice fattore:

a) da un lato, viene inserita nella lex specialis una ben individuata nuova fase procedurale, prevista da una norma imperativa posta a presidio dell'interesse pubblico alla "ottimizzazione" dell'offerta, a tutto vantaggio sia della pubblica amministrazione che dell'utenza; b) dall'altro lato, non sussistono esigenze di tutela dell'affidamento dei concorrenti che confliggono con l'applicazione dell'istituto in esame (esigenze che, invece, ad esempio, ricorrono allorquando l'integrazione del bando porterebbe all'esclusione dalla gara di uno o più concorrenti responsabili di non aver soddisfatto alcuni requisiti di ammissione non indicati nel bando ma previsti, appunto, dalla norma integrativa).

La soluzione appena rassegnata risulta peraltro coerente con gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sulla questione della eterointegrazione dei bandi, sintetizzabili nelle massime che di seguito si riportano: "Il principio di eterointegrazione del bando di gara è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme.

A detto potere di eterointegrazione deve farsi ricorso in modo accorto, in quanto la legge di gara deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., in base alle quali va comunque attribuito valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza, escludendo interpretazioni integrative contrarie al canone della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c." (Tar Roma 2079/2017; Cons. Stato, VI, 1250/2015);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 287 del 22 marzo 2017

PREC 92/17/L

"Non è conforme alla normativa di settore la previsione di criteri di valutazione dell'offerta nettamente incentrati sull'esperienza pregressa in lavori di importo analogo o superiore e con caratteristiche specifiche, ai quali viene attribuito un punteggio preponderante"

"la documentazione della gara in oggetto, e che l'Ance sollevava presunti profili di illegittimità in ordine ai criteri di aggiudicazione ivi previsti laddove riferiti all'esperienza pregressa delle imprese partecipanti; la S.A. sottolinea che, essendo il progetto a base di gara di livello esecutivo, non potevano essere chieste varianti migliorative tali da apportare modifiche al progetto già approvato, ed invece è stata ritenuta indice di qualità l'esperienza pregressa nello svolgimento di lavori analoghi e con caratteristiche confrontabili con quelle dei lavori da appaltare; il disciplinare di gara che, nell'ambito dei 70 punti dell'offerta tecnica, prevede (punto 17.B.1) l'attribuzione di 50 punti al criterio «Relazione illustrativa dei principali lavori eseguiti di natura analoga all'appalto finalizzata a dimostrare la qualità e capacità lavorativa dell'offerente ed il suo know how», suddiviso in 3 sub-criteri che, in relazione a tre diverse tipologie di lavori E' vero

dunque che l'art. 95 supera la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, e che possono ora essere valutati profili di carattere soggettivo, ma solo in quanto essi consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli, e quindi riguardino aspetti che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione.... nel caso di specie, i criteri prescelti dalla S.A., e in particolare il criterio e i relativi sub-criteri di cui al punto 17.B.1, risultano nettamente incentrati sull'esperienza pregressa in lavori di importo analogo o superiore e con caratteristiche specifiche, ai quali viene altresì attribuito un punteggio preponderante (50 punti), mentre non emerge alcun elemento attinente la qualità delle lavorazioni per gli aspetti evidenziati all'art. 95, comma 6 d.lgs. 50/2016;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 283 del 22 marzo 2017 PREC 79/17/S

L'offerta economica con indicazione dei costi per la sicurezza aziendale pari a zero determina esclusione senza attivazione di soccorso istruttorio

"... l'art. 95, comma 10 del nuovo Codice prevede che "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; ... tale articolo del codice è stato espressamente richiamato nel disciplinare di gara relativo alla procedura in oggetto; ... il Consiglio di Stato, da ultimo con sent. 14.4.2016, ha ribadito l'obbligo delle imprese partecipanti a gare di appalti di forniture, servizi e lavori, di indicare i costi per la sicurezza. Se i costi sono costituiti da un valore pari allo zero devono considerarsi non indicati rendendo l'offerta incompleta in ordine un elemento essenziale; RITENUTO che non vi sia possibilità di soccorso istruttorio, giacché devono ritenersi insanabili i difetti dell'offerta."

Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 279 del 22 marzo 2017 PREC 101/16/16/F

"E' legittimo l'operato della stazione appaltante che, per sopravvenute valutazioni di ordine tecnico ed economico, decida di sospendere la procedura in gara dopo l'aggiudicazione provvisoria, in attesa del provvedimento formale di revoca"

"...è principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui la «possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli art. 11 comma 11, art. 12 e art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista illegittimità nell'operato dell'Amministrazione» (Cons. St. sez. V, sent. 9 luglio 2015, n. 3453; Cons. St. sez. III 31 gennaio 2014, n. 467)...la mancata approvazione espressa dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto, nel termine di cui all'art.12, comma 1, del d.lgs.50/2006, può comportare, come effetto, solo l'approvazione automatica della stessa aggiudicazione provvisoria e non anche, per silenzio assenso, dell'aggiudicazione definitiva, atteso che quest'ultima richiede una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**Delibera n. 276 del 22 marzo 2017
PREC 4/17/F**

La mancata manifestazione di volontà di ricorrere al subappalto in sede di gara, con sub-affidamento a terzi, costituisce subappalto non autorizzato

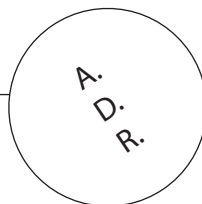
“La questione giuridica sottoposta all’attenzione dell’Autorità con l’istanza di parere in epigrafe presuppone la necessità di definire preliminarmente la natura della prestazione inerente la consegna della merce, quale attività principale o accessoria del contratto e, conseguentemente, l’applicabilità della disciplina in materia di subappalto e la riconducibilità della fattispecie prospettata ad un appalto autorizzato o meno.

Il disciplinare di gara, al paragrafo 1.2.5 – “subappalto” prevede che «le prestazioni oggetto dell’appalto riguardanti la fornitura comprensiva del relativo servizio di trasporto e consegna presso le singole amministrazioni ordinanti e degli ulteriori servizi connessi quali gestione resi e call center come disciplinato nell’allegato tecnico, sono subappaltabili per un importo complessivo non superiore al 30% del valore del contratto. L’operatore economico è pertanto tenuto ad indicare in sede di presentazione dell’offerta nell’apposita domanda di partecipazione anche la prestazione contrattuale che intende subappaltare al soggetto terzo. L’affidamento a soggetti terzi estranei alla compagine imprenditoriale dell’aggiudicataria delle prestazioni di cui sopra o di parti di esse, in violazione della disciplina di cui all’articolo 118, integra un appalto non autorizzato».... La disposizione codicistica prevede che i soggetti aggiudicatari dei contratti possano affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante, a condizione che tale facoltà sia prevista negli atti di gara, che sia manifestata la volontà di ricorrere al subappalto in sede di offerta e che sia dimostrata l’assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa, ha precisato come sia noto che nella contrattualistica pubblica vige il principio generale e di ordine pubblico di immodificabilità del contraente e, quindi, il divieto di cessione del contratto di appalto sotto pena di nullità. Pertanto, il trasferimento delle obbligazioni ad un soggetto terzo, sia pure solo parziale, può essere effettuato e produrre i relativi effetti giuridici solo nel rispetto delle condizioni di legge, ovvero attraverso un formale sub-affidamento previamente richiesto ed autorizzato dall’Amministrazione, ai sensi dell’articolo 118 del decreto legislativo 163/2006 (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 18 febbraio 2016 n. 649).”

