

Rivista mensile - Anno IX, Numero 6

settembre
2019

MEDIA APPALTI

**Le commissioni di gara
dopo la legge 55/2019:
individuazione e nomina
dei commissari**

**Le Linee Guida ANAC sul
«conflitto di interesse»
negli appalti pubblici**

**Come semplificare
concretamente gli appalti
pubblici?**



**“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**

**settembre
2019**

EDI
TO
RIALE

Mediappalti.it

Mediappalti.it: stesso indirizzo; sito internet totalmente rinnovato. Sul web, la nostra rivista si rifà il look e si arricchisce di contenuti. La testata fondata nel 2011 è nata con questo obiettivo: offrire a chi opera nel settore degli appalti pubblici, una guida pratica, di facile lettura, gestita da una redazione esperta. Per otto anni, in versione cartacea e pdf, Mediappalti ha proposto articoli, approfondimenti, analisi.

Attraverso queste pagine abbiamo voluto affiancare le Pubbliche Amministrazioni nell'apprendimento di una disciplina complessa, esposta a rielaborazioni e aggiustamenti.

Continui aggiornamenti legislativi, infatti, si sono succeduti negli ultimi decenni per creare un

sistema più semplice, veloce, trasparente, per snellire le procedure e combattere il più grave dei problemi che infetta il settore: la corruzione. Un'attività legislativa mai definitiva che ha finito per produrre un volume di norme, regolamenti, linee guida, spesso sostituiti dopo poco tempo e che tal volta ha avuto l'effetto opposto rispetto al proposito che li aveva ispirati. La semplificazione si è complicata.

In questa situazione di continui mutamenti, bisogna essere costantemente informati. Sempre aggiornati. Lo si deve fare perché gli errori nei quali si può incorrere sono diversi. Si deve evitare che una svista possa produrre annullamenti del bando e conseguenti ritardi nella realizzazione di un'opera.

Si deve evitare che, come abbiamo analizzato nell'editoriale del numero di novembre 2018, le pubbliche amministrazioni non siano in grado di sfruttare l'opportunità di un finanziamento perché lasciano decorrere inutilmente i termini entro i quali poter accedere a determinati fondi o perché non sono in grado di realizzare un progetto che corrisponda ai canoni stabiliti dal bando.

Leggi approvate e abrogate, regolamenti promossi e riscritti, hanno reso complicato per le pubbliche amministrazioni essere sempre pronte ad affrontare, con cognizione di causa, le procedure di una gara d'appalto. I cambiamenti sono spesso veloci e voluminosi. Non si ha il tempo di metabolizzare una procedura che questa è già stata sostituita o modificata.

Il personale, spesso sotto organico, delle Pubbliche Amministrazioni, in particolare delle piccole realtà comunali, non sempre riesce a tenere il passo dei cambiamenti. Il rischio di sbagliare è sempre in agguato. Può annidarsi semplicemente nella cristallizzata convinzione di seguire la procedura giusta. Di non essere al corrente di un sopravvenuto cambiamento. La legge non ammette ignoranza. Uno strumento come Mediappalti serve proprio a colmare questi vuoti di informazione.

Per non perdere di vista la nostra mission (essere una guida pratica in materia di appalti pubblici) ci si è resi conto che la rivista mensile non era abbastanza. Le esigenze degli utenti stavano cambiando. Era necessario che cambiassimo qualcosa per poterle soddisfare.

Cosa volevano i nostri lettori? Aggiornamenti più rapidi, flussi di informazioni più veloci, uno strumento di facile consultazione. Come rispondere a queste richieste? Con il web.

Mediappalti.it è cambiato esteticamente. Lo si vede subito. Ma oltre all'impostazione grafica, è cambiato nei contenuti. È ciò che più conta. Abbiamo traslato tutte le sezioni che avevamo previsto per l'edizione sfogliabile della rivista in una versione digitale, sempre a portata di mano sul menu di navigazione principale: a domanda rispondiamo; editoriali; il punto; in pillole; Cortei dei Conti; pareri e sentenze: sotto la lente. Tutto sempre a disposizione per essere consultato in un contenitore unico che rende più semplice reperire tutti gli interventi su un determinato argomento per poterli confrontare ed avere una visione esaustiva dello stesso.

Mediappalti.it è cambiato. È cambiato pensando a come potesse essere più utile. È cambiato cercando di migliorare la propria offerta di informazione e consulenza, con l'auspicio di migliorare l'esperienza di lettura e di apprendimento di chi ci legge. "Ogni qualvolta cerchiamo di essere migliori di quello che siamo, anche tutto quanto ci circonda diventa migliore", scrive Paulo Coelho. Noi siamo convinti che si migliora sempre per qualcuno. È un atto di generosità nei confronti di chi ci sta vicino: partner, figli, colleghi, voi lettori di Mediappalti.

Buona navigazione!

sommario

Editoriale

Mediappalti.it

4

In evidenza

Le Linee Guida ANAC sul «conflitto di interesse» negli appalti pubblici

7

Sotto la lente

Come semplificare concretamente gli appalti pubblici?

15

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

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

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale della Sardegna

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

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Il Punto

La legge regionale sarda sugli appalti supera parzialmente il vaglio della Consulta

25

Le commissioni di gara dopo la legge 55/2019: individuazione e nomina dei commissari

34

Società partecipate a controllo pubblico: il nodo del controllo effettivo e l'interpretazione restrittiva

40

Gli incentivi per la progettazione: reintroduzione e dietrofront

46

Discrezionalità amministrativa nel project financing a iniziativa privata

52

Pareri & Sentenze

59

A Domanda Rispondiamo

65

In pillole

69

Le Linee Guida ANAC sul «conflitto di interesse» negli appalti pubblici

IN
EVIDENZA

di Francesca Scura

Premesse

Come previsto dal D.Lgs. 50/2016, l'ANAC ha adottato le linee guida in materia di «conflitto di interesse». Si tratta di indicazioni rilevanti che concorrono a ridurre – anche grazie al parere preventivo emesso dal Consiglio di Stato sul punto - l'incertezza relativa alla normativa applicabile, ai presupposti per la configurabilità della fattispecie (con particolare riferimento al conflitto «atipico»), alle modalità di gestione e ad altri aspetti parimenti rilevanti per gli operatori del settore.

Il «conflitto di interesse» coinvolge vari soggetti (stazioni appaltanti, rispettivi dipendenti intesi in senso ampio, concorrenti e aggiudicatari) e comporta diversi obblighi e adempimenti a carico degli stessi, la cui violazione determina l'insorgere di responsabilità aventi impatto sulla procedura di gara.

1. Norme generali e norme di settore

La nozione di «conflitto di interesse» nel settore degli appalti pubblici è oggetto di specifiche previsioni normative, rinvenibili principalmente nell'art. 6-bis L. n. 241/1990, introdotto dalla cd. legge anticorruzione, e nella norma speciale di cui all'art. 42, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 («Codice appalti»), fermo restando il rilevante contributo ermeneutico fornito dalla giurisprudenza amministrativa¹.

Ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, «Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.».

1. Altre previsioni speciali sono contenute nella L. n. 190/2012; nel d.lgs. n. 39/2013; negli artt. 3, 6, 7, 13, 14 e 16 d.P.R. n. 62/2013; nell'art. 53, comma 14, d.lgs. 165/01; nell'art. 78 d.lgs. n. 267/2000.

La rilevanza del conflitto «anche potenziale» valorizza la ratio del legislatore diretta a reprimere ogni situazione di interferenza o privilegio, rendendo stringente il vincolo di astensione, a fronte di qualsiasi posizione che possa, anche in astratto, pregiudicare il principio di imparzialità.

Al contempo, con l'introduzione di tale principio all'interno della legge sul procedimento amministrativo, da un lato, è stato ampliato lo spettro dei vizi che possono inficiare il provvedimento amministrativo e, dall'altro, sono sorte criticità nell'individuazione della situazione di incompatibilità nel caso concreto, considerata l'ambiguità del concetto di «conflitto di interesse».

Passando alla disciplina «speciale», il Codice appalti (all'art. 42) disciplina la materia con riferimento sia ai conflitti che emergano durante la procedura di affidamento dei contratti pubblici sia a quelli relativi alla fase di esecuzione degli stessi.

Tale norma, che costituisce una novità nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, trova la sua *ratio* nell'esigenza di disciplinare il conflitto nel particolare contesto della contrattualistica pubblica, particolarmente esposto al rischio di interferenze, a tutela del principio di concorrenza e del buon andamento della pubblica amministrazione.

«Il Codice appalti impone al soggetto che si trovi in una situazione di «conflitto d'interesse» di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. La mancata astensione determina per il personale in questione non solo responsabilità amministrativa e penale, ma anche disciplinare.»



Per «conflitto d'interesse» ai sensi del Codice si intende la situazione che si verifica quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi - che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato - ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico

o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione (art. 42, comma 2, cit.). Costituiscono, tra le altre, situazione di conflitto di interesse, ai sensi del Codice appalti, quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del DPR 16 aprile 2013, n. 62² («Codice di comportamento dei dipendenti pubblici»).

La norma richiama l'art. 7 cit. che impone al dipendente pubblico l'astensione, oltre che nei casi ivi

espressamente elencati, anche «in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza», da individuarsi anche alla luce dell'art. 51 c.p.c.³.

In tal modo il legislatore attribuisce rilevanza anche alle situazioni di conflitto di interesse c.d. atipiche, situazioni che, una volta valutate *ex ante* dal dipendente, dovranno poi essere valutate *ex post* dall'amministrazione di appartenenza in base a circostanze concrete e documentabili.

2. V. art. 7 cit.: «1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.».

3. V. art. 51 cit.: l'art. 51 c.p.c. contiene ipotesi tipizzate di conflitto che conduce all'obbligo di astensione e "gravi ragioni di convenienza" di cui all'art. 7. In sintesi nell'ordinamento è presente il concetto di conflitto di interessi non tipizzato.

La sussistenza di conflitti di interesse, anche potenziali, obbliga i soggetti che intervengono nella gestione delle gare di appalto ad astenersi, mentre le stazioni appaltanti devono individuare preventivamente possibili situazioni di rischio che possano far emergere, nelle varie fasi della procedura, conflitti non dichiarati o non comunicati.

Il legislatore, in particolare, obbliga le stazioni appaltanti ad:

- 1) adottare «misure adeguate» per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici;
- 2) a vigilare affinché gli adempimenti a carico dei soggetti che si trovino in situazioni di «conflitto d'interesse» siano rispettati.

In presenza di una situazione costituente «conflitto d'interesse» il Codice obbliga il soggetto che vi si trovi a:

- darne comunicazione alla stazione appaltante;
- ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.

La mancata astensione determina non solo ipotesi di responsabilità amministrativa e penale per il personale in questione, ma anche e comunque fonte di responsabilità disciplinare.

Al contempo, l'omessa dichiarazione da parte dei concorrenti nel proprio D.G.U.E circa il possibile «conflitto d'interesse», ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera f-ter, del Codice appalti, costituisce dichiarazione non veritiera, come tale sanzionabile ai sensi della norma appena citata.

L'art. 42, infine, va coordinato con l'art. 80, comma 5, lettera d) del Codice appalti, secondo cui

l'operatore economico è escluso dalla gara quando la sua partecipazione determini una situazione di «conflitto d'interesse» che non sia diversamente risolvibile.

2. L'interpretazione giurisprudenziale

Il Consiglio di Stato, chiamato a rendere parere sulle Linee guida ANAC, ravvisa il «conflitto d'interesse» le volte in cui a un soggetto giuridico sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (cd. «interesse funzionalizzato») ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'«interesse funzionalizzato» (Consiglio di Stato, parere n. 667/2019). È sufficiente che sussistano due interessi in contrasto economico: l'«interesse funzionalizzato» e quello, di qualsiasi natura, dell'agente.

La fattispecie del «conflitto d'interesse» è interpretata in senso ampio dalla giurisprudenza. L'ambito applicativo soggettivo della norma si estende oltre che al personale della stazione appaltante, anche a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi⁴.

Sul versante oggettivo, perché sia configurabile la fattispecie in esame, è necessario che la situazione di «conflitto d'interesse» venga verificata in concreto sulla base di prove specifiche⁵. Al contempo, non sono richiesti comportamenti dannosi ma una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di danno⁶.

In questo senso si è ritenuto che il concretizzarsi di un vantaggio sia elemento irrilevante ai fini della sussistenza del «conflitto d'interesse» così come irrilevante è il configurarsi di una condotta impropria, essendo sufficiente la potenzialità e non il danno arrecato attraverso una transazione corruttiva o concussiva o un abuso d'ufficio

4. V. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3415/2017.

5. V. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3401/2018 e n. 2511/2019.

6. V. TAR Bari, n. 1006 del 12.7.2019.

(cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11/7/2017, n. 3415; Sez. V, 14/5/2018, n. 2853). Ai fini della configurabilità di un «conflitto d'interesse», inoltre, possono rilevare sia utilità materiali (ad esempio, di natura patrimoniale) che utilità immateriali, di qualsivoglia genere.

Il Consiglio di Stato ha poi evidenziato la non necessaria coincidenza tra conflitto e corruzione, richiamando la «Guida pratica per i dirigenti – Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali» elaborata dagli Stati membri con il coordinamento dell'OLAF: i conflitti di interessi e la corruzione non sono la stessa cosa. La corruzione prevede solitamente un accordo tra almeno due partner e una tangente/un pagamento/un vantaggio di qualche tipo. Un conflitto di interessi sorge quando una persona potrebbe avere l'opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri obblighi professionali.

Il Supremo giudice amministrativo ha inquadrato le ipotesi di «conflitto d'interesse» rilevanti, enucleando tre categorie distinte:

- 1) la prima si verifica ove il soggetto abbia *«direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.»* (art. 42);
- 2) la seconda derivante dal richiamo alle fattispecie tipiche dell'art. 7 DPR n. 62/2013 (coniugio, parentela, convivenza; rapporti di parentela o affinità entro il secondo grado; rapporti di frequentazione abituale; pendenza di una causa o di grave inimicizia; rapporti di credito o debito significativi; rapporti di tutorato, curatela, rappresentanza o agenzia; rapporti di amministrazione, dirigenza o gestione di associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti etc.);

- 3) la terza derivante anche essa dal richiamo al detto art. 7, nella parte in cui esso si riferisce alle «gravi ragioni di convenienza»; a tale fattispecie va assimilata quella di cui all'art. 6 bis L. n. 241/90, ovvero il conflitto anche potenziale».

Un aspetto controverso ha riguardato proprio il conflitto di interessi c.d. «atipico» e la sua applicabilità al settore dei contratti pubblici: l'art. 6 bis L. 241/90 che parla di «conflitto, anche potenziale» non è richiamato dall'art. 42 del Codice appalti. Al contempo l'art. 53 D.lgs. n. 165/2001 e l'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013 parlano di «gravi ragioni di convenienza» mentre l'art. 42 richiama solo l'art. 7 nel concetto di «conflitto di interesse».

Il Consiglio di Stato ha chiarito il contrasto giurisprudenziale sul punto ritenendo che le disposizioni di cui agli art. 6 bis, 53, 7 e 51 citati relative al conflitto «potenziale» e alle «gravi ragioni di convenienza»

(da intendersi come espressioni equivalenti) non sono in contrasto con l'art. 42 ma sono ad esso complementari e quindi si applicano al settore degli appalti pubblici.

In definitiva, il conflitto di interessi nell'ambito di gare d'appalto può essere tipico o atipico, considerando che non esiste un *numerus clausus* di situazioni che comportano incompatibilità.

Una recente sentenza ha fatto applicazione dei principi espressi dal Consiglio di Stato in tema di conflitto di interessi c.d. «atipico» (TAR del Lazio, 31/7/2019 n. 10186), in relazione all'esclusione di una società, mandante di un RTI, dalla procedura di gara proprio a causa di una rilevata situazione di conflitto di interessi derivante da «rapporti di affari esistenti» tra la mandante stessa e un funzionario pubblico, incaricato dalla stazione appaltante nell'ambito della gara in questione.

Secondo la Stazione appaltante, grazie ai contatti con il professionista, l'intero raggruppamento partecipante alla procedura concorsuale si sarebbe

«Il conflitto d'interesse può riguardare, oltre che il personale della stazione appaltante, anche qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi»



trovato in condizione di poter utilizzare ai fini della formulazione della propria proposta progettuale, informazioni concernenti la documentazione progettuale e altri elementi posta a base di gara. Grazie a tale conoscenza, l'intero raggruppamento avrebbe beneficiato di una c.d. «asimmetria informativa rilevante in termini qualitativi e quantitativi».

Il TAR Lazio ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante, confermando l'esclusione oggetto di gravame, in quanto ritenuto fondato su una situazione di conflitto di interessi, c.d. «atipica». Tale fattispecie ricorre, come sopra detto, quando il conflitto si fonda su «gravi ragioni di convenienza» ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013 (quale richiamato dall'art. 42, comma 2, del Codice appalti): tali ragioni, a detta del TAR, risultano ben documentabili, nella specie, sulla base di «circostanze concrete» ovvero di «prove specifiche»⁷.

Ad aggravare la situazione concorrevano, nel caso di specie, il comportamento della ricorrente, che, nell'ambito del proprio DGUE aveva dichiarato l'insussistenza di qualsiasi causa di conflitto legata alla partecipazione alla procedura di gara. Tale mancanza – secondo il TAR – non poteva ritenersi giustificata dal fatto che il consulente si fosse dimesso dall'incarico prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte,

in quanto – evidenzia il TAR – la situazione potenziale di conflitto insorge per il fatto stesso che quel funzionario pubblico si fosse trovato nella descritta situazione di rapporti durante il periodo temporalmente coincidente con quello della predisposizione delle offerte da parte delle imprese interessate.

«La situazione di conflitto deve essere dichiarata nel DGUE, anche se si tratta di una mera potenzialità di inquinamento della gara, al fine di mettere la Stazione appaltante nella concreta possibilità di adottare eventuali misure alternative a quella estrema dell'esclusione dalla gara, come suggerito dall'art. 80, comma 5, lett. d, del D.lgs. n. 50 del 2016»



La società era quindi ulteriormente sanzionabile ai sensi dell'art. 80, co. 5, del Codice poiché, venendo meno ai doveri di leale collaborazione, sarebbe venuta meno anche la sua affidabilità omettendo di fornire informazioni necessarie ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Se la società avesse segnalato – osserva il TAR – alla stazione appaltante l'esistenza della potenzialità di inquinamento della gara, avrebbe messo la stessa nella concreta possibilità

di adottare eventuali misure alternative a quella estrema dell'esclusione dalla gara, secondo quanto suggerito dall'art. 80, co. 5, lett. d), del Codice.

3. Le Linee Guida ANAC

Con Delibera n. 494 del 5/6/2019 l'ANAC ha adottato le «Linee guida n. 15 recanti Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici.» come previsto dall'art. 42 del Codice appalti⁸.

7. Nella sentenza in commento è stata attribuita rilevanza alla comunicazione inviata dal consulente alla stazione appaltante, con la quale, nel notificare il proprio recesso anticipato dall'incarico, lo stesso aveva illustrato alla stazione appaltante la sussistenza di un potenziale conflitto di interessi, ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, con un'impresa interessata all'aggiudicazione. Il conflitto si sostanziava nella partecipazione della società funzionario alla joint venture con la società ricorrente, con conseguente inquinamento della gara a cui la stessa intendeva prendere parte, atteso il bagaglio di conoscenze cui, già in sede di predisposizione dell'offerta, quest'ultima avrebbe potuto facilmente accedere (a prescindere, ovviamente, dalla prova che tale accesso sia effettivamente avvenuto).

8. Il testo delle Linee Guida è stato elaborato tenendo conto delle istruzioni operative fornite dalla Commissione Europea – Ufficio Europeo per la lotta antifrode (OLAF) nella linea pratica per i dirigenti recante «Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali», adottate nel 2013 e dei contributi pervenuti dai soggetti intervenuti alla consultazione pubblica eseguita dall'ANAC.

Le Linee Guida sono adottate in attuazione dell'art. 213, comma 2, del Codice appalti al fine di fornire indicazioni non vincolanti per i destinatari, per favorire la diffusione delle migliori pratiche e la standardizzazione dei comportamenti da parte delle stazioni appaltanti, nell'ottica di addivenire alla corretta interpretazione ed applicazione delle disposizioni di legge⁹.

L'Autorità ha ritenuto di non prendere in considerazione particolari ipotesi di potenziali situazioni di conflitto di interessi già altrimenti disciplinate (fatta salva l'opportunità di alcune esemplificazioni chiarificatrici)¹⁰.

Le linee guida sono suddivise in 4 parti:

I – Definizioni e ambito di applicazione del conflitto di interesse nelle procedure di gara;

II – Obblighi dichiarativi e di comunicazione;

III – Obbligo di astensione ed esclusione dalla gara del concorrente;

IV - La prevenzione del rischio.

L'ANAC ha chiarito, in primo luogo, che l'art. 42 comprende sul piano oggettivo gli appalti, le concessioni, anche nei settori speciali sia sopra che sotto soglia e i contratti cd. esclusi¹¹. Esso si applica alle procedure di affidamento espletate dai soggetti di cui all'art. 3 del Codice (anche alle società pubbliche e ai soggetti privati che operino in qualità di stazioni appaltanti).

La platea dei soggetti coinvolti è molto ampia, poiché vi rientrano non solo i dipendenti

della stazione appaltante intesi in senso stretto (lavoratori subordinati delle Pubbliche Amministrazioni), ma anche tutti coloro che siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o che comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna (v. art. 4 Linee Guida)¹².

Quando alla tipologia di «conflitto di interesse», coerentemente con quanto rilevato dal Consiglio di Stato nel parere sopra cit., l'ANAC vi ricomprende solo:

- le situazioni richiamate dall'art. 42 del Codice appalti;
- i casi tipizzati dal legislatore nell'art. 7 DPR n. 62/2013, ivi compresa l'ipotesi residuale, già indicata, di esistenza di «gravi ragioni di convenienza»;
- il «conflitto di interesse» potenziale, ai sensi dell'art. 6-bis L. n. 241/90 e dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001.

L'interesse personale dell'agente, che potrebbe porsi in contrasto con l'interesse pubblico alla scelta del miglior offerente, può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa. Tale interesse deve essere tale da comportare la sussistenza di gravi ragioni di convenienza all'astensione, tra le quali va considerata il potenziale danno all'immagine di imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni.

9. L'art. 213 cit., infatti, dopo aver stabilito che la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal d.lgs. n. 50/2016, all'ANAC, prevede che attraverso Linee Guida, la stessa ANAC debba garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, trasmettere alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti.

10. Specifiche casistiche sono infatti già fornite nel PNA 2016, adottato con Delibera ANAC n. 831 del 3/8/2016, o, per l'ambito sanitario, nelle Linee Guida per l'adozione dei Codici di comportamento negli enti del SSN, approvate 20/9/ 2016, da ANAC, Ministero della Salute e AGENAS.

11. V. art. 3 delle Linee Guida. Sul punto v. BARBIERO A., «Prevenzione dei conflitti d'interesse: le prime note dell'ANAC» su www.lagazzettadeglientilocali.it

12. L'ANAC inserisce in questo ambito anche: - i membri degli organi di amministrazione e controllo della stazione appaltante che non sia un'amministrazione aggiudicatrice (ad esempio i componenti del Cda di una società partecipata); - gli organi di governo delle amministrazioni aggiudicatrici laddove adottino atti di gestione (ad esempio i componenti della Giunta che approva l'interesse pubblico di una proposta di project financing a iniziativa privata); - gli organi di vigilanza esterni; - i componenti e i segretari delle commissioni giudicatrici, per espresso rinvio da parte dell'art. 77 del Codice.

Il vantaggio economico finanziario si può realizzare in danno della stazione appaltante oppure a vantaggio dell'agente o di un terzo senza compromissione dell'interesse pubblico (in tal caso, il bene danneggiato è l'immagine imparziale della pubblica amministrazione).

Esso non deve derivare da una posizione giuridica indifferenziata o casuale, quale quella di utente o di cittadino, ma da un collegamento personale, diretto, qualificato e specifico dell'agente con le conseguenze e con i risultati economici finanziari degli atti posti in essere.

Le Linee-guida n. 15 pongono a carico dei dipendenti della Stazione appaltante i seguenti obblighi:

- l'obbligo di esplicitare la sussistenza o meno di un «conflitto di interesse» mediante apposita *Dichiarazione sostitutiva ai sensi degli articoli 6, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013 e 6-bis della legge n. 241/90*, per quanto a loro conoscenza, resa nel momento in cui sono assegnati a funzioni che riguardano la gestione di appalti (ad esempio quando un funzionario abbia legami di parentela con un soggetto interessato a partecipare alla gara che la stazione appaltante deve bandire);
- l'obbligo di rendere, per ogni procedura di gara, una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e di certificazione finalizzata a escludere o a far rilevare le situazioni di «conflitto di interesse» che possano nel frattempo essersi determinate.

La mancata dichiarazione della sussistenza di un «conflitto di interesse», quando invece esistente, oltre alle responsabilità amministrative, erariali e penali, comporta la sottoposizione del dipendente a procedimento disciplinare.

Allorquando le funzioni di stazione appaltante siano svolte da una società, una analoga violazione sussiste per i dipendenti privati, tenuti all'osservanza del "Modello 231" nonché del codice etico aziendale.

Quando dichiarata, la situazione di conflitto è valutata dal dirigente, il quale deve verificare se la causa di astensione sia grave e metta in pericolo l'adempimento dei doveri di integrità, indipendenza e imparzialità del dipendente, considerando anche il pregiudizio che potrebbe derivare al decoro e al prestigio dell'amministrazione.

Nel PTPC o in altro atto interno la stazione appaltante deve peraltro individuare il titolare del potere sostitutivo che valuta il conflitto in caso di dirigente apicale.

«I dipendenti della Stazione appaltante devono esplicitare la sussistenza o meno di conflitti di interesse mediante apposita dichiarazione, resa nel momento in cui sono assegnati a funzioni che riguardano la gestione di appalti (Linee Guida ANAC n. 15): in apposita tabella l'ANAC elenca le criticità e i soggetti che possono essere coinvolti.»



Nel caso in cui il responsabile dell'ufficio di appartenenza del soggetto interessato o, nel caso di dirigente, il superiore gerarchico, accerti la sussistenza di un conflitto idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa, lo stesso affida il procedimento ad un diverso funzionario dell'amministrazione oppure, in carenza di idonee figure professionali, lo avoca a sé stesso.

