

Rivista mensile - Anno VII, Numero 6

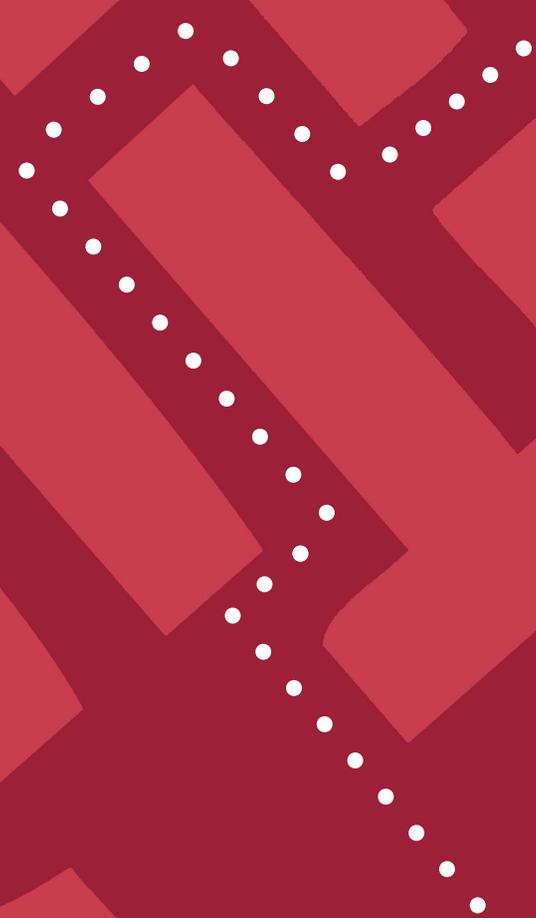
settembre
2017

MEDIA APPALTI

Riparametrazione delle offerte tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici

L'applicazione pratica della rotazione nell'affidamento degli appalti pubblici

Dissertazioni varie sulla contabilità dei lavori



**“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
2017**

EDI
TO
RIALE

Scuola

Era metà luglio, le vetrine cominciavano a colorarsi con le tinte della scuola. Accanto a secchielli e palette, i colori vivaci di zainetti, astucci, quaderni, diari.

Primi di settembre. Di secchielli e palette, in vetrina, non se ne vedono più. L'esposizione è dominata dal corredo scolastico. Le spiagge si svuotano. La campanella sta per suonare. Le lezioni stanno per riprendere. Bentornati a scuola.

Di scuola si è occupato il Governo durante l'estate. Di edilizia scolastica. Di fondi per ristrutturare, ammodernare, mettere in sicurezza gli edifici. E di fondi per progettarne di nuovi. Un miliardo di euro messi a disposizione dai decreti firmati ad agosto dalla ministra dell'Istruzione Valeria Fedeli che si aggiungono al miliardo e settecento milioni previsto nel programma nazionale triennale 2018-2020.

Il terremoto del 24 agosto 2016 ha danneggiato gravemente o distrutto le scuole del centro Italia facendo emergere la vulnerabilità delle strutture scolastiche, avviando un controllo generale sullo stato di salute delle scuole del paese. Il sisma di Ischia ha confermato la fragilità dei plessi scolastici. La scuola di Casamicciola, sottoposta un anno fa a lavori per l'adeguamento antisismico e risparmio energetico è stata dichiarata inagibile. Un milione e mezzo di euro, spesi per eseguire i lavori, non sono serviti ad assicurare agli studenti un regolare ritorno tra i banchi.

La vulnerabilità sismica delle nostre scuole è diventata un vero incubo per tanti italiani. I due terremoti hanno scosso la terra in estate, quando le scuole erano chiuse. Diversamente, i toni di queste riflessioni sarebbero stati molto più tragici. Per scacciare questi incubi, due voci specifiche dei fondi messi a disposizione dai decreti firmati da Fedeli: centocinque milioni di euro da investire in prevenzione, in indagini sulla tenuta antisismica delle scuole; trecento ventuno milioni per la manutenzione, per adeguare gli edifici alle norme antisismiche e metterli in sicurezza.

Quali edifici? Quali sono a rischio? Chi si deve preoccupare? "Sulla base delle informazioni in nostro possesso - afferma Adriana Bizzarri, coordinatrice nazionale della scuola di Cittadinanzattiva - le verifiche sono state fatte solo in pochissimi casi. Dunque, i bambini e i ragazzi trascorrono ore in scuole di cui non si conosce la vulnerabilità sismica".

Per le scuole italiane è giunto il momento di insegnare ai propri alunni che non si deve trascurare la sicurezza, che ci sono leggi in tema di antisismicità che vanno rispettate, che bisogna avviare lavori di ristrutturazione e adeguamento sismico più o meno invasivi senza rinvii e senza sprechi, che questi interventi vengano assegnati a mani esperte, mani che utilizzino i fondi per scegliere gli operai migliori e i migliori materiali. Perché, casi come quelli di Casamicciola suscitano una reazione che d'istinto porta ad una domanda: "ma come li hanno fatto quei lavori? Una domanda che racchiude sospetti, delusione, rabbia. Qualcuno potrebbe avere la tentazione di provare anche rassegnazione. No, rassegnazione mai. Perché avrebbero vinto loro. Chi opera nel settore degli appalti pubblici deve farlo con piena fiducia a favore dell'onestà, rendendosi veicolo della diffusione della cultura della legalità. Rassegnazione mai.

Gli appalti che dovranno essere assegnati per l'adeguamento sismico degli edifici scolastici valgono la vita dei nostri figli e non possiamo non credere, non possiamo non pretendere, che vengano realizzati con criterio e coscienza.

Per frequentare le scuole i nostri bambini devono essere vaccinati. Vacciniamo i piccoli contro le malattie. Vacciniamo le scuole contro i danni, le lesioni, i crolli dovuti ad eventi sismici o anche semplicemente alla scarsa manutenzione.

di Enzo de Gennaro

sommario

Editoriale

Scuola

4

In evidenza

Riparametrazione delle offerte tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici

7

Sotto la lente

L'applicazione pratica della rotazione nell'affidamento degli appalti pubblici

14

Il Punto

Dissertazioni varie sulla contabilità dei lavori

21

Ancora sui poteri dell'ANAC: la vigilanza collaborativa e il potere sanzionatorio

32

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (A.P., 3 luglio 2017, n. 3 - Pres. Frattini, Est. Bellomo) si esprime sulla permanenza dei requisiti in capo al cedente del ramo d'azienda

41

La qualificazione delle società in house nell'ambito del T.U. sulle società a partecipazione pubblica ex d.lgs. 175/2016, come modificato dal Decreto Correttivo ex d.lgs. 100 del 16 Giugno 2017

48

L'ANAC disegna il perimetro del contratto di sponsorizzazione: lo sponsor "doc" trae ritorno d'immagine non solo dalla mera concessione degli spazi pubblicitari

53

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Ing. Pier Luigi Gianforte
Specialista in materia di lavori pubblici

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

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

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Tel. 0883.527171
Fax 0883.570189
www.mediagraphic.it
info@mediagraphic.it

Riparametrazione delle offerte tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici

IN
EVIDENZA

di Paola Cartolano

Premesse

In termini generali nelle procedure basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la cd. **riparametrazione** ha l'effetto di "aumentare" i punteggi tecnici delle offerte, attribuendo alla migliore il punteggio massimo e alle restanti un punteggio proporzionalmente ridotto così da ristabilire quanto voluto dalla stazione appaltante nel bando e, quindi, l'equilibrio fra il fattore prezzo e il fattore qualità, in modo che in relazione a tutte le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte.