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1

Se l'aggiudicatario di una gara è una "società per azioni" con socio unico persona giuridica è corretto che la stazione appaltante non verifichi l'inesistenza delle cause di esclusione art. 80 c. 1 di tutti i soggetti di cui al comma 3 del socio in quanto è una persona giuridica e non fisica o deve procedere comunque?

I motivi di esclusione elencati nell'art. 80 c.1 D.lgs. 50/2016 riguardano gli operatori economici che partecipano agli appalti pubblici, e puntano quindi, a selezionare operatori con una spiccata "moralità professionale".

Le cause di esclusione di cui al comma 1 sopra citato, riguardano la commissione di illeciti penali da parte dell'operatore economico o, nel caso di persone giuridiche, da parte di determinati soggetti attraverso i quali esso opera. Pertanto la verifica va fatta sia che si tratti di persona fisica che di persona giuridica.

2

In una procedura ai sensi dell'art. 36 c.2 lett. a) indetta sul Me.Pa. (o altro mercato elettronico) è obbligatorio richiedere agli operatori le dichiarazioni ai sensi dell'art. 80 D.lgs. 50/2016 già in fase di partecipazione?

Ogni operatore economico, richiedendo l'iscrizione al mercato elettronico della Consip, il Me.Pa., o anche ad altri mercati elettronici di Pubbliche Amministrazioni, deve necessariamente dichiarare di non ricadere nelle cause di esclusione previste dall'art. 80 di cui in epigrafe.

La verifica delle dichiarazioni viene effettuata periodicamente a campione. Pertanto non è obbligatorio che in fase di partecipazione ad una procedura del genere si richiedano nuovamente le medesime dichiarazioni; per le procedure sottosoglia ai sensi dell'art. 36 c.2 lett. a) D.lgs. 50/2016 la verifica dei requisiti va comunque fatta per l'aggiudicatario.

3 Nella documentazione di gara non è stato specificato quali mezzi di prova utilizzare per la dimostrazione dei requisiti speciali, come procedere?

Le stazioni appaltanti, laddove richiedano requisiti minimi di carattere economico e tecnico che i concorrenti devono possedere, sono tenute, ad individuare le informazioni e le formalità necessarie per la valutazione degli stessi: devono, dunque, stabilire, preventivamente, quali siano i mezzi di prova.

In assenza di una esplicita indicazione, nella lex specialis di gara circa i documenti da presentare a comprova dei requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione, è ammissibile che il concorrente dimostri il possesso degli stessi con i documenti probatori da lui ritenuti più idonei.

4 Se nell'intera documentazione di gara, non viene richiamato l'obbligo ricadente in capo all'aggiudicatario di rimborsare le spese di pubblicità della procedura, la stazione appaltante può richiederle comunque?

Sì. Il Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016 completando la definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del D.lgs. n. 50 del 2016 ha comunque evidenziato all'art 5 c. 2. che "Le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione".

Pertanto, anche se nella documentazione di gara la S.A. ometta la suddetta indicazione, potrà richiedere il rimborso delle spese sostenute opportunamente documentandole (si veda anche Anac PREC 104/16/S).

5 Come si concilia l'obbligo di previsione della clausola sociale nelle gare sopra soglia con i principi dell'Unione Europea?

Nelle gare di importo superiore alla soglia comunitaria l'art. 50 del codice, il D.lgs. n. 50/2016, prevede per le S.A. l'obbligo di inserire la clausola sociale. Si ricorda che il Consiglio di Stato ha stabilito come le clausole finalizzate al riassorbimento del personale debbano tener conto dei principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione.

Tali clausole devono essere interpretate in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5890/2014).

Con sentenza n. 231 del 13 febbraio 2017 il Tar Toscana ha stabilito come sia illegittima la clausola del bando che impone all'aggiudicatario, in forma automatica e generalizzata, l'obbligo di assunzione del personale già impiegato nel pregresso servizio.

Il TAR TOSCANA ha ribadito che l'articolo 50 del d.lgs. 50/2016, che disciplina specificamente la "clausola sociale" in applicazione della disciplina europea, prevede il "possibile" inserimento nei bandi di gara della suddetta clausola, al fine di "promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato", ma "nel rispetto dei principi dell'Unione Europea".

6 In quali procedure è obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori già in sede di offerta?

È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 (trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri.

7 E' ancora vigente la possibilità di prevedere forme di remunerazione del gestore delle piattaforme telematiche d'acquisto, da porre a carico dei partecipanti?

In passato si è visto porre a carico dell'aggiudicatario le spese di remunerazione del gestore del sistema telematico di acquisto (c.d. transaction fee).

Tali spese sono state paragonate in una sentenza del Consiglio di Stato (n. 3042/2014) alle spese contrattuali derivanti da una stipula tradizionale in formato cartaceo.

Attualmente, non è più vigente questa forma di distribuzione dei costi, infatti, il Codice dei Contratti Pubblici all'art. 41 vieta di ripartire i costi di gestione delle piattaforme telematiche utilizzate per l'acquisizione di lavori beni e servizi in capo ai partecipanti o al solo aggiudicatario.

8 Quali sono i presupposti perchè una stazione appaltante possa aderire ad un contratto stipulato da altra Stazione Appaltante?

Secondo la giurisprudenza amministrativa i presupposti perchè una Amministrazione aggiudicatrice possa aderire al contratto stipulato da altra Amministrazione aggiudicatrice sono:

- 1) che la clausola di adesione sia stata espressamente prevista nella lex specialis di gara;
- 2) l'identità dell'oggetto dei due contratti o, comunque, che le prestazioni acquisite attraverso l'estensione siano determinabili in base a criteri trasparenti che possano evincersi dalla stessa lex specialis in modo che nessuna incertezza possa sussistere al riguardo

Facciamo il punto sulla commissione di gara, limiti e attribuzioni

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

La consueta indagine periodica sul fronte giurisprudenziale richiama l'attenzione su alcuni punti fermi che talvolta sembrano smarrirsi nel "mare mosso" delle novità normative e regolamentari che a diverso titolo e con differente peso, si inseriscono nella gestione delle gare pubbliche.

Gli articoli 77 e 78 del d.lgs. 50/2016 arricchito dalle previsioni del d.lgs. 56/2017 e con essi le previsioni della linea guida ANAC n. 5, costituiscono indicazione e guida, ma non completano la gamma di regole che è "obbligatorio" (nonché opportuno) rispettare per la "gestione" della Commissione dalla sua costituzione alle sue attribuzioni.