Inoltre, tenuto conto della natura e dell'entità del «conflitti di interesse», del ruolo svolto dal dipendente nell'ambito della specifica procedura e degli adempimenti posti a suo carico, può adottare ulteriori misure che possono consistere:

1. nell'adozione di cautele aggiuntive rispetto a quelle ordinarie in materia di controlli, comunicazione, pubblicità;
2. nell'intervento di altri soggetti con funzione di supervisione e controllo;
3. nell'adozione di obblighi più stringenti di motivazione delle scelte adottate, soprattutto con riferimento alle scelte connotate da un elevato grado di discrezionalità.

Al contempo, la Stazione appaltante deve:

- valutare tutte le circostanze del caso concreto, tenendo conto della propria organizzazione, della specifica procedura espletata nel caso di specie, dei compiti e delle funzioni svolte dal dipendente e degli interessi personali dello stesso;

- individuare (nel PTPC ove previsto o altro atto interno) preventivamente possibili situazioni di rischio che possano far emergere, nelle varie fasi della procedura, «conflitti di interesse» non dichiarati o non comunicati, soprattutto nei casi in cui maggiore è la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante: a questo fine le linee-guida presentano un'articolata tabella, riferita alle varie fasi di gestione dell'appalto, nella quale sono prefigurate tutte le criticità e i soggetti che possono essere coinvolti (art. 10);

- intraprendere (misura raccomandata) adeguate iniziative per dare conoscenza al personale dell'obbligo di astensione, delle conseguenze scaturenti dalla sua violazione e dei comportamenti da seguire in caso di conflitto di interesse.

In caso di «conflitto di interesse», il concorrente:

- potrà essere escluso dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera d) Codice solo come *extrema ratio*, quando siano assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del dipendente che versa nella situazione di conflitto di interesse, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia il ricorso a formule organizzative alternative previste dal Codice appalti.

L'impossibilità, sottolinea l'ANAC (art. 9), deve essere assoluta, oggettiva, puntualmente ed esaustivamente motivata e dimostrata.

Se tale situazione si verifica ad aggiudicazione avvenuta, la stazione appaltante, previa idonea ponderazione degli interessi coinvolti, deve effettuare le valutazioni di competenza in ordine all'annullamento dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto;

- potrà essere soggetto, anche in veste di aggiudicatario, alle sanzioni che l'ANAC raccomanda agli enti di inserire nei protocolli di legalità e/o nei patti di integrità, in caso di mancata comunicazione del conflitto;

- sarà soggetto a valutazione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c-bis) del Codice appalti, tenuto conto

anche della natura del conflitto non dichiarato e delle circostanze che hanno determinato l'omissione.

«L'esclusione del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera d) Codice è disposta solo come *extrema ratio*, quando sono assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del dipendente in conflitto di interesse, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia il ricorso a formule organizzative alternative.»



Come semplificare concretamente gli appalti pubblici?

di Ilenia Filippetti

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Negli ultimi anni l'esigenza di semplificare le procedure di gara è stata posta, con forza, "sotto la lente" da parte del legislatore. Ci si può chiedere, tuttavia, se le misure normative recentemente adottate – il decreto "sblocca cantieri", ad esempio, ma anche il decreto semplificazione – abbiamo effettivamente accelerato e reso più fluido lo svolgimento delle procedure di gara.

Per una reale accelerazione delle gare, una misura veramente efficace potrebbe forse consistere, anche al di là delle riforme apportate dal legislatore, nel semplificare la pratica operativa, nell'utilizzare in modo intelligente le norme e nell'applicarle in modo da rendere più tempestivo il procedimento per l'affidamento dei contratti pubblici.

Con il presente contributo si intende quindi esaminare, in modo sintetico e con approccio necessariamente divulgativo, gli accorgimenti che ciascun operatore del settore pubblico può porre in essere per semplificare la pratica operativa quotidiana, con riferimento, in particolare, agli appalti sottosoglia per l'acquisizione di beni e servizi.

1. Prevedere appalti pluriennali ed opzioni di rinnovo

Anche al di là dell'obbligo di programmazione imposto dall'art. 21 del codice dei contratti – ovvero sia anche per contratti a base d'asta di importo inferiore a 40.000 euro – è sempre utile prevedere l'affidamento di appalti di durata pluriennale, e ciò al fine di ridurre il numero delle procedure da aggiudicare, assicurando la continuità nello svolgimento delle prestazioni ed ottenendo migliori condizioni contrattuali, in particolare per quanto concerne l'offerta economica.

È poi utile ricordare che l'art. 63 del codice dei contratti ammette la possibilità di procedere ad un rinnovo "programmato" dei lavori o dei servizi consistenti nella ripetizione del contratto già affidato in esito all'esperimento di una procedura di gara, a condizione che le prestazioni da riaffidare siano conformi al progetto posto a base della prima gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1 (norma che, invero, prevede anche le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara).

Tale possibilità di rinnovo programmato deve essere indicata dalla stazione appaltante fin dall'avvio del confronto competitivo – il che pertanto escluderebbe, di fatto, il riferimento alla procedura negoziata senza bando – e l'importo totale previsto per la prosecuzione del contratto deve essere sempre computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di rilievo europeo.

Il rinnovo programmato è ammesso – evidentemente a cautela delle imprese – entro e non oltre il triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale (senza che sia peraltro necessario che tale opzione di rinnovo debba essere esplicitata durante la vigenza del primo contratto: si pensi ad un primo contratto di durata pari a due anni, con opzione di rinnovo pari ad un ulteriore anno).

Va peraltro ricordato che anche l'Autorità Anticorruzione ha a sua volta ammesso – sulla scia, peraltro, della giurisprudenza amministrativa – una specifica ed ulteriore forma di rinnovo più generale (ammissibile, pertanto, anche per gli affidamenti relativi alle forniture di beni) all'interno del Bando tipo n. 1 relativo alla Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

È stato infatti previsto che la stazione appaltante può riservarsi la facoltà di rinnovare, alle medesime condizioni del contratto iniziale, per una durata specifica (comunque non superiore a quella del contratto iniziale), per un importo preciso, con obbligo per la PA di comunicare l'intenzione di avvalersi di tale facoltà comunicandola all'appaltatore con un preavviso preciso.

Anche in tale ipotesi, va da sé che l'importo totale previsto per la prosecuzione del contratto dovrà essere considerato ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di rilievo europeo (e dovrà essere pertanto calcolato, come per l'art. 63, all'interno ai fini dell'acquisizione del CIG).

Trattandosi di un'opzione contrattuale – e non di un'obbligazione già giuridicamente vincolante – non occorrerà che la stazione appaltante proceda, in sede di aggiudicazione del primo contratto,

ad impegnare le risorse a carico del bilancio anche per il periodo di rinnovo (solo eventuale) né ad effettuare la prenotazione dell'impegno di spesa, ai sensi di quanto previsto dalle norme sull'armonizzazione dei bilanci di cui al d.lgs. n. 118/2011.

Resta fermo che, ai fini del rinnovo, dovranno essere ripetuti, in capo all'aggiudicatario, i necessari controlli previsti all'art. 80 del codice – ancorché effettuati per l'affidamento del contratto originario – e che, secondo le indicazioni fornite dall'Autorità Anticorruzione, dovrà essere acquisito anche uno specifico e nuovo CIG.

2. Prevedere l'estensione contrattuale entro il limite del quinto d'obbligo

Ai sensi dell'art. 106, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016, l'Amministrazione aggiudicatrice può riservarsi, fin dall'indizione della gara, la facoltà di aumentare o di diminuire di un quinto l'importo complessivo delle prestazioni oggetto del capitolato, nel periodo di validità del contratto.

Secondo Tar Lazio, Roma, 27 novembre 2017, n. 11732, la norma appena citata consente, a determinate condizioni, di effettuare le modifiche, nonché le varianti dei contratti di appalto in corso di validità e, dunque, secondo la puntuale indicazione che si trae dalla rubrica dell'articolo e dal tenore letterale di esso, la modifica di contratti durante il periodo di efficacia.

Tale norma "scolpisce", dunque, in modo netto i propri confini operativi, circoscrivendoli al caso nel quale, conseguita l'aggiudicazione, non solo sia già stato stipulato il contratto, ma questo sia anche efficace e in corso di validità.

Si tratta, peraltro, di disciplina non applicabile analogicamente al di fuori dell'area normativa così disegnata, posto che lo spazio che precede la stipula del contratto valido ed efficace rimane presidiato dai principi dell'evidenza pubblica che non consentono l'apprezzabile modifica (ancorché quantitativa) dell'oggetto dell'appalto, se non a prezzo di violare la *par condicio* tra i concorrenti (in senso conforme viene citato, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, 4 maggio 2016, n. 5088), né, in conseguenza, la possibilità di riformulare l'offerta che rimane invece connotata da immutabilità

dei contenuti e dalla tassatività dei termini di presentazione.

Pertanto, come evidenziato anche dall'Autorità Anticorruzione all'interno del Bando tipo n. 1, il valore del quinto d'obbligo non deve essere computato al fine del valore stimato dell'appalto ex art. 35 del Codice: all'interno della relazione contenente l'analisi di impatto della regolazione allegata al predetto Bando tipo n. 1 che il citato art. 106, comma 12 del codice non richiede che il ricorso al quinto d'obbligo sia specificato nel disciplinare posto a base di gara.

Al contrario, secondo Tar Campania, Napoli, 5 settembre 2018, n. 5380, ai fini della determinazione di un congruo corrispettivo per il contratto posto in gara, l'Amministrazione dovrebbe sempre considerare anche l'eventuale estensione contrattuale fino a un quinto dell'importo a base d'asta secondo il disposto di cui all'art. 106, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016, al fine di consentire, in particolare, il rispetto della soglia comunitaria che consente all'Amministrazione di ricorrere al MEPA, senza sottrarre la procedura agli obblighi di trasparenza e pubblicità previsti per gli appalti di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario.

3. Prevedere esplicitamente le proroghe tecniche

Ai sensi dell'art. 106, comma 11 del d.lgs. n. 50/2016, la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione e soltanto se l'opzione di proroga sia stata prevista nel bando e nei documenti di gara.

La proroga dovrà essere limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente e l'originario aggiudicatario sarà tenuto, in sede di proroga, all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o a quelli più favorevoli per la

stazione appaltante.

Alla luce del chiaro tenore letterale della norma, pertanto, non potranno essere considerate legittime le proroghe previste dal capitolato *sine die*, che prevedano un mero rinvio generico all'aggiudicazione di una successiva procedura di gara.

Va peraltro sottolineato che, posto che ai sensi del codice dei contratti il termine generale di validità dell'offerta è pari a 180 giorni, ciascuna stazione appaltante ha il preciso dovere, in previsione di una scadenza contrattuale già nota, di indire con ogni necessario anticipo (almeno 180 giorni) la nuova gara per il riaffidamento del contratto in scadenza.

Ed invero, secondo il Consiglio di Stato, 29 maggio 2019, n. 3588, ogni eventuale proroga tecnica del contratto di appalto

ha necessariamente carattere eccezionale e trova il suo fondamento in oggettivi ed insuperabili ritardi nella conclusione della nuova gara che non siano imputabili alla medesima stazione appaltante. Ed infatti, l'art. 106, comma 11 del d.lgs. 50/2016 ha la sola funzione di assicurare la continuità delle prestazioni contrattuali nelle more dell'aggiudicazione di una nuova gara ed ha, in ogni caso, carattere derogatorio rispetto ai principi generali che governano l'affidamento dei contratti pubblici, poiché la proroga tecnica sottrae, in via eccezionale, al confronto concorrenziale la parte di contratto che viene proseguita attraverso il mero differimento del termine di scadenza del rapporto obbligatorio. Secondo il costante orientamento

della Giurisprudenza amministrativa, pertanto, la "proroga tecnica" – finalizzata ad assicurare che, nelle strette more dello svolgimento della gara per il nuovo contratto, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità – rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi

concorrenziali (sul punto vengono richiamati, ex multis, Consiglio di Stato, 3 aprile 2017, n. 1521 e Id., 17 gennaio 2018, n. 274).

L'opzione di proroga tecnica del contratto è attivabile soltanto se prevista nel bando



La stazione appaltante ha il dovere di indire con il necessario anticipo la nuova gara per i contratti in scadenza



4. Aggregare i fabbisogni ed indire gare suddivise in più lotti

L'indizione di una procedura di gara suddivisa in lotti – disciplinata dal codice all'art. 51 – consente di accorpate alcune fasi del procedimento di gara, quali, ad esempio:

- per le stazioni appaltanti, la predisposizione di un unico capitolato da porre a base di gara;
- per i concorrenti, la presentazione di un'unica istanza di partecipazione alla gara e di un solo documento unico di gara europeo.

È sempre importante ricordare che all'interno della documentazione posta a base di gara la stazione appaltante dovrà indicare espressamente se i concorrenti possano presentare offerta per uno o per più lotti.

Resta fermo, inoltre, che – ai sensi del nuovo testo dell'art. 35, comma 9 del codice, così come modificato dall'art. 1, comma 20, lettera g), della legge n. 55 del 2019 – ai fini della determinazione del superamento o meno della soglia di rilievo europeo le stazioni appaltanti dovranno sempre tenere in considerazione il valore complessivo di tutti i lotti, ancorché non aggiudicati contemporaneamente.

5. Prevedere l'affidamento di contratti "a misura"

È sempre importante che le stazioni appaltanti abbiano cura di definire, con chiarezza, il preciso quadro economico del contratto, e ciò prima ed anche dopo l'esperimento della gara.

Ciò premesso, in un'ottica di semplificazione delle gare, si può ricordare che, all'art. 59, il codice dei contratti prevede che, per quanto concerne la misura del corrispettivo da erogare all'aggiudicatario della procedura, i contratti d'appalto possono essere affidati "a corpo" oppure "a misura": quando viene affidato a corpo si tratta, in sintesi estrema, di un appalto nel quale la stazione appaltante conosce ed indica con precisione, fin dall'indizione della gara, la quantità delle prestazioni da acquisire dall'appaltatore e conosce con precisione, all'esito della gara, il correlativo importo che dovrà versare all'aggiudicatario, in esito al confronto concorrenziale tra i vari concorrenti.

Nei contratti da realizzare a misura, al contrario, la stazione appaltante non è in grado di prevedere con precisione, prima dell'esecuzione contrattuale, l'entità precisa delle prestazioni da commissionare, ma, in esito all'esperimento della gara, può conoscere i prezzi unitari offerti dall'aggiudicatario della procedura per ciascuna delle predette prestazioni.

La quantità delle prestazioni che verranno pertanto eseguite nel corso dell'esecuzione del contratto potrà variare a seconda delle esigenze manifestate dalla PA.

Analogamente a quanto avviene per i contratti affidati mediante ricorso all'accordo quadro, anche per i contratti da realizzare a misura è assolutamente importante, soprattutto per le forniture ed i servizi, determinare *ab origine* l'importo massimo di spesa, come definito all'interno del già citato quadro economico che deve essere indicato con chiarezza all'interno della documentazione posta a base di gara.

Sarà importante, a tali fini, disciplinare con precisione anche le modalità per l'avvio delle singole, specifiche prestazioni contrattuali, con precisazione anche degli organi dell'Amministrazione deputati all'invio degli ordinativi contrattuali, anche al fine del monitoraggio e del controllo della spesa.

Sempre per i contratti da aggiudicare a misura sarà essenziale stabilire con nitore l'entità dei prezzi unitari posti a base di gara, in relazione ai quali ciascun concorrente potrà presentare, in gara, la propria migliore offerta, con precisazione che:

- in caso di previsione di un ribasso unico, i prezzi contrattuali saranno quelli derivanti dall'applicazione (alla lista dei prezzi unitari posti a base di gara) del ribasso unico presentato dall'aggiudicatario;
- in caso di previsione di ribassi ponderati, i prezzi contrattuali unitari saranno quelli indicati dall'aggiudicatario (comunque inferiori alla rispettiva base di gara) e la ponderazione sarà finalizzata esclusivamente ad individuare il prezzo complessivamente più basso ai fini dell'aggiudicazione della gara, mentre il prezzo contrattuale sarà quello dettagliatamente indicato dall'aggiudicatario.

6. Fare ricorso al sistema di comunicazioni previsto all'interno del MEPA

Ai sensi delle Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione pubblicate da CONSIP all'interno del "Portale degli acquisti in rete della Pa", per l'utilizzo del MEPA e per tutte le attività e le operazioni in esso compiute, ciascuna impresa abilitata ha eletto il proprio domicilio all'interno di tale sistema ovvero nell'area comunicazioni – area telematica ad accesso riservato dedicata a ciascuna impresa abilitata, utilizzata per ricevere le comunicazioni nell'ambito del MEPA – nonché nelle altre sezioni del sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti. L'accesso e la partecipazione al Sistema di e-Procurement comportano l'integrale accettazione di tutti i termini, le condizioni di utilizzo e le avvertenze contenute nelle predette Regole di e-procurement, negli altri documenti degli strumenti di acquisto/negoziazione e, in generale, di tutto quanto portato a conoscenza degli utenti del sistema tramite la pubblicazione nel sito e/o l'invio o comunque la messa a disposizione di apposite comunicazioni (art. 17, comma 2).

Più in particolare, ai sensi dell'art. 22 delle citate Regole, per l'utilizzo del sistema e per tutte le attività e le operazioni ivi compiute, ciascun operatore economico elegge il proprio domicilio nel MEPA, nonché presso gli altri recapiti ivi dichiarati, compresi l'indirizzo di posta elettronica certificata e la sede legale. Ne consegue che tutte le comunicazioni effettuate dalla PA e dalle imprese (quali, a titolo esemplificativo, eventuali richieste di chiarimenti, documenti o attestazioni) dovranno, di regola, essere effettuate utilizzando il predetto sistema. Resta fermo, naturalmente, che laddove la stazione appaltante lo ritenga opportuno o necessario (come, ad esempio, nel caso delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 6 del codice dei contratti), le predette comunicazioni potranno essere inviate all'impresa presso gli ulteriori recapiti da questo dichiarati, quali l'indirizzo di posta elettronica certificata. Dal proprio canto, ciascuna impresa si impegna ad accedere, a verificare ed a tenere sotto controllo – in maniera continuativa e sollecita, e comunque tutte le volte che si renderà necessario in funzione della propria partecipazione

Le imprese abilitate eleggono il proprio domicilio nel MEPA

al MEPA – l'area comunicazioni e tutte le sezioni informative del proprio account nonché la propria casella di posta elettronica certificata.

7. Fare ricorso alle modalità di stipula semplificate previste da CONSIP

Sempre per quanto concerne le gare da indire nel MEPA, i rapporti tra l'Amministrazione e l'aggiudicatario saranno regolati mediante la stipula di un apposito contratto, secondo quanto previsto all'art. 53 delle Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione, in coerenza con quanto previsto nel capitolato e nell'offerta tecnica ed economica presentata dall'aggiudicatario della gara.

Le sopra citate Regole del sistema di e-procurement evidenziano, sul punto, che, vista la peculiarità del MEPA quale strumento interamente telematico, il "Documento di Stipula" assume la forma di documento informatico sottoscritto con firma digitale dal

soggetto aggiudicatario. Ferma restando, pertanto, la necessità per l'Amministrazione di provvedere all'invio telematico del predetto documento all'aggiudicatario della gara, non sarà invece necessario riacquisire tale documento sottoscritto anche da parte del fornitore. Il contratto verrà infatti concluso nel momento in cui la PA invierà telematicamente – attraverso il MEPA – la propria accettazione:

- alla proposta che era stata presentata dall'impresa rispondendo alla trattativa diretta o alla richiesta d'offerta;
- mediante la trasmissione di un "ordine diretto" volto all'acquisizione dei beni e dei servizi pubblicati dall'impresa all'interno del proprio "catalogo" telematico.

Resta fermo, naturalmente, che l'aggiudicazione diventerà efficace soltanto dopo la verifica del possesso dei requisiti, ai sensi del comma 7 dell'art. 32 del codice dei contratti. Sul punto, peraltro, è stato anche affermato – Consiglio di Stato, con sentenza 11 giugno 2019, n. 3911 – che la verifica di cui all'art. 32, comma 7 condizionerebbe esclusivamente la stipula del contratto di appalto

ma non sarebbe idonea a determinare una questione di legittimità dell'aggiudicazione (in senso conforme vengono citati Consiglio di Stato, 17 ottobre 2016, n. 4272 e Consiglio di Stato 25 febbraio 2016, n. 773), tant'è che il successivo comma 8 prevede che la stipulazione del contratto abbia luogo, di regola, entro sessanta giorni decorrenti dalla efficacia dell'aggiudicazione "fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti".

8. Attivare, con cautela, l'avvio del contratto sotto riserva di legge

Si è appena sopra accennato che la positiva effettuazione dei controlli sull'aggiudicatario della gara costituisce, ai sensi dell'art. 32, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016, la condizione per procedere alla stipula del contratto. Va tuttavia rammentato che, anche prima dell'effettuazione dei controlli, lo stesso art. 32, al comma 8, prevede la possibilità di procedere alla consegna delle attività contrattuali sotto riserva di legge in caso di urgenza, ferma restando la necessità di attestare – e, se del caso, di poter dimostrare in sede di eventuali controlli – l'effettiva esistenza di una delle ipotesi di grave danno specificamente previsti dalla medesima norma.

Il Tar Puglia, sede di Lecce, con la pronuncia 24 ottobre 2018, n. 1534 ha infatti affermato, in una fattispecie di avvio sotto riserva di legge, l'illegittimità dell'esecuzione del contratto disposta in via d'urgenza, sottolineando che l'aggiudicazione è infatti l'atto conclusivo della procedura di gara e non è previsto, dalla vigente normativa, alcun successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva: tra le innovazioni recate dal d.lgs. 50/2016, emerge, in particolare, la sostituzione del binomio, tipico del previgente d.lgs. n. 163/2006, costituito da "aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva", con il nuovo riferimento a "proposta di aggiudicazione e aggiudicazione".

Il mutamento lessicale sottende una presa di posizione netta da parte del legislatore: il primo atto di individuazione del vincitore è, infatti, una mera "proposta" e non ha autonoma lesività

(art. 120, comma 2-bis del codice del processo amministrativo); la conferma successiva, adottata in seguito all'approvazione, anche tacita, di cui all'art. 33, comma 1 d.lgs. 50/2016, è costituita dall'aggiudicazione tout court denominata.

Tuttavia, affinché tale provvedimento conclusivo possa acquistare efficacia, è necessario che, ai sensi del già citato art. 32 comma 7 del nuovo codice, la stazione appaltante dia corso alla verifica della sussistenza dei requisiti in capo all'impresa aggiudicataria: soltanto dopo il completamento di tale verifica, infatti, il provvedimento diviene produttivo di effetti e, a far data da tale momento, ai sensi dell'art. 32 comma 8, decorre il termine di 60 giorni per stipulare il contratto e dare avvio all'esecuzione dell'appalto.

Prima di tale momento, il relativo servizio potrà essere fisiologicamente svolto ancora dal precedente soggetto aggiudicatario, ove sussistente (ferme restando le considerazioni appena sopra tracciate in tema di proroga tecnica).

L'attivazione, in via anticipata, degli effetti del contratto, integrando una deviazione rispetto al sopra descritto percorso procedurale "paradigmatico" ed ordinario, presuppone pertanto la verifica circa la sussistenza di requisiti rigorosi e tassativi: in particolare, è necessario che si sia in presenza, come precisato all'art. 32, comma 8 già citato, di pericolo per l'igiene e l'incolumità pubblica, e che tale pericolo sia derivante da fattori non prevedibili dalla stazione appaltante.

Nel caso di specie sottoposto alla cognizione del Tar Puglia, al contrario, non si prospettavano situazioni

urgenti che imponevano l'eccezionale attivazione preventiva del servizio, con la conseguenza che tale affidamento in via d'urgenza è stato dichiarato illegittimo.

Peraltro, nel caso di specie la proroga tecnica disposta in favore del gestore uscente protraeva i propri effetti fino alla conclusione della nuova procedura di scelta del nuovo soggetto affidatario: è infatti pur vero che l'aggiudicazione conclude la procedura di scelta del contraente della p.a., ma tale chiusura si produce soltanto mediante un'aggiudicazione efficace e produttiva di effetti, a seguito della quale inizia a decorrere il termine per

La stazione appaltante può utilizzare le dichiarazioni rese dalle imprese ai fini dell'accesso nel MEPA



la stipula del contratto ai sensi dell'art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016.

Da ciò consegue che l'aggiudicazione – il cui soggetto beneficiario non sia stato ancora sottoposto, con esito positivo, alla verifica di tutti i requisiti necessari – non può essere considerata produttiva di effetti in assenza di una situazione di urgenza idonea a ingenerare un pericolo per la pubblica igiene, incolumità o salute.

Peraltro – prosegue il Tar Puglia – l'attivazione in via anticipata del servizio richiede anche un ulteriore requisito, costituito dall'oggettiva imprevedibilità, per la stazione appaltante, degli eventi che abbiano determinato l'urgenza: il richiamo all'oggettività impone, infatti, che tali eventi siano estranei alla P.A. e che si tratti di eventi non determinati dalla stessa Amministrazione committente.

9. Utilizzare le dichiarazioni acquisibili all'interno del MEPA

Come si ricorderà, l'art. 1, comma 17 della legge n. 55 del 2019 ha modificato il testo dell'art. 36 che, al comma 6-bis, oggi dispone che ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici, il soggetto responsabile dell'ammissione (ad es. CONSIP spa, per quanto concerne il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione) verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici.

Tale verifica verrà effettuata, in futuro, attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81 del codice. I soggetti responsabili dell'ammissione (ad es. CONSIP) potranno così consentire l'accesso ai propri sistemi agli operatori economici per la consultazione dei dati, certificati e informazioni disponibili mediante la Banca dati, ai fini della predisposizione della domanda di ammissione e di permanenza nei mercati elettronici.

È importante ricordare, tuttavia, che è già oggi possibile, per le stazioni appaltanti, accedere direttamente alle dichiarazioni sostitutive rese da parte delle imprese a fini dell'abilitazione e della permanenza all'interno del sopra richiamato MEPA: in particolare, le Regole del sistema e-procurement pubblicate da CONSIP dispongono, all'art. 46

(relativo alle Procedure di acquisto di Prodotti ed ai Servizi nel Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione), che ogni stazione appaltante rimane l'unico ed esclusivo responsabile della verifica dei requisiti e dei presupposti previsti dal codice dei contratti pubblici in capo ai fornitori per la partecipazione alle procedure di acquisto del MEPA, nonché dell'acquisizione della relativa documentazione, così come dei controlli e delle verifiche nei confronti del fornitore aggiudicatario previste dalla normativa vigente: la stazione appaltante potrà quindi utilizzare, sotto la propria esclusiva responsabilità, le informazioni e i documenti relativi al fornitore eventualmente disponibili nel sistema degli "Acquisti in rete della PA".