Pur in assenza di una norma di carattere generale che imponga l'obbligo di attribuire il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis* alla migliore offerta tecnica, in ambito giurisprudenziale e di prassi si ritiene che la stazione appaltante goda di **ampia discrezionalità** nel riparametrare i punteggi previsti per le offerte tecniche e quelle

teoriche in base alle esigenze del caso concreto. Diverse sono le pronunce sull'argomento che negli anni sono state emesse sia dal Giudice Amministrativo sia in ambito di prassi, sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 e dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

Considerato che la discrezionalità che pacificamente viene riconosciuta alla stazione appaltante sia nella scelta dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte sia nella determinazione della misura della loro valorizzazione, riveste un ruolo

Finalità del cd. meccanismo della riparametrazione è consentire un "riequilibrio" di pesi e punteggi indicati nella lex specialis di gara ristabilendo l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione dell'offerta

decisivo con riferimento alla c.d. riparametrazione, in giurisprudenza è stato più volte affermato che **spetta alla *lex specialis* stabilire ex ante la necessità della riparametrazione** e i limiti della sua utilizzazione tenendo conto del notevole impatto che un'operazione di riparametrazione è in grado di esercitare sulle sorti di ogni procedura e dell'influenza che le previsioni in materia sono in grado di esercitare sulle condotte delle imprese in sede di formulazione delle offerte.

1. Normativa di riferimento

Sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 il metodo della riparametrazione era disciplinato dal DPR n. 207/2010 (oggi abrogato dall'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016), a cui si riferiva la disciplina dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ai sensi dell'**art. 83 del d.lgs. n. 163/2006** «2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato. 5.

Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture.

Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice».

Per quanto riguarda la valutazione delle offerte e alla conseguente trasformazione dei giudizi espressi in forma numerica in punteggi, il DPR n. 207/2010 disponeva delle formule agli allegati

G (per gli appalti di lavori), M (per i servizi di ingegneria) e P (per appalti di servizi e forniture) idonee a garantire l'invarianza dei pesi ponderali tra elementi quantitativi e qualitativi.

Sullo scenario descritto, l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 non sembra aver inciso in modo significativo.

Oggi la norma di riferimento è l'art. 95 del suddetto d.lgs. n. 50/2016 il quale prevede che nella maggior parte dei casi le stazioni appaltanti aggiudichino gli appalti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (**OEPPV**) individuato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita.

Al fine di rispettare i principi generali relativi alla trasparenza e parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione devono essere proporzionati all'oggetto dell'appalto ma soprattutto coerenti con gli obiettivi che l'amministrazione

Nel sistema degli appalti pubblici non si rinviene alcuna norma di carattere generale che imponga alla stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo previsto in astratto nella lex specialis di gara essendo la riparametrazione un'azione riconducibile alla discrezionalità amministrativa

si prefigge e con l'importanza che viene data a ciascuno di essi, ed il punteggio attribuito a ciascuno di essi non deve essere tale da alterare l'oggetto dell'affidamento. Risulta pertanto fondamentale la definizione *ex ante* degli obiettivi da parte della stazione appaltante.

Con riferimento alla riparametrazione, l'**art. 95 del d.lgs. n. 50/2016** - con un testo in parte a quello dell'abrogato art. 83 richiamato - oggi dispone che «8. I documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi,

anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. 9. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 8 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa».

Se è vero, dunque, che il d.lgs. n. 50/2016 ha abrogato le previsioni del DPR 207/2010 rilevanti in tema di riparametrazione dei punteggi di gara (l'articolo 120 e soprattutto gli allegati P, G ed M), è altrettanto vero che gli orientamenti del Giudice Amministrativo e dell'ANAC hanno confermato l'ammissibilità e la logica dei meccanismi volti alla "normalizzazione" dei punteggi ribadendo che la riparametrazione risponde ad una scelta discrezionale della stazione appaltante che deve essere espressamente prevista nei documenti di gara.

2. Orientamenti giurisprudenziali: riparametrazione "singola" e "doppia"

In tema di cd. riparametrazione l'evolversi della giurisprudenza del Giudice Amministrativo sul punto ha espresso alcuni principi guida.

Le prime pronunce registratesi sul meccanismo in parola hanno soprattutto sottolineato come la *ratio* di tale meccanismo sia quella di preservare l'equilibrio (in termini di punteggio) tra le diversi componenti qualitative e quantitative dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V del 12 giugno 2009, n.3716 e Consiglio di Stato, Sez. VI del 14 dicembre 2012, n. 5754).

Come osservato, obiettivo della riparametrazione è consentire un "riequilibrio" di pesi e punteggi indicati nella *lex specialis* di gara.

Dalla lettura della normativa richiamata sembra, tuttavia, poter pacificamente desumere che è consentita l'applicazione del meccanismo della riparametrazione dei singoli criteri di valutazione dell'offerta tecnica mentre non è chiaro se la "correzione" in parola possa essere o meno applicata, in assenza di un'espressa previsione dei documenti di gara, una seconda volta sul giudizio numerico totale attribuito all'offerta tecnica.

La giurisprudenza si è così occupata della "**doppia riparametrazione**" con riferimento alla quale si sono avvicinate diverse pronunce di segno contrastante volte ad affermare

- da una parte l'applicabilità del meccanismo della riparametrazione indipendentemente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa poiché una volta che la *lex specialis* di gara ha indicato i pesi e i relativi punteggi, con la doppia riparametrazione verrebbero solo mantenute inalterate le proporzioni indicate in gara
- dall'altra parte l'assenza di qualsivoglia automatismo nell'applicazione della doppia riparametrazione poiché questa determinerebbe un'indebita attribuzione dei punteggi.

Con riferimento al primo orientamento si segnala la pronuncia del **Consiglio di Stato, Sez. III del 16 marzo 2016 n. 1048** ad avviso della quale la seconda riparametrazione è necessaria per osservare correttamente la proporzione voluta dalla stessa *lex* di gara tra i singoli criteri di valutazione e i pesi che rispettivamente essi rivestono nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sul punto anche Consiglio di Stato, Sez. VI del 14 novembre 2012 n. 5754).