Un primo momento di indagine ci fa guardare al Consiglio di Stato e alla pronuncia n. 2852 del 12 giugno 2017, in particolare, ragionando sulla questione riparametrazione, la Corte libera il campo da facili entusiasmi relativi alla potestà indiscriminata della commissione di gara circa l'utilizzo dell'istituto in questione, prevedendo che esso non può essere liberamente introdotto dalla stessa commissione se non è stato preliminarmente previsto nella *lex specialis* (sul punto si veda in linea anche TAR Sardegna n. 262 del 19/04/2017).

Sempre il Consiglio di Stato, con pronuncia del 12 giugno n. 2865 (seppur relativa a fattispecie "ante codice" cioè relativa al d.lgs. 163/2006) ribadisce la competenza esclusiva della commissione circa l'attività valutativa in ambito di offerta economicamente più vantaggiosa con annessa attività istruttoria di supporto da parte del rup in merito alla sola attività amministrativa. Tra l'altro anche i tribunali di prima istanza (si veda Tar Calabria Reggio Calabria n. 624 del 30 giugno u.s.) ragionando proprio sull'attività valutativa e sulla potestà ad essa connessa, assegnano a tale elemento una valenza chiaramente ed altamente discrezionale che spazia fino al punto in cui "a fronte dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio della Commissione – avente margini di opinabilità – con il proprio giudizio" (in termini, Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2014).

E si aggiunga che la manifesta illogicità diventa metro dell'attività valutativa anche in seno alla sindacabilità limitatissima del giudice amministrativo; quest'ultima si esplica non attraverso una sostituzione di giudizio ma soltanto per casi e situazioni in cui difetti la motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura, erroneità dei presupposti di fatto, non plausibilità dei criteri valutativi (Cons. di Stato n. 2098 del 27/04/2015, Cons. di Stato n. 1741 del 02/04/2015).

Altre osservazioni meritevoli di menzione provengono dal TAR Valle d'Aosta che con pronuncia n. 39 del 27 giugno, pur muovendo dalle disposizioni del precedente "Codice", ha ribadito che in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, va certamente riconvocata la medesima commissione.

Resta però una precisazione sul punto. È giustificabile e legittima la permanenza degli stessi commissari in quanto essi conoscono gli atti e ciò giova alla celere rinnovazione del procedimento; uno specifico orientamento (Cons. di Stato n. 1409 del 13/03/2012), sottolinea come l'affidamento alla medesima commissione trova però un limite insuperabile qualora tale scelta determina una compromissione delle esigenze di garanzia di imparzialità, valore altrettanto preminente nell'affidamento degli appalti pubblici. Quindi, sintetizzando un principio di massima! Si afferma che la possibilità di nominare una nuova Commissione non va escluso a priori qualora ciò dipenda dalla riscontrata necessità di garantire maggior serenità nei giudizi.

Insomma le prerogative della commissione ed i suoi spazi di operatività sembrano ampi ma ovviamente non illimitati, pensiamo infatti alla possibilità data alla Commissione di gara di farsi coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative da soggetti terzi esterni esperti nel settore, trattasi di una possibilità limitata ad una mera attività di supporto in quanto la paternità finale dell'attività valutativa espletata, deve essere ascritta totalmente alla Commissione e tra l'altro in

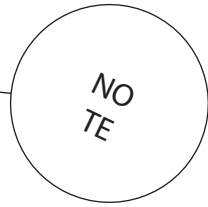
via istruttoria, dell'esternalizzazione in questione, deve darsi riscontro a verbale con adeguato livello di motivazione circa le competenze dei terzi nominati, a buona prova del loro valore (Tar Friuli Venezia Giulia n. 219 del 24 giugno u.s. e richiamo a Cons. di Stato n. 303/2015, Cons. di Stato n. 4430/2015).

Ultimi spunti di riflessione circa la composizione della commissione. Tar Lazio Latina n. 325 del 23 maggio u.s., evidenzia che il rup non può essere in commissione neanche in qualità di presidente e quindi superata la giurisprudenza costituitasi in vigenza del vecchio d.lgs. 163/2006, regola tra l'altro operativa - sembrerebbe - fin da subito, nonostante la mancata istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'art. 77 co. 2 d.lgs. 50/2016.

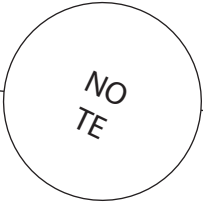
Sempre in tema di composizione della commissione il Tar Sardegna n. 262 del 19 aprile u.s. prevede che la nomina dei commissari è riservata a soggetti esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto e tra l'altro fino alla definizione della nuova disciplina in materia di iscrizione all'albo dei commissari tenuto da ANAC, le commissioni continuano ad essere nominate dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo le regole di competenza e trasparenza individuate previamente dalla Stazione Appaltante.

E ad ogni modo, la competenza tecnica della commissione dovrà essere verificata alla luce delle esperienze professionali, tecniche e amministrative, di tutti i suoi componenti con una valutazione di carattere complessivo.

È necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente la commissione giudicatrice, deve coprire tutti gli aspetti oggetto della gara, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purchè idoneo, nel suo insieme ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea; ciò tenuto conto che la competenza tecnica non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo anche risultare da incarichi svolti e attività espletate.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines in total, arranged in a regular grid pattern.



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

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





Handwritten notes on graph paper, including the words "Mediappalti" and "arrivederci al prossimo numero".

Mediappalti

**arrivederci
al prossimo numero**

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

luglio
2017

allegato alla Rivista mensile
Mediappalti

sommario

Le alternative alla convenzione Consip per l'acquisto di carburante: altra centrale di committenza o gara pubblica

(Corte dei Conti, sezione regionale Veneto, deliberazione n. 342/2017)

1. Premessa
2. I vincoli della legislazione spending review
3. L'acquisizione di particolari categorie merceologiche
4. Il rafforzamento delle implicazioni della spending
5. Il riscontro
6. Considerazioni

3

Limiti agli investimenti su beni immobili di proprietà altrui

(Corte dei Conti, sezione regionale Liguria, deliberazione n. 57/2017)

1. Premessa
2. Il quesito
3. L'ambito di azione del comune

7

Vincoli in tema di acquisto di beni immobili

(Corte dei Conti, sezione regionale Basilicata, deliberazione n. 40/2017)

1. Premessa
2. Il quesito
3. I vincoli agli acquisti di beni immobili
4. L'esame nel merito
5. I requisiti dell'indispensabilità ed indilazionabilità dell'acquisto
6. I casi esemplificativi (di indilazionabilità ed indispensabilità)
7. Quando l'acquisto si può ritenere legittimo
8. La verifica deve essere fatta in concreto
9. Il riscontro

9

Le alternative alla convenzione Consip per l'acquisto di carburante: altra centrale di committenza o gara pubblica

1. Premessa

Riveste un pregio particolare il recente parere della sezione regionale del Veneto (deliberazione n. 342/2017) per le implicazioni pratico/operative poste dal quesito.