Le dichiarazioni rese dagli operatori economici per l'accesso e per la permanenza all'interno del MEPA di CONSIP sono disponibili in relazione a ciascuna procedura e, in particolare:

- per gli ordini diretti di acquisto, le dichiarazioni sono visionabili subito dopo la creazione dell'ordine da parte del punto istruttore individuato dalla stazione appaltante;
- per le trattative dirette, le dichiarazioni sono visionabili dopo l'invio della trattativa all'impresa, sempre ad opera del punto istruttore;
- per le richieste di offerta "aperte", le dichiarazioni sono visionabili in relazione alle sole imprese che hanno deciso di concorrere alla gara e di rispondere alla RDO.

Ciascuna stazione appaltante potrà pertanto utilizzare le dichiarazioni sostitutive rese dalle imprese ai fini dell'accesso e della permanenza all'interno del mercato elettronico di CONSIP, pur dovendo poi effettuare le verifiche sul soggetto aggiudicatario, quantomeno nelle more dell'attivazione del sistema di controlli a campione attivati dalla medesima CONSIP anche ai fini dell'aggiudicazione delle gare.

In ogni caso, anche in futuro, ogni amministrazione dovrà sempre avere cura di integrare le dichiarazioni acquisite all'intero del portale MEPA mediante l'acquisizione anche delle dichiarazioni relative al rispetto dei requisiti speciali e delle condizioni particolari e peculiari di ciascun Ente, come, ad es.,

l'impegno a rispettare ed a far osservare dai propri dipendenti il codice di comportamento adottato da ciascuna amministrazione aggiudicatrice.

10. Attivare procedure negoziate con la preventiva pubblicazione di un avviso

All'interno delle linee guida n. 4 l'Autorità Anticorruzione aveva già da tempo evidenziato che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie "o comunque aperte al mercato", ovvero sia tramite procedure nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal codice dei contratti pubblici – oppure dalla medesima PA, in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi – non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

In tale prospettiva, per le gare da aggiudicare mediante il MEPA, è pertanto sempre utile prevedere che il contratto sarà affidato mediante Richiesta di offerta "aperta" attivata all'interno del Mercato elettronico della pubblica amministrazione messo a disposizione da CONSIP spa, ai sensi dell'art. 1, comma 450 della legge n. 296/2006.

In senso conforme, peraltro, anche il Tar Calabria, Catanzaro, 20 luglio 2019, n. 1457, ha recentemente sottolineato che il principio di rotazione non è invocabile quando nell'avviso pubblicato la stazione appaltante non abbia operato alcuna limitazione delle ditte da invitare: nel caso di specie, l'avviso oggetto di ricorso prevedeva, in ordine alla "fase successiva alle candidature", che nel caso di presentazione di un numero di manifestazioni di interesse superiori a cinque, la stazione appaltante avrebbe invitato a presentare offerta tutte le imprese che avessero presentato regolare candidatura, e quindi non aveva posto alcuna limitazione in relazione al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

È utile prevedere che il contratto sia affidato mediante Richiesta di offerta "aperta" nel MEPA



È essenziale chiarire bene i criteri motivazionali per la scelta della migliore offerta tecnica



11. Chiarire sempre bene i parametri di valutazione dell'offerta tecnica

Nei casi in cui il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nel disciplinare di gara viene prevista una gradazione dei diversi giudizi formulabili da parte della commissione giudicatrice, occorre sempre specificare chiaramente, all'interno della documentazione di gara, cosa esattamente si intende per ciascuna voce di giudizio: ad es. una valutazione di "ottimo" potrebbe essere attribuita nel caso in cui vi sia "assoluta rispondenza delle proposte alle esigenze dell'Amministrazione aggiudicatrice; concreta fattibilità delle proposte e soluzioni prospettate; massima chiarezza nell'esposizione degli impegni assunti; massima concretezza e innovazione di soluzioni; notevole grado di personalizzazione del servizio"; una valutazione di buono potrebbe essere attribuita nel caso in cui vi sia "buona rispondenza delle proposte alle esigenze dell'Amministrazione aggiudicatrice; fattibilità delle proposte e soluzioni prospettate; chiarezza nell'esposizione degli impegni assunti; concretezza delle soluzioni; buon grado di personalizzazione del servizio", e così via.

Appare dunque essenziale chiarire sempre bene i criteri motivazionali che guidano la scelta della migliore offerta tecnica, scongiurando il rischio di eventuali scelte arbitrarie da parte della commissione giudicatrice: occorrerà quindi indicare con chiarezza quali sono gli elementi che consentiranno a ciascun concorrente di ottenere il massimo del punteggio conseguibile per la parte dedicata alla qualità della proposta tecnica.

È insomma necessario specificare sempre con cura, all'interno del bando, che cosa si intenda premiare nelle offerte, specificando con attenzione quali sono gli elementi – oggettivi e misurabili – che verranno esaminati al fine di conseguire il miglior punteggio.

Per quanto concerne poi la veridicità delle affermazioni contenute all'interno dell'offerta tecnica presentata dai vari concorrenti, secondo Consiglio di Stato,

8 maggio 2018, n. 2747, è legittima l'esclusione dalla gara dell'offerta tecnica risultata contenente dati non veritieri: ciò in quanto l'art. 80, comma 5, lett. c) del codice include, proprio nell'ambito delle dichiarazioni false da considerare come rilevanti ai fini dell'integrazione della causa di esclusione, anche quelle relative alle caratteristiche dell'offerta ove idonee a influire sul processo decisionale dell'amministrazione, in ordine all'attribuzione del punteggio o, più in generale, all'individuazione dell'aggiudicatario; secondo il Consiglio di Stato, la *ratio* della norma si sostanzia nell'evitare alla stazione appaltante di trattare con operatori economici che non diano sufficienti garanzie in ordine alla propria affidabilità morale e professionale, affidabilità che può risultare pregiudicata anche da comportamenti consistenti nel rappresentare qualità dell'offerta tecnica non veritiere e che abbiano avuto l'effetto di alterare gli esiti della gara.

12. Prevedere una soglia di sbarramento per la qualità dell'offerta tecnica

È possibile prevedere, all'interno della documentazione di gara, che le offerte tecniche debbano raggiungere un livello qualitativo minimo, individuato quale "soglia di sbarramento", il cui raggiungimento costituisca la condizione indispensabile ai fini dell'apertura dell'offerta economica.

In particolare, secondo Tar Puglia, Bari, 17 luglio 2019, n. 1038, l'individuazione della soglia di sbarramento in corrispondenza di un valore pari al 60% del valore massimo attribuibile all'offerta tecnica appare coerente con la *ratio* dell'art. 95, comma 8 del codice: nell'ambito del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, infatti, la previsione di una congrua soglia di sbarramento consente di garantire il migliore livello qualitativo delle offerte presentate, con il correlativo scarto di quelle offerte che, pur potendo apparire convenienti sotto il profilo economico, possano, però, essere a priori riconosciute come non conformi rispetto a determinati standard minimi già individuati, sul piano più generale, dalla *lex specialis*. Tutto ciò, al fine di evitare "a monte" il rischio di prestazioni inadeguate e di offerte, nel complesso, inaffidabili: ed infatti, nel rispetto dei

È congrua la soglia di sbarramento pari al 60% del punteggio massimo previsto per l'offerta tecnica



principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti hanno la libertà di determinare, in base alle necessità ed alla luce dell'interesse pubblico da perseguire, il livello di qualità tecnica che le offerte devono garantire, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto

e delle sue caratteristiche (sul punto viene richiamata anche Corte di Giustizia C-546/16 del 28 settembre 2018).

13. Prevedere clausole risolutive espresse

Nel corso dell'esecuzione del contratto può talora accadere che, di fronte alle ripetute inadempienze degli appaltatori, le stazioni appaltanti si trovino nella difficoltà di gestire la complessa procedura per la declaratoria della risoluzione del contratto "in contraddittorio".

In tale prospettiva – non infrequente, purtroppo – è quindi utile prevedere esplicitamente all'interno dei capitolati di gara che l'Amministrazione aggiudicatrice abbia il diritto di procedere alla risoluzione del contratto, nonché all'esecuzione d'ufficio a spese dell'aggiudicatario, valendosi della clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 del c.c. e dell'art. 108 del codice, specificandone dettagliatamente i casi e le ipotesi operative.

Potrebbe essere utile prevedere esplicitamente, ad es., l'automatica operatività delle clausole risolutive espresse al verificarsi di fattispecie quali:

- a) gravi e/o ripetute violazioni agli obblighi contrattuali non eliminate in seguito a diffida formale da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice;
- b) arbitrario abbandono o sospensione non dipendente da cause di forza maggiore, di tutto o parte delle prestazioni oggetto del contratto, da parte dell'aggiudicatario;
- c) cessazione o fallimento dell'aggiudicatario.

In tema di risoluzione contrattuale – ed in relazione alle specifiche fattispecie che possono essere previste, a tale proposito, all'interno dei vari capitolati posti a base di gara – secondo Tar Lazio, Roma, 25 marzo 2019, n. 3910, anche la risoluzione del contratto per violazione del "codice etico" dell'impresa può essere legittimamente considerata quale causa di esclusione dalle

successive procedure di gara: sebbene non si riferisca strettamente ad una difettosa esecuzione della prestazione, infatti, tale tipologia di risoluzione è comunque in grado di evidenziare una grave scorrettezza dell'operatore, tale da incidere sulla sua integrità e idoneità a divenire una seria controparte contrattuale per la pubblica amministrazione.

14. Acquisire l'assenso all'accesso agli atti della gara fin dalla partecipazione alla gara

In via generale, infine, il codice dispone che, ai sensi dell'art. 53, comma 5, lett. a), sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero le informazioni fornite a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali.

A volte accade che le stazioni appaltanti si trovino di fronte a richieste di accesso agli atti di gara presentate all'esito della procedura esperita e debbano così trovarsi a sciogliere il nodo dell'ostensibilità dei documenti in termini estremamente ristretti, in particolare dovendo assicurare, nel contempo:

- alle imprese richiedenti l'accesso, di poter presentare ricorso entro il termine di trenta giorni previsto dal codice del processo amministrativo;
- alle imprese contro-interessate all'accesso, di poter manifestare le proprie motivate obiezioni entro il termine massimo di dieci giorni previsto dall'art. 3 del D.P.R. n. 184/2006.

Ai fini del più veloce espletamento della procedura di gara e per una celere definizione degli interessi rilevanti, potrebbe quindi essere utile far indicare ai vari concorrenti, fin dalla partecipazione alla gara, di rilasciare l'autorizzazione affinché la stazione appaltante possa rilasciare copia della documentazione presentata oppure, per converso, di non autorizzare l'accesso alla propria offerta tecnica con l'indicazione, in questa ipotesi, delle

specifiche ed esplicite ragioni poste alla base dell'opposizione.

In tema è importante ricordare che secondo quanto chiarito dal Tar Lombardia, Milano, con sentenza 16 maggio 2019, n. 1121, le affermazioni volte a comprovare la sussistenza di "segreti tecnici o commerciali" non possono essere meramente apodittiche, generiche e non motivate, poiché l'esclusione dall'accesso "presuppone la puntuale dimostrazione che le informazioni richieste siano coperte dal segreto" (in senso conforme viene richiamato Tar Sardegna, 26 ottobre 2015, n. 1081). Analogamente, in caso di diniego su un'istanza di accesso, l'Amministrazione ha l'onere di rappresentare quali sono le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custodito negli atti di gara, facendo riferimento a precisi dati tecnici (così Tar Sicilia, Catania, 30 agosto 2016, n. 2192), con la conseguente illegittimità dei provvedimenti impugnati che si siano limitati a recepire acriticamente le affermazioni

della contro-interessata all'accesso, senza richiedere un'adeguata e specifica motivazione.

È importante ricordare, in ogni caso, che rimane comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi: ed infatti, l'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 riconosce in capo al concorrente, in via generale, il diritto di accesso "ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto".

Secondo Tar Lazio, Roma, 21 febbraio 2017 n. 2658 – alla stregua dell'orientamento espresso in altre analoghe pronunce rese dal medesimo Tribunale, come ad es. nelle ordinanze 26 ottobre 2016, n. 10596, e 29 aprile 2016, n. 2168 – viene infatti in rilievo un'ipotesi dell'accesso c.d. "difensivo" di cui all'art. 24, comma 7 della legge n. 241/90 (per il quale "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici"), essendo pertanto necessario verificare esclusivamente "l'inerenza del documento richiesto con l'interesse palesato dall'istante, ma non anche l'utilità del documento al fine del soddisfacimento della pretesa correlata".

L'esclusione dall'accesso impone la puntuale dimostrazione che le informazioni richieste siano coperte dal segreto



La legge regionale sarda sugli appalti supera parzialmente il vaglio della Consulta

di Alessandra Verde

IL
PUN
TO

Premessa

La Regione Sardegna ha finalmente una legge sugli appalti pienamente operativa. La Corte Costituzionale si è infatti recentemente pronunciata sul ricorso di legittimità costituzionale presentato in via principale dal Governo avverso la legge regionale 13 marzo 2018, n. 8 recante "Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", emanata dalla Regione in applicazione di quanto prevede l'art. 2 del D. Lgs. n. 50/2016, ovvero che le Regioni a Statuto speciale adeguino la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione.

Invero, il Governo non ha messo in discussione l'intero provvedimento legislativo, facendo salva gran parte dell'impianto dello stesso. Le disposizioni impugnate sono state infatti soltanto quattro: l'art. 34, riguardante la nomina e requisiti del responsabile di progetto e del responsabile per fasi; l'art. 37,

rubricato <<Commissione giudicatrice>>; l'art. 39, recante <<Linee guida e codice regionale di buone pratiche>> e l'art. 45, rubricato <<Qualificazione delle stazioni appaltanti>>.

I parametri costituzionali che il Governo ha asserito essere stati violati sono le lettere e) e l) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, ovvero le materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, riservate alla competenza esclusiva dello Stato.

Dalla lettura della sentenza, la n. 166 depositata il 9 luglio scorso, emerge come anche la Corte Costituzionale abbia in sostanza voluto salvaguardare l'impianto della legge nel suo complesso¹. Sono stati infatti dichiarati incostituzionali gli artt. 37, 39 e 45 mentre è stata dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità sollevata in merito all'art. 34 sul RUP che è, a guardar

bene, una delle norme più rilevanti e innovative del provvedimento.

La legge regionale sarda sugli appalti, la n. 8 del 2018, ha superato il vaglio di costituzionalità della Consulta vedendo salvaguardato buona parte del proprio impianto. Le norme dettate in materia di programmazione, progettazione, sostenibilità ambientale e sociale e centralizzazione degli appalti da affidare ed eseguire nel territorio regionale non sono state intaccate dal giudizio della Consulta.

1. Già in vigore del vecchio Codice degli appalti pubblici, la Regione Sardegna aveva emanato una legge regionale in materia, la n. 5 del 2007, che aveva avuto tuttavia una sorte infelice, essendo stata la stessa dichiarata incostituzionale per gran parte del suo articolato, ritenuto dalla Consulta invasivo della competenza esclusiva dello Stato, per quanto attiene alle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile.

1. Il contenuto delle disposizioni impugnate dal Governo

La norma sul responsabile di progetto, ovvero l'art. 34, è particolarmente innovativa rispetto al Codice nazionale in quanto prevede che ciascuna amministrazione tra quelle rientranti nell'ambito di applicazione della legge regionale *de qua*², per ogni singolo intervento, debba nominare un responsabile unico del procedimento per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto pubblico, denominato "responsabile di progetto".

Le stazioni appaltanti possono tuttavia nominare sia un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione, esperto tecnico, che un responsabile del procedimento per la fase di affidamento che predisponga la documentazione di gara e curi le relative procedure, esperto in materie giuridico-amministrative.

Il responsabile di progetto conserva tuttavia un ruolo di coordinamento e assume, in tal caso, funzioni di supervisione e controllo sui responsabili delle due suddette fasi.

La legge regionale si preoccupa poi di dettagliare le competenze professionali che il responsabile di progetto deve possedere, sia per quanto riguarda gli appalti di lavori e i servizi di ingegneria e architettura che per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture.

Si tratta di competenze simili a quelle richieste dalle Linee guida ANAC n. 3, ovvero titolo di studio specifico (in caso di appalti di lavori o servizi di ingegneria e architettura diploma tecnico o, per gli appalti di maggior valore, laurea triennale

o quinquennale in discipline tecniche), nonché esperienza professionale o anzianità di servizio crescente al crescere del valore dell'appalto per il quale tale figura deve essere nominata.

La legge regionale inoltre precisa che, in caso di accertata carenza in organico di figure adatte al ruolo di responsabile di progetto, è possibile ricorrere all'esercizio associato delle funzioni o all'avvalimento.

L'incarico di responsabile del procedimento per fasi di svolgimento del processo attuativo del contratto pubblico invece è conferito ad un dipendente, di ruolo o in servizio, in possesso di titolo di studio e requisiti di professionalità adeguati, in relazione ai compiti per cui è nominato, tenuto conto delle competenze ed esperienze maturate nel settore cui si riferisce l'intervento.

Il responsabile del procedimento per la fase di affidamento è un dipendente con formazione in materie giuridico-amministrative, economiche o equipollenti ed elevata competenza nel settore della contrattualistica pubblica.

Il comma 18 dell'art. 34 prevede altresì che la Regione adotti linee guida in materia di qualificazione del responsabile di progetto, anche attraverso l'istituzione di un albo dei responsabili di progetto qualificati e l'indicazione dei livelli di formazione richiesti in relazione al valore e all'importanza del contratto pubblico e delle relative modalità di aggiornamento dello stesso, al fine di garantire forme di accreditamento per la gestione del progetto di sviluppo e realizzazione dei contratti pubblici.

La seconda disposizione impugnata è stata l'art. 37, rubricato <<Commissione giudicatrice>>, che prevedeva l'istituzione da parte della Regione



2. Si tratta dell'Amministrazione regionale, del Corpo forestale e di vigilanza ambientale, degli enti, agenzie, aziende e istituti regionali, costituenti il sistema Regione ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis L.R. n. 31/1998; degli enti locali, loro associazioni e unioni; delle aziende sanitarie della Sardegna; degli organismi di diritto pubblico la cui attività è finanziata o sottoposta al controllo degli enti del sistema Regione; degli enti aggiudicatori del territorio regionale, ad esclusione degli enti aggiudicatori dello Stato e degli enti pubblici statali; delle società con capitale pubblico partecipate delle amministrazioni del sistema Regione, in misura anche non prevalente, che hanno ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; dei concessionari di lavori e servizi pubblici delle amministrazioni del sistema Regione; dei soggetti privati sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento dalle amministrazioni del sistema Regione, relativamente ai lavori o servizi di cui all'art. 1, comma 2, lett. a) e b) del Codice dei contratti pubblici, nella misura in esso stabilita (Cfr. art. 3 L.R. n. 8/2018).

Sardegna dell'Albo telematico dei commissari di gara, suddiviso per categorie di specializzazione, a cui le stazioni appaltanti assoggettate alla legge avrebbero dovuto avere accesso libero e diretto.

La norma prevedeva che le stazioni appaltanti dovessero selezionare in esso, nel rispetto dei principi di rotazione, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, con modalità informatica, una lista di almeno dieci candidati idonei, da cui estrarre con sorteggio i commissari in possesso di comprovata professionalità ed esperienza, maturate nello specifico settore di interesse.

Per i contratti sotto soglia, invece, la stazione appaltante avrebbe potuto nominare commissari interni esperti nel settore del contratto, nel rispetto del principio di rotazione. Un apposito decreto presidenziale avrebbe dovuto regolamentare i criteri e le modalità per la gestione ed aggiornamento dell'Albo telematico.

Detta norma è stata ora dichiarata incostituzionale in tutte le parti che facevano riferimento all'Albo. Non sono stati travolti dalla pronuncia di incostituzionalità i soli commi che afferiscono alla composizione, alle funzioni e al funzionamento della Commissione in quanto tale, in quanto non lesivi di alcun parametro costituzionale.

Con l'art. 39, invece, la legge regionale n. 8 conferiva alla Regione il potere di adottare atti regolativi sulla falsariga del potere di *soft law* che il Codice nazionale attribuisce all'ANAC.

La Giunta regionale avrebbe infatti dovuto adottare linee guida, documentazione standard, capitolati speciali e schemi di contratto, predisposti dalla Centrale regionale di committenza, d'intesa con l'Osservatorio regionale dei contratti pubblici in coerenza con le linee guida e con i bandi tipo dell'ANAC.

Le linee guida avrebbero dovuto fornire indicazioni sui parametri utili alla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e della congruità delle offerte anomale, sul rispetto degli obblighi vigenti in materia di acquisti verdi, per favorire la riduzione della produzione di rifiuti ed incentivare l'utilizzo dei materiali a ridotto impatto ambientale, per valorizzare i parametri di responsabilità sociale, ambientale e fiscale delle imprese.

Oltre alle Linee guida, la Regione avrebbe dovuto altresì approvare un codice regionale di buone pratiche, mirante a facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici, in particolare favorendo, tra l'altro, la suddivisione degli appalti in lotti, la fissazione di requisiti di qualificazione congrui e proporzionati e il rispetto di criteri ambientali e sociali minimi. Tale disposizione è stata spazzata via per intero dalla sentenza della Consulta.

Infine, l'art. 45 prevedeva un sistema regionale di qualificazione delle stazioni appaltanti, con approvazione da parte della Giunta di un atto che definisse i requisiti necessari a tal fine, sulla base dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale, nel rispetto dei principi

previsti dalla normativa statale. Anche tale articolo è stato dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 166.

La Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di alcune norme della legge regionale sarda gli appalti: si tratta delle disposizioni concernenti il responsabile di progetto, l'Albo regionale dei commissari di gara, la qualificazione delle stazioni appaltanti e la possibilità per la Regione di adottare atti di regolazione flessibile quali linee guida e similari.



2. I parametri costituzionali violati e le riflessioni della Corte costituzionale

Preliminarmente, appare utile riassumere quali siano le norme costituzionali in base alle quali la Regione Sardegna ha esercitato la potestà legislativa disciplinando in materia degli appalti pubblici di interesse regionale e, di converso, quali le norme che il Governo ha assunto come violate.

Secondo la Regione, la legge regionale n. 8 è stata emanata nell'esercizio della potestà legislativa di tipo primario, ai sensi dell'art. 3, lettere a) ed e) dello Statuto speciale di autonomia (organizzazione amministrativa e di lavori pubblici di esclusivo interesse regionale) e residuale ai sensi dell'art. 117, quarto comma della Costituzione.

Secondo la difesa regionale, la disciplina del responsabile unico del procedimento, definito nella L.R. n. 8, responsabile di progetto, attiene in particolare alla materia dell'organizzazione amministrativa.

Diversamente, secondo il Presidente del Consiglio dei Ministri le disposizioni impugnate afferirebbero invece alla materia della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, entrambe ascrivibili alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma della Costituzione.

Più precisamente, secondo il Governo, le disposizioni impugnate invaderebbero la potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile quali parametri interposti delle norme del Codice dei contratti pubblici che la legge regionale mirerebbe a derogare (l'art. 31 in materia di responsabile unico del procedimento, l'art. 78 in materia di Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, l'art. 38 in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti e l'art. 213 in tema di poteri di regolazione dell'ANAC).

Dette disposizioni fungerebbero da norme fondamentali delle riforme economico-sociali ovvero da norme di attuazione degli obblighi internazionali dello Stato nei confronti dell'Unione europea, cui, in ogni caso, la potestà legislativa regionale deve soggiacere, anche nelle materie di competenza statutaria, ai sensi dell'art. 3 dello Statuto speciale sardo.

La Corte costituzionale, infatti, prima di esaminare il merito delle questioni, ha ritenuto opportuno riepilogare gli approdi cui la stessa è giunta sul riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni a statuto speciale in ordine alla disciplina, dettata dal Codice dei contratti pubblici, della scelta del contraente nelle procedure ad evidenza pubblica e del perfezionamento del vincolo negoziale e della sua esecuzione.

Tali considerazioni, pur se espresse nella maggior parte dei casi in vigenza del vecchio Codice, sono, per espressa conferma della Consulta, tuttora valide.

<<È pacifico infatti – si legge nella sentenza n. 166 - che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara **sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza**; esse inoltre vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea (...). Le disposizioni dello stesso Codice che regolano gli aspetti privatistici della conclusione ed esecuzione del contratto sono riconducibili all'ordinamento civile (...); esse, poi, recano principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica (...) e norme fondamentali di riforma economico-sociale (...)>>.

Secondo il Governo le disposizioni impugnate della L.R. n. 8 hanno invaso la sfera di competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e ordinamento civile; di converso, la difesa regionale ha sostenuto la riconducibilità delle stesse alle materie dell'organizzazione amministrativa e dei lavori pubblici di esclusivo interesse regionale, rientranti nella potestà legislativa primaria regionale.



La Corte, poi, prosegue ripercorrendo l'iter logico che occorre seguire per comprendere se vi sia stata un'invasione di competenza della Regione a statuto speciale nell'ambito della potestà legislativa statale.

La Consulta afferma infatti che <<la Regione resistente ha invocato alternativamente la propria competenza statutaria dell'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi e quella residuale

dell'organizzazione amministrativa ex art. 117, quarto comma, Cost..

Quanto alla seconda, è palese che una Regione, nell'esercizio della propria competenza residuale, **non può derogare a tassative e ineludibili disposizioni riconducibili a competenze esclusive statali.**

Quanto alla prima, invece, non è da escludere in linea di principio che gli statuti possano incidere su quest'ultime riservandole, in parte, alle autonomie speciali, ma ciò evidentemente **richiede una puntuale allegazione dell'esistenza e della portata delle norme statutarie**, in difetto della quale anche per esse non potrà non trovare applicazione la disciplina statale (...).

Al contrario, **in presenza di tali competenze statutarie occorrerà verificare se esse incontrino o meno i limiti propri della legislazione in questione: i principi dell'ordinamento giuridico, gli obblighi internazionali, gli interessi nazionali e le norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica**>>.