Si avrebbe, altrimenti, un'indubbia alterazione nel rapporto tra i punteggi dettati per il profilo tecnico e per quello economico, in violazione della stessa lettera di invito: il prezzo finirebbe per pesare di fatto, rispetto alla qualità, di più di quanto stabilito dalla *lex specialis* di gara, in violazione di

quest'ultima (oltre che dei principi dettati dall'art. 120 del DPR n. 207/2010).

Per quanto riguarda il secondo orientamento (contrario all'automatismo della doppia riparametrazione) si segnala la recentissima pronuncia del **Consiglio di Stato, Sez. V del 12 giugno 2017 n. 2811** secondo cui «*per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa nessuna norma di carattere generale impone alle stazioni appaltanti di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla lex specialis, mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione (in precedenza nello stesso senso: Cons. Stato, V, 13 gennaio 2014, n. 85, 25 febbraio 2014, n. 899). Pertanto, in assenza di una diversa regola prevista nella normativa di gara ... la commissione giudicatrice non aveva alcun obbligo di riparametrare al massimo teorico i punteggi previsti per le offerte tecniche e quelle economiche, stante l'assenza di nessuna norma cogente in grado di eterointegrare il bando e il disciplinare di gara ed alterare così la volontà espressa attraverso questi documenti dalla stazione appaltante (cfr. anche: Cons. Stato, IV, 20 febbraio 2014, n. 802, che ha escluso che tale modalità di apprezzamento delle offerte possa essere introdotta dalla commissione giudicatrice in assenza di una previsione di lex specialis)...* la discrezionalità che pacificamente compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione, non può non rivestire un ruolo decisivo anche sul punto della c.d. riparametrazione.

Si è in particolare rilevato che quest'ultima operazione ha la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta - e perciò di assicurare la completa attuazione della volontà espressa

al riguardo dalla stazione appaltante - cosicché essa non può che dipendere dalla stessa volontà dell'amministrazione destinata ad esprimersi nella predisposizione della normativa di gara (in questo senso, in particolare: Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016, n. 266, citata)».

E ancora, tra le tante si evidenzia la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V del 17 marzo 2015 n. 1371 che ha affermato che la doppia riparametrazione (cioè la riparametrazione effettuata sia sui punteggi dei singoli sub-criteri tecnici, sia sul punteggio tecnico totale) non è un obbligo *ex lege* e si applica solo sul punteggio totale: «*nelle gare pubbliche l'attribuzione dei punteggi postula un procedimento complesso che consta di due fasi.*

Nella prima fase, la commissione deve calcolare i coefficienti da attribuire ai concorrenti in ordine ai vari elementi, sulla base dei metodi prescelti per tempo, offerta economica, qualità, etc. Nella seconda fase, invece, la commissione

deve concretamente assegnare i punteggi trasformando i coefficienti in punti sulla base della formula adottata (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5583).... È quest'ultima la sola riparametrazione prevista dalla legge per l'attribuzione dei punteggi.

Una riparametrazione, per così dire, praeter legem è stata ritenuta ammissibile da questo Consiglio (peraltro in un caso che risulta isolato) nella sola ipotesi in cui la lex specialis preveda due (o più) criteri autonomi per la valutazione dell'offerta tecnica, ove occorre rispettare due diverse proporzioni: la prima, "interna" alla valutazione dell'elemento qualitativo, consiste nel diverso peso ponderale che la stazione appaltante ha attribuito a ciascuna sub componente al fine di valutare l'offerta tecnicamente migliore, la seconda, "esterna" alla valutazione della componente tecnica, consiste nel diverso peso ponderale che la stazione appaltante ha assegnato

L'operatività dei meccanismi della riparametrazione in forma singola o doppia deve essere espressamente prevista dagli atti della gara.



rispettivamente all'elemento qualità tecnica e all'elemento prezzo al fine di individuare quella che nel complesso risulta l'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5754)».

In termini generali in ambito giurisprudenziale è stato in particolare evidenziato come l'operatività di simili meccanismi (in forma singola o doppia) debba essere **espressamente** prevista dagli atti della gara.

La giurisprudenza ha infatti in più occasioni precisato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 21 gennaio 2015 n. 205; TAR Campania Salerno, Sez. I del 5 giugno 2015 n. 1272; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV dell'8 luglio 2016, n. 1384) che spetta alla *lex specialis* prevedere la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere alla riparametrazione indicando i limiti della sua utilizzazione, stabilendo fino a che punto si imponga la tutela dell'equilibrio astratto corrispondente ai massimali di punteggio da essa stessa rispettivamente contemplati, tenendo conto del notevole impatto che un'operazione di riparametrazione è in grado di esercitare sulle sorti di ogni procedura e dell'influenza che le previsioni in materia sono in grado di esercitare sulle condotte delle imprese "all'atto della decisione delle loro strategie di gara, che potranno essere ragionevolmente diverse a seconda che si sappia che il massimo punteggio sul versante qualitativo sarà riservato alla sola offerta davvero eccellente o, invece, potrà essere ottenuto dall'offerta qualitativamente migliore anche quando intrinsecamente modesta".

A riguardo si evidenzia la recente pronuncia del **TAR Toscana, Sez. I del 16 maggio 2017 n. 689** secondo cui «la scelta di procedere o meno alla riparametrazione dei punteggi si inserisce nel più ampio ambito della individuazione, da parte della stazione appaltante, degli elementi di valutazione e comparazione delle offerte nelle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La riparametrazione, in particolare, ha la funzione di garantire l'equilibrio tra elementi qualitativi e quantitativi di giudizio, in modo da assicurare

la completa attuazione della volontà manifestata al riguardo dalla stazione appaltante: applicando la riparametrazione a una delle componenti dell'offerta, o a entrambe, il peso ne viene valorizzato, nel senso che il concorrente titolare dell'offerta anche di poco migliore rispetto alle altre si vede assegnato il punteggio massimo astrattamente previsto, come se si trattasse di un'offerta tecnicamente eccellente, ovvero considerevolmente conveniente sul piano economico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4359).

*Se questo è il ruolo della riparametrazione, non è discutibile che appartenga alla **discrezionalità della stazione appaltante** stabilire quale debba essere il punto di equilibrio tra la componente tecnica e quella economica dell'offerta e fino a che punto si imponga (o, di contro, non si imponga) la tutela dell'equilibrio astratto corrispondente ai massimali di punteggio da essa stessa contemplati, non essendovi peraltro alcuna norma di carattere generale, nel sistema degli appalti pubblici, che imponga alla stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo previsto in relazione ai diversi criteri valutativi (solo per le più recenti, cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970; id., 25 febbraio 2016, n. 749; id., sez. V, 27 gennaio 2016, n. 266)».*

Sul punto, giova richiamare anche la recentissima pronuncia del **TAR Campania, Sez. I del 24 luglio 2017 n.3933** il quale, aderendo al suddetto orientamento, chiarisce che «l'opzione che il Collegio esprime in favore di tale soluzione è giustificata innanzitutto dal rilievo per cui in tal modo non viene posta alcuna preclusione alla stazione appaltante di poter fare comunque ricorso a tale criterio di riequilibrio del peso rispettivo delle due componenti di offerta, con l'ulteriore precisazione che l'averlo prescritto a monte nella lex specialis assicura a tutti i concorrenti trasparenza e chiarezza circa le modalità di valutazione delle offerte e dei criteri di assegnazione dei relativi punteggi, anche al fine di poterle calibrare nel modo più competitivo; dubbi che invece persisterebbero in caso di silenzio del bando e in presenza di una normativa non inequivoca sul punto».