Nel caso di specie, alla sezione un Sindaco chiedeva chiarimenti circa la possibilità di acquistare, al di fuori del Mercato elettronico (MePa) e della convenzione stipulata attraverso la Consip, il gasolio e la benzina per i mezzi comunali, **considerato che i prezzi applicati in forza della convenzione sarebbero molto più alti di quelli praticati dai locali distributori di carburante, con una differenza di oltre il 10%**. E' noto che la tipologia di bene rientra nell'ambito del comma 1, art. 7 della seconda legge *spending review* (legge 135/2012) di recente modificata dalla legge 208/2015 che struttura un rigorosissimo procedimento di acquisizione da rispettarsi a pena di nullità delle acquisizioni e di gravi responsabilità disciplinari del responsabile del procedimento di spesa.

2. I vincoli della legislazione *spending review*

Il quesito consente alla sezione di ricostruire l'articolato sistema imposto – alla pressoché generalità della pubblica amministrazione – in tema di acquisti ed in specie in tema di adesione alle convenzioni.

Pertanto nel parere si rammenta che l'acquisizione centralizzata di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni mediante le c.d. centrali di committenza e la Consip, in particolare (individuata dall'art. 58 della L. 388/2000 quale centrale di acquisti nazionale), e quindi attraverso le convenzioni-quadro, già prevista dalla L. n. 488/1999, è stata ulteriormente disciplinata dalla L. n. 296/2006 che **ha imposto alle Amministrazioni statali il ricorso a tali convenzioni per qualunque categoria merceologica**; mentre per le amministrazioni periferiche (si pensi ai comuni) non ha sancito l'obbligo di adesione (al netto di specifiche tipologie merceologiche tra cui rientrano i carburanti, art. 1 comma 7 della legge 135/2012) prevedendo una mera facoltà e, altresì, sancendo l'obbligo per la quasi totalità delle amministrazioni statali e periferiche **di ricorrere al Mercato Elettronico della PA (MePa) per gli acquisti sotto la soglia di rilievo comunitario (art. 1, commi 449-450)**. Si tratta, quindi, di modalità diverse dalle convenzioni.

3. L'acquisizione di particolari categorie merceologiche

Successivamente, con la seconda legge *spending review* ovvero dapprima con il D.L. n. 95/2012 e quindi la legge di conversione n. 135/2012, il legislatore ha esteso **a tutte** le pubbliche amministrazioni (compresi gli enti locali) ed alle società inserite nel conto economico consolidato della PA l'obbligo di utilizzare le convenzioni Consip **per particolari categorie merceologiche di beni, compresi i carburanti, prevedendo la nullità dei contratti stipulati in violazione di tale obbligo, oltre ad una connessa ipotesi di responsabilità disciplinare e per danno erariale in capo agli autori della violazione medesima.**

L'attuale disposizione, tra le categorie merceologiche, prevede l'obbligo della convenzione per gli acquisti di "energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile" a cui si devono aggiungere i buoni pasto.

Da ultimo, si legge nel parere, la L. n. 208/2015 ha introdotto una serie di disposizioni, sempre in materia di acquisti delle pubbliche amministrazioni, **disciplinando ulteriormente la possibilità di deroga al regime dianzi sinteticamente descritto, che era stata introdotta dalla L. n. 228/2013.**

Tra le diverse novità, il comma 510 dell'art. 1 della legge di stabilità per il 2016, ha riconosciuto alle pubbliche amministrazioni obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni Consip - o attraverso quelle stipulate con altre centrali di committenza regionali - la facoltà di procedere ad acquisti autonomi, esclusivamente nel caso in cui "il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali" **ed a condizione che vi sia la previa autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, da trasmettere al competente ufficio della Corte dei conti.**

La possibilità di deroga risulta fortemente, dal punto di vista pratico, condizionata considerato che non è ancora chiaro chi debba essere qualificato come vertice amministrativo. Secondo la prassi della stessa Corte, tale soggetto dovrebbe essere identificato con il responsabile del servizio interessato quindi, in sostanza, nulla muta rispetto al passato.

In secondo luogo, il comma 494 del medesimo art. 1 sempre della legge di stabilità per il 2016, modificando il comma 7 dell'art. 1 del D.L. n. 95/2012, **ha fatta salva la possibilità, introdotta dall'art. 1 comma 151 della L. n. 228/2013, di procedere ad affidamenti al di fuori della convenzione Consip conseguenti "ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica", ma ha disposto, altresì, che gli stessi debbano prevedere "corrispettivi inferiori almeno del 10 per cento per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile e del 3 per cento per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip SpA e dalle centrali di committenza regionali".**

Rimane fermo, inoltre, il vincolo sull'inserimento nel contratto di una clausola risolutiva espressa, fissando, però, ad una soglia (più del 10 per cento) la percentuale di maggior vantaggio economico ai fini dell'adeguamento del contraente ai "migliori corrispettivi" offerti dalla Consip individuando un

**Le alternative alla convenzione Consip per l'acquisto di carburante:
altra centrale di committenza o gara pubblica**

"periodo sperimentale" di tre anni (dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019), nel quale la facoltà per le amministrazioni di svincolarsi dalle convenzioni Consip non è operante.

4. Il rafforzamento delle implicazioni della *spending*

La *ratio* delle modifiche sintetizzate, ribadisce la sezione, è evidentemente quella di rafforzare il sistema di acquisizione centralizzata, **disincentivando gli acquisti autonomi anche attraverso la "disapplicazione" della deroga con riguardo ad alcune categorie merceologiche, tra le quali proprio i carburanti.**

Una volta ribadito il quadro normativo di riferimento, si è imposta l'esigenza di verificare quali siano i margini di azione rimessi alla stazione appaltante ovvero se l'ente locale possa sottrarsi ai vincoli legislativi in situazioni come quella rilevata nel quesito di un consistente risparmio sulla spesa con la possibilità – inoltre - del vantaggio della vicinanza dei luoghi di rifornimento (distributori presenti sul territorio comunale).

In merito si sono già espresse altre Sezioni regionali di controllo, soffermandosi, in particolare, sulla interpretazione delle citate norme derogatorie (Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, deliberazione n. 38/2016 e Sezione regionale di controllo per il Friuli Venezia Giulia, deliberazione n. 35/2016). La prima, ossia quella che prevede la possibilità di procedere, in generale, ad acquisti autonomi, laddove il bene o servizio **offerto in forza della convenzione non soddisfi lo specifico fabbisogno dell'amministrazione acquirente (comma 510 della L. n. 208/2015), correttamente è stata ritenuta non applicabile al caso di acquisto di beni fungibili (qual è, di norma e per natura, il carburante)** (Sezione regionale di controllo per il Friuli Venezia Giulia, deliberazione cit.).

La seconda, che riguarda, invece, il reperimento sul mercato di alcune categorie di prodotti, tra i quali proprio il carburante (art. 1, comma 7, del D.L. n. 95/2012, come modificato dal comma 494 della L. n. 208/2015) è senz'altro applicabile.