I passaggi logici da compiere sono pertanto tre: a) verificare nell'esercizio di quale tipo di competenza legislativa regionale si assume che la Regione abbia agito; b) se si tratta di potestà legislativa residuale verificare che la stessa non intacchi in alcun modo materie riconducibili alla competenza esclusiva statale; c) se si tratta di potestà legislativa primaria in base a norme statutarie, questa può essere esercitata per disciplinare le relative materie in deroga alla normativa statale; tuttavia, tale deroga incontra i limiti dettati dai principi dell'ordinamento giuridico, gli obblighi internazionali, gli interessi nazionali e le norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica secondo quanto previsto dall'art. 3 dello Statuto sardo.

3. Le conclusioni della Consulta

Con riferimento all'art. 34, che disciplina la nomina e i requisiti del responsabile di progetto, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha sostenuto che l'unicità del responsabile del procedimento – principio fondamentale dettato dal Codice dei contratti <<a tutela di unitarie esigenze di trasparenza e

funzionalità della procedura di gara, preordinata alla corretta formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, e di accentramento del regime della responsabilità dei funzionari>> - verrebbe meno allorché la legge regionale impugnata conferisca facoltà alle amministrazioni aggiudicatrici di nominare un responsabile per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un altro responsabile per la fase di affidamento.

La Corte ha dichiarato **infondata** la questione richiamando una propria precedente pronuncia su una simile disposizione di una legge regionale umbra.

Le amministrazioni aggiudicatrici – a parere della Consulta - **nell'ambito dell'unitario procedimento di attuazione dell'intervento**, possono individuare sub-procedimenti **senza che ciò incida sulla unicità del centro di responsabilità**. Sotto questo aspetto, la disciplina delle modalità organizzative dell'attività del responsabile unico del procedimento rientra, secondo la Corte, nella materia della organizzazione amministrativa, riservata alle Regioni ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost..

Allo stesso modo, il comma 3 dell'art. 34 oggetto di impugnazione, garantisce l'unicità del centro di responsabilità procedimentale mediante la figura del "responsabile di progetto", **il quale <<coordina l'azione dei responsabili per fasi, se nominati ai sensi del comma 2, anche con funzione di supervisione e controllo>>.**

Per quanto attiene invece alla seconda questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 37, comma 1, nella parte in cui prevede che, <<ai fini della nomina dei componenti della commissione di gara, la Regione istituisce [...] l'Albo telematico dei commissari di gara, suddiviso per categorie di specializzazione, a cui le stazioni appaltanti hanno accesso libero e diretto>>, e gestito <<secondo criteri e modalità individuati con apposito decreto del Presidente della Regione (...)>>, il Governo ha rilevato un insanabile contrasto tra detta norma e quella contenuta nell'art. 78 del nuovo codice dei contratti pubblici, che istituisce presso l'ANAC l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e conferisce all'Autorità la competenza di definire, con apposite

linee guida, i criteri e le modalità di iscrizione, nonché le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici.

La Corte ha ritenuto **fondata** la questione di costituzionalità in esame. Secondo la Consulta, infatti, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha operato la scelta <<drastica>> di sottrarre la nomina dei commissari di gara alle stazioni appaltanti e ha conferito tale compito in via esclusiva e centralizzata all'ANAC, che dovrà curare la tenuta dell'Albo, il suo aggiornamento, nonché garantire il rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e imparzialità, in ciò superando anche l'iniziale proposta di costituire un'articolazione regionale dell'Albo nazionale.

Tale articolazione territoriale avrebbe infatti probabilmente vanificato gli sforzi volti a garantire i suddetti principi in quanto vi sarebbe stata la pressoché sistematica nomina, quali commissari, di soggetti radicati nella medesima area geografica interessata dall'appalto.

La Corte prosegue rammentando il proprio precedente orientamento, espresso in vigenza del vecchio D. Lgs. n. 163, volto a considerare la tematica delle commissioni giudicatrici riconducibile all'organizzazione amministrativa. Tuttavia, tale inquadramento <<non può più ritenersi attuale, - afferma la Corte - dal momento che la sottrazione della scelta dei commissari di gara alle stazioni appaltanti **rappresenta una radicale innovazione del nuovo Codice dei contratti chiaramente ispirata a finalità di trasparenza, imparzialità, tutela della concorrenza e prevenzione di reati**>>.

La Consulta conclude affermando che la norma di cui all'art. 37, comma 1, impugnato <<pur incidendo sull'organizzazione amministrativa, deve essere ricondotta alle competenze esclusive statali della tutela della concorrenza e dell'ordine pubblico

(esercitate con l'invocato art. 78 del nuovo codice dei contratti pubblici)>> e, conseguentemente la disposizione impugnata deve essere dichiarata incostituzionale, unitamente ai commi 2, 3, 4 e 8 dello stesso art. 37, i quali risultano illegittimi in via consequenziale perché inscindibilmente connessi e funzionalmente legati a quanto disposto dal comma 1 caducato.

Anche la terza questione di legittimità costituzionale, che ha investito l'art. 39, commi 1 e 3, attributiva della possibilità per la Regione Sardegna di adottare Linee guida e altri atti generali volti a fornire modelli di condotta omogenei alle stazioni appaltanti, è stata dichiarata **fondata** dalla Corte.

Secondo il Governo, tale norma si sovrapponeva alle competenze che l'art. 213, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 attribuisce all'ANAC, chiamata ad adottare atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile.

<<Secondo il Presidente del Consiglio dei Ministri, - si legge nella sentenza n. 166 - il rapporto tra le funzioni dell'Autorità di vigilanza nell'approvazione dei bandi-tipo e l'obbligo di adeguamento delle stazioni appaltanti **risponderebbe ad esigenze unitarie, che escludono margini di intervento del legislatore regionale**. A ciò si dovrebbe aggiungere che le funzioni svolte dall'Autorità di regolazione mirano a **garantire la tutela e la promozione della concorrenza e la realizzazione di mercati concorrenziali**>>.

La Corte, concordando con il ricorrente, contesta al legislatore regionale di aver voluto creare un sistema parallelo e alternativo a quello nazionale, in cui le linee guida, i bandi-tipo,

i capitolati-tipo, i contratti-tipo che, secondo il Codice, deve adottare l'ANAC, vengono sostituiti da linee guida, documentazione standard, capitolati speciali, schemi di contratto e dal codice

La Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata in merito alla disposizione sul responsabile di progetto. Secondo la Consulta, la necessità di ricondurre ad un unico centro di responsabilità tutto il procedimento dell'appalto non è pregiudicata dalla possibilità di nominare più responsabili per fasi, laddove gli stessi siano comunque coordinati dall'unico responsabile di progetto.



regionale di buone pratiche da adottarsi ad opera della Regione Sardegna.

Tali atti avrebbero avuto competenza ad individuare parametri utili alla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e della congruità delle offerte anormalmente basse, nonché avrebbero potuto incidere sulla regolazione sia della procedura ad evidenza pubblica a monte sia del negozio pubblico a valle.

Alla luce di tali considerazioni, detta disposizione, lungi dall'essere riconducibile alla materia dell'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi della Regione, si pone in contrasto con la norma codicistica secondo cui l'attribuzione all'ANAC della regolazione unitaria di tali aspetti, afferenti alla procedura pubblica e alla fase negoziale ed esecutiva, **è esplicitazione della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile.**

Né vale a superare detto contrasto la previsione legislativa della necessaria "coerenza" che deve esservi tra le linee guida e gli altri atti generali regionali e quelli adottati dall'ANAC, in quanto la Consulta ha più volte ribadito che <<il rapporto tra le funzioni dell'Autorità di vigilanza nell'approvazione dei bandi-tipo e l'obbligo di adeguamento delle stazioni appaltanti **risponde ad esigenze unitarie, che non tollerano alcun margine di discrezionalità "intermedio"**>> riservato al legislatore regionale.

Unitamente all'art. 39, comma 1, è caducato in via consequenziale anche il comma 2, dal momento che esso assegna ulteriori contenuti alle linee guida di cui al comma 1, già travolto dalla pronuncia, così che la norma ivi contenuta viene a mancare di oggetto.

La quarta e ultima questione di legittimità costituzionale ha riguardato l'art. 45 della L.R. n. 8 del 2018, rubricato «Qualificazione delle stazioni appaltanti», che dispone che la Giunta regionale debba stabilire i requisiti necessari alla qualificazione delle stazioni appaltanti, sulla base dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, <<tenendo conto dei principi previsti dalla normativa statale vigente>>.

Secondo il ricorrente tale disposizione si poneva in contrasto con l'introduzione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, gestito

dall'ANAC, <<teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle amministrazioni aggiudicatrici basate proprio sul sistema di qualificazione, che consente di gestire contratti di diversa complessità a seconda del grado di abilitazione conseguito>>, in tal modo contribuendo alla razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti.

Anche in quest'ultimo caso la Consulta ha ritenuto la questione di costituzionalità **fondata.**

L'introduzione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti è considerato dalla Corte costituzionale una delle innovazioni più importanti del Codice del 2016, addirittura un "pilastro" del sistema degli acquisti pubblici.

Il legislatore ha infatti optato per una scelta decisa a favore della riduzione del numero delle stazioni appaltanti nonché della loro professionalizzazione, mediante la qualificazione concepita secondo vari livelli crescenti, che consentono di appaltare opere, lavori e servizi di importo sempre più elevato e di sempre maggiore complessità.

Posto che il sistema di qualificazione risponde ad esigenze di creazione di economie di scala e di ottenimento di importanti risparmi di spesa, nonché di aumento del potere contrattuale delle stazioni appaltanti oltre che di prevenzione di fenomeni corruttivi e di tutela della corretta gestione delle commesse pubbliche, essendo ridotto il novero dei soggetti da controllare, tale sistema, anche se incide sull'organizzazione, va invero inquadrato <<in un ambito materiale caratterizzato dal concorso delle competenze statali esclusive della tutela della concorrenza, dell'ordine pubblico, e di quella concorrente del coordinamento della finanza pubblica. (...)

La disposizione censurata, dunque, introducendo un non meglio precisato sistema di qualificazione affidato alla Giunta regionale, **parallelo e distinto rispetto a quello nazionale**, pur incidendo sull'organizzazione amministrativa, **deve essere ricondotta alle competenze esclusive statali della tutela della concorrenza e dell'ordine pubblico**>>.

**4. Ciò che resta della L.R. n. 8/2018:
i temi principali del provvedimento**

Nonostante la pronuncia di incostituzionalità di tre importanti disposizioni della legge regionale in esame, la stessa risulta, ad un'analisi generale, passata pressoché indenne al vaglio della Corte in quanto il suo impianto complessivo è rimasto in piedi.

In proposito, si tenga anche conto del fatto che gli "omologhi nazionali" di due degli istituti bocciati dalla Consulta, ovvero l'Albo nazionale dei Commissari di gara e le Linee guida vincolanti dell'ANAC non stanno, al momento, attraversando un periodo, per così dire, felice, se si considera che l'Albo nazionale dei Commissari stenta a decollare tanto è vero che il recente Decreto Sblocca Cantieri ne ha sospeso l'operatività fino al 31 dicembre 2020, e le Linee guida vincolanti dell'ANAC dovranno a breve essere sostituite da un Regolamento di attuazione unico da adottarsi in forma di D.P.R.. Ciò detto, le stazioni appaltanti operanti nel territorio regionale dovranno dunque ora "fare i conti" anche con la L.R. n. 8/2018 ed applicarla.

Ciò comporterà una non sempre facile operazione di interpretazione della norma speciale da applicare ai vari casi, in quanto nelle ipotesi in cui la norma codicistica e la norma regionale prevedano soluzioni differenti, andrà applicata quella regionale in base al principio di competenza.

Appare, in conclusione, opportuno riassumere brevemente quali sono le linee direttrici fondamentali della legge regionale finora esaminata.

Tra queste, la principale è forse la tutela e la sostenibilità ambientale degli interventi pubblici e la valorizzazione della qualità architettonica ed artistica.

Un intero titolo della legge è infatti dedicato alla trasparenza, alla qualificazione e sostenibilità ambientale e, al suo interno, un capo riguarda il Piano di azione per gli acquisti verdi.

Tale strumento programmatico deve essere approvato dalle amministrazioni aggiudicatrici e periodicamente aggiornato, con il fine di elaborare un programma operativo per l'introduzione dei criteri ambientali nelle procedure di acquisto di forniture e servizi e di realizzazione di lavori pubblici.

Al fine di garantire e potenziare i livelli di salute e sicurezza nel governo del territorio, la L.R. n. 8 prevede inoltre che, nell'ambito del programma triennale dei lavori pubblici, almeno il 30 per cento dell'importo complessivo degli interventi da realizzare debba essere obbligatoriamente destinato ad opere di prevenzione per la riduzione del rischio idrogeologico (tema "caldo" in Sardegna a causa dei tristemente noti eventi alluvionali di cui il territorio regionale è stato in passato più volte vittima), per il miglioramento della sicurezza degli edifici scolastici e, in generale, della sicurezza impiantistica degli edifici pubblici e di infrastrutture pubbliche,

per l'eliminazione e il superamento delle barriere architettoniche ed, infine, per la riduzione dei consumi energetici da fonti non rinnovabili.

La Regione si impegna inoltre a tutelare e promuovere la qualità dell'ideazione e la qualità architettonica nella progettazione delle opere pubbliche e, a questi fini, adotta il Piano triennale per la qualità architettonica delle opere pubbliche, promuovendo, tra l'altro, concorsi di idee e di progettazione per le opere di particolare rilevanza, stimolando in particolare la partecipazione ad essi dei giovani professionisti ed istituendo borse di studio *ad hoc* a favore dei giovani laureati.

La Corte costituzionale boccia i sistemi "paralleli e alternativi" rispetto a quelli statali, che il legislatore regionale ha ritenuto di introdurre, riguardo all'istituzione dell'Albo regionale dei commissari, alla qualificazione delle stazioni appaltanti e all'adozione di linee guida, sistemi giudicati insanabilmente in contrasto con le esigenze unitarie di tutela della concorrenza spettanti allo Stato e, quale sua diretta emanazione, all'ANAC.



Altra linea direttrice della legge regionale sarda n. 8 è la promozione della razionalizzazione degli acquisti mediante, tra l'altro, la centralizzazione della committenza.

La legge infatti riconosce rilievo ad un organismo già presente nella Regione Sardegna, la Centrale Regionale di committenza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

La centralizzazione delle commesse avviene anche mediante lo sviluppo di una imponente piattaforma telematica di negoziazione. Un altro aspetto fondamentale trattato dalla legge sarda sugli appalti è senza dubbio quello della programmazione delle opere pubbliche di competenza regionale.

Entro sessanta giorni dall'approvazione del

bilancio annuale, la Regione deve approvare il programma pluriennale di spesa per il finanziamento delle opere pubbliche di sua competenza ed aggiornare i programmi di spesa approvati in precedenza.

Una novità di rilievo nel panorama ordinamentale sardo è la previsione della possibilità per la Regione di costituire una società di capitali avente ad oggetto lo studio, la progettazione, la realizzazione

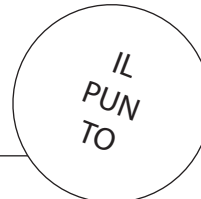
e la gestione di opere pubbliche di competenza regionale, al fine di accelerare la realizzazione, in particolare, di opere pubbliche di rilevanza strategica.

Tale società, a totale capitale regionale, avrà la natura di organismo *in house* della Regione e sarà assoggettata a controllo analogo.

La L.R. n. 8 è ora pienamente operativa e cogente per le stazioni appaltanti operanti nel territorio regionale: dovranno dunque essere applicati tutti gli istituti innovativi dalla stessa introdotti per valorizzare, tra l'altro, la tutela e la sostenibilità ambientale, la qualità architettonica ed artistica e la centralizzazione e razionalizzazione degli acquisti.



Le commissioni di gara dopo la legge 55/2019: individuazione e nomina dei commissari



di Stefano Usai

Premesse

La recente legislazione "Sblocca Cantieri" – ovvero il sistema del DL 32/2019 e la legge di conversione (con profonde modifiche) n. 55/2018 in vigore dal 18 giugno – è intervenuta anche sulla dinamica della nomina delle commissioni di gara aggiungendo al periodo transitorio, già previsto in attesa della predisposizione dell'Albo dei commissari a gestione ANAC – ai sensi degli artt. 77 e 78 del codice dei contratti – un'ulteriore previsione che sospende l'operatività dell'albo destinato a concludersi il 31 dicembre 2020.

In particolare, nel caso di specie, la norma – non innestata direttamente nel codice dei contratti – contenuta nell'articolo 1, comma 1, lett. c) della legge 55/2019 prevede, come anticipato, la sospensione fino al 31 dicembre 2020 dell'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti dall'Albo a gestione ANAC (art. 77, comma 3 e art. 78) "fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

La recente legislazione "Sblocca Cantieri" - ovvero il sistema del DL 32/2019 e la legge di conversione (con profonde modifiche) n. 55/2018 in vigore dal 18 giugno - è intervenuta anche sulla dinamica della nomina delle commissioni



Il successivo comma 2, sempre della legge 55/2019, inoltre chiarisce che "entro il 30 novembre 2020 il Governo presenta alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione stessa".

A questa disposizione ha fatto seguito, in tempi più recenti, la comunicazione/presa d'atto dell'ANAC a firma del presidente (del 15 luglio 2019) in cui, considerata l'adozione del DL 32/2019 e successiva legge di conversione n. 55/2019 pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 18 giugno 2019

si deve ritenere "conseguentemente (...) sospesa anche l'operatività dell'Albo (...). Si informano, pertanto, i soggetti interessati, che non è più possibile procedere all'iscrizione al suddetto Albo e che l'Autorità, con successivo comunicato, renderà noti gli adempimenti in relazione alla tariffa di iscrizione versata".

A ben valutare e a leggere il comunicato, sembra potersi desumere ben più di una semplice

presa d'atto di una sospensione ma quasi si lascia trapelare un "destino" segnato dell'Albo a constatarne che non avrà mai esecuzione.

Si allude, in particolare, all'inciso finale con cui l'ANAC si riserva di rendere noti gli adempimenti, per chi ha chiesto l'iscrizione, in relazione alla tariffa versata e quindi alla sua restituzione.

Sembra logico dedurre che se già prevede una futura disposizione sulla restituzione di quanto versato (da chi ha chiesto l'iscrizione all'albo) già si sta prevedendo, appunto, che l'albo degli esperti non verrà mai alla luce.

1. Le conseguenze pratiche della sospensione

Sotto il profilo pratico, in definitiva, la sospensione dell'operatività dell'albo degli esperti - non ancora in vigore - prolunga l'esperienza, che doveva essere solo transitoria/temporanea, della individuazione/nomina dei commissari secondo altre modalità e dinamiche.

Il "precedente" periodo transitorio, come noto, risultava (e risulta, visto che la norma non è stata abrogata se non implicitamente sospesa) disciplinato dal comma 12 dell'articolo 216 del codice dei contratti.

La disposizione in parola prevede che fino all'attuazione dell'albo "la commissione continua 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".

La nuova previsione contenuta nella legge 55/2019 - articolo 1, comma 1, lett. c) - di cui si è detto sopra si esprime in modo sostanzialmente analogo. Appare opportuno, sotto il profilo pratico, mettere a confronto le disposizioni per trarne le dovute considerazioni pratico/operative per il RUP quale soggetto/organo che poi concretamente deve presidiare i vari adempimenti che conducono alla predisposizione della proposta di nomina della commissione di gara per il proprio dirigente/responsabile del servizio (sempre che il RUP non coincida con questo soggetto).

Art. 216, comma 12 del codice dei contratti	Art. 1, comma 1, lett. c) della legge 55/2019
<p>Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua 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. Fino alla piena interazione dell'Albo di cui all'articolo 78 con le banche dati istituite presso le amministrazioni detentrici delle informazioni inerenti ai requisiti dei commissari, le stazioni appaltanti verificano, anche a campione, le autodichiarazioni presentate dai commissari estratti in ordine alla sussistenza dei requisiti dei medesimi commissari. Il mancato possesso dei requisiti o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati deve essere tempestivamente comunicata dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della eventuale cancellazione dell'esperto dall'Albo e la comunicazione di un nuovo esperto.</p>	<p>Fino al 31 dicembre 2020 non trovano applicazione a titolo sperimentale: c) l'articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.</p>

Considerato che il comma 12 dell'articolo 216 contiene riferimenti alla dinamica della scelta dell'albo si è indotti a ritenere che anche lo stesso disposto risulti ora sospeso con piena efficacia della nuova disposizione transitoria.

Come anticipato, anche la nuova norma – non inserita nel codice dei contratti - continua a far riferimento alla esigenza che la stazione appaltante definisca preventivamente delle regole di competenza e trasparenza prima di procedere con le nomine delle commissioni di gara.

In sostanza, anche il legislatore del sistema normativo "Sblocca Cantieri" ha ritenuto necessario all'interno di ogni stazione appaltante, nel caso di aggiudicazione dell'appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e facoltativamente nel caso di aggiudicazione al ribasso), una "disciplina" centralizzata per evitare che ogni RUP/ogni dirigente/responsabile del servizio si determini autonomamente nella nomina degli organi collegiali destinati a valutare le offerte tecnico/economiche.

2. La predisposizione di una disciplina preventiva

Nell'ambito della stazione appaltante, qualora ciò non si sia già provveduto ad adottare una disciplina ad hoc, è necessario – soprattutto da parte dei dirigenti/responsabili di servizio che si occupano di appalti (in caso di procedure diffuse) oppure l'ufficio espressamente istituito a tale scopo -, provvedere alla predisposizione di regole preventive di competenza e trasparenza (potrebbe essere, ad esempio, un regolamento per la nomina delle commissioni di gara).

Come si è già detto, la stessa ANAC nel 2016 (con la deliberazione n. 620) si è dotata di una propria disciplina che funge da regola generale da seguire nella nomina delle commissioni.

Pur vero, ed occorre darne conto, che in tempi recenti il Consiglio di Stato (sez. sez. III, sentenza n. 4865/2019) ha chiarito che la norma codicistica

– il riferimento è al comma 12 dell'articolo 216 trattandosi di procedura ante sospensione apportata con la legge 55/2019 – non deve essere interpretata letteralmente come necessità di un vero e proprio regolamento ma ciò che rileva, sotto il profilo sostanziale, è che la commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza.

In questo senso, il Consiglio di Stato pur ritenendo preferibile "la previa incorporazione delle regole di procedure in un atto fonte della stazione appaltante", ha considerato non persuasiva la tesi dell'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che non si sia dotata di tali regole.

L'assenza di criteri approvati a "monte" delle procedure da parte della stazione appaltante, secondo il giudice, non determina ex se l'illegittimità dell'operato "per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole".

Secondo quanto si legge in sentenza, "occorre dimostrare che, in concreto" siano totalmente "mancate le condizioni di trasparenza e competenza".

Circostanza non ravvisata nel caso di specie con condivisione di quanto affermato dal primo giudice (Friuli Venezia Giulia, sez. I, n. 5/2019), per il quale "la nomina della commissione giudicatrice" è apparsa "sufficientemente sostenuta dalla produzione dei *curricula* dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l'insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all'incarico ricevuto".

La stessa ANAC nel 2016 (con la deliberazione n. 620) si è dotata di una propria disciplina che funge da regola generale da seguire nella nomina delle commissioni.



3. Le dinamiche che deve seguire il RUP

In definitiva, la dinamica procedurale che il RUP può seguire – per la finalità della individuazione dei membri della commissione di gara - può essere così sintetizzata:

- a) preso atto che deve ritenersi "sospesa" la preclusione sulla nomina dei commissari

interni, il RUP deve (a sommessimo parere obbligatoriamente) verificare previamente l'esistenza di competenze ed esperienze interne e quindi scegliere tra i dirigenti/funzionari già dipendenti della stazione appaltante (o in ambito allargato come può accadere per un comune che faccia parte di una unione di comuni);

- b) tanto nel caso in cui le nomine avvengano tra gli interni (ma lo stesso deve essere detto per il caso in cui la nomina avvenga tra soggetti esterni) occorre applicare la rotazione. Proprio la rotazione - per le implicanze delicate - potrebbe essere oggetto di una direttiva "centralizzata" anche sulla falsariga di quanto avviene, ad esempio, nella deliberazione n. 620/2016 dell'ANAC. Nel caso di specie, l'autorità anticorruzione ha previsto un periodo di due anni tra un incarico e l'altro. È chiaro che un simile periodo non risulta di facile applicazione negli enti di ridotte dimensioni e, pertanto, potrebbe essere ridotto soprattutto nel caso di professionalità specifiche (di non facile reperimento);
- c) occorre assicurare la massima trasparenza. In particolare, nel caso in cui la scelta debba avvenire tra soggetti esterni. In questo caso, in assenza di una disciplina centralizzata fissata dalla stazione appaltante, il RUP potrebbe seguire le indicazioni fornite dal pregresso articolo 84 del codice dei contratti (norma ora abrogata ma considerata ancora applicabile alla luce della perdurante mancata attuazione dell'albo dei commissari da diversa giurisprudenza).

La norma citata evidenziava, per ciò che in questa sede interessa rammentare, che i commissari diversi dal presidente dovevano essere scelti tra i funzionari della stazione appaltante e solo in caso di accertata carenza di adeguata professionalità (ora, a sommessimo parere, anche per esigenze di assicurare la rotazione) i membri possono essere scelti tra dirigenti/funzionari appartenenti ad altre amministrazioni aggiudicatrici in caso di necessità - secondo criterio di rotazione - tra:

- a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;

- b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

4. La scelta di dirigenti/funzionari di amministrazioni aggiudicatrici

Se per la scelta di membri esterni l'articolo predetto detta regole ovvie, ad esempio nella richiesta da ordini vari la necessità di avere almeno una rosa di nomi da cui scegliere con estrazione, altra soluzione potrebbe essere quella dell'avviso pubblico.

L'avviso pubblico potrebbe essere utilizzato anche per la scelta più generale dei membri iscritti in ordini.

Una questione particolare potrebbe porsi per la scelta di dirigenti/funzionari operanti in altre amministrazioni. Non sembrano necessarie regole particolari una volta che di questi si certifichi esperienze e *curricula* adeguati.

È importante, anche in questo caso, che si segua severamente l'obbligo della rotazione evitando la chiamata di soggetti che hanno già partecipato a lavori di commissioni di gara della stessa stazione appaltante.