3. L'ANAC sulla riparametrazione

Più volte l'Autorità di regolazione (AVCP, oggi ANAC) si è pronunciata sull'opportunità di effettuare la riparametrazione dei coefficienti di valutazione delle offerte, volta a garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo ed il fattore qualità in modo che l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte, indipendentemente dal metodo di calcolo scelto per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. Determinazioni n. 4 del 2009, n. 7 del 2011 e n. 4 del 2012 in cui l'Autorità afferma che la riparametrazione è indispensabile nel caso in cui sia prevista la soglia di sbarramento, ma ciò non esclude che, in ogni caso in cui lo preveda il bando, la riparametrazione sia da applicare).

Da ultimo l'ANAC con le Linee guida n. 2 (Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016)¹ di attuazione del d.lgs. n. 50/2016 recanti «Offerta economicamente più vantaggiosa» (come annunciato nel medesimo testo, trattasi di linee guida, di natura prevalentemente tecnico-matematica, finalizzate a fornire indicazioni operative per il calcolo dell'OEPV, soprattutto per quanto concerne la scelta del criterio di attribuzione dei punteggi per i diversi elementi qualitativi e quantitativi che compongono l'offerta e la successiva aggregazione dei punteggi) ha rilevato che «La riparametrazione risponde ad una scelta discrezionale della stazione appaltante che deve essere espressamente prevista nei documenti di gara ed è finalizzata a preservare l'equilibrio tra le diverse componenti dell'offerta, in modo che in

relazione a tutte le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte. Il rischio della riparametrazione è di dare un peso eccessivo a elementi carenti delle offerte dei concorrenti».

Dunque l'ANAC, riportando le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, ha confermato non solo l'ammissibilità e la logica dei meccanismi volti alla "normalizzazione"

dei punteggi per preservare l'equilibrio tra le diverse componenti dell'offerta, ma ha ribadito che la riparametrazione rientra fra le attività discrezionali

dell'amministrazione purché la stessa sia stata espressamente prevista nella *lex specialis* di gara.

Ad avviso dell'ANAC, la determinazione dei "punteggi" (o sub punteggi) di ponderazione delle offerte è sì rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, ma quest'ultima deve tenere conto, però, delle specificità dell'appalto e, dunque, dell'importanza relativa alla componente economica e a quella tecnica: in altri termini, il punteggio massimo attribuibile a ciascuna componente e a ciascun criterio o subcriterio deve risultare proporzionato alla rilevanza che ognuno di essi riveste rispetto agli altri nonché ai bisogni della stazione appaltante.

Nelle predette Linee guida l'ANAC osserva che la somma dei punteggi attribuiti dalla stazione appaltante deve essere pari a 100 (quale criterio intuitivo per i partecipanti all' PROCEDURA di aggiudicazione) ripartito tra il punteggio assegnato alla componente economica e il punteggio assegnato alla componente tecnica.

L'ANAC con le Linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. n. 50/2016 ha fornito alle stazioni appaltanti indicazioni operative per il calcolo dell'OEPV, la scelta del criterio di attribuzione dei punteggi e la relativa riparametrazione

1. Linee guida adottate dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 («L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche..»).

Tuttavia può verificarsi che «Quando i punteggi relativi a un determinato criterio sono attribuiti sulla base di sub criteri può accadere che nessun concorrente raggiunga il punteggio massimo previsto; ciò rischia di alterare la proporzione stabilita dallastazione appaltante tra i diversi elementi di ponderazione, specie quando la valutazione è basata sul metodo aggregativo compensatore».

In tal caso la stazione appaltante procede, se previsto nel bando di gara, alla riparametrazione dei punteggi per riallinearli ai punteggi previsti per l'elemento di partenza. Come si legge nelle richiamate Linee guida «L'operazione di riparametrazione può avvenire sia in relazione

ai criteri qualitativi sia in relazione ai criteri quantitativi (laddove non siano previste modalità che consentono di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo) con riferimento ai punteggi relativi ai singoli criteri o, laddove siano previsti, in relazione ai singoli sub-criteri».

L'ANAC chiarisce inoltre che la stazione appaltante può procedere, altresì, a una **seconda riparametrazione** dei punteggi ottenuti per la partetecnica o quella economica, complessivamente considerate ma anche in questo caso per procedere alla riparametrazione occorre che la stessa sia prevista nel bando di gara e che siano chiaramente individuati gli elementi che concorrono a formare la componente tecnica e la componente economica.

L'applicazione pratica della rotazione nell'affidamento degli appalti pubblici

di Stefano Usai

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Una delle prime considerazioni che occorre esprimere in tema di applicazione pratica del principio di rotazione attiene alla sua collocazione nell'ambito del codice dei contratti – limitatamente all'aspetto che qui interessa trattare.

Il principio di rotazione viene espressamente richiamato in tema di procedure negoziate "semplificate" di cui all'articolo 36 che consentono al responsabile unico del procedimento (nel prosieguo solo RUP), semplificando, di utilizzare procedimenti contingentati quanto a partecipazione in relazione a specifici importi in ambito sotto soglia (per forniture e servizi) ed in ambito ultra sottosoglia (fino al milione di euro) per i lavori.

Nell'ambito degli importi predetti, il RUP, può strutturare e proporre un procedimento di affidamento diretto (nell'ambito dei 40 mila euro) o un procedimento ad inviti previa selezione dei concorrenti attraverso una indagine esplorativa o per il tramite della scelta di elenchi di fornitori precostruito purché nel rispetto del principio di rotazione.

E' bene annotare che il principio di rotazione è altresì richiamato dall'articolo 63 del codice in tema di procedura negoziata (ammessa in questo caso anche in ambito sopra soglia comunitaria) fondata su motivi oggettivi da certificarsi adeguatamente

in fase di predisposizione della relativa determina a contrattare. Un diverso tipo di procedura, pertanto, che con le procedure negoziate semplificate di cui all'art. 36 condivide il solo dato di porsi in "deroga" ai procedimenti ordinari.

Il principio di rotazione, invece, non viene richiamato nell'ambito dei principi comuni applicabili doverosamente in tema di aggiudicazione ed esecuzione di appalti e concessioni (declinati nell'articolo 30 del codice dei contratti).