La deroga però impone solo due soluzioni ovvero l'alternativa del ricorso ad altre centrali di committenza o l'esperimento di apposita procedura ad evidenza pubblica.

E' richiesto, in entrambi i casi, il conseguimento di un risparmio apprezzabile che, per quanto riguarda il carburante (ed altre tipologie di beni individuati dal legislatore), **non può essere inferiore del 3 per cento rispetto ai prezzi fissati nelle convenzioni Consip.**

Non esistono, allo stato, possibilità di approvvigionamento **alternative diverse da quelle previste da tali disposizioni, le quali, tra l'altro, avendo carattere derogatorio e, quindi, eccezionale, devono considerarsi di stretta interpretazione.**

Per quanto riguarda l'acquisto di carburante, in generale ed ad eccezione degli esercizi 2017, 2018 e 2019, dunque, **il ricorso diretto al mercato, laddove sia suscettibile di determinare un effettivo risparmio di spesa, potrà avvenire in presenza dei presupposti individuati dal legislatore e nei limiti da quest'ultimo fissati.**

5. Il riscontro

Da quanto illustrato, consegue che, qualora una amministrazione pubblica non volesse far ricorso ad altre centrali di committenza per l'acquisto di carburante, **sottraendosi al meccanismo delle convenzioni quadro, e volesse, invece, stabilire un rapporto diretto con un fornitore, non potrebbe proprio farlo nel presente esercizio (come negli altri due successivi), mentre al di fuori del periodo di sospensione della deroga, avrebbe l'obbligo di individuare tale fornitore mediante procedura ad evidenza pubblica, secondo i principi generali e secondo le modalità previste dal citato comma 494 dell'art. 1 della L. n. 208/2015.**

Ciò a prescindere dall'onerosità e dalla minor convenienza che, nel caso concreto rappresentato dall'ente, sono certamente imputabili al sistema di acquisto previsto dalle norme vigenti, alle quali conclude l'estensore, la stessa sezione al pari delle amministrazioni pubbliche destinatarie della normativa medesima, **è tenuta a dare applicazione.**

6. Considerazioni

Non si può non annotare che il quesito esprime una delle problematiche tra quella maggiormente sentite (e poste) dal RUP di ogni stazione appaltante ovvero quella della "singolarità" di un acquisto ad un prezzo superiore rispetto all'affidamento diretto o rispetto a quanto accadrebbe con un procedimento ad inviti (che è cosa diversa da un procedimento ordinario).

La riflessione/motivazione su cui poggia l'intero sistema generato con la legislazione *spending review* è quella però di un risparmio, che deve essere inteso non solo in termini economici, generali ma soprattutto deve essere inteso come non riferito esclusivamente – e necessariamente – ad un ambito locale. Non solo, il sistema centralizzato è il sistema che dovrebbe maggiormente rendere trasparenti procedure e responsabilità.

Pertanto, il fatto che nel caso di specie un affidamento diretto potesse generare un risparmio economico avrebbe dovuto essere impostato in un modo diverso. L'affidamento diretto – nelle categorie merceologiche di cui al comma 7 articolo 1 della legge 135/2012 – non è previsto, ovvero non esiste neppure come procedimento derogatorio proprio per evitare singolari approcci *anarchici* in termini di responsabilità.

E' chiaro, pertanto, che le soluzioni sono altre rispetto alla centralizzazione degli acquisti nel senso che le piccole realtà dovrebbero valutare – caso mai – la possibilità di procedere con una centralizzazione di procedimenti e quindi accorpare i propri fabbisogni in modo da ottenere risparmi sia sotto il profilo procedurale sia sotto il profilo economico.

Limiti agli investimenti su beni immobili di proprietà altrui

1. Premessa

La sezione della regione Liguria (deliberazione n. 57/2017) non affronta una tematica posta da un sindaco relativamente alla possibilità – ed i limiti - del comune di intervenire in strade statali (e quindi non di “proprietà” comunale) che attraversano il centro cittadino.

In sintesi il quesito – dichiarato inammissibile in quanto non afferente la materia della contabilità e foriero di involgere questioni di danno erariale - risultava sostanzialmente volto a comprendere se l’eventuale spesa del comune per il compimento di determinate attività, la cui spettanza risultava motivo di contesa con ANAS S.p.A. in quanto afferenti il tratto di una strada statale attraversante il proprio centro abitato, potesse considerarsi legittima oltre che insuscettibile di determinare ipotesi di responsabilità erariale.

2. Il quesito

Più nel dettaglio il parere concerneva la possibilità del compimento di **opere manutentive su manufatti ed impianti relativi al tratto di una strada statale attraversante il centro abitato.**

Al riguardo, il Sindaco richiama l’articolo 4 della legge 7 febbraio 1961, n. 59, il quale disciplina le rispettive competenze dell’Azienda nazionale autonoma delle strade (oggi ANAS S.p.A.) e dei Comuni per quanto attiene alla gestione e manutenzione dei tratti di strade statali che attraversano abitati con popolazione non superiore a ventimila abitanti.

Rilevate alcune difficoltà interpretative sulla disposizione e sostenuta la necessità di intervenire per evitare **danni e potenziali pericoli per la pubblica incolumità**, il sindaco chiedeva se il Comune con popolazione inferiore ai 20 mila abitanti poteva, senza determinare fattispecie di produzione di danno erariale, assumere impegni di spesa per l'effettuazione di una serie di attività inerenti il tratto di una strada statale attraversante il proprio centro abitato, che l'ANAS S.p.A. ha ritenuto di escludere dai propri compiti istituzionali, in particolare:

- la gestione e manutenzione dei marciapiedi e delle banchine rialzate;
- compimento di opere di raccolta e convogliamento acque (pozzetti stradali, canalizzazioni, tombinature, ecc.), in origine realizzate da ANAS S.p.A. contestualmente all'opera stradale;
- la pulizia piano viabile;
- i servizi di carattere urbano, quali la nettezza urbana, l'innaffiamento e la potatura delle alberature, la manutenzione del verde, l'illuminazione, la regolazione del traffico urbano, la posa e gestione di eventuali impianti semaforici.

3. L'ambito di azione del comune

Come detto la sezione non risponde al quesito in quanto non relativo alla materia contabile ma, soprattutto, per la possibilità che spese effettuate in beni di terzi potesse involgere questioni relative a danni erariali.

Un primo, possibile, riscontro forse – dal lato pratico – può essere comunque fornito in relazione al dato letterale della norma (art. 4 della legge 59/1961) in particolare con riferimento al comma 2 ed al comma 4. In relazione al comma 2 della norma si puntualizza che nei tratti interni (del centro cittadino) delle strade statali "oltre alla **gestione e alla manutenzione del piano viabile potrà assumere, d'intesa, con i Comuni interessati, la gestione e la manutenzione dei marciapiedi e delle banchine rialzate**".