Curricula e provvedimento di nomina - da adottarsi, come noti, in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte - dovranno essere pubblicate nella sezione trasparenza della stazione appaltante.

La pubblicazione dei *curricula* è adempimento che non deve essere sottovalutato, pur vero che l'omessa pubblicazione non può determinare annullamento della gara, in quanto è da tale documento che i partecipanti potranno desumere se insista o meno l'esperienza che l'appalto richiede. Attenta, quindi, deve essere la valutazione/istruttoria del RUP sulla necessità che l'esperienza sia realmente posseduta dai commissari di gara.

Come noto, la giurisprudenza consolidata ha ribadito che all'interno del collegio l'esperienza deve essere intesa in modo complessivo ovvero non è necessario che tutti i commissari siano esperti nella procedura di gara o di tutti gli ambiti coinvolti dall'appalto. Il dato esperienziale, in sostanza, si

deve desumere considerando i componenti nel complesso.

Considerata l'annullamento del decreto sui compensi dei commissari si può oggi ritenere che gli importi possano essere fissati forfettariamente e su questo la stazione appaltante potrebbe darsi un proprio regolamento. Fermo restando che non spetta alcun compenso ai membri interni (e per membri interni si intendono anche i commissari nominati tra i dipendenti di comuni facenti parte dell'unione dei comuni o di dipendenti dell'unione).

5. L'eterna questione sulla compatibilità del RUP a far parte delle commissioni di gara

Deve ritenersi superata anche la questione della incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara. Oltre al comma 4 dell'articolo 77 - che comunque rimette la decisione, se inserire o meno il responsabile del procedimento, nella commissione di gara -, occorre evidenziare che la più recente giurisprudenza, in modo convinto, afferma che in ogni caso l'incompatibilità del responsabile del procedimento non può essere affermata in astratto ed in assoluto. In questo senso, (tra le tante, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 6082/2018) si è affermato che l'incompatibilità deve essere dimostrata.

Il Consiglio di Stato, in particolare nel rilevare l'esistenza di un duplice orientamento formatosi in materia. Più in particolare, un primo orientamento, soprattutto di primo grado ha inteso il comma 4 dell'articolo 77 del codice "cogliendone il portato innovativo, rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del d.lgs. 163/2006, proprio nella scelta di introdurre una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP (o ruoli equivalenti) e l'incarico di componente e finanche di presidente della commissione".

Un secondo e opposto orientamento giurisprudenziale, ora prevalente - interpreta l'art. 77, comma 4, in continuità con l'indirizzo formatosi sul codice precedente giungendo così

a "concludere che, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi".

Ed elementi a sostegno di questa tesi (sulla esigenza di provare in concreto l'incompatibilità), sono rinvenibili sia nel parere n. 1767/2016 espresso dal Consiglio di Stato (sul primo schema di linee guida n. 3 dedicate al RUP), sia dalla stessa autorità anticorruzione nella riformulazione delle linee guida predette ed infine proprio nella modifica normativa, come si diceva, apportata al comma 4 dell'articolo 77 con il periodo innestato dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017.

Inciso normativo che rimette alla stazione appaltante la valutazione sulla "compatibilità" o meno del RUP a far parte della commissione.

Sembra difficile, si legge nella sentenza 6882/2018 del Consiglio di Stato, "negare che il correttivo normativo introdotto nel 2017 abbia svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77".

Ed in tali termini si è espressa la stessa ANAC con il parere contenuto nella deliberazione n. 193/2018, dove - proprio con riguardo ad una fattispecie riconducibile alla prima versione dell'art. 77 comma 4 del codice dei contratti - ha chiarito che "al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di incidere sul

processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito (e nello stesso senso si pone la precedente delibera ANAC n. 436 del 27 aprile 2017)".

Pertanto, la giurisprudenza appena citata conclude

Deve ritenersi definitivamente superata anche la questione della incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara.



con la puntualizzazione per cui non può "essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto" nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d.lgs. n. 163/2006.

Quindi anche in relazione a tale aspetto assume rilievo il pregresso disposto del codice degli appalti.

6. La nomina della commissione di gara

La disposizione che sospende l'operatività dell'albo, a differenza del comma 12 dell'articolo 216 non ribadisce la competenza sulla competenza per nomina della commissione di gara.

Il comma citato, come noto, precisa che nel periodo transitorio, la competenza è dello stesso soggetto che ha la prerogativa dell'aggiudicazione.

Ora, se in generale tale potere è del soggetto che può impegnare all'esterno la stazione appaltante/amministrazione aggiudicatrice, limitando il ragionamento agli enti locali, in tema, la prerogativa viene disciplinata chiaramente dall'articolo 107 del decreto legislativo 267/2000.

Il comma 3 della norma citata attribuisce la competenza in materia di appalti al dirigente/responsabile del servizio ovvero il soggetto che ha le prerogative gestionali.

Nel caso in cui il RUP ed il dirigente/responsabile di servizio non coincidano, il RUP predispone - secondo la dinamica sopra illustrata - la proposta di nomina della commissione di gara ed al responsabile del servizio compete il potere di dare alla stessa rilevanza esterna.



Pertanto, in caso in cui il RUP ed il dirigente/responsabile di servizio non coincidano, il RUP predispone - secondo la dinamica sopra illustrata - la proposta di nomina della commissione di gara ed al responsabile del servizio compete il potere di dare alla stessa rilevanza esterna.

Società partecipate a controllo pubblico: il nodo del controllo effettivo e l'interpretazione restrittiva

Commento alla sentenza della Corte dei Conti, SS.UU., del 22 maggio 2019, n. 16.

di Emanuela Pellicciotti



IL
PUN
TO

1. La sentenza della Corte dei Conti identifica il perimetro delle società partecipate a "controllo pubblico"

La Corte dei Conti, a Sezioni Unite, si è espressa il 22 maggio 2019 con la sentenza n. 16, sulla nozione di "società partecipate pubbliche", così dirimendo una questione controversa, nascente dall'interpretazione del combinato disposto dell'art. 2, comma 1, lett. b) ed m), d.lgs. n. 175/2016 (c.d. "Testo Unico sulle Società Partecipate" – T.U.S.P.).

Tale norma, come noto, si occupa delle "definizioni" utilizzate dal T.U.S.P. e prevede: "Ai fini del presente decreto si intendono per: ... b) "controllo": la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo; ... m) "società a controllo pubblico": le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b);".

La nozione di "controllo", dunque, secondo la norma citata deve essere mutuata dalla corrispondente definizione del Codice Civile, e – nello specifico – le "società a controllo pubblico" sono (forse tautologicamente) quelle in cui i soci pubblici esercitano tale forma civilistica di controllo; non viene precisato, dunque, come debba concretamente esplicitarsi tale funzione di controllo.

La questione sorta dall'interpretazione dell'art. 2,

comma 1, lett. b) ed m) T.U.S.P., infatti, attiene proprio la definizione di "società a controllo pubblico", che la giurisprudenza e la prassi del M.E.F. (in particolare, l'"Atto di Orientamento" del 15 febbraio 2018 – peraltro oggetto di impugnativa innanzi al TAR Lazio, non ancora definita -) ha via via ampliato, sino a riconoscere lo status di "società a controllo pubblico" laddove si verificava che "... diverse Pubbliche Amministrazioni esercitano tale controllo "congiuntamente e mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato".

Alle medesime conclusioni perviene anche l'ANAC, con la Deliberazione n. 1134 del 20 novembre 2017.

La stessa sentenza in commento ricorda, poi, che il panorama giurisprudenziale inaugurato nel 2016, a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, ha più volte ampliato la nozione di "società a controllo pubblico" (soprattutto nel caso di "controllo congiunto" o "plurisoggettivo", cioè fra più Amministrazioni), sino a riconoscere tale fattispecie anche nel caso di una "società in cui una o più - congiuntamente - amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo, estendendo, dunque, la nozione anche alla società a partecipazione pubblica frazionata, in cui nessuna amministrazione pubblica detiene la maggioranza del capitale sociale, pur in assenza di patto parasociale o di analogo strumento di costituzione di una maggioranza stabile." (così, Corte dei Conti, Sez. Contr. Reg. Liguria, Del. 3/2018 dell'11 gennaio 2018) e focalizzando il criterio distintivo non tanto sul potere concreto di direzione, ma sull'entità della percentuale di quote "in mano pubblica".

La sentenza in esame, alla quale ne sono seguite altre di pari orientamento, ha invece focalizzato gli elementi identificativi del "controllo pubblico", rapportandoli ad attività concrete di direzione svolte dal soggetto pubblico partecipante: in altri termini, quindi, operando in controtendenza rispetto alla giurisprudenza delle Corti territoriali e del Ministero dell'Economia e Finanze (*rectius*, gli "atti di orientamento" emessi dalla "Struttura di Monitoraggio e Controllo delle partecipazioni pubbliche", istituita presso il M.E.F. ex art. 15 d.lgs. n. 175/2016) - e circoscrivendo il perimetro delle società partecipate a controllo pubblico, sulla base del controllo effettivamente esercitato dal socio pubblico stesso -.

Il pensiero della Corte sul punto si può riassumere con uno dei passaggi nodali della motivazione della sentenza, laddove si afferma che *"L'accertamento della sussistenza dello status di "società a controllo pubblico" non può essere desunto dai meri indici costituiti dalla maggioranza di azioni e di consiglieri nel C.d.A. ma richiede precipua attività istruttoria volta a verificare se, nel caso concreto, sussistano le condizioni richieste dall'art. 2, lett. b) del Tusp."*. Il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno, con l'"Atto di indirizzo" del 12 luglio 2019 (di cui si dirà *infra*), ha ricordato le implicazioni della decisione in esame - che si riverberano su una moltitudine di soggetti direttamente coinvolti nella vita delle Amministrazioni pubbliche, basti pensare al caso delle Società c.d. "multi utility" ed alle società che gestiscono servizi pubblici -.

Infatti, *"non può peraltro ignorarsi la rilevanza del contrasto registrato sul punto, sia per l'autorevolezza degli orientamenti espressi (che fa rilevare divergenze tra le Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti alle Sezioni riunite in sede di controllo, oltre a coinvolgere il Consiglio di Stato e la struttura ex art. 15 del Testo unico) sia per le potenziali implicazioni connesse alla soluzione che dovesse prevalere; considerazioni, queste, che evidenziano l'urgenza di rimuovere l'incertezza qualificatoria sul punto, e con essa il rischio di vedere, a seconda dei casi, ampliata o ridotta (in base alla prospettiva adottata dall'interprete e ai presupposti da cui si muove) la platea del comparto società a controllo pubblico, in netto contrasto con gli intendimenti del legislatore del Testo unico (mosso dalla dichiarata preoccupazione di assicurare la chiarezza delle regole e la semplificazione normativa)."*.

2. Il caso di una "multi - utility", esaminato dalla sentenza: gli elementi distintivi del "controllo pubblico"

La Corte dei Conti muove dal caso di una Società c.d. "multi-servizi" marchigiana che, secondo la Sezione regionale di controllo per le Marche è *"da qualificarsi società a controllo pubblico in considerazione del possesso della maggioranza dei voti tanto in assemblea che in consiglio di amministrazione da parte di vari enti locali"* e, pertanto, nell'ambito delle verifiche sull'attuazione dell'art. 11 d.lgs. n. 175/2016 svolte dalla medesima Corte territoriale, essa accertava che *"il consiglio di amministrazione ... era composto da nove membri, in violazione della disposizione sopra menzionata, che prevede di norma l'amministratore unico o, in via eccezionale e previa adozione di delibera motivata, un consiglio di amministrazione composto al massimo da 5 membri. Conseguentemente, la Sezione ritenendo che "trovano applicazione tutte le disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016, ivi incluse quelle che disciplinano la composizione dell'organo di amministrazione" segnalava "l'esigenza che la società provveda a dare attuazione a quanto previsto dall'art. 11 cit.", accertando che "la società ... ha omesso di dare attuazione alla disposizione di cui all'art. 11, c. 2 e 3, del d.lgs. 175/2016 relativi alla composizione dell'organo di amministrazione ... e che sia l'interpretazione letterale che la ratio sottesa alla riforma nonché una interpretazione logico-sistematica delle disposizioni citate, inducono a ritenere che la Pubblica Amministrazione, quale ente che esercita il controllo, sia stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario, a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, il controllo di cui all'art.2359, comma 1, numeri 1), 2) e 3) faccia capo ad una singola amministrazione o a più amministrazioni cumulativamente"; concludeva, infine, segnalando l'esigenza che le società partecipate dal comune ... procedessero "senza ritardo all'adozione di nuove deliberazioni assembleari" in linea con quanto disposto dalla disciplina normativa richiamata, raccomandando all'Ente di procedere alle "necessarie verifiche di legalità preliminarmente all'adozione di ulteriori deliberazioni assembleari da parte dei propri organismi partecipati"."*.

La multi-servizi ha chiesto l'annullamento delle Deliberazioni della Corte marchigiana, sostenendo

"la violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 11 del decreto legislativo n. 175 del 2016, nella misura in cui la Sezione di controllo inserisce nel perimetro delle "società a controllo pubblico", ai sensi del predetto art. 2, anche la ... ritenendo sufficiente – al fine di condizionare l'andamento gestionale complessivo della Società – il semplice possesso da parte dei soci pubblici della maggioranza delle azioni e dei voti in Consiglio di amministrazione.". In particolare, la Società ricorrente *"contesta la mancata valorizzazione, da parte della Sezione marchigiana, ai fini della valutazione dell'effettivo condizionamento dell'andamento gestionale, di un patto parasociale stipulato il 28 luglio del 2015 di durata quinquennale e, quindi, tuttora vigente, che rende essenziale il voto dei consiglieri nominati dal socio privato ... per tutte le operazioni principali; a proprio favore cita, inoltre, quanto affermato, sul punto, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) con delibera del 6 settembre 2007... ovvero, che pur in presenza di partecipazioni pubbliche, poiché l'assetto statutario prevedeva la maggioranza qualificata di 6 consiglieri su 7 per l'approvazione del budget annuale preventivo e del piano industriale, oltre che per la designazione dei componenti degli organi sociali delle società controllate e/o partecipate, la Società sarebbe stata "soggetta al controllo congiunto di HERA e del Comune di Pesaro, in quanto in assenza del voto favorevole di almeno uno dei consiglieri nominati da tali soggetti, le predette decisioni del CdA non potrebbero essere adottate".*

Inoltre, la multi-servizi affermava di non ritenersi "Società in controllo pubblico", poiché *"la maggioranza relativa, pari al 46,2% del capitale sociale è detenuta proprio dal socio privato ... a fronte del 25,3% posseduto dal Comune di Pesaro, dell'8,61% detenuto dalla Provincia ... e di partecipazioni pulviscolari (tra lo 0,0003% e il 2,4%) detenute da diversi comuni (tra i quali quelli destinatari delle deliberazioni impugnate) e da due unioni montane.".*

In particolare, la tesi della multi-servizi si riassume nel passaggio in cui essa obietta che siffatta ripartizione del capitale sociale: *"preclude, infatti, ogni modifica statutaria (comprensiva anche dello stesso mutamento del numero dei componenti del Consiglio di amministrazione) senza la partecipazione e il consenso del socio privato, che può, in questo modo, esercitare una posizione di blocco, ai sensi dell'art. 13 dell'attuale Statuto, il quale espressamente dispone che "l'Assemblea straordinaria sarà validamente*

costituita e validamente delibererà, in prima, seconda e terza convocazione con una presenza e con una maggioranza superiore all'85% del capitale sociale.". Inoltre, sussiste "il diritto di veto dei consiglieri espressione del capitale privato per decisioni essenziali per il funzionamento della società".

Secondo la Corte dei Conti, le su-esposte considerazioni sono assentibili e, pertanto, ha accolto il ricorso, rilevando che la Società in questione non può annoverarsi tra quelle "in controllo pubblico", soggette alle norme del d.lgs. n. 175/2016 previste per queste tipologie di Società.

Mentre la corte territoriale aveva ritenuto che *"la frammentazione delle quote di partecipazione in capo ad una pluralità di amministrazioni non osti alla configurabilità del controllo pubblico, a tal fine richiamando l'atto di orientamento della Struttura di controllo e monitoraggio del MEF"*, le Sezioni Unite in sede giurisdizionale hanno obiettato che *"il richiamo alla nota di orientamento della struttura di controllo e monitoraggio non sia risolutivo, e che l'accertamento della sussistenza dello status di "società a controllo pubblico" ... richieda precipua attività istruttoria volta a verificare se, nel caso concreto, sussistano le condizioni richieste dall'art. 2, lett. b) del TUSP" ; e "ai fini del decidere se "(...) S.p.a." possa definirsi o meno società a controllo pubblico ovvero semplicemente società a partecipazione pubblica, assume rilievo decisivo lo scrutinio delle disposizioni statutarie e dei patti parasociali per verificare in che termini le pubbliche amministrazioni (enti locali) che detengono partecipazioni azionarie sono in grado di influire sulle "decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale.".*

Più precisamente, le Sezioni Unite hanno osservato che il T.U.S.P. circoscrive *"in modo più rigoroso la nozione di "controllo pubblico" ... pertanto va rivisto l'orientamento giurisprudenziale formatosi antecedentemente in relazione alla nozione pubblicistica di "controllo congiunto" (Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere 4 giugno 2014, n.1801) elaborata sulla scorta delle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 rispettivamente sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.".*

In particolare, la nozione di "controllo" sostenuta dalle Sezioni Unite, alla luce della lettura dell'art. 2, comma 1, lett. m) d.lgs. n. 175/2016 è distinta da quella meramente civilistica richiamata dalla

medesima norma alla precedente lett. b) e deve intendersi nel senso che si afferma che il controllo "per la definizione di "società a controllo pubblico" ... la situazione di controllo pubblico non può essere presunta in presenza di "comportamenti univoci o concludenti" ma deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società."

In altre parole, secondo il Testo Unico sulle Società Partecipate "con riferimento specifico alla nozione di società a controllo pubblico il TUSP, oltre a richiamare la nozione di controllo prevista all'art. 2359 del codice civile, aggiunge un'ulteriore ipotesi di controllo nella seconda parte della lettera b) del comma 1 dell'art. 2 che stabilisce che "Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo."; il "controllo pubblico", quindi, non si verifica "per fatti concludenti", né attraverso la mera "maggioranza azionaria", ma solo in presenza di "norme di legge, statutarie o patti parasociali."

E, in tal senso, l'orientamento espresso dalla prassi e dalla giurisprudenza, divergendo da tale piana disposizione normativa (e poiché *in claris non fit interpretatio*), va "oltre il dettato normativo, ponendosi, anzi, in contrasto con la volontà del legislatore che ha espressamente e precisamente circoscritto la nozione di società a controllo pubblico...".

La nozione di "controllo congiunto" – cui nel caso di specie non corrispondeva alcun effettivo potere direzionale e, addirittura, si concretizzava in partecipazioni "pulviscolari" – è una creazione meramente giurisprudenziale che – come notano le Sezioni Unite – ha la sola finalità di consentire affidamenti *in house*, ma non incide sulla qualificazione del soggetto; ciò nonostante, la Corte territoriale marchigiana ha enfatizzato tale definizione ritenendola "qualificante" e, di conseguenza, andando contro le espresse indicazioni del legislatore.

In proposito, si ricorda che "laddove il legislatore avesse voluto intendere analoghi modalità di azione fra pubbliche amministrazioni avrebbe usato identica terminologia. Peraltro, sotto

il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle partecipazioni in modo associato e congiunto: l'interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire, infatti, non è necessariamente compromesso dall'adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono far capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenti."

3. L' "Atto di indirizzo" del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno del 12 luglio 2019

La tendenza interpretativa della Corte dei Conti, di cui alla sentenza in commento, è stata immediatamente recepita dal Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno che – cogliendone la evidente portata innovativa – il 12 luglio 2019 ha emesso "Atto di indirizzo" ex art. 154, comma 2 d.lgs. n. 167/2000 del 12 luglio 2019, con il quale ha delineato la "definizione di società a controllo pubblico ai sensi e per gli effetti di cui al Testo Unico in materia di Società a partecipazione pubblica".

Tale atto (pubblicato sul sito istituzionale alla URL: <https://dait.interno.gov.it/finanza-locale/documentazione>), muove proprio dalla necessità di offrire un univoco sistema di identificazione delle "società a controllo pubblico", muovendo dal contrasto giurisprudenziale formatosi in materia – reso emblematicamente dal raffronto fra la Delibera della Corte dei Conti, SS.UU. in sede di controllo n. 11/SSRRCCO/QMIG/19 e dalla sentenza della Corte dei Conti, SS.UU. in sede di controllo n. 11/SSRRCCO/QMIG/19 e dalla sentenza della Corte dei Conti, SS.UU. in sede giurisdizionale n. 16/2019/L oggetto del presente approfondimento -.

Ricorda, preliminarmente, il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali la definizione normativa di "società a controllo pubblico" plurisoggettivo contenuta nel T.U.S.P. e che: "In forza delle predette disposizioni si viene ad attribuire rilevanza al c.d. "controllo congiunto" o "controllo plurisoggettivo", vale a dire quello esercitato (sulla medesima società) da più amministrazioni (nessuna delle quali in condizione di esercitarlo in forma individuale e autonoma), con correlativa imputazione della qualifica di controllante a

ciascuna di esse.”.

Nell'attuale quadro interpretativo però, alla tesi "estensiva" (ut supra citata), fatta propria anche dalla Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche istituita presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, si contrappone quella del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578 "che, in relazione a fattispecie avente a oggetto una società a capitale pubblico superiore al 90%, costituito però da partecipazioni pubbliche varianti da un minimo dello 0,05% a un massimo del 2,74% del capitale sociale, ha ritenuto che, pur in presenza di un coordinamento non istituzionalizzato, le partecipazioni in questione non fossero in grado di consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere sulle decisioni strategiche della società; considerando quindi necessario, al fine di integrare i presupposti per il possesso della partecipazione ai sensi dell'art. 4 del Testo unico (e, quindi, ancor prima che ai fini della configurabilità del controllo), la stipulazione di adeguati patti parasociali ovvero la previsione, negli atti costitutivi della società, di un organo speciale deputato a esprimere la volontà dei soci pubblici.”.

Inoltre, nell'atto di indirizzo si ricorda che "analogo contrasto si registra in seno alla giurisprudenza contabile. Secondo le Sezioni riunite in sede di controllo (del. 11/SSRCCO/QMIG/19) il Testo unico contemplerebbe distinte fattispecie di "società a controllo pubblico": quelle fondate sull'art. 2359 c.c., ... ; quelle in cui una o più amministrazioni pubbliche, al di fuori delle ipotesi disegnate dall'art. 2359 c.c. (come segnalerebbe la congiunzione "anche", palesante la natura integrativa rispetto a quella precedente, incardinata sull'art. 2359 c.c.), esercitano un'influenza dominante sulla società perché – in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali – ne indirizzano le decisioni finanziarie e gestionali strategiche, essendone richiesto necessariamente il consenso. Di diverso avviso le Sezioni riunite in sede giurisdizionale (sent. 16/2019/L), secondo le quali l'art. 2, comma 1, lett. m) del Testo unico contemplerebbe due nozioni di "controllo pubblico": la situazione descritta dall'art. 2359 c.c., ... ; la situazione in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano il controllo ai sensi della lett. b), ovvero allorché in virtù di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, le decisioni strategiche per la vita sociale richiedono il consenso unanime delle amministrazioni pubbliche

che esercitano il controllo.”.

Quindi, la portata innovativa della sentenza in esame consiste proprio nell'aver precisato che "le disposizioni di cui all'art. 2359 c.c. non sono di per sé decisive al fine di valutare il controllo societario da parte di una pluralità di amministrazioni pubbliche, poiché la norma civilistica "in modo chiaro e univoco individua fattispecie tipiche di controllo operato da una società nei confronti di un'altra società"; la situazione di controllo da parte di amministrazioni pubbliche non può essere presunta in presenza di comportamenti univoci e concludenti ma deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società; tanto più che ... sotto il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle partecipazioni in modo associato e congiunto: l'interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire, infatti, non è necessariamente compromesso dall'adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono far capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali”.

A questo punto, l'Atto di indirizzo opera un tentativo di armonizzazione delle diverse interpretazioni, in particolare verificando le concrete modalità in cui è possibile rintracciare una definizione di "controllo pubblico plurisoggettivo", affermando che "Affinché la congiunta dominazione possa dirsi tale occorre però un procedimento di unificazione delle volontà facenti capo alle diverse componenti che a tale dominazione concorrono (e che individualmente non sono in grado di realizzare): più amministrazioni devono coordinarsi in modo stabile a realizzare l'instaurazione e l'esercizio di detta situazione attraverso – come specifica la seconda parte della lett. b) – "norme di legge o statutarie o di patti parasociali", in assenza delle quali – evidentemente – non sarebbe riscontrabile alcuna stabilità. In tal senso depone anzitutto un argomento logico, dal momento che semplici "comportamenti concludenti" o "maggioranze occasionali" (ancorché ripetute) non valgono a garantire la formazione stabile di soluzioni unanime e, quindi, a qualificare in modo giuridicamente significativo la società...”.

In prima analisi, quindi, l'Atto di indirizzo cerca di individuare gli elementi distintivi del "controllo",

spezzando quella sorta di sinonimo con il concetto di "maggioranza azionaria".

Infatti, *"diversamente opinando, si perviene inevitabilmente a far coincidere il concetto di società a controllo pubblico con quello - diverso - di società a prevalente capitale pubblico (fondato sulla natura, pubblica, della maggioranza del capitale); assimilazione che, allo stato, risulta incompatibile con il valore semantico dei vocaboli utilizzati dal legislatore del Testo unico, il quale - tra tutta la gamma di locuzioni offerte dalla variegata legislazione previgente in materia - ha chiaramente ancorato il discrimine qualificatorio sul concetto di controllo che, alla luce dell'art. 2, comma 1, lett. b) - tanto nella parte in cui rinvia all'art. 2359 c.c. quanto in quella in cui esige la ricorrenza di un coordinamento formalizzato - non coincide con la titolarità congiunta della interezza o anche solo della maggioranza del capitale di per sé sola considerata.*

La locuzione "anche quando", presente all'art. 2, comma 1, lett. b), seconda parte del Testo unico, insomma, non pare poter essere interpretata in negativo, a escludere l'esigenza di un coordinamento formale ai fini del controllo congiunto ex art. 2359 c.c. (controllo congiunto che l'art. 2359 c.c. di per sé non contempla), bensì in chiave additiva, ad affermare che il controllo pubblico è configurabile anche al di là dell'art. 2359 c.c., e, dunque, anche con struttura congiunta (e non solo individuale), purché la volontà della parte pubblica del capitale (incarnata dalle diverse amministrazioni socie) risulti ricondotta a unanimità mediante il coordinamento assicurato da norme di legge, o di statuto o di patti parasociali."