Ai sensi della norma in parola – primo comma -, infatti, "l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

1. La valenza sostanziale del richiamo del principio di rotazione

Da quanto sopra annotato emerge, logicamente, una prima annotazione di grande valenza per il RUP ovvero che il principio di rotazione rappresenta un "riferimento" inderogabile in relazione ai soli procedimenti derogatori in cui la stazione appaltante o affida direttamente l'appalto (nell'ambito dei 40 mila euro o di oggettive situazioni che non consentano il ricorso al mercato) oppure procede non attraverso un bando di gara ma attraverso una verifica delle condizioni di mercato con successiva scelta relativamente "discrezionale" degli operatori da invitare al procedimento di gara.

In questi casi appare chiara la valenza sostanziale del principio come diretto ad evitare la creazione di rendite di posizione ovvero evitare che

la stazione appaltante affidi la commessa sempre allo stesso affidatario (senza una adeguata motivazione) o, in relazione ad un procedimento ad inviti, rivolga la propria attenzione sempre alla stessa platea di concorrenti.

Secondo l'ANAC (Linee guida n. 4/2016) il principio di rotazione infatti è finalizzato ad evitare "il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico".

Il mancato richiamo in tema di principi comuni e quindi, prioritariamente, in tema di procedure ordinarie fa venir meno ovviamente la necessità di rotazioni nel caso in cui si proceda con i sistemi classici della procedura aperta e quindi con un autentico bando di gara.

Nel momento in cui il RUP predispose il "progetto" di legge speciale di gara non potrà certo inserire

delle clausole nel bando dirette a limitare la partecipazione solo ai concorrenti non affidatari del servizio.

Una simile previsione oltre ad ostare con i principi comunitari della libera concorrenza si porrebbe in netto ed insanabile contrasto con il principio del c.d. numero chiuso della cause escludenti.

Principio, e norma, che vieta alla stazione appaltante di stabilire nuove ipotesi di "sbarramento" alla partecipazione diverse da quelle espressamente fissate dal legislatore.

Il principio di rotazione rappresenta un "riferimento" inderogabile in relazione ai soli procedimenti derogatori in cui la stazione appaltante o affida direttamente l'appalto (nell'ambito dei 40 mila euro o di oggettive situazioni che non consentano il ricorso al mercato) oppure procede non attraverso un bando di gara.

In questo senso, del resto, dispongono gli ultimi due periodi del comma 8 dell'articolo 83 del codice dei contratti in cui si puntualizza che "I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal

presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Ed in questo senso il codice dei contratti, come detto, non prevede nelle procedure ordinarie il rispetto del principio di rotazione.

2. L'applicazione pratica della rotazione

L'esigenza della rotazione, quindi, viene in considerazione nelle procedure "derogatorie" sia in quelle "semplificate" previste espressamente dal legislatore con il micro sistema normativo delineato nell'articolo 36 del codice sia in relazione alle procedure "eccezionali" nel senso di non ordinarie che in presenza di oggettive e certificate ragioni giustificano un procedimento diverso ed immediato rispetto alla procedura ordinaria (come delineato nell'articolo 63 del codice che riproduce quasi sostanzialmente quanto già previsto nel pregresso articolo 57 del decreto legislativo 163/2006).

Per comprendere la latitudine applicativa del principio, soprattutto in relazione alle procedure negoziate semplificate occorre partire dal dato normativo desumibile dalla norma citata.

L'articolo 36 del codice, primo comma, prevede che negli appalti di lavori, servizi e forniture inferiori alla soglie comunitarie (come definite nell'articolo 35) sia l'affidamento sia l'esecuzione debbono avvenire oltre che nel rispetto dei principi classici generalissimi (secondo la definizione del Consiglio di Stato) fissati nell'articolo 30, comma 1, nel "rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti (...)".

La prima questione operativa che dalla norma si desume, in coerenza anche con quanto già detto, è che il principio di rotazione opera nell'ambito sottosoglia in quanto nello stesso è consentito esperire dei procedimenti diversi e semplificati rispetto alla procedura ordinaria.

Ulteriore precisazione è che la rotazione deve essere rispettata sia nella predisposizione degli inviti sia in relazione all'affidamento.

L'inciso introdotto con il decreto legislativo correttivo n. 56/2017 di modifica del pregresso riferimento indeterminato, deve essere inteso come rivolto a due ambiti di azione differenti uno relativo agli inviti e l'altro relativo all'affidamento.

Per dare concretezza a quanto riferito, quest'ultimo ovvero l'affidamento deve essere necessariamente inteso come diretto a condizionare l'assegnazione diretta e quindi nell'ambito dei 40 mila euro, di cui al comma 2, lett. a) dell'articolo 36, o nell'ambito delle procedure negoziate ex art. 63 del codice.

In relazione agli inviti, il richiamo propedeutico contenuto nel comma 1 dell'articolo 36 viene

altresì ribadito sia nelle ipotesi di cui alla lett. b) ed alla lett. c) sempre del comma 2 dell'articolo citato.

3. La rotazione nell'affidamento diretto

Il primo aspetto pratico che il RUP deve presidiare attiene alle ipotesi in cui sia praticabile l'affidamento diretto ora – per effetto delle modifiche apportate dal decreto correttivo – possibile anche senza il previo confronto tra preventivi.

In relazione a tale ambito occorre distinguere, sotto il profilo pratico, i differenti approcci del RUP nello strutturare il procedimento.

Se il responsabile unico del procedimento individua l'affidatario direttamente (pur attraverso il mercato elettronico) attingendo da un elenco preconstituito, il principio di rotazione opera ex se in quanto condizione indispensabile che gli appaltatori accettano nel momento in cui manifestano la volontà di essere inseriti nell'albo della stazione appaltante. Nel senso che gli appaltatori ben sono consapevoli di non poter partecipare a tutte le procedure di acquisto bandite dalla stazione appaltante.

Nel caso di assenza di albo preconstituito (redatto utilizzando il mercato elettronico visti gli obblighi, in ambito sottosoglia, di procedere con gli acquisti di beni e servizi direttamente

dal mercato elettronico – al netto delle acquisizioni di importo inferiore ai mille euro, tranne che per i prodotti informatici -) il RUP deve avere come riferimento sempre la vetrina "virtuale" del MePa o di altro mercato elettronico della centrale di committenza regionale o soggetto aggregatore ed in relazione a questo può interagire con l'affidamento diretto o con la trattativa diretta che implica una negoziazione con un solo operatore.

Se il responsabile unico del procedimento individua l'affidatario direttamente (pur attraverso il mercato elettronico) attingendo da un elenco preconstituito, il principio di rotazione opera ex se in quanto condizione indispensabile che gli appaltatori accettano nel momento in cui manifestano la volontà di essere inseriti nell'albo della stazione appaltante.

L'esigenza del rispetto di rotazione interviene nell'approccio istruttorio che porta il responsabile unico ad individuare l'affidatario.

Nel caso in cui il RUP effettui una indagine esplorativa sui fornitori/prezzi presenti in vetrina per poter poi procedere all'assegnazione senza ulteriore intermediazione (senza negoziazione o con trattativa diretta) i riferimenti che prenderà saranno ovviamente l'adeguatezza tecnica del prodotto ed il prezzo.