Ora, a sommosso avviso, considerato il tenore l'intervento non può che essere dell'ANAS risultando inibito all'ente – sotto il profilo del danno erariale – ogni intervento (al limite si potrebbe ipotizzare una possibilità in caso di reale necessità per pericoli alle persone o per situazioni di igiene ma con rivalsa nei confronti dell'ente tenuto).

Il quarto comma delimita alcuni possibili interventi del comune esclusivamente agli "adempimenti relativi ai **servizi urbani** comunque interferenti con i tratti di strade statali" e "gli adempimenti stessi, ove comportino lavori che investano la consistenza del corpo stradale, **sono subordinati alla preventiva autorizzazione della A.N.A.S.**"

Eventuali lavori, pertanto, devono essere subordinati in ogni caso all'autorizzazione preventiva ma devono essere collegati ai servizi svolgi dal comune a titolo esemplificativo il servizio raccolta smaltimento rifiuti urbani. Negli altri casi sembra difficile – a pena di danno erariale – ammettere interventi da parte del comune.

Vincoli in tema di acquisto di beni immobili

1. Premessa

Presenta una certa valenza pratica anche il recente intervento della sezione regionale della Basilicata in tema di acquisizione di beni immobili finalizzata – secondo un approccio ricorrente – dall’esigenza di assicurare importanti servizi alla collettività. Nel caso di specie, come si vedrà più avanti, il Sindaco di un comune lucano poneva alla sezione un articolato quesito sui limiti in tema di acquisizione di beni immobili – nel caso di specie un edificio - da adibire a sede del locale comando dei carabinieri per evitare che il territorio perdesse i correlati servizi.

2. Il quesito

Con il quesito, in particolare, il Sindaco chiedeva di conoscere “la portata applicativa dei requisiti di indispensabilità e indilazionabilità previsti dalla vigente normativa al fine di procedere all’acquisto di immobili da parte degli enti locali”.

Nella formulazione dell’istanza di parere, si precisava inoltre, che:

- nel comune “la Caserma dei Carabinieri” risultava allocata in un immobile privato regolamentato da contratto di locazione con il Ministero dell’Interno;
- i proprietari dell’immobile avevano comunicato formalmente al Ministero dell’interno la volontà di disdire il contratto di locazione;
- la Prefettura di Potenza chiedeva al Comune della possibilità di utilizzare di un immobile comunale idoneo allo scopo;
- pertanto, al fine di scongiurare la delocalizzazione della Stazione Carabinieri, il comune ipotizzava la possibilità di un eventuale di acquisto dell’immobile dove risultava allocato il comando.

3. I vincoli agli acquisti di beni immobili

Nel quesito, vengono ben enunciate le varie disposizioni che limitano gli acquisti di beni immobili a situazioni, semplificando, di estrema necessità ed urgenza.

In particolare nella richiesta si richiamavano:

- l'art. 12, comma 1-*bis*, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111;
- il D.M. 14 febbraio 2014 che dispone in ordine all'individuazione dei requisiti di indispensabilità e indilazionabilità degli acquisti programmati;
- la Circolare n. 14 del 23.6.2014 della Ragioneria Generale dello Stato contenente le istruzioni operative sulle "Modalità di documentazione dell'indispensabilità e dell'indilazionabilità delle operazioni di acquisto di immobili;
- la Circolare dell'Agenzia del Demanio del 9 dicembre 2013;

4. L'esame nel merito

La sezione affronta immediatamente le questioni interpretative poste dall'attuale quaderno normativo di riferimento.

Ai fini che rilevano il riscontro, i commi 1 e 1-*bis* dell'art. 12 della legge 111/2011 disciplinano i presupposti per procedere ad acquisti immobiliari da parte delle amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con l'esclusione degli enti territoriali, degli enti previdenziali e degli enti del servizio sanitario nazionale, nonché del Ministero degli affari esteri con riferimento ai beni immobili ubicati all'estero.

Il comma 1-*ter* disciplina, invece, i presupposti degli acquisti immobiliari degli enti locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale.

Le due discipline, si evidenzia nel parere, hanno un tratto in comune che si sostanzia nella **regola generale del divieto generale di procedere ad acquisti immobiliari**, e nella possibilità di deroga, determinata dai soli **casi di indispensabilità e indilazionabilità** dell'acquisto, ferma restando la congruità del prezzo attestata dall'Agenzia del demanio ed il rispetto dei saldi di finanza pubblica.

Secondo il primo comma dell'articolo citato con decorrenza "dal 1° gennaio 2014 nel caso di operazioni di acquisto di immobili, ferma restando la verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica" l'acquisto può essere effettuato "sulla base della documentata indispensabilità e indilazionabilità attestata dal responsabile del procedimento".

Mentre, la congruità del prezzo deve essere attestata dall'Agenzia del demanio, previo rimborso delle spese fatto salvo quanto previsto dal contratto di servizi stipulato ai *sensi* dell'articolo 59 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni.

5. I requisiti dell'indispensabilità ed indilazionabilità dell'acquisto

Con decorrenza dall'esercizio 2014, come annotato, è venuto meno il divieto assoluto di procedere ad acquisti immobiliari, ma il legislatore – con l'ovvio intento di evitare abusi – ha stabilito che le operazioni di

acquisito debbano essere sottoposte ad uno peculiare regime vincolato, e ciò nell'ambito e funzionalmente al perseguimento del più complessivo ed **omnicomprensivo obiettivo di razionalizzazione ed efficientamento della spesa pubblica aggregata.**

Con specifico riferimento agli enti locali, lo scopo della norma (comma 1 *ter*) è quello di assicurare ulteriori risparmi di spesa oltre a quelli imposti dal rispetto del patto di stabilità interno (ora il riferimento deve intendersi sostituito dal principio del pareggio del bilancio) e ciò in attuazione del principio - immanente al sistema - di tutela della finanza pubblica allargata.

Il significato e la **portata dei presupposti in esame è stato oggetto di uno specifico decreto ministeriale, emanato in data 14 febbraio 2014, nonché delle connesse istruzioni operative riportate nella circolare n. 19/2014 del 23 giugno 2014.**

L'art. 3 del DM 14 febbraio 2014 in particolare prevede che:

- l'attestazione del responsabile del procedimento deve dimostrare che gli acquisti programmati per il triennio di riferimento **sono, nel contempo, indispensabili e non procrastinabili.**
- il requisito **dell'indispensabilità attiene alla assoluta necessità di procedere all'acquisto di immobili in ragione di un obbligo giuridico incombente all'amministrazione nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali ovvero nel concorso a soddisfare interessi pubblici generali meritevole di intensa e specifica tutela.**
- il requisito della indilazionabilità afferisce **all'impossibilità di differire l'acquisto senza compromettere il raggiungimento degli obiettivi istituzionali o incorrere in procedimenti sanzionatori.**

6. I casi esemplificativi (di indilazionabilità ed indispensabilità)

La circolare n.19 del 23 giugno 2014 chiarisce, esemplificandoli, i casi in cui l'amministrazione può trovarsi obbligata a concorrere nel soddisfacimento interessi pubblici generali meritevoli "di intensa e specifica tutela" indicando, tra gli altri, l'obbligo di rispettare le norme vigenti in materia di tutela dell'ambiente, le norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, ecc, tutti obblighi direttamente sanciti dalla legge. **In entrambi i casi l'adempimento dell'obbligo di legge si deve appalesare come "assolutamente necessario".**

In relazione alla locuzione "assolutamente necessario" - correlato all'adempimento di obbligo giuridico - sta ad intendere la assoluta mancanza di soluzioni alternative (all'acquisto immobiliare) ugualmente idonee ai fini dell'adempimento all'obbligo giuridico in questione.