Anche sotto il profilo interpretativo letterale, quindi, nel caso di controllo pubblico plurisoggettivo "il combinato disposto di cui all'art. 2, comma 1, lett. b) e m) del Testo unico permette di ricondurre una società nel perimetro delle "società a controllo pubblico" allorché: ... più amministrazioni pubbliche, in virtù di un coordinamento formalizzato in forza di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, dispongono congiuntamente della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società, ovvero dispongono di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della società, ovvero esercitano un'influenza dominante sulla società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa; ovvero anche quando per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale sia richiesto anche il consenso unanime di tali

amministrazioni pubbliche in virtù di norme di legge o statutarie o di patti parasociali (laddove per consenso unanime si intende l'espressione di una volontà collettiva unitaria, vincolante anche per le amministrazioni che abbiano espresso un dissenso minoritario); sempreché non sussista l'influenza dominante del socio privato, anche unitamente ad alcune o tutte le amministrazioni socie."

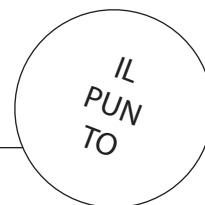
Il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno, quindi, conclude con un appello per *"sollecitare un intervento legislativo in grado di rimuovere l'incertezza interpretativa connessa alla nozione di "società a controllo pubblico" come risultante dall'attuale formulazione dell'art. 2, comma 1, lett. b) e m) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, chiarendo se rientrino nella predetta nozione anche le società aventi totale o prevalente capitale pubblico frazionato tra una pluralità di amministrazioni nessuna delle quali in grado di esercitare un controllo individuale, ancorché tra le medesime non sussista un vincolo legale, statutario, parasociale o contrattuale e/o comunque un coordinamento formalizzato nel senso chiarito dall'art. 2, co. 1, lett. b), seconda parte del Testo unico."*

Tale appello, allo stato, è senz'altro condivisibile, proprio in considerazione della portata innovativa della sentenza in commento.

In conclusione, se la sentenza in esame definisce effettivamente il perimetro delle "società a controllo pubblico" - in maniera restrittiva - queste ultime si distinguono proprio per le disposizioni statutarie (o inserite nei patti parasociali) dalle quali si evince che "la mano pubblica" ha un concreto potere di controllo e determinazione in cui *"le pubbliche amministrazioni socie sono in grado di influire sulle "decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale" essendosi espressamente previsto che sia necessario il loro consenso unanime, come previsto dal secondo periodo della lettera b) dell'art. 2 comma 1 del TUSP."*

Nell'attesa della verifica da parte del legislatore, le società sinora operanti nella convinzione di essere "soggetti a controllo pubblico" (in particolare quelle a controllo pubblico plurisoggettivo), dovranno probabilmente accentuare la motivazione delle scelte operative interne, operando riferimenti più preganti agli interessi dei Soci pubblici e coinvolgendo questi ultimi nei processi deliberativi, incoraggiando le iniziative che siano di effettivo interesse pubblico di cui gli stessi sono esponenti.

Gli incentivi per la progettazione: reintroduzione e dietrofront



di Ilenia Paziani

Premessa

Nel corso degli ultimi mesi, la disciplina dei contratti pubblici è stata oggetto di consistenti interventi legislativi. Come è noto, il 18 aprile 2019 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Decreto-Legge n. 32/2019, il c.d. Sblocca Cantieri, che si è occupato principalmente di introdurre modifiche al Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. 50/2016).

Tra le innovazioni particolarmente rilevanti per le Pubbliche Amministrazioni vi è senza dubbio la reintroduzione degli incentivi per la progettazione; incentivi nati con un duplice scopo: da un lato, di valorizzare la professionalità dei dipendenti pubblici; dall'altro lato, di incrementarne la produttività.

Senonché, con la legge di conversione del 14 giugno 2019 n. 55, tale innovazione (*rectius* reintroduzione) non è stata confermata; sicché dal 15 giugno 2019 è stata di nuovo esclusa la possibilità per i dipendenti pubblici di essere remunerati appositamente per la progettazione inerente alle procedure di affidamento.

Il presente contributo ha lo scopo di fare chiarezza sia sulla *ratio* di tale forma incentivante; sia sugli effetti che la repentina modifica legislativa ha prodotto sul piano pratico.

1. L'origine dell'istituto e la sua *ratio*

Storicamente gli incentivi tecnici nascono come correlati proprio alle funzioni progettuali, in base al principio secondo cui alla predisposizione del progetto di regola provvedono gli Uffici tecnici interni alle Amministrazioni, mentre l'affidamento esterno costituisce una mera eccezione.

La *ratio* era quella di **favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne** ad ogni amministrazione, secondo un principio di c.d. *autosufficienza organizzativa* e di assicurare **un risparmio di spesa** sugli oneri che l'amministrazione avrebbe dovuto sostenere per affidare all'esterno gli incarichi di progettazione. In considerazione di ciò, l'articolo 18 della Legge n. 190 del 1994 (c.d. Legge Merloni) rubricato «*Incentivi e spese per la progettazione*» ha introdotto l'istituto degli incentivi con lo scopo di incoraggiare l'attività del Responsabile Unico del Procedimento e degli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché dei collaboratori del RUP.

Il duplice scopo degli incentivi per la progettazione: valorizzare la professionalità dei dipendenti pubblici e incrementarne la produttività

La norma è stata poi ripresa nell'articolo 92 del D.Lgs. 18

aprile 2006, n. 163, che ha posto un tetto massimo alla somma destinabile agli incentivi.

In virtù di tale modifica, l'importo del compenso incentivante non avrebbe potuto superare il 50% del complessivo trattamento economico annuo lordo del dipendente che lo percepiva.

Nella sua versione originale il vecchio Codice, con lo scopo di valorizzare le risorse interne alle amministrazioni aggiudicatrici, al comma 5

dell'articolo 92 aveva previsto che una somma non superiore al 2% dell'importo posto a base di gara sarebbe stata «ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un **regolamento adottato dall'amministrazione**, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. ... La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. Le quote parti della predetta somma corrispondenti a prestazioni che non sono svolte dai predetti dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, costituiscono economie».

La corresponsione della quota tra i soggetti destinatari avveniva attraverso la creazione di un Fondo con vincolo di destinazione individuato da un apposito Regolamento interno; ne discende che tali somme dovute a titolo di incentivi per la progettazione si configuravano come una sorta di "salario accessorio" in quanto diritto soggettivo retributivo del dipendente pubblico.

Tuttavia sul punto, la Corte di Cassazione (cfr. sent. n. 13384/2004) ha avuto modo di precisare che il diritto a tale salario accessorio nasceva **direttamente dalla legge**, sicché avrebbe dovuto essere riconosciuto al dipendente indipendentemente dalla predisposizione di un apposito Regolamento da parte dell'Amministrazione.

La prima importante modifica dell'istituto si è avuta con il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 poi convertito in legge n. 114 del 2014.

A partire dal 19 agosto 2014, gli incentivi alla programmazione hanno trovato la propria disciplina nell'articolo 93 del d.lgs. 163/2006, il quale ha escluso dagli incentivi:

- la categoria dirigenziale, per la quale gli incentivi si intendevano inclusi nel complessivo trattamento economico percepito;
- le attività di pianificazione urbanistica e quelle di progettazione di attività di manutenzione straordinarie e ordinaria.

La modifica ha inoltre previsto la costituzione di un unico Fondo per la progettazione e l'innovazione nel quale far confluire importi non superiori al 2% di quelli posti a base di gara di un'opera o di un lavoro, che sarebbero stati destinati: per l'80%, ai dipendenti che avessero svolto funzioni tecniche con esclusione dei dirigenti; per il restante 20%, all'acquisto di beni, strumentazioni e tecnologie (cfr. commi 7 bis, 7 ter e 7 quater del D. Lgs. n. 163/2006).

La percentuale effettiva dell'importo da destinare al Fondo sarebbe stata ancora rimessa all'Amministrazione attraverso la redazione dell'apposito Regolamento e rapportata alla complessità e all'entità dell'opera da realizzare; parimenti, anche le modalità ed i criteri di riparto dell'80% dell'importo sarebbero stati affidati alla contrattazione decentrata integrativa del personale.

Nel tempo, dunque, il novero dei soggetti beneficiari degli incentivi è rimasto pressoché lo stesso.

La Corte di Cassazione ha precisato che l'incentivo costituisce una sorta di salario accessorio che trova la sua fonte direttamente nella legge



2. La legge delega e il "nuovo Codice dei Contratti Pubblici"

La modifica più rilevante in tema di incentivi per la programmazione si è avuta con il generale riordino della materia dei contratti pubblici, in recepimento delle Direttive europee n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE n. 2014/25/UE.

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, D.lgs. 50/2016, all'articolo 113 ha completamente stravolto l'istituto degli incentivi **escludendone la corresponsione per l'espletamento di funzioni progettuali** da parte dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni.

La modifica legislativa ha comportato quindi uno stravolgimento della *ratio* dell'istituto.

La legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11, al comma 1 lett. rr), tra i principi e i criteri direttivi, ha inserito infatti quello relativo alla destinazione di una somma non superiore al 2% dell'importo posto a base di gara, per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici **relativamente alla programmazione della spesa** per investimenti, alla predisposizione e al controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi,

escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione; il tutto al fine di incentivare «l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera».

Pertanto, secondo tale formulazione, il nuovo articolo 133 ha consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di retribuire, sempre previa adozione di un Regolamento interno e la stipula di un accordo di contrattazione decentrata, soltanto le funzioni gestionali, esecutive e di controllo (quindi attività di programmazione); il legislatore ha quindi ritenuto che per assicurare una maggiore efficienza amministrativa fosse necessario incoraggiare le attività di programmazione, anziché quelle più specialistiche inerenti alla progettazione che meglio possono essere soddisfatte facendo ricorso alle competenze dei professionisti che operano sul libero mercato. In base a tale formulazione quindi, la *ratio* dell'istituto può essere rinvenuta nella valorizzazione di attività prettamente burocratiche inerenti alla fase di programmazione e di esecuzione dei contratti pubblici.

Per quanto concerne le funzioni progettuali svolte da professionisti esterni della Stazione Appaltante, l'articolo 113 al comma 1 ha specificato che gli oneri necessari per coprire tali affidamenti *«fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture, negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti»*. La disposizione legislativa è stata infine modificata dall'articolo 76 del primo correttivo al Codice (D.lgs. n. 5672017), grazie al quale lo stanziamento degli incentivi è stato esteso anche agli appalti di servizi e forniture, in recepimento dell'orientamento giurisprudenziale nel frattempo emerso (cfr. Corte dei Conti sez. Lombardia del. N. 333/2016/PAR). La novità legislativa ha riscosso consensi da parte di coloro i quali avevano visto negli incentivi alla progettazione una minaccia per la libera concorrenza; viceversa, ha suscitato perplessità in chi ha notato la contraddizione tra il *favor* del

legislatore del nuovo Codice sull'affidamento delle attività di progettazione ai dipendenti interni e l'esclusione dei benefici economici per i progettisti. Si evidenzia infatti che l'articolo 23 comma 2 del nuovo codice stabilisce che *«per la progettazione di lavori di particolare rilevanza...le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materia oggetto del progetto...»*. Sicché è impossibile non notare il mancato coordinamento tra: l'affidamento esterno della progettazione solo in via residuale, da un lato; e l'eliminazione degli incentivi per la progettazione interna, dall'altro lato.

Ha destato ulteriori perplessità, altresì la modalità redazione dell'articolo 113, il quale al primo comma ha continuato ad includere anche la progettazione tra le funzioni tecniche. Sul punto si evidenzia che tale aspetto ha dato luogo ad una richiesta di parere alla Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo Lombardia.

La Corte, con deliberazione n. 333 del 16 novembre 2016, ha ritenuto che il compenso non spetti anche per le attività di progettazione indicate al comma 1 dell'articolo 133, in quanto il legislatore con il comma 1 ha inteso stabilire che gli oneri per le attività ivi menzionate fanno carico sugli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti, mentre con il comma 2 ha voluto definire il valore massimo del fondo incentivante (2% del valore dell'opera) e determinare i beneficiari dello stesso, tra i quali le attività relative alla progettazione ed al coordinamento della sicurezza non sono presenti.

La Corte dei Conti ha inoltre specificato che anche ANAC con deliberazione n. 973 del 14 settembre 2016 (linee guida sull'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura) ha chiarito che *«nel caso di progettazione interna non potrà essere riconosciuto l'incentivo del 2% in quanto non previsto dalla legge delega»*.

Non residua quindi alcun dubbio sul novero dei beneficiari degli incentivi indicati nella versione originaria dell'articolo 113 del D.lgs. 50/2016.

**L'articolo 113 D.lgs. 50/2016
esclude la corresponsione
di incentivi per
l'espletamento di
funzioni progettuali e la
mantiene esclusivamente
per le funzioni di
programmazione:
maggiore efficienza
amministrativa si
ottiene attraverso
l'incoraggiamento delle
attività di programmazione**



3. La riformulazione dell'istituto nello "Sblocca Cantieri"

In tal quadro, si è inserito il D.L. n. 32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri), che con l'articolo 1, comma 1 lett. aa) ha modificato l'art. 113 sostituendo le parole «*per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici*» con le parole «*per le attività di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, di verifica preventiva della progettazione*».

Nella relazione di accompagnamento al D.L. 32/2019 le modifiche all'art. 113 sono state motivate dalla **volontà di «incentivare alcune attività, espletate all'interno dell'amministrazione, connotate da un maggiore impegno e responsabilità»**: un ritorno quindi alla formulazione originaria (almeno per quanto riguarda la *ratio* dell'istituto).

Da una lettura superficiale di tale ulteriore modifica legislativa in tema di incentivi, potrebbe sembrare che il c.d. Sblocca Cantieri abbia eliminato dalla incentivazione tutte quelle funzioni che nel testo verrebbero soppresse (attività di programmazione) e letteralmente sostituite dalle nuove funzioni (nella sostanza l'attività di progettazione).

Tuttavia, lo Sblocca Cantieri non ha operato un'inversione di rotta rispetto alla versione originaria del Codice dei Contratti pubblici; da una riflessione più approfondita e sistematica, emerge infatti che **quelle attività (apparentemente soppresse) non sono altro che le funzioni del RUP**, secondo quanto previsto dall'art. 31 comma 4 lettere a) e c) ed espressamente evidenziate nella disposizione del comma 2 dell'art.113.

Ne discende, che anche queste ultime restano contemplate dalla disposizione e quindi **anche tutte le attività dell'Ufficio del RUP sono oggetto di remunerazione incentivante**.

Di contro, essendo rimasta inalterata la percentuale degli importi destinati agli incentivi, dovrebbe determinarsi una generale riduzione della singola quota di incentivo per ogni potenziale beneficiario

(in quanto viene ampliato l'ambito dei beneficiari).

4. La legge di conversione dello "Sblocca Cantieri"

Il travagliato *iter* legislativo relativo alla sorte degli incentivi per la programmazione e per la progettazione è infine giunto al termine con la legge di conversione del decreto Sblocca Cantieri. In sede di conversione infatti è stata **definitivamente esclusa** la possibilità per le amministrazioni di remunerare, sotto forma di incentivi, le attività di progettazione svolte da dipendenti interni.

D'altro canto la reintroduzione degli incentivi per la progettazione era stata molto criticata dal mondo dei professionisti operanti negli appalti pubblici.

In particolare, Fondazione Inarcassa ha accolto con molto favore la soppressione dell'incentivo alla progettazione per i tecnici interni alla P.A., in quanto, a parere del Presidente, favorire l'affidamento interno della progettazione «*avrebbe potuto provocare una ulteriore riduzione degli incarichi pubblici a favore dei liberi professionisti, già fortemente in crisi. I dipendenti pubblici devono essere messi nelle condizioni di operare al meglio nelle loro indispensabili funzioni di programmazione, coordinamento e controllo*» (cfr. intervista del 24 giugno 2019 svolta da lavoripubblici.it).

Tale è proprio la *ratio* dell'istituto già evidenziata nell'originaria formulazione dell'articolo 113 del D.lgs. 50/2016.

Ad oggi dunque l'articolo 113 del D.Lgs. n. 50/2016, rubricato "Incentivi per funzioni tecniche", risulta così formulato: «1. **Gli oneri inerenti alla progettazione ... fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della**

spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.
2. **A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le**

**Lo Sblocca Cantieri
ri-ammette le attività
di progettazione
nella remunerazione
incentivante, senza
escludere le attività di
programmazione**



attività di programmazione ...».

Il testo dell'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016, dopo la conversione in Legge n. 55/2019 del decreto Sblocca Cantieri, resta, dunque, quello originario e le attività incentivabili continuano ad essere quelle relative alla programmazione della spesa per investimenti, alla valutazione preventiva dei progetti, alla predisposizione ed al controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici.

Si riporta di seguito uno schema riassuntivo relativo alla suddivisione degli incentivi per funzioni tecniche:

- **Oneri di progettazione** (inerenti alle attività svolte da direttore lavori/direttore dell'esecuzione del contratto; collaudi/verifiche di conformità; piani di sicurezza; prestazioni specialistiche per la redazione del progetto esecutivo): remunerati attraverso gli stanziamenti previsti per i singoli appalti nella previsione di spesa o nei bilanci;
- **Funzioni tecniche di progettazione svolte da dipendenti interni** (attività relative alla programmazione di investimenti, alla valutazione preventiva, al controllo delle procedure, all'esecuzione del contratto, alle attività del RUP, del DL/ Direttore dell'esecuzione, del collaudo/verifica di conformità): creazione di un Fondo vincolato (a valere sugli stanziamenti del relativo appalto: medesimo capitolo di spesa del singolo appalto) pari al 2% dell'importo dell'appalto;
 - modalità di remunerazione applicabile anche ai dipendenti delle Centrali Uniche di Committenza e per gli appalti di servizi e forniture;
 - **eccezioni:** sono escluse da questa modalità di remunerazione quelle amministrazioni che abbiano stipulato specifici contratti o convenzione (oltre ai dirigenti, come già specificato nel testo previgente)
- **Adozione di un Regolamento interno:** stabilisce i criteri e le modalità per la ripartizione del fondo (criterio generale: 80% dell'importo del Fondo destinato alle attività di RUP e collaboratori; 20% destinato all'acquisto di beni e strumentazioni, possibilità di finanziamento

- di tirocini formativi e di dottorati di ricerca);
- **L'incentivo è disposto da Dirigente o Responsabile del Servizio;**
- **Limite incentivi:** 50% dell'importo annuo lordo dello stipendio del dipendente;
- **Esclusione dei Dirigenti dal riparto degli incentivi.**

5. Problemi applicativi

Il quadro normativo sopra delineato ha posto l'accento sulle numerose modifiche normative a cui è stato sottoposto l'istituto degli incentivi per le funzioni tecniche destinati ai dipendenti interni delle pubbliche amministrazioni.

Nel corso degli anni, come visto, la Corte dei Conti si è ritrovata più volte a dover esaminare richieste provenienti dalle PA relative alla corresponsione o meno di tali incentivi. Tutti i dubbi interpretativi riscontrati nel corso degli anni discendevano proprio dalle modifiche legislative succedutesi nel tempo. Va da sé che anche l'ultima recente e repentina modifica potrebbe comportare anch'essa problematiche applicative inerenti all'individuazione delle attività incentivate e dei beneficiari di tali incentivi. Sul punto, pare opportuno evidenziare che la Legge di conversione

Legge di conversione del decreto Sblocca cantieri: dietrofront sulla reintroduzione degli incentivi per la progettazione, l'apertura al libero mercato consente di attingere a soggetti muniti di competenze specialistiche



n. 55/2019, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17.6.2019 è entrata in vigore il giorno successivo; inoltre, l'articolo 1, comma 2 prevede che «*restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'articolo 1 del medesimo decreto legge 18 aprile 2019, n. 32*». In tal quadro, risulta evidente che l'eclatante *dietrofront* avvenuto sulla reintroduzione degli incentivi per le funzioni di programmazione potrebbe dar luogo a rilevanti problemi applicativi di carattere *inter-temporale*. In particolare, potrebbero sorgere dubbi relativamente alle attività incentivabili svolte tra il 19 aprile 2019 ed il 17 giugno 2019. Come anticipato nei precedenti paragrafi, l'incentivo costituisce una sorta di *salario accessorio*; sicché, proprio come il salario, è caratterizzato da una **natura sinallagmatica**.

La Corte di Cassazione (Sez. Lavoro, 19 luglio 2004, n. 13384) ha infatti definito l'incentivo come un vero e proprio **diritto soggettivo di natura retributiva**, che inerisce al rapporto di lavoro in corso, nel cui ambito va individuato l'obbligo per l'amministrazione di adempiere, a prescindere dalle condizioni e dai presupposti per rendere concreta l'erogazione del compenso.

Ne discende che al fine della corresponsione dell'incentivo ai dipendenti della pubblica amministrazione, non rileva la data di emanazione del bando di gara o della stipula del contratto con l'operatore economico, bensì **il momento di effettivo svolgimento dell'attività**.

Lo stesso ragionamento vale ovviamente anche per le prestazioni di durata, cioè quelle che non si esauriscono in una singola attività (come quelle legate alla progettazione o al coordinamento della sicurezza), ma si svolgono lungo un certo arco di tempo. Ebbene per tali attività, secondo il ragionamento della Corte di Cassazione, si dovrà prendere a riferimento la frazione di attività compiuta nell'arco temporale tra le due modifiche legislative.

Tuttavia, come confermato dalla deliberazione n. 72 del 9 aprile 2019 della Corte dei Conti, la corresponsione dell'incentivo necessita anche di un altro presupposto consistente nel fatto che **sia avvenuto l'accantonamento delle risorse**.

In base a tale orientamento, non sarebbe possibile impegnare *ex post* le risorse necessarie alla retribuzione delle attività incentivate, in quanto gli incentivi fanno capo al «*medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture*» e il comma 5 bis dell'art. 113 «*impone che l'impegno di spesa, ove si tratti di opere, vada assunto nel titolo II della spesa, mentre, nel caso di servizi e forniture, deve essere iscritto nel titolo I, ma con qualificazione coerente con quella del tipo di appalti di riferimento*».

Il tutto riconferma l'impianto generale per l'erogazione dell'incentivo, che se impegnato al di fuori del momento progettuale si configurerebbe

elusivo del principio della competenza finanziaria potenziata, che impone di imputare gli impegni e gli accertamenti all'esercizio in cui viene a scadere l'obbligazione giuridicamente perfezionata, e che si configura come regola a garanzia dell'effettività del principio di sana amministrazione. Ciò premesso, deve però ritenersi che, oltre agli elementi sopra richiamati, risulta altrettanto necessario che le amministrazioni aggiudicatrici **abbiano adottato il Regolamento** previsto dall'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016. Tale Regolamento interno costituisce infatti il provvedimento nel quale sono riportati i criteri e le modalità da seguire per la corresponsione degli incentivi ai beneficiari.

Non può, pertanto, aversi ripartizione del Fondo tra gli aventi diritto, se non dopo l'adozione del prescritto regolamento, i cui effetti non potranno essere retroattivi. Considerando che la reintroduzione degli incentivi per la programmazione ha prodotto

effetti per appena due mesi, appare altamente probabile che molte amministrazioni non abbiano provveduto alla modifica del Regolamento.

Tuttavia, la posizione dei beneficiari degli incentivi, per un verso, si cristallizza al momento dell'esecuzione dell'attività; per altro verso, costituisce un diritto soggettivo derivante da un rapporto di natura sinallagmatica. Pertanto, la mancata corresponsione dell'incentivo a causa di una mera negligenza dell'Amministrazione (mancata adozione o modifica del Regolamento) risulterebbe contro la natura stessa dell'incentivo. Sicché, sul punto, non possiamo che

auspicare in un ulteriore chiarimento da parte della Corte dei Conti.

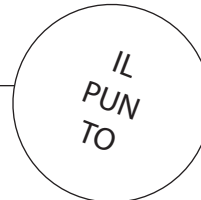
Come spesso accade, nelle materie particolarmente operative come quella degli appalti pubblici, le numerose modifiche legislative, a discapito della decantata semplificazione e razionalizzazione dell'azione amministrativa, creano invece incertezza del diritto applicabile *ratione temporis* ed un aumento degli adempimenti burocratici.

La Corte di Cassazione (Sez. Lavoro, 19 luglio 2004, n. 13384) ha definito l'incentivo come un vero e proprio diritto soggettivo di natura retributiva, che inerisce al rapporto di lavoro in corso, nel cui ambito va individuato l'obbligo per l'amministrazione di adempiere, a prescindere dalle condizioni e dai presupposti per rendere concreta l'erogazione del compenso.



Discrezionalità amministrativa nel project financing a iniziativa privata

di Paola Cartolano



Premesse

Nel nostro ordinamento la norme relative alla **finanza di progetto (o project financing)** trovano collocazione nell'ambito della disciplina del cd. Partenariato Pubblico Privato (**PPP**), caratterizzandosi come un particolare metodo di affidamento di costruzione e gestione dell'opera pubblica, alternativo rispetto a quello della concessione *tout court*.

Il PPP, riferendosi a una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, può essere scelto dalle Pubbliche Amministrazione qualora queste intendano affidare ad un operatore privato l'attuazione di un progetto per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e per la gestione dei relativi servizi: l'art. 3 del D.Lgs. 163/2006, nel D.Lgs. n. 50/2016 ("**Codice Appalti**") definisce infatti il "contratto di partenariato pubblico privato" come «*il contratto a*

titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore ...».

Ai sensi dell'art. 183 commi 15-19 del D.Lgs. 50/2016 i privati possono presentare alle PA proposte spontanee di finanza di progetto relative alla realizzazione di lavori o servizi non presenti negli strumenti di programmazione già approvati



in grado di generare, nella fase di gestione, flussi di cassa sufficienti a rimborsare il debito contratto dal privato per la sua realizzazione e remunerare il capitale di rischio.