E' chiaro che se il prezzo praticato dal pregresso affidatario risulti effettivamente il migliore, da una indagine seria e dimostrabile, come emerge sia dalle indicazioni dell'ANAC (espresse nelle linee guida n. 4/2016 dedicate alle acquisizioni nel sottosoglia comunitario) e dello stesso Consiglio di Stato nel parere 1903/2016 (espresso sullo schema di linee guida n. 4) un nuovo affidamento deve ritenersi possibile a condizione di un chiaro apparato motivazionale. Naturalmente il riaffido dovrà comunque essere contingentato nel tempo non apparendo possibile il "riaffido sul riaffido".

4. Il riaffido all'appaltatore uscente

L'affidamento diretto al precedente affidatario, secondo l'ANAC, esige "un onere motivazionale più stringente" ed il RUP dovrà motivare la scelta "in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione".

Fermo restando che l'onere "motivazionale relativo

all'economicità dell'affidamento e al rispetto dei principi di concorrenza può essere soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici".

Naturalmente nel caso in cui si proceda con una indagine di mercato seria e dimostrabile, l'affidamento diretto si riferisce all'epilogo della procedura utilizzata dal RUP ed è chiaro che in nessun caso si potrebbe legittimare l'affidamento ad appaltatore diverso dall'affidatario uscente soprattutto se il primo impone condizioni economiche maggiormente onerose.

In relazione al "riaffido" il Consiglio di Stato, nel parere citato puntualizza, in modo più rigoroso, che "dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia la reiterazione dell'invito alla procedura sia il riaffido dell'appalto allo stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di

L'aspetto pratico che merita considerazione è il modus operandi a cui il RUP si deve ispirare per poter individuare i soggetti da consultare nella procedura di negoziazione semplificata.

alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge (art. 36, comma 1). Assai spesso, del resto, è proprio negli affidamenti all'operatore uscente che il fenomeno corruttivo si annida nella sua dimensione meno facilmente accertabile".

Evidentemente il riaffido non potrebbe essere tollerato ad oltranza e *sine die* (ovvero di affidamenti ripetuti).

5. La rotazione nel procedimento ad inviti

Per avere chiara l'intensità della rotazione nei procedimenti ad inviti diventa rilevante la considerazione delle ulteriori ipotesi previste dall'articolo 36, comma 2, lett. b) e c).

Nell'ambito delle citate norme, il RUP può strutturare un procedimento semplificato ad inviti fino al sotto

soglia per appalti di forniture servizi (209 mila euro per le amministrazioni periferiche ed enti locali e inferiori a 135 mila per le amministrazioni statali) e inferiori a 150 mila per i lavori; nonché fino al milione di euro (importo inferiore) per i lavori con la specifica di cui alla lett. c)).

L'aspetto pratico che merita considerazione è il *modus operandi* a cui il RUP si deve ispirare per poter individuare i soggetti da consultare nella procedura di negoziazione semplificata.

Secondo il legislatore i competitori devono (e non possono) essere individuati "sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti".

Contestualizzato in tali ambiti l'operatività pratica del principio appare più semplice.

Nel caso degli elenchi precostituiti, come già detto sopra, il principio di rotazione è una delle "regole del gioco" nel senso che chi richiede di essere inserito in un elenco ben è consapevole che in ogni caso in cui il RUP attingerà per la scelta degli operatori da consultare ossequierà necessariamente la rotazione. E quindi i soggetti "chiamati" per un dato affidamento non verranno coinvolti nel successivo in applicazione di una rotazione sia nei confronti dell'affidatario uscente sia nei confronti dei soggetti invitati.

Più articolata si pone la questione nel caso in cui il RUP, per carenza di elenchi, intenda procedere con indagini di mercato (nelle ipotesi in cui non sia consentito l'affidamento diretto e quindi l'indagine risulti obbligatoria a pena di possibile illegittimità del procedimento).

Nelle procedure extra mercato elettronico, laddove il prodotto/servizio non risulti effettivamente disponibile o, soprattutto, nel caso di lavori, il RUP quindi deve procedere con una indagine esterna alle vetrine le cui esigenze di trasparenza ed oggettività possono essere soddisfatte solo attraverso un avviso pubblico.

E' in questa fase che il responsabile del procedimento si deve porre il problema della rotazione. Se il precedente appalto risultava affidato secondo lo stesso meccanismo derogatorio, l'affidatario ed i soggetti già invitati non dovrebbero poter partecipare al nuovo affidamento.

Questo secondo posizione estreme espresse in giurisprudenza.

Il Tar Campania, Napoli, sez. VIII, con sentenza del 9 marzo 2017 n. 390 ha puntualizzato che "Il principio di rotazione degli affidamenti per gli appalti sotto soglia appare prevalente e comporta, di regola, l'esclusione dell'invito del precedente gestore del servizio (T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336); (...) pertanto, (...) il mancato invito del precedente gestore non necessita di una specifica motivazione, occorrendo, al contrario, nel caso motivare la partecipazione del precedente gestore".

In questo senso, il Tar Campania, Salerno, sez. I, sentenza del 16 maggio 2017 n. 926, in cui si legge che "Il carattere cogente del principio di rotazione, così come coniato dalla legge generale, non richiede che esso sia necessariamente richiamato dalla disciplina di *lex specialis*; il principio assume particolare rilievo nelle

procedure sotto soglia, in quanto, secondo le coordinate ermeneutiche seguite in sede pretoria, "la rotazione dunque, che nei contratti sotto soglia è la regola e non l'eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza" (cfr. TAR Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336); così pure si afferma in giurisprudenza (TAR Puglia - Lecce, Sez. II, sentenza n. 1906 del 15 dicembre 2016) che "non può configurarsi alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione e in caso di esercizio

effettivo, la stessa P.A. deve dare motivato conto all'esterno" (si veda anche: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 6906/2011; Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 4661/2014; TAR Abruzzo - Aquila, Sez. I, sentenza n. 372/2016); la ricaduta applicativa del principio in oggetto vale anche per il caso, come quello in oggetto, in cui il conferimento del servizio in appalto è stato preceduto da indagine di mercato, come esattamente previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) e dalle Linee guida ANAC n. 1/2017 (IV, punto 1.2); inoltre, con Delibera ANAC n. 917 del 31 agosto 2016 si è precisato che "il criterio di rotazione comporta in linea generale l'esclusione dell'affidatario del contratto uscente, salvo motivare la decisione contraria nei termini indicati connessi alla competenza e all'esecuzione a regola d'arte del precedente contratto"; la condotta dell'Amministrazione assunta nel condurre il procedimento selettivo non può influire sull'applicazione del principio in oggetto tanto da limitarne la sua portata precettiva a salvaguardia delle esigenze di massimo confronto concorrenziale; la giurisprudenza più recente valorizza ulteriormente l'importanza concorrenziale della norma in analisi, affermando che "il principio di rotazione esclude tendenzialmente e preferibilmente non solo l'affidatario

uscente, ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che hanno giammai svolto tale servizio" (T.A.R. Campania Napoli Sez. II, Sent., 11/11/2016, n. 5227; v. anche TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, sentenza n. 419/2016)".