Il requisito della indilazionabilità, invece, viene definito dal comma 3, dell'art. 3 del DM del 14 febbraio 2014 come "impossibilità di differimento dell'acquisto", collegando tale indifferibilità alla compromissione del raggiungimento di obiettivi "istituzionali" ovvero alla possibilità di subire procedimenti sanzionatori come conseguenza dell'inadempimento ovvero del ritardo nell'adempimento.

La sezione precisa che tale decreto non è applicabile in via diretta agli enti locali (trattando di acquisti immobiliari di cui al comma 1-bis) ma ciò "non toglie la (...) indubbia valenza ermeneutica ai fini della soluzione" del quesito.

7. Quando l'acquisto si può ritenere legittimo

Coordinando le varie disposizioni, la sezione individua il preciso percorso e le condizioni in grado di legittimare l'acquisto di beni immobili da parte di un ente locale. In specie:

1. deve sussistere un obbligo di legge funzionale al perseguimento dei propri fini istituzionali ovvero obbligo di legge funzionale a concorrere al perseguimento di interessi pubblici generali meritevoli "di intensa e specifica tutela";
2. deve essere certificata – a cura del responsabile del procedimento – una mancanza di soluzioni alternative equipollenti, in termini di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e sana gestione delle risorse finanziarie;
3. altra certificazione, da parte del responsabile del procedimento, attiene alla indifferibilità dell'acquisto, pena la compromissione del fine perseguito ovvero la soggezione a specifiche sanzioni.

Detti requisiti, prosegue l'estensore devono, in primo luogo, sussistere *ex ante* rispetto alla decisione di acquisto, debbono coesistere, devono risultare comprovati documentalmente e, come detto, dovranno essere attestati dal responsabile del procedimento.

L'inciso ultimo, come si può comprendere, è di tutta evidenza perché nel momento in cui si procederà con l'assunzione dell'impegno di spesa (o prima ancora in fase di redazione di una avviso pubblico per reperire sul mercato un immobile ritenuto necessario), il responsabile dei servizi finanziari dovrà attentamente verificare che i presupposti predetti insistano concretamente (a pena di coinvolgimento in responsabilità erariali).

8. La verifica deve essere fatta in concreto

Di seguito la sezione, dopo aver puntualizzato che la verifica a cura del responsabile del procedimento deve essere effettuata in concreto, evidenzia che occorre non perdere di vista la motivazione dell'acquisto.

Nel caso sottoposto all'attenzione del collegio il motivo insisteva nella esigenza di "scongiurare la delocalizzazione della Stazione dei carabinieri" per le eventuali ricadute in termini di sicurezza e presidio del territorio.

Il responsabile del procedimento nel caso trattato ha il compito quindi di verificare – alla luce dell'attuale panorama normativo – se tale scopo possa ritenersi riconducibile ai propri fini istituzionali dell'ente ovvero negli obblighi – espressamente previsti dalla legge - di "concorso" nella tutela di un interesse specifico della collettività amministrata.

Sempre fermo restando la previa necessaria verifica della "assoluta necessità" dell'acquisto, in termini di mancanza, in concreto, di soluzioni alternative "equipollenti" rispetto al fine perseguito.

9. Il riscontro

A tal proposito, ed a meri fini di completezza del presente ausilio ermeneutico, il Collegio osserva che la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico rientrano, in realtà, nelle materie di competenza esclusiva dello Stato.

Ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. h), Cost. lo Stato ha competenza esclusiva a legiferare, tra l'altro, in materia, di ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale.

Fermo quanto sopra, l'art. 118 Cost. prevede che la legge statale possa disciplinare forme di coordinamento fra Stato e Regione nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione.

Non a caso la legge ha previsto forme di collaborazione tra le amministrazioni territoriali e quelle statali per conseguire obiettivi di rafforzamento delle condizioni di sicurezza locale.

Tra queste in delibera si rammenta:

a) le "convenzioni in materia di sicurezza" codificate dall'art. 39 della legge 16 gennaio 2003, n. 3 ed ai sensi delle quali "Nell'ambito delle direttive impartite dal Ministro dell'interno per il potenziamento dell'attività di prevenzione, il Dipartimento della pubblica sicurezza può stipulare convenzioni con soggetti pubblici e privati dirette a fornire, con la contribuzione degli stessi soggetti, servizi specialistici, finalizzati ad incrementare la sicurezza pubblica.

La contribuzione può consistere nella fornitura dei mezzi, attrezzature, locali, nella corresponsione dei costi aggiuntivi sostenuti dal Ministero dell'interno, nella corresponsione al personale impiegato di indennità commisurate a quelle vigenti per servizi analoghi o determinate con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la funzione pubblica, sentite le organizzazioni sindacali del personale rappresentative sul piano nazionale."

b) i "programmi straordinari di incremento dei servizi di polizia, di soccorso tecnico urgente e per la sicurezza dei cittadini", codificati dal comma 439, dell'art. 1 della legge 296/2006 (legge finanziaria per il 2007) per la realizzazione dei quali "il Ministro dell'interno e, per sua delega, i prefetti, possono stipulare convenzioni con le regioni e gli enti locali che prevedano la contribuzione logistica, strumentale o finanziaria delle stesse regioni e degli enti locali. Per le contribuzioni del presente comma non si applica l'articolo 1, comma 46, della legge 23 dicembre 2005, n. 266", ai sensi del quale "A decorrere dall'anno 2006, l'ammontare complessivo delle riassegnazioni di entrate non potrà superare, per ciascuna amministrazione, l'importo complessivo delle riassegnazioni effettuate nell'anno 2005 al netto di quelle di cui al successivo periodo. La limitazione non si applica alle riassegnazioni per le quali l'iscrizione della spesa non ha impatto sul conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni, nonché a quelle riguardanti l'attuazione di interventi cofinanziati dall'Unione europea".

Caratteristica essenziale di tali forme di collaborazione è che intervengono, in via straordinaria ed emergenziale, al fine di "incrementare" servizi di polizia, di soccorso e di generale di sicurezza dei cittadini e non nella gestione "ordinaria" dei suddetti servizi che è e resta di esclusiva competenza ed onere dello Stato. Per quanto attiene alle risorse finanziarie per l'attuazione delle predette forme di concertazione interistituzionale, sono previste specifiche **disposizioni di esonero dal rispetto di determinati vincoli di spesa, tra cui – come già evidenziato- l'art. 1, comma 439 della L n. 296/2006.**

In tutti i casi, quindi, occorre un previo accordo tra gli enti territoriali (da una parte) e lo Stato (dall'altra parte) funzionale a disciplinare i termini, anche finanziari, della collaborazione convenuta.