Rispetto alla normativa previgente (contenuta nell'abrogato articolo 153 del D.Lgs. n. 163/200), l'attuale Codice Appalti prevede solo due procedure relative alla finanza di progetto:

- procedura su iniziativa dell'ente pubblico, per la realizzazione di lavori già inclusi negli strumenti di programmazione (commi 1-14);
- procedura su iniziativa privata, per lavori non presenti nella programmazione (commi 15-19).

Ai fini del presente contributo ci soffermeremo sull'istituto del **project financing a iniziativa privata**, oggi disciplinato dall'art. 183 commi 15-19 del Codice Appalti – e ancor prima dall'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006 -, ai sensi del quale gli operatori economici possono presentare alle Pubbliche Amministrazioni proposte spontanee di finanza di progetto relative alla realizzazione di lavori o servizi non presenti negli strumenti di programmazione già approvati dalle Amministrazioni stesse.

1. Le fasi del project financing a iniziativa privata

Come avremo modo di vedere nel prosieguo del presente contributo, rispetto ai tipici moduli contrattuali pubblicistici, l'istituto del *project financing* ad iniziativa privata si contraddistingue perché **la fase di iniziativa non è assunta dall'Amministrazione** – con valutazioni prodromiche alla decisione di indire gare pubbliche - bensì dal privato, i cui progetti e le cui proposte necessitano, dunque, di essere "introitate" e fatte proprie dalla Amministrazione, in quanto reputate coerenti e confacenti con gli indirizzi programmatici e le esigenze pubbliche di cui sono istituzionalmente portatrici.

Detto procedimento del *project financing* a iniziativa privata è articolato in fasi: la prima fase consiste nella presentazione di una proposta da parte dei soggetti privati cui è riconosciuta la relativa facoltà; a tale fase ne segue un'altra, di valutazione della proposta da parte della Pubblica Amministrazione ai fini della verifica della fattibilità del progetto e dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera, che si conclude con l'individuazione della proposta di pubblico interesse, propedeutica alla successiva (ed ultima) fase consistente nell'indizione della procedura di gara per l'aggiudicazione della concessione.

Più nel dettaglio, la procedura individuata dall'**art. 183 commi 15-19 del Codice Appalti** prevede che «*Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. ... L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. ... Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. ...».*

Detta procedura può essere schematizzata come segue:

Fase di iniziativa

- Presentazione della proposta spontanea (progetto di fattibilità) da parte del Proponente

Fase di valutazione della proposta

- Entro 3 mesi (termine perentorio) dalla data di presentazione, valutazione di fattibilità della proposta da parte dell'Amministrazione
- Delibera di fattibilità della proposta - Nomina del Proponente come Promotore - Nomina del RUP ed adempimenti necessari
- Eventuale richiesta dell'Amministrazione ad apportare al progetto di fattibilità talune modifiche necessarie per l'approvazione
- Inserimento del progetto di fattibilità

eventualmente modificato nella programmazione triennale dei lavori pubblici da adottarsi ai sensi dell'art. 21 del Codice Appalti

- Conferenza dei servizi per approvazione del progetto di fattibilità ex art. 27 del Codice Appalti (art. 14-*bis* L. 241/90)
- Approvazione del progetto di fattibilità
- Modifiche al progetto di fattibilità richieste in sede di conferenza dei servizi
- Approvazione
- Preparazione documentazione ed indizione della gara

Fase di gara

- Svolgimento della gara ad evidenza pubblica, a cui è invitato a partecipare il Promotore
- L'Amministrazione valuta le proposte pervenute con quella del Promotore rispetto al progetto posta a base di gara
- Se il Promotore non risulta aggiudicatario, lo stesso può eventuale esercitare del diritto di prelazione nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario allineandosi a quest'ultima
- Aggiudicazione
- Adempimenti amministrativi successivi all'aggiudicazione - clausola di *stand still*/firma del contratto di concessione.

Dunque, successivamente alla presentazione della proposta da parte del privato, l'Amministrazione è tenuta a valutare non più esclusivamente l'interesse pubblico sotteso alla proposta (come era previsto dall'art. 153, comma 19 D.Lgs. 153/2006), bensì ad operare una più stringente verifica sulla fattibilità della proposta.

In merito alla ricostruzione dei rapporti tra la fase di valutazione della proposta e scelta del promotore e quella di affidamento della concessione sulla base della proposta del primo, è stato ravvisato un nesso di presupposizione necessaria, individuabile nel fatto che a base di quest'ultima vi è il progetto presentato dal promotore, la cui proposta sia stata dichiarata di pubblico interesse dall'amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 2 agosto 2018, n. 4777).

In tal senso, milita il disposto dell'art. 183 del Codice Appalti laddove al comma 15 prevede che il

progetto di fattibilità contenuto nella proposta del privato ed approvato dall'amministrazione «è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente». Inoltre, l'esistenza di un rapporto di presupposizione tra le due fasi è ulteriormente avvalorata dal diritto di prelazione spettante a favore del proponente il cui progetto di fattibilità sia stato posto a base di gara, che la disposizione citata obbliga a prevedere nel bando.

Dunque il progetto prescelto dall'ente affidante costituisce la mera "base" della gara vera e propria, dal momento che «nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto» (art. 183, comma 15).

A riguardo è opportuno richiamare anche la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28 gennaio 2012, n. 1 che – sotto la vigenza dell'art. 153 del D.Lgs. 163/2006 il cui art. 153 faceva riferimento alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta, in luogo della fattibilità della proposta indicata oggi dal vigente art. 183 del Codice Appalti - ha affermato che il procedimento di *project financing* è articolato in **sub procedimenti**, fra i quali la fase che si conclude con la selezione del promotore «è il "cuore" dell'intera procedura», poiché all'esito dello stesso viene attribuito un vantaggio ai fini della fase di gara, donde l'onere di impugnare immediatamente l'atto finale.

Quindi, l'interesse del privato la cui proposta di *project financing* non è stata ritenuta dall'Amministrazione "di pubblico interesse" (oggi "fattibile" ai sensi dell'art. 183 comma 15 del Codice Appalti) si concentra

esclusivamente su questa fase, rispetto alla quale nell'avvio di quella successiva finalizzata all'affidamento della concessione mediante gara non vi sono ulteriori valutazioni da parte dell'Amministrazione medesima.

Il procedimento del project financing a iniziativa privata è articolato in fasi scandite dall'art. 183 comma 15 del D.Lgs. 50/2016



2. La discrezionalità amministrativa nel *project financing*

Come osservato nel paragrafo che precede, la fase di valutazione della proposta del privato non è finalizzata alla ricerca di un "contraente", ma solo di una "proposta" che rivesta pubblico interesse: circostanza con inevitabili effetti circa i limiti del sindacato giurisdizionale in ipotesi di provvedimenti assunti dalle Amministrazioni atti a ledere gli interessi legittimi dei privati proponenti. Come osservato in ambito giurisprudenziale, infatti «*la scelta del promotore, ancorché procedimentalizzata, è intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore*» (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 febbraio 2011 n. 843; in termini analoghi, Consiglio di Stato, Sez. V, 31 agosto 2015 n. 4035).

Proprio in ragione di tale peculiarità, con diverse pronunce il Giudice Amministrativo si è espresso individuando nella fase preliminare di individuazione del promotore un carattere di **ampia discrezionalità amministrativa**.

In termini generali l'attività amministrativa si definisce discrezionale quando la soddisfazione dell'interesse pubblico individuato dalla norma di legge impone alla Pubblica Amministrazione una valutazione di merito circa le modalità più efficaci per soddisfare l'interesse predetto. A tal fine l'Amministrazione è chiamata a eseguire una comparazione fra interesse pubblico da perseguire e gli interessi privati che, eventualmente, si frappongono alla realizzazione del primo. La valutazione sottesa all'agire discrezionale, dunque, manifesta una scelta di merito dell'Amministrazione, coperta da una riserva amministrativa, su cui il giudice non ha potere di sindacato pieno.

Indubbiamente, censurabili da parte del giudice risulteranno tutte le eventuali doglianze relative al discostamento dell'esercizio concreto del potere amministrativo rispetto alla norma che lo riconosce e disciplina.

Come detto, diverse sono le pronunce che nell'ambito del *project financing* rilevano

un'ampissima discrezionalità amministrativa: in termini espliciti, si è affermato che, essendo la prima fase del *project financing* ex art. 183 del Codice Appalti «*non soggetta, in generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi*», ne consegue che l'amministrazione esercita in tale fase «*un alto grado*» ovvero il «*massimo margine*» di discrezionalità se non, addirittura, «*una valutazione di merito*» ed «*una scelta eminentemente politica*» (T.A.R. Emilia - Romagna, Bologna, Sez. I, 23 aprile 2008 n. 1552).

Di recente è stato ancora ribadito che «*il primo segmento procedimentale del cd. "project financing" ... si connota non già in termini di concorsualità, id est di gara comparativa finalizzata alla individuazione di un vincitore*»; ma che, all'esatto opposto, «*in questa fase ciò che rileva è esclusivamente l'interesse della Amministrazione ad includere le opere e i servizi proposti dal privato negli strumenti di programmazione, all'uopo nominando "promotore" il soggetto imprenditoriale il cui progetto sia risultato maggiormente aderente ai desiderata e agli interessi dell'Ente*»: nella prima fase, pertanto, «*gli interessi privati rimangono, per così dire, sullo sfondo, non essendosi ancora entrati nella fase della procedura pubblica di selezione finalizzata a consentire alle imprese interessate il conseguimento del sostanziale bene della vita, costituito dalla aggiudicazione di una pubblica commessa*» (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, sent. 28 marzo 2019 n. 279). Proprio in ragione di quanto precede, il Giudice Amministrativo ha altresì ribadito che, nel caso della scelta del promotore, «*trattasi ... di valutazione per sua stessa natura connotata da ampi margini di discrezionalità*»; sicché, non rilevando evidenti vizi di ragionevolezza, perplessità o logicità alla base della scelta dell'Amministrazione, ha rigettato il gravame. Nel caso di specie, è stata rilevata l'ampia discrezionalità amministrativa anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse della proposta del privato e l'individuazione del promotore in quanto, ad avviso del giudice, l'Amministrazione non può dirsi tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione: in materia di *project financing* la fase "preventiva" della individuazione del progetto e della sua collocazione nell'alveo dei pubblici interessi è, dunque, connotata da ampi margini di discrezionalità.

Sul punto anche di recente si è espresso il Consiglio di Stato che, richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale, ha ritenuto che anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera (con la conseguente individuazione del promotore privato) la Pubblica Amministrazione non è tenuta a dare corso alla gara per l'affidamento della relativa concessione, per due motivi fondamentali: a) la scelta del promotore costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa, che implica ampie valutazioni relativamente all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera; b) la posizione di vantaggio si esplica fattivamente solo in un momento successivo a quello dell'intervento della decisione di affidamento della concessione. Da ciò deriva, scrivono Palazzo Spada che *«dalla dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore privato non deriva alcun vincolo per l'amministrazione di affidare la concessione, essendo necessaria da parte di quest'ultima una scelta ulteriore, analogamente a quanto avviene per qualsiasi decisione di affidare un contratto»* (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 4 febbraio 2019, n. 820).

Ne deriva pertanto che la dichiarazione di pubblico interesse/di fattibilità non fa maturare in capo al promotore un diritto all'indizione della procedura, bensì una mera aspettativa che permane condizionata alle valutazioni di pertinenza dell'Amministrazione.

Nell'ambito del medesimo filone è rinvenibile un'altra pronuncia che evidenzia la natura tipicamente discrezionale che connota la procedura del c.d. *project financing* in quanto, una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici e individuato il promotore privato, l'Amministrazione non è tenuta a dare corso all'ulteriore fase della procedura di gara costituita dal confronto concorrenziale tra i vari operatori economici per l'affidamento della relativa concessione; tale scelta, infatti, costituisce

una tipica manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera. Ne deriva, secondo il giudice amministrativo, che il promotore, anche a seguito della dichiarazione di pubblico interesse della proposta, non acquisisce alcun diritto all'indizione della procedura rimanendo, all'opposto, titolare di una mera aspettativa non tutelabile rispetto alle insindacabili scelte dell'Amministrazione; nella presentazione del progetto, del resto, vi è un'assunzione consapevole di rischio da parte del promotore a che lo stesso non venga poi in concreto realizzato, con la conseguenza che l'abbandono

del progetto da parte dell'Amministrazione non integra in capo al proponente alcuna pretesa risarcitoria e nemmeno indennitaria (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, sentenza 17 giugno 2019 n. 1388).

La PA in fase di scelta del promotore di un project financing gode di amplissima discrezionalità in ragione - non della scelta della migliore tra una pluralità di offerte - ma di una valutazione di interesse pubblico che giustifichi l'inserimento di un determinato progetto nei propri strumenti di programmazione



3. Risvolti giurisdizionali

Dall'esame delle pronunce intervenute in merito alla procedura di *project financing* deriva che - come visto - la scelta dell'Amministrazione da assumere nella fase iniziale e di valutazione della proposta costituisce una tipica manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità se non in presenza di vizi logici, di manifesta irragionevolezza, carenza di motivazione o travisamento dei fatti.

È stato infatti rilevato che detta **discrezionalità amministrativa è esercitabile solo entro determinati limiti** in quanto il Codice Appalti non consente più un esercizio pienamente libero e sostanzialmente insindacabile della discrezionalità amministrativa ai fini della cd. "dichiarazione di pubblico interesse" della proposta spontanea, ma

viceversa l'accento posto nella nuova norma sulla "fattibilità tecnica" impone il rispetto dei principi di contraddittorio e di ampia e congrua motivazione propri dei procedimenti amministrativi formali (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I-*quater*, sentenza 11 maggio 2017, n. 5702).

Il Giudice Amministrativo ha infatti stabilito che, nell'ambito di una proposta di *project financing* proveniente da un proponente privato, l'Amministrazione può dissentire solo motivatamente e tale motivazione deve consistere nel rifiuto da parte del privato di adeguare il progetto alle richieste di adeguamento formulate dall'Amministrazione stessa.

Circa il sindacato giurisdizionale relativo alle decisioni assunte dalle Amministrazioni in relazione a proposte di *project financing* è stato inoltre rilevato che «L'amministrazione, in fase di scelta del promotore di un *project financing*, gode di **amplissima discrezionalità, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti**, in funzione non della scelta della migliore tra una pluralità di offerte, bensì di una valutazione di interesse pubblico che giustifichi l'inserimento di un determinato progetto nei propri strumenti di programmazione. La corretta composizione dei contrapposti interessi in gioco - quello alla speditezza del procedimento e alla scelta della proposta più confacente all'interesse pubblico, unitamente all'interesse individuale di ciascun proponente a vedere valutata la propria offerta, pur in presenza di altre offerte analoghe - si rinviene nel pacifico riconoscimento della facoltà dell'amministrazione di non dare corso alla gara per l'affidamento del progetto e di intervenire in autotutela sulla dichiarazione di pubblico interesse, ogniqualvolta ravvisi la sussistenza di sopravvenuti motivi, anche di natura economica in relazione al risparmio di spesa, a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, come ben può accadere all'esito della presentazione di una nuova proposta avente il medesimo oggetto di quella già dichiarata di interesse» (T.A.R. Toscana - Firenze, 28 febbraio 2018, n. 328).

La valutazione discrezionale della PA circa la proposta di project financing è sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti



È inoltre interessante soffermarsi sul "rito" da instaurare in ambito giurisdizionale ai fini dell'impugnazione di dette determinazioni delle Amministrazioni lesive dell'interesse legittimo del privato: a riguardo è rinvenibile una giurisprudenza che si è occupata dei termini processuali applicabili all'impugnazione di provvedimenti di un procedimento di *project financing*, in particolare ricordando l'applicazione del **rito ordinario** all'impugnazione di provvedimenti inerenti la fase di valutazione della proposta avanzata dal privato e del **rito c.d. appalti** per quelli inerenti la fase di scelta del contraente nell'ambito della gara ad evidenza pubblica.

Sul punto si segnala la sentenza del TAR Veneto - Venezia, Sez. 1[^], 7 agosto 2018 n. 855 e la copiosa giurisprudenza ivi richiamata, che giunge a respingere la tesi che voleva la controversia sottoposta al rito c.d. appalti, ed ai relativi termini, in ragione dell'oggetto del contendere, poiché «... costituisce *ius receptum* in giurisprudenza il principio in base al quale nella procedura di *project financing* occorre distinguere la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: la prima fase, ancorché in qualche misura proceduralizzata, è connotata da *amplissima discrezionalità amministrativa*, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico

che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore, mentre la seconda fase costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 1-Cons. Stato, Ad. Plen. 15 aprile 2010, n. 2155, richiamata da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1; T.A.R. Marche, sez. I, 25 novembre 2016, n. 664; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 1349)..... In particolare, appare utile ricordare che la c.d. prima fase, limitata all'ipotesi della proposta di iniziativa privata (art. 153, comma 19, del decreto legislativo

12 aprile 2006, n. 163), riguarda la valutazione della proposta e la dichiarazione di pubblico interesse; tale valutazione (essenzialmente discrezionale) richiede un giudizio di rispondenza all'interesse pubblico dell'opera a realizzarsi, nonché dei costi di realizzazione e di gestione e dei contrapposti benefici rivenienti al soggetto pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237). Orbene, appare evidente come la fattispecie concreta oggetto del presente vaglio giurisdizionale non abbia mai "superato" la prima fase (fase preliminare conclusasi, addirittura, con la dichiarazione di assenza di pubblico interesse della proposta di finanza di progetto) e che, pertanto, nessuna procedura competitiva per l'"affidamento" abbia mai preso corpo nel caso in esame, con conseguente inapplicabilità delle regole proprie del rito speciale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 119 e 120 cod. proc. amm...

1.4. Tale conclusione è, peraltro, corroborata dall'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22, secondo cui la disciplina di cui agli artt. 119 e 120 cod. proc. amm. ha carattere derogatorio rispetto alla disciplina processuale comune, e ciò implica, sul piano ermeneutico, l'utilizzo di parametri interpretativi che tengano conto della natura eccezionale delle disposizioni medesime e che precludano all'interprete l'utilizzo di canoni interpretativi estensivi e analogici, ma anche teleologici. ... Inoltre, come chiarito nella stessa sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22, la parola "affidamento" (cfr. l'art. 119, comma 1, lett. a), cod. proc. amm.: <<i>provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture [...]>>; cfr. l'art. 120, comma

1, cod. proc. amm.: <<Gli atti delle procedure di affidamento [...]>>) dev'essere decifrata come significativa dell'atto con cui, contestualmente, la pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto: appare evidente che nessuna "procedura di affidamento" nel caso in esame è stata avviata, con conseguente inapplicabilità delle regole proprie del rito speciale scolpito dagli artt. 119 e 120 cod. proc. amm.».

4. Conclusioni

Come rilevato dalla copiosa giurisprudenza riferita nei paragrafi che precedono, benché la fase iniziale della procedura di *project financing* a iniziativa privata sia connotata da un'ampia discrezionalità amministrativa in ordine alla valutazione della proposta del privato circa la fattibilità della stessa e la corrispondenza a un interesse pubblico che

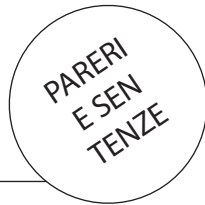
giustifichi l'inserimento di un determinato progetto nei propri strumenti di programmazione, il provvedimento assunto dall'Amministrazione non è *tout court* insindacabile dal giudice in quanto è impugnabile l'atto illegittimo in presenza di vizi logici, di manifesta irragionevolezza, travisamento dei fatti o carenza di motivazione.

Il suddetto principio sancisce dunque l'applicazione anche alla valutazione delle proposte di *project financing*

dell'obbligo di trasparenza e ragionevolezza che devono improntare tutti gli atti amministrativi, principi già espressi dalla L. n. 241/1990 ed ancor prima dalla nostra Costituzione.

Ai fini del sindacato giurisdizionale, trovano applicazione il rito ordinario per l'impugnazione di provvedimenti inerenti la fase di valutazione della proposta e il rito c.d. appalti per l'impugnazione di provvedimenti inerenti la fase di gara per la scelta del contraente

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 23/8/2019, n. 5828

Il possibile "gioco" delle clausole di franchigia potrebbe alterare il livello di copertura della idoneità del "livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali"

"... vale osservare che l'idoneità di un "livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali" a fungere (in potenziale e facoltativo concorso con il fatturato minimo e i movimenti contabili) da strumento dimostrativo di capacità economica e finanziaria discende, nella logica inferenziale valorizzata dall'art. 83, comma 4 del d. lgs. n. 50/2016, proprio dal suo concorrente rilievo qualitativo (che evoca la complessiva affidabilità dell'impresa, che si dimostra in grado di acquisire idonee coperture ai rischi professionali generati nella sua attività, in termini di merito creditizio) e quantitativo (che allude alla sostenibilità dei relativi costi, nel quadro economico complessivo delle commesse gestite).

In tale prospettiva, la "adeguatezza" del "livello" di copertura (che, già sul piano testuale, evoca e sottende, con semantica scalare, la relativa dimensione quantitativa), si parametrizza sulla capacità di garantire in concreto i rischi professionali, non solo in relazione ai massimali risarcitori divisati con le imprese assicurative, ma anche con riguardo alle eventuali limitazioni "dal basso" della relativa responsabilità.

In questo senso, il possibile "gioco" delle clausole di franchigia (che, naturalmente, incide sulla struttura interna dei costi d'impresa – essendo, come tale, indice di capacità finanziaria – non meno che sul grado di affidabilità che le imprese assicuratrici sono disposte a riconoscere all'atto di assunzione dei rischi coperti) è, obiettivamente, in grado di alterare il livello di copertura, fino al segno di legittimare potenziali apporti assicurativi talmente condizionati dal negoziato esonero di responsabilità da abbattere decisamente l'onere del relativo premio e da agevolare l'assunzione solo del grado di rischio connotato, di là dalla consistente soglia esonerativa, di un grado basso o addirittura irrisorio di probabilità)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 20/8/2019, n. 574

"l'anteriorità del contratto di avvalimento rispetto al termine ultimo per la presentazione delle offerte altro non è che il predicato implicito della norma di cui all'art. 89" del d.lgs. 50/2016

"Va innanzitutto detto, sotto il profilo della necessità o meno che il contratto di avvalimento presenti una "data certa" (quale può risultare da un atto pubblico o da scrittura privata autenticata, ovvero – indirettamente – dalla registrazione del contratto stipulato nella forma della scrittura privata), che una cosa è la produzione dello stesso unitamente alla documentazione di gara (ossia entro la scadenza del termine per la presentazione delle offerte), un'altra il deposito del documento (in originale o secondo le modalità della copia conforme) successivamente alla scadenza di tale termine, a seguito di attivazione del soccorso istruttorio (ove ne ricorrano i presupposti, come nel caso di specie).

L'art. 89, comma primo cpv del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, in particolare, che "Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto". La norma, in effetti, non prevede che il contratto in questione venga depositato in una forma tale da garantire l'avvenuta stipulazione in data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte, tale requisito essendo implicito nella lettera della legge, che infatti si riferisce – testualmente – alla produzione del contratto unitamente domanda di partecipazione, la quale non potrebbe che essere proposta prima della scadenza di detto termine (con la conseguenza che il contratto ad essa allegato dovrà essere anch'esso perlomeno contestuale).

Per l'effetto, l'anteriorità del contratto di avvalimento rispetto al termine ultimo per la presentazione delle offerte altro non è che il predicato implicito della norma di cui all'art. 89 cit."

Consiglio di Stato, Sez. V, 13/8/2019, n. 5717

"il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione"

"La giurisprudenza ha infatti evidenziato che se la stazione appaltante abbia effettuato una comunicazione incompleta, nella quale cioè non sono specificate le ragioni di preferenza o alla quale non sono allegati i verbali di gara, così come se, pur in presenza di comunicazione esaustiva e completa degli atti richiesti, è indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario per aver chiare le ragioni che hanno spinto a preferirla, l'impresa concorrente può senz'altro richiedere di accedere agli atti della procedura, ma detta richiesta di accesso non sospende tuttavia la decorrenza del termine ordinario d'impugnazione (ex multis, Cons. Stato, IV, 21 marzo 2016, n. 1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; 5 novembre 2012, n. 5588; III, 13 maggio 2012, n. 2993; IV, 2 settembre 2011, n. 4973; V, 25 luglio 2011, n. 4454).

qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso (ovvero, in qualunque modo tenga una condotta di carattere dilatorio), il potere d'impugnare non si consuma con il decorso del termine di legge, ma è incrementato del numero di giorni necessari per poter acquisire i documenti stessi (cfr. Cons. Stato, V, 15 maggio 2019, n. 3153; 3 aprile 2019, n. 2120; III, 14 gennaio 2019, n. 349; V, 5 febbraio 2018, n. 718; III, 22 luglio 2016, n. 3308; III, 28 agosto 2014, n. 4432), così che "il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione (...), ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il

soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione (inter multis, Cons. Stato, III, 6 marzo 2019, n. 1540; V, 13 febbraio 2017, n. 592)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 8/8/2019, n. 5628

La procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle Amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale ... in tal caso non sussiste l'obbligo del tetto massimo di 30 attribuibile all'offerta economica

"...l'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 si limita a disporre che «l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento dei contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione».

Appare dunque preclusa, e comunque altamente dubbia, sul piano della ratio legis, ed in ragione del generico rinvio all'art. 95, la applicabilità della disposizione di cui al comma 10-bis alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, caratterizzantesi in termini di urgenza, finalizzata ad assicurare il servizio nelle more dell'espletamento della gara CONSIP".

Consiglio di Stato, Sez. V, 2/8/2019, n. 5505

Differenza tra soluzioni migliorative e varianti. Resta preclusa, comunque, la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione

"La legge di gara consentiva ai concorrenti di offrire soluzioni tecniche migliorative rispetto a quelle individuate nel progetto posto a base di gara, mentre non ammetteva varianti progettuali.

Invero, per costante giurisprudenza, nelle procedure ad evidenza pubblica finalizzate all'aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva disposizione contenuta nella disciplina di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dall'amministrazione.

Ne deriva che possono essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 270; 10 gennaio 2017, n. 42; 16 aprile 2014, n. 1923)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 29/7/2019, n. 5308

1. Sulla mera dichiarazione di impegno a disporre, "in caso di aggiudicazione" e "per tutto il periodo della concessione", di un centro di preparazione pasti

"Non ha errato il primo giudice nel valorizzare la precisione dell'art. 12 del capitolato speciale, a tenore del quale requisito di partecipazione alla procedura era la mera dichiarazione di impegno a disporre, "in caso di aggiudicazione" e "per tutto il periodo della concessione", di un centro di preparazione pasti a distanza non superiore a 20 km effettivi dal centro cittadino, dotato delle necessarie attrezzature e autorizzazioni sanitarie per l'espletamento del servizio.