E prima ancora, il Tar Campania, Napoli, sez. VIII, con sentenza del 9 marzo 2017 n. 390 con cui si è puntualizzato che "Il principio di rotazione degli affidamenti per gli appalti sotto soglia appare prevalente e comporta, di regola, l'esclusione dell'invito del precedente gestore del servizio (T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017,

n. 1336); (..) pertanto, (..) il mancato invito del precedente gestore non necessita di una specifica motivazione, occorrendo, al contrario, nel caso motivare la partecipazione del precedente gestore".

6. La rotazione dal punto di vista pratico

Da un punto di vista pratico, in realtà, si dovrebbe procedere con tali limitazioni solamente nel caso in cui nel precedente procedimento la rotazione risultasse espressamente chiarita.

Gli indirizzi giurisprudenziali propendono però all'attivazione immediata di tali limiti. In questo senso, la C. G. A. Regione Sicilia sentenza del 12 aprile 2017 n. 188, che ha annotato come "Ad una tesi tendenzialmente escludente che impone all'amministrazione di motivare le ragioni per le quali ritenga di estendere l'invito anche al gestore uscente; se ne contrappone un'altra che, muovendo da una regola opposta di inclusione, impone, invece, di motivare la scelta di non interpellare anche il vecchio affidatario.

Così ricostruito il dibattito, il Collegio osserva come la principale ragione invocata a sostegno delle declinazioni più morbide del principio

di rotazione è quella che riguarda proprio la tutela della concorrenza.

Si afferma infatti che far derivare dal criterio della rotazione una regola di non candidabilità per il gestore uscente entrerebbe in rotta di collisione con i principi del Trattato. Il ragionamento, all'apparenza suggestivo, è tuttavia controvertibile tutte le volte in cui il vecchio gestore abbia (già) beneficiato di una deroga anticoncorrenziale, aggiudicandosi un appalto al di fuori di una procedura di gara, e pretenda di continuare a sfruttare quella medesima deroga candidandosi ed aggiudicandosi anche il nuovo appalto, sempre senza gara.

La rotazione dovrebbe essere chiarita già con l'avviso a manifestare interesse alla partecipazione alla procedura semplificata per evitare successive estromissioni che potrebbero essere impugnate per aver ingenerato un inutile l'affidamento negli appaltatori interessati.



Quando, invece, è ragionevole che il principio di rotazione imponga che la prima deroga, al meccanismo della gara e al pieno espandersi della concorrenza, sia bilanciata da una regola di non immediata (ri)candidabilità. Una simile declinazione è la sola in grado di dare senso e sostanza (e non solo apparenza) al principio di rotazione e può, oltre tutto, avere un effetto dissuasivo nei confronti delle non infrequenti pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo”.

A sommosso parere ben si potrebbe sostenere che la rotazione dovrebbe essere chiarita già con l’avviso a manifestare interesse alla partecipazione alla procedura semplificata per evitare successive estromissioni (che verrebbero evidentemente impugnate per aver ingenerato inutilmente l’affidamento negli appaltatori interessati).

L’ultima ipotesi sembra però essere rimessa ad una facoltà della stazione appaltante che, decidendo di effettuare un avviso pubblico aperto – sulla falsariga di un bando – ben potrebbe ammettere tutte le partecipazioni per poi affidarsi al sorteggio. Analoghe considerazioni si possono esprimere nel caso in cui si agisca nel mercato elettronico.

Nel senso che se si procede con un invito aperto a presentare le RDO, alcun limite può essere posto.

Diverso è il caso in cui il RUP proceda con una scelta di operatori previa indagine di mercato.

In questo caso il contingentamento delle RDO (nel numero minimo stabilito dall’articolo 36) dovrebbe tener conto della posizione del pregresso affidatario che potrebbe non essere invitato facendo in modo che la competizione si svolga tra soggetti diversi da quelli già coinvolti.

Circostanza che garantisce, relativamente, la possibilità di vedersi offerti – attraverso la negoziazione sollecitata dalle RDO - dei prezzi se non migliorativi ma almeno competitivi rispetto al prezzo del pregresso affidatario.

In ogni caso, dal punto di vista pratico si deve ritenere che il principio di rotazione possa operare in modo chiaro solo se negli atti sia stato preventivamente richiamato in modo da chiarire ai competitori che non potranno partecipare al successivo procedimento avviato dalla stazione appaltante per la reiterazione dello stesso appalto.

Dissertazioni varie sulla contabilità dei lavori

di Pier Luigi Gianforte



IL
PUN
TO

1. Normativa applicabile nell'attualità (periodo transitorio)

La Contabilità dei lavori pubblici rappresenta il complesso di operazioni (predisposizione degli atti contabili ed esecuzione delle misurazioni) effettuate dal Direttore dei lavori, con l'eventuale ausilio dell'ufficio di direzione dei lavori, per il controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento al fine di rendere edotta la committenza del costo della commessa. Infatti nella contabilità, oltre ai dati contabili desunti dai lavori eseguiti, l'appaltatore deve, pena decadenza, iscrivere nelle corrette forme le maggiori richieste (domande) che ritiene di dover formulare.

Premesse

Chi come me opera quotidianamente nel settore dei lavori, ben sa, che la redazione della contabilità rappresenta il punto di maggiore criticità nei rapporti tra la Direzione dei Lavori e esecutore; nel presente contributo verranno forniti alcuni spunti di riflessione sulle possibili conseguenze connesse alla redazione di atti non pienamente aderenti al reale stato della commessa.

Per contestualizzare l'argomento è bene premettere un inquadramento normativo, seppur sintetico, sul tema evidenziando le norme in vigore in questo periodo transitorio.

Oggi la contabilità dei lavori pubblici è disciplinata dal Codice degli Appalti (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e dalle specifiche Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti elaborate su proposta dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) da approvarsi con decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti (Artt. 101 e 111 del D.Lgs. 50/2016).

Il previgente regolamento dei lavori pubblici DPR 207/2010 è stato infatti abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. u), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall' art. 220 del medesimo D.Lgs. n. 50/2016.

La lett. u) sopra citata prevede che: *“il decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, con effetto: 1) dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del presente codice, i quali operano la ricognizione delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 da esse sostituite; 2) dalla data di entrata in vigore del presente codice: la Parte I; la Parte II, Titolo I, capo II; la Parte II, Titolo II, capo II; la Parte II, Titoli IV e V, VI, VII, VIII; la Parte II, Titolo IX Capo III; parte II, Titolo XI, Capo III, ad esclusione dell’articolo 251; la Parte III ad esclusione degli articoli 254, 255 e 256; le Parti IV, V e VII, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamati”.*

Per fortuna, solo una piccola parte della normativa che regolamentava la contabilità dei lavori è stata abrogata in attesa dell’emissione dei vari regolamenti seppur attualmente per alcune procedure esiste un vero e proprio vuoto normativo.