A tal riguardo, come più volte puntualmente evidenziato dalla giurisprudenza contabile, "le esigenze di tutela dell'ordine pubblico rappresentate dal Comune vanno ad inserirsi - necessariamente - nel quadro dei rapporti e delle valutazioni da assumersi in sede interistituzionale, secondo l'assetto e con le procedure sopra riferiti. Esclusivamente in tale contesto concertativo allargato potranno assumersi le deliberazioni degli Enti interessati (Stato ed Enti territoriali), incidenti sulle rispettive dotazioni finanziarie o patrimoniali in relazione alle eventuali forme di contribuzione alla spesa necessarie per le esigenze di salvaguardia della sicurezza pubblica (cfr. ex *pluribus*, Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Sardegna, deliberazione n. 3 del 20.01.2010)".

Sul punto, peraltro, la Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, in ogni caso, ha ribadito espressamente che "la competenza in materia di accasermamento per l'assolvimento da parte dell'Arma dei Carabinieri, dei compiti di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza spetta al Ministero dell'Interno e che la materia dell'ordine pubblico e della sicurezza risulta, in forza di quanto disposto dall'art. 117, comma 2 lett. h) della Costituzione, chiaramente intestata, in via esclusiva, allo Stato e che, quindi, i relativi oneri finanziari ricadono direttamente sul bilancio statale e specificatamente sullo stato di previsione della spesa del predetto Ministero (cfr. Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 16 del 27 maggio 2014) .

In tale assetto, pertanto, gli enti territoriali possono essere chiamati a contribuire all'espletamento di tali funzioni esclusivamente sulla base di specifiche previsioni di legge (per esempio ex art. 14, comma 3, TUEL) ovvero di convenzioni interistituzionali perfezionate in esecuzione di specifiche previsioni di legge. In materia di accasermamento, pertanto, occorre verificare se sussistono specifiche previsioni di legge che prevedano l'apporto degli enti territoriali e, nel caso, secondo quali termini.

Con specifico riferimento all'utilizzo di immobili di proprietà privata da destinare all'accasermamento il legislatore nazionale ha di recente introdotto la facoltà per gli enti locali di "contribuire" al pagamento degli oneri di locazione dei suddetti immobili.

L'art. 1, comma 500 della legge 208/2015 (legge di stabilità per il 2016) ha, infatti, introdotto nel tessuto normativo dell' art.3 del d.l. 95/2012 , n.95, il comma 4-*bis*, ai sensi del quale "per le caserme delle Forze dell'ordine e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco ospitate presso proprietà private, i comuni appartenenti al territorio di competenza delle stesse possono contribuire al pagamento del canone di locazione come determinato dall'Agenzia delle entrate".

Non risulta, invece, allo stato alcuna previsione di legge statale che facoltizzi – in deroga al generale principio di divieto di acquisto di cui al comma 1 *ter*- gli enti locali a procedere ad acquisti immobiliari da destinare all'esercizio delle funzioni di sicurezza della locale caserma dei carabinieri.

Né si ritiene che tale facoltà possa rientrare nei presupposti di legittimazione di cui al comma 1-*ter*, assumendo come "indispensabile" ed "indifferibile" un acquisto destinato ad assolvere a funzioni di sicurezza e ordine pubbliche proprie dello Stato.

Né si ritiene che tali acquisti possano essere facoltizzati nell'ambito delle convenzioni interistituzionali sopra citate.

Tali accordi – per come attualmente codificati dal legislatore ordinario– si basano su presupposti di "urgenza" e "straordinarietà" del contributo al fine di "incrementare" ovvero "rafforzare" il sistema di tutela della sicurezza.

Nel caso in esame l'acquisto di un immobile da destinare all'esercizio ordinario delle funzioni di sicurezza da parte della locale Caserma dei carabinieri, conclude l'estensore, non appare rispondere a detti requisiti "emergenziali" funzionali ad incrementare la tutela della sicurezza della collettività locale, bensì a renderne possibile la tutela ordinaria.

Tale funzione rientra nei compiti primari e ordinari dello Stato che deve provvedere, a proprio onere e responsabilità, a garantirne l'esercizio sul complessivo bacino territoriale nazionale.

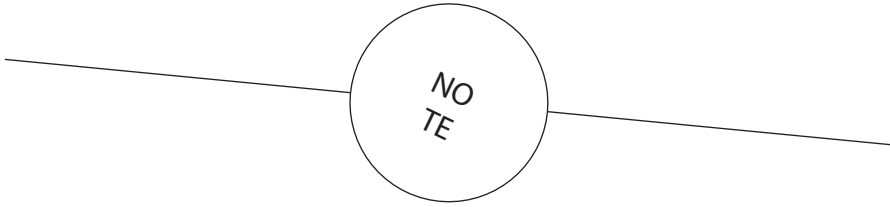
Pertanto, alla luce dell'attuale panorama normativo e pretorio, il Collegio ha ritenuto che i requisiti di indispensabilità ed indilazionabilità vadano valutati e comprovati – nel caso concreto - avendo riguardo all'assoluta necessità di procedere all'acquisto immobiliare al fine di adempiere ad obblighi inerenti al proprio *munus* istituzionale ovvero ad obblighi – espressamente previsti dalla legge - di concorso alla tutela di specifici interessi della collettività.

Lo scopo del comma 1 *ter*, dell'art. 12 del DL 98/2011 è quello di conseguire – per effetto del divieto di acquisti immobiliari "non necessitati" - ulteriori risparmi di spesa rispetto a quelli già imposti dal rispetto dei vigenti vincoli sui saldi finanziari (ora principio del pareggio del bilancio).

Si ritengono, pertanto, inclusi nel divieto *de quo* tutti gli acquisti immobiliari che comportano un aggravio di spesa a carico dell'ente locale, ad eccezione **di quelli necessitati dal perseguimento di fini istituzionali "improrogabili" e non altrimenti perseguibili.**

Non si ritiene che tra questi fini possa rientrare l'acquisto di immobili da destinare a presidio fisso dell'Arma dei Carabinieri, in quanto – alla luce dell'attuale panorama normativo- la materia dell'accasermamento rientra nella competenza, responsabilità ed onere esclusivi dello Stato e, per esso, del Ministero dell'Interno.

Né si ritiene che gli accordi interistituzionali – per come attualmente perimetrati dal legislatore statale - possano estendersi sino a gravare – in via esclusiva - sull'ente locale l'onere di acquistare un immobile da destinare all'esercizio delle funzioni ordinarie di sicurezza ed ordine pubblico, con conseguente sostituzione – di fatto - dell'ente locale nel perseguimento di un fine di competenza statale.



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