Invero, sia la formulazione letterale della clausola (testualmente incentrata su dichiarazione di tenore meramente impegnativo e non ricognitivo ed ancorata, in termini prospetticamente condizionali, alla eventualità dell'esito aggiudicatorio), sia la (necessaria e coerente) interpretazione proconcorrenziale della stessa (che si conforma al diffuso intendimento della disponibilità di un centro di cottura localizzato quale requisito di esecuzione delle prestazioni negoziali e non di partecipazione alla gara: cfr. ex permultis Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190; Id., 17 luglio 2018, n. 4390; Id. 18 dicembre 2017, n. 5929; Id., 24 maggio 2017, n. 2443), fanno palese che – come correttamente ritenuto dalla stazione appaltante - ai concorrenti non era richiesto di disporre di un centro di cottura al momento della presentazione dell'offerta, ma solo di garantirne il possesso in caso di esito favorevole della gara."

2. L'incompatibilità tra le funzioni di RUP e di componente della commissione giudicatrice deve essere dimostrata in concreto

"...vale, di là da ogni altro rilievo, osservare che, per comune intendimento, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, che non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice di gara, a meno che non venga dimostrata in concreto l'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi; ciò, nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 che si pone in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d. lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n.6082)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 22/7/2019, n. 5171

Requisiti morali ex art. 80, comma 5, lett. c). Obbligo dichiarativo delle informazioni relative alle vicende professionali e limiti di operatività

"...prevalente, anche se non univoca (cfr., in senso parzialmente contrario, oltre a Cons. Stato, III, 23 agosto 2018, n. 5040, citata dall'appellante, anche Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2063 e id., III, 12 luglio 2018, n. 4266, su cui si tornerà), nella giurisprudenza è l'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), ultimo inciso, del testo previgente (corrispondente all'attuale lett. c bis), che è richiamata negli scritti difensivi dell'appellata, vale a dire l'interpretazione che attribuisce alla disposizione il rigoroso significato di norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (cfr. Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; id., V, 25 luglio 2018, n. 4532; id., V, 19 novembre 2018, n. 6530; id. III, 29 novembre 2018, n. 6787 ed altre);

tale conclusione può essere condivisa, a condizione che si individuino dei limiti di operatività di un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, dato che l'ampia interpretazione anzidetta, come osservato in un condivisibile recente arresto giurisprudenziale, "potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa per gli operatori

economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa”(così Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142);”

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 265 DEL 26 marzo 2019
PREC 54/18/S**

“la clausola della lex specialis che richiede, ai fini della partecipazione, il possesso di un centro di cottura avente tutte le caratteristiche minime prescritte nel Capitolato Speciale d’Appalto non è conforme alla normativa di settore”

“... il possesso di un centro cottura si pone non come requisito di partecipazione bensì di esecuzione dell’appalto, in quanto si tratta di un elemento materialmente necessario per l’esecuzione del contratto di appalto del servizio di mensa scolastica, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come “condizione” per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l’Amministrazione l’interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio. In caso contrario si avallerebbe un’impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell’aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo – con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario - immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una solo possibile ma non certa acquisizione della commessa (Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5929; T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, I, 28 luglio 2017, n.246; Tar Campania, Napoli, sez. II, 3 aprile 2018, n. 2083; Parere di precontenzioso n. 71 del 28 ottobre 2014; Parere di precontenzioso n. 33 del 13 gennaio 2016; Parere di precontenzioso n. 716 del 31 luglio 2018);”

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 274 DEL 3 aprile 2019
PREC 15/19/S_PB**

Non è conforme alla normativa di settore l’operato della stazione appaltante che ha apportato modifiche significative alla documentazione di gara senza prorogare il termine per la ricezione delle offerte

“...per orientamento giurisprudenziale costante, in presenza di una integrazione della documentazione di gara che introduca elementi nuovi suscettibili di determinare una diversa formulazione delle offerte, la stazione appaltante deve ricorrere alla procedura di cui all’art. 79, comma 3, del d. lgs. n. 50/2016, prorogando i termini per la ricezione delle offerte (Tar Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 10 marzo 2017, n. 94);

CONSIDERATO che, nel caso in esame, il piano d’intervento, a cui il capitolato speciale d’appalto rinvia per la definizione dei servizi oggetto dell’appalto, fornisce un computo metrico globale per la gestione del servizio di igiene urbana nell’ARO diverso da quello indicato nel disciplinare e nel capitolato speciale (e posto a base di gara) e descrive lo spazzamento come solamente manuale;”

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 370 DEL 17 aprile 2019
PREC 28/19/L-PB**

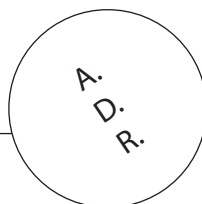
Nell'ambito di una procedura negoziata risulta conforme alla normativa di settore l'estensione dell'invito a presentare offerta a tutti gli operatori economici comunque sorteggiati

La stazione appaltante "... a seguito del sorteggio per l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata in oggetto, ha successivamente deliberato di procedere ad un secondo sorteggio nell'ambito delle manifestazioni di interesse già pervenute (in totale 148), senza fornire alcuna motivazione a supporto di tale decisione; così operando, si sarebbe di fatto revocato il primo sorteggio, in assenza dei presupposti di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 e in violazione dei principi di cui all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici.

... contrariamente a quanto sostenuto dall'istante in ordine al difetto di motivazione dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante, la determinazione n. 1 del 15 gennaio 2019 specifica che il verbale del primo sorteggio, redatto dal RUP successivamente trasferitosi presso altro Ente, non è stato acquisito al protocollo del Comune, né è stato consegnato al nuovo RUP subentrato al dimissionario; tale verbale è stato rinvenuto soltanto dopo che si era proceduto al secondo sorteggio e all'invio delle lettere di invito ai nuovi operatori selezionati. La stazione appaltante, date le circostanze, ha ritenuto di estendere l'invito anche ai soggetti sorteggiati in precedenza, in ossequio ai principi di libera concorrenza e massima partecipazione; ... il sorteggio non può essere ripetuto (in quanto fornirebbe una seconda, ulteriore opportunità a coloro che non sono stati sorteggiati la prima volta) ove non muti, in senso ampliativo, la platea di coloro che avrebbero dovuto partecipare ad esso (TAR Basilicata, Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 111), mentre la ripetizione è legittima in ipotesi di mancato inserimento di un operatore che abbia regolarmente manifestato il proprio interesse (Parere ANAC n. 108 del 17 giugno 2015); ... nel caso in questione, gli operatori selezionati con la prima estrazione, effettuata in seduta pubblica, avevano maturato una legittima aspettativa ad essere invitati, mentre quelli invitati alla gara in esito alla seconda estrazione, ove venisse revocata, risulterebbero penalizzati a causa dell'errore della stazione appaltante consistente nella ripetizione "inconsapevole" del sorteggio ..."

A Domanda Rispondiamo

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



1 Che tipo di attività svolgono le cooperative di tipo "B"?

La Legge 8 novembre 1991 n. 381 reca disposizioni in materia di "Disciplina delle cooperative sociali", ossia disciplina le cooperative che perseguono la "promozione umana e l'integrazione sociale dei cittadini" ex art. 1 comma 1 l. 381 cit., differenziandole tra: a) coloro che gestiscono "servizi socio-sanitari ed educativi", ex art. 1 comma 1 lett a) l. 381 cit. (c.d. cooperative di tipo "A"); b) coloro che gestiscono "lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate", ex art. 1 comma 1 lett b) l. 381 cit. (c.d. cooperative di tipo "B"). Le "persone svantaggiate" di cui all'art. 1 comma 1 lett. b) l. 381 cit. sono, poi, individuate dall'art. 4 della stessa legge (ad esempio: persone con svantaggi fisici o psichici, le ragazze madri, ex detenuti, ex tossicodipendenti, ecc).

2 È legittimo l'affidamento di una concessione di servizi pubblici a cooperative sociali di tipo "B" ex art. 5 della legge n. 381/1991?

L'Autorità Nazionale Anticorruzione con la Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 ha evidenziato che "la deroga di cui all'art. 5, l. 381/1991, è finalizzata a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate ed è prevista solo per gli affidamenti aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari, di importo inferiore alle soglie comunitarie. Conseguentemente, benché lo spettro delle attività che possono essere svolte dalle cooperative sociali di tipo B sia più ampio, l'oggetto della convenzione non può essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici, né dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'utilizzo dello strumento convenzionale è, infatti, ammesso per la sola fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa, dovendo escludersi l'interpretazione estensiva della norma poiché la stessa costituisce deroga al principio di concorrenza. Ne consegue che non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati dal legislatore" (Cfr. anche Cons. St., sez. V, 16.4.2014, n. 1863 ; Cons. St., sez. VI, 29.4.2013 n. 2342)

3

Le dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000, rese nella domanda di partecipazione ad una procedura di gara, rendono la domanda di partecipazione, non soggetta all'imposta di bollo?

L'articolo 3, comma 1, della tariffa, parte prima, allegata al DPR n. 642 del 1972, stabilisce che è dovuta l'imposta di bollo, fin dall'origine, nella misura di euro 16,00, per ogni foglio, per le "... Istanze, petizioni, ricorsi (...) diretti agli uffici e agli organi anche collegiali dell'Amministrazione dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni, (...), tendenti ad ottenere l'emanazione di un provvedimento amministrativo o il rilascio di certificati, estratti, copie e simili".

In deroga alla predetta disposizione, la tabella allegata prevede specifiche previsioni esentative per alcune tipologie di atti e documenti. In particolare, l'articolo 14 della tabella annessa al richiamato DPR n. 642 del 1972 (Atti, documenti e registri esenti dall'imposta di bollo in modo assoluto) esenta, in modo assoluto, dall'imposta di bollo le "Dichiarazioni sostitutive delle certificazioni e dell'atto di notorietà rese ai sensi degli artt. 2 e 4 della legge 4/1/1968, n. 15 (ora articoli 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000) e successive modificazioni ed integrazioni"

Bisogna, però, tener presente che, indipendentemente dal contenuto e dalla valenza giuridica delle dichiarazioni rese, le stesse sono rilasciate all'interno della cosiddetta "dichiarazione di partecipazione alla procedura di gara". Tale dichiarazione non si limita alla semplice comunicazione di requisiti ma, contestualmente e prevalentemente, contiene una richiesta volta all'ottenimento di un provvedimento quale la partecipazione alla procedura di gara. Pertanto, si ritiene che la stessa debba essere assoggettata ad imposta di bollo, ai sensi dell'articolo 3 della tariffa, allegata al DPR n. 642 del 1972. (Risposta n. 35/2018 Agenzia delle Entrate)

4

È legittima l'esclusione da una procedura di gara di un operatore economico che ha offerto un costo del lavoro inferiore rispetto a quanto stabilito negli atti di gara dalla Stazione Appaltante?

No, è illegittima. Nel caso in cui un operatore economico indichi nella propria offerta un costo della manodopera inferiore a quello indicato dalla Stazione appaltante lo stesso deve essere valutato nell'ambito del procedimento di verifica della congruità dell'offerta ex art. 95 del D.lgs n. 50/2016.

Il costo della manodopera, infatti, viene stimato dalla Stazione Appaltante sulla base del costo medio individuato in apposite tabelle ministeriali. Siffatte tabelle – redatte dal Ministero competente – esprimono un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia ma di verifica della congruità dell'offerta. Ciò che invece non può essere derogato sono i minimi salariali della contrattazione collettiva nazionale, sui quali non sono ammesse giustificazioni.

5 La conoscenza dei nominativi dei soggetti richiedenti il sopralluogo viola i principi di segretezza di cui all'articolo 53 del codice?

Il Consiglio di Stato Sez. III, con sentenza n. 6097 del 04/09/2019 ha precisato che "la mera conoscenza dei nominativi dei soggetti che hanno chiesto di effettuare il sopralluogo non integra violazione dell'art. 53, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure aperte, in relazione all'«elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime» (art. 53, comma 2, lett. a), poiché la richiesta di sopralluogo o la proposizione di quesiti circa le sue modalità alla stazione appaltante non costituisce elemento infallibilmente sintomatico, anche per altri soggetti eventualmente interessati a partecipare, di certa futura partecipazione alla gara né, ancor meno, immediata manifestazione di volontà partecipativa o forma equipollente di offerta".

6 Che cosa è il codice CUI?

L'elenco contenente la programmazione dei lavori e la programmazione dei servizi e delle forniture, va inserito sul sito del Ministero delle Infrastrutture (www.serviziocontrattipubblici.it). Nell'applicativo preposto allo scopo, tutti gli interventi vengono identificati con il codice CUI (codice unico intervento). Lo stesso si compone del codice fiscale dell'amministrazione, prima annualità del primo programma in cui l'intervento è stato inserito, indice progressivo composto di 5 cifre legato all'intervento.

7 In sede di verifica dei requisiti, qual'è il tempo di validità dei certificati?

La legge n. 55/2019 di conversione del Decreto Sblocca Cantieri ha previsto che, ai fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 in capo all'operatore economico che partecipa alla procedura, ai soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89 nonché ai subappaltatori, i certificati e gli altri documenti hanno una durata pari a sei mesi dalla data del rilascio. Fatta eccezione per il DURC la cui validità è di 120 giorni, la stazione appaltante, per i certificati e documenti già acquisiti e scaduti da non oltre sessanta giorni e qualora sia pendente il procedimento di acquisto, può procedere alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione con richiesta diretta agli enti certificatori di eventuale conferma del contenuto dell'attestazione già rilasciata. Gli enti certificatori provvedono a fornire riscontro entro trenta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine il contenuto dei certificati e degli altri documenti si intende confermato. I certificati e gli altri documenti in corso di validità possono essere utilizzati nell'ambito di diversi procedimenti di acquisto.

8 L'affidamento di procedure al di sotto della soglia comunitaria a cooperative di tipo B, deve essere sempre disciplinato dal D.Lgs 50/2016?

L'art. 112 del D.Lgs 50/2016 c.1 prevede la possibilità di riservare degli appalti alle cooperative; infatti, recita: "Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati. Inoltre, l'art. 5 della l. 381/1991 predispone un "regime agevolato" per l'affidamento delle convenzioni (fonte di obbligazioni per le parti) riservate alle cooperative sociali di tipo B, derogando al Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 "Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza."

9 Attualmente, in quali casi è consentito il ricorso all'appalto integrato?

Il divieto di ricorrere all'appalto integrato previsto al quarto periodo del comma 1 dell'art. 59 del D.Lgs n. 50/2016 è stato sospeso fino al 31 dicembre 2020; pertanto fino a quella data le stazioni appaltanti possono legittimamente ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori. Terminato il periodo di sospensione del divieto di ricorso all'appalto integrato lo stesso, ai sensi dell'art. 216 comma 4 bis del D.lgs. n. 50/20106 non si applicherà alle opere i cui progetti definitivi saranno approvati dall'organo competente entro il 31 dicembre 2020 e il cui bando verrà pubblicato entro i successivi dodici mesi dall'approvazione.

I confini applicativi della clausola sociale

di Mariarosaria di Canio

IN
PIL
LOLE

In tema di applicazione della clausola sociale si sono avvicendati diversi interventi giurisprudenziali nel tentativo di definire i termini di applicazione della predetta clausola, precisando che, quest'ultima, debba intendersi in senso relativo e non assoluto, lasciando, quindi, discrezionalità all'operatore economico in merito alla necessità di assumere il personale del gestore uscente a seconda della capacità di esecuzione della prestazione oggetto di affidamento, sulla base della propria organizzazione aziendale.

Tanto si legge anche nelle linee Guida Anac n. 13 di cui si riporta uno stralcio: *"L'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici). Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto*

dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore."

Nella documentazione di gara, il concorrente è tenuto ad allegare all'offerta un progetto di riassorbimento che illustri le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico).

Il rispetto del progetto sarà oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante nel corso dell'esecuzione del contratto.

La mancata presentazione del progetto equivale a mancata accettazione della clausola sociale e, come tale, costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, e per le quali si impone l'esclusione dalla gara.

Esclusione che, tuttavia, non è fondata nel caso in cui l'operatore economico manifesti di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa. L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto.

Spesso succede però, che alcune amministrazioni prevedano nei loro atti non solo la clausola di esecuzione che richiede l'utilizzo di almeno il 50% del personale uscente, ma anche l'attribuzione di criteri premianti, l'assunzione del medesimo personale in diverse percentuali.

Tali previsioni, implicitamente/volutamente, ampliano in maniera quasi totalizzante il raggio d'azione della clausola sociale come innanzi esposta.

Tanto succedeva nella fattispecie analizzata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2583 del 24/07/2019, in cui si legge espressamente che: *"la congiunta applicazione delle due prescrizioni di gara (cinquanta più cinquanta) produce sostanzialmente l'effetto di aggirare il divieto di prevedere clausole sociali che impongano l'integrale riassorbimento del personale utilizzato dall'appaltatore uscente"*, vanificando in toto l'interpretazione che lo stesso Consiglio di Stato condivide, in ossequio ai principi nazionali e comunitari che regolano la libertà imprenditoriale e di concorrenza, che non si traduca in una clausola meramente escludente.

Di fatto *"l'impossibilità di utilizzare, se non residualmente, il proprio personale nell'appalto sembrerebbe impedire a tutti gli operatori economici diversi dal fornitore uscente, di usufruire del punteggio ad essi corrispondente. L'applicazione in questi termini del criterio si rivelerebbe lesivo dei principi di concorrenza e di parità di trattamento"*.

A nulla sono valse le obiezioni della stazione appaltante in merito alla natura giuridica dei destinatari dell'affidamento ossia, le imprese sociali, per le quali non è stata condivisa l'inoperatività della clausola sociale alle imprese non aventi finalità di lucro, in quanto soggette comunque ad un'organizzazione d'impresa nello svolgimento delle attività oggetto del loro scopo sociale.

Secondo il Consiglio di Stato, anche i soggetti in questione possono, esercitare, con i limiti di cui sopra, attività d'impresa, con il conseguente diritto di non subire eccessive e ingiustificate interferenze nelle scelte relative all'organizzazione dei fattori della produzione, nemmeno quando la stazione appaltante giustifichi tale richiesta nel tentativo di assicurare continuità educativa e didattica agli studenti disabili, come nel caso di specie.

A conforto della tutela del principio di libera concorrenza, è stato inoltre affermato che *"l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione"* (Cons. Stato, III, n. 5597/2015).

Anche la Corte Costituzionale è intervenuta sul tema dichiarando, con la sentenza n. 68/2011, l'illegittimità costituzionale della clausola sociale prevista dall'art. 30 L.R. Puglia n. 4/2010, laddove imponeva al nuovo appaltatore l'assunzione a tempo indeterminato di tutto il personale utilizzato dal precedente affidatario.

Sulla natura escludente del contenuto della clausola sociale, una parte della giurisprudenza si è chiesta, altresì, se potesse costituire clausola autonoma di impugnazione. Il Tar Liguria, sancisce che pure una clausola sociale può essere di tenore tale da manifestare un effetto immediatamente lesivo della concorrenza, estendendo, a quest'ultima, l'applicazione di quanto previsto dal processo amministrativo ai sensi dell'art. 39 c.p.a..

Ciò che di interessante emerge dalla sentenza del Tar Liguria n. 22 del 14 gennaio 2019, è l'aver constatato che la formulazione della clausola sociale del nuovo codice degli appalti, di sicuro è improntata ad un obbligo di salvaguardia delle posizioni lavorative, che rischia di tradursi *"in un'indiscriminata protezione delle stesse"*, tanto da configurare una barriera all'accesso alla contrattazione pubblica, in ragione del fatto che impedisce al concorrente di formulare un'offerta in linea con la sua struttura aziendale, comportando, in sostanza, una vera e propria impossibilità di partecipare alla gara.

L'interpretazione della clausola sociale in questi termini, contraria nei fatti ai principi ispiratori della consolidata giurisprudenza degli ultimi anni, legittimerebbe l'offerente ad adire il giudice amministrativo per lesione di un interesse attuale e concreto.

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

Medi
Graphic

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2019

SEMI
NARI

PROJECT MANAGEMENT

Fondamenti di Project Management
24 settembre Bari

Corso Base di Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A., e Società partecipate (ISIPM-Base®)
22, 23 e 24 ottobre Palermo; 25, 26 e 27 novembre Ancona; 25, 26 e 27 novembre Trieste

Percorso di Alta Formazione sul Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A. e società partecipate (ISIPM Avanzato®)
11, 12 e 13 novembre Torino

APPALTI

Master: Gli Appalti Pubblici in Italia
10, 17 e 22 ottobre; 05, 19 e 26 novembre Roma;

Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici e i risvolti operativi. Gli effetti della conversione dello sblocca cantieri
24 settembre Trieste; 03 ottobre Roma; 03 ottobre Verona; 10 ottobre Pescara; 17 ottobre Torino; 17 ottobre Milano; 22 ottobre Firenze; 29 ottobre Genova; 29 ottobre Bologna; 05 novembre Palermo; 07 novembre Bari; 07 novembre Napoli; 12 novembre Ancona

Le cause di esclusione alla luce dello sblocca cantieri e delle linee guida ANAC n. 15 sul conflitto di interesse: motivazioni e modalità
17 ottobre Bari; 24 ottobre Roma; 26 novembre Milano; 03 dicembre Trieste; 10 dicembre Bologna

Che cosa resta nel MePA dopo il Decreto "Sblocca Cantieri": quali procedure e tramite quali strumenti; come fare affidamenti diretti fino a 220.000 Euro
29 ottobre Cagliari; 31 ottobre Olbia; 12 novembre Firenze; 19 novembre Palermo; 21 novembre Milano; 28 novembre Genova; 12 dicembre Torino

Gli appalti sotto soglia comunitaria: stravolgimenti importanti alla luce delle recenti novità normative e giurisprudenziali
01 ottobre Palermo; 03 ottobre Bari; 29 ottobre Milano; 05 novembre Torino; 19 novembre Genova; 26 novembre Parma; 10 dicembre Ancona; 10 dicembre Pescara

Gli adempimenti post-aggiudicazione: le verifiche dei requisiti e la gestione delle informazioni alle banche dati
26 settembre Trento; 15 ottobre Udine; 12 novembre Verona; 21 novembre Olbia; 26 novembre Napoli

Il nuovo applicativo MOP della BDAP - MEF per il Monitoraggio - Corso Pratico
26 settembre Milano; 02 ottobre Firenze; 03 ottobre Ancona; 16 ottobre Genova; 23 ottobre Pescara; 07 novembre Parma; 19 novembre Cagliari; 27 novembre Torino; 27 novembre Roma; 04 dicembre Bari

La documentazione di gara dopo il decreto c.d. "sblocca cantieri" e la relativa legge di conversione
02 ottobre Bologna; 24 ottobre Napoli; 21 novembre Lecce

Tecniche di redazione dei capitolati delle gare di servizi e forniture
22 ottobre Torino; 05 novembre Milano; 05 dicembre Roma

Le regole per l'affidamento dei lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria
26 settembre Verona; 05 dicembre Napoli

Aspetti esecutivi da disciplinare per contratto negli appalti di lavori pubblici. La redazione dei capitolati
24 ottobre Trieste; 03 dicembre Bologna

Novità in materia di progettazione di lavori pubblici a seguito della conversione del DL sblocca cantieri
24 settembre Torino; 03 ottobre Genova; 29 ottobre Lecce; 26 novembre Firenze

Subappalto, avvalimento e altre forme integrative delle capacità esecutive delle imprese: le importanti modifiche contenute nella legge di conversione dello "sblocca cantieri" (L. 55/)
17 settembre Genova

APPALTI PUBBLICI IN TRENTINO ALTO ADIGE

Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici: Legge sblocca cantieri e Legge Provinciale 2/. Novità e risvolti operativi
15 ottobre Trento

La legge 55/19 di conversione del decreto "sblocca cantieri" e le corrispondenti norme della Legge Provinciale 9 luglio; n. 3
22 ottobre Bolzano

Le cause di esclusione alla luce dello sblocca cantieri, delle linee guida ANAC n. 15 sul conflitto di interesse e della l. provinciale di Trento n. 2/: motivazioni e modalità
21 novembre Trento

Tecniche di redazione dei capitolati delle gare di servizi e forniture alla luce della legge provinciale n. 2/ (Trento) e della legge provinciale n. 3/ (Bolzano)
12 novembre Bolzano

Le regole per l'affidamento dei lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria nella Provincia di Bolzano
10 dicembre Bolzano

APPALTI PUBBLICI IN SARDEGNA

Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici e i risvolti operativi. Gli effetti della conversione dello Sblocca cantieri nella Regione Sardegna
01 ottobre Cagliari; 17 ottobre Olbia

La compiuta analisi degli appalti sotto soglia nella Regione Sardegna
15 ottobre Cagliari; 12 novembre Olbia

Gli impatti operativi sull'azione del RUP delle modifiche alla normativa nazionale e l'integrazione con la legge regionale Sardegna
03 dicembre Cagliari

La normativa Anticorruzione nelle sue ricadute pratiche
28 novembre Cagliari; 10 dicembre Olbia

CONTABILITÀ

Il controllo di gestione negli enti locali nell'era digitale
29 ottobre Trento; 12 novembre Pescara; 10 dicembre Palermo

Il piano economico e finanziario. Strumenti per una lettura critica e utile da parte delle Amministrazioni Pubbliche e Private
29 ottobre Verona; 10 dicembre Trieste

ANTICORRUZIONE E PERFORMANCE

Gestire il ciclo della performance e la valutazione della performance organizzativa e individuale dopo il DLgs 74/2017 e il CCNL 2016/2018
22 ottobre Ancona; 26 novembre Pescara

CORSI ONLINE AREA APPALTI

L'utilizzo del MePA alla luce della legge di conversione dello "Sblocca cantieri". Esercitazioni pratiche. Corso in FAD. - XIV edizione
14 ottobre, 21 ottobre e 28 ottobre

Le novità operative in materia di Appalti sotto soglia dopo lo Sblocca Cantieri
08 novembre e 15 novembre

MAGGIORI INFORMAZIONI SU SEDI E DATE DEI SEMINARI SU WWW.MEDIACONSULT.IT

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!