In particolare ci si riferisce alla Parte II, Titolo IX Capo III che riguarda gli artt. 211 (Numerazione delle pagine di giornali, libretti e registri e relativa bollatura), 212 (Iscrizione di annotazioni di misurazione), 213 (Operazioni in contraddittorio con l’esecutore), 214 (Firma dei soggetti incaricati). Infatti il D.Lgs. 18-4-2016 n. 50 pubblicato nella Gazz. Uff. 19 aprile 2016, n. 91, S.O., ed entrato in vigore, ai sensi del comma 1 dell’art. 220 dello stesso d.lgs., lo stesso giorno della sua pubblicazione sulla G.U., all’art. 111 (Controllo tecnico, contabile e, amministrativo), prevede:

“1. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta dell’ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, sono approvate le linee guida che individuano le modalità e, se del caso, la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l’attività di cui all’articolo 101, comma 3, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità.

“2. Il direttore dell’esecuzione del contratto di servizi o di forniture è, di norma, il responsabile unico del procedimento e provvede al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell’esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante assicurando la regolare esecuzione da parte dell’esecutore, in conformità ai documenti contrattuali. Con il medesimo decreto, di cui al comma 1, sono altresì approvate linee guida che individuano compiutamente le modalità di effettuazione dell’attività di controllo di cui al periodo precedente, secondo criteri di trasparenza e semplificazione. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1, si applica l’articolo 216, comma 17.”.

L’art. 111 del Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 18/04/2016 n. 50 prevede, al comma 1, che l’ANAC formuli una proposta al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per l’adozione di Linee guida che individuino le modalità e la tipologia di atti attraverso i quali il Direttore dei Lavori effettua l’attività descritta al comma 3 dell’art. 101, ossia il controllo tecnico, contabile e amministrativo dell’esecuzione dell’intervento, finalizzato a garantire che i lavori siano eseguiti a regola d’arte e in conformità al progetto e al contratto. Le Linee guida in questione, la cui bozza è stata posta in consultazione fino al 16/05/2016, sono state licenziate nel loro testo definitivo dall’ANAC il 21/06/2016 e trasmesse al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, chiamato ad emanarle sotto forma di decreto, in uno con le altre linee guida sul direttore dell’esecuzione.

Il Ministero si è a sua volta avvalso della facoltà di chiedere il parere del Consiglio di Stato, parere reso in data 03/11/2016 e che contiene osservazioni piuttosto rilevanti, che lasciano intendere la necessità di una profonda revisione delle stesse.

Nel parere espresso il Consiglio di Stato ha formulato diversi rilievi di non poco conto. Primo fra tutti, ha inteso conferire al provvedimento di adozione una veste giuridica coerente con la natura regolamentare del provvedimento, diversa dal carattere di *“soft law”* con il quale si configurano invece generalmente le linee guida ANAC. Il Consiglio di Stato, ancora, ha segnalato

puntualmente le parti da eliminare in quanto mere ripetizioni delle norme di legge e di conseguenza contrarie ai canoni di semplificazione normativa.

Nel parere si richiede di motivare la scelta di non abrogare tutti gli articoli del D.P.R. 207/2010, come invece dovrebbe essere.

Le linee guida, una volta emanato il decreto ministeriale, andranno ad abrogare i seguenti articoli del D.P.R. n. 207/2010: 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 202, 210. Per prima cosa l'Autorità ribadisce come l'assenza nel Codice di norme di estremo dettaglio riguardo lo svolgimento dell'attività del DL risponde ad una precisa volontà di realizzare un'ampia liberalizzazione delle forme e delle modalità di azione delle stazioni appaltanti, che restano peraltro vincolate al rispetto dei principi generali cogenti (principi di efficienza e di efficacia, di imparzialità, di concorrenza, di trasparenza ecc.). Le regole di dettaglio che sono state richiamate nelle Linee guida - in parte riprese dal precedente D.P.R. 207/2010 - sono pertanto relative a quegli ambiti per i quali si riscontra necessità di maggiore certezza e trasparenza nei rapporti tra stazioni appaltanti e imprese, anche al fine di scongiurare l'insorgere di contenziosi.

Stante quanto sopra, norme e prassi operative vigenti ed in uso sotto il precedente quadro normativo possono (debbono a parere di chi scrive) comunque essere utilizzate, anche ove non richiamate dalle Linee guida in esame, poiché comunque non incompatibili con il quadro regolatorio attualmente in vigore e, nell'interesse di tutti, apprezzabili per la chiarezza operativa.

Si deve purtroppo constatare che a tutt'oggi il decreto indicato al predetto comma 1 che sarebbe dovuto essere promulgato entro il 18/07/2016 non è ancora stato adottato.

Tuttavia l'art. 216 (Disposizioni transitorie e di coordinamento) al proprio comma 17 prevede: "Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 111, comma 1, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo IX, capi I e II, nonché gli allegati e le parti di

allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207."

Restano pertanto in vigore per la "Contabilità dei lavori" (Titolo IX) lo "Scopo e forma della contabilità" (Capo I art.li da 178 a 202) e la "Contabilità dei lavori in economia" (Capo II art. li da 203 a 210).

2. Modalità di tenuta della contabilità

L'attività di controllo tecnico, contabile e amministrativo, si esplica di fatto attraverso la compilazione con precisione e tempestività dei documenti contabili, **che sono atti pubblici a tutti gli effetti di legge (art. 180 DpR 207/2010)**, con i quali si realizza l'accertamento e la registrazione dei fatti producenti spesa.

Si può quindi affermare che la contabilità dei lavori pubblici, in estrema sintesi, consista nel classificare e misurare le lavorazioni eseguite, nonché di trasferire poi i rilievi effettuati, per le conseguenti operazioni di calcolo che consentono di individuare il progredire della spesa, nei seguenti documenti contabili:

- il Giornale dei lavori
- il Libretto delle misure (libretti di misura delle lavorazioni e delle provviste)
- il Registro di contabilità
- lo Stato avanzamento lavori (SAL)
- il Certificato per pagamento delle rate
- il Conto finale dei lavori e la relativa Relazione.

Il *Giornale dei lavori* è un documento obbligatorio della Contabilità dei lavori pubblici espressamente previsto anche dalle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti approvate con decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti (Linee guida in attesa di pubblicazione in gazzetta).

È tenuto dal Direttore dei lavori per annotare, giorno dopo giorno, l'ordine, il modo e l'attività con cui progrediscono le lavorazioni, il nominativo, la qualifica e il numero degli operai impiegati, l'attrezzatura tecnica impiegata per l'esecuzione dei

lavori, l'elenco delle provviste fornite dall'esecutore documentate dalle rispettive fatture quietanzate, nonché quant'altro interessi l'andamento tecnico ed economico dei lavori, ivi compresi gli eventuali eventi infortunistici.

Nota: mi viene richiesto spesso l'efficacia del giornale dei lavori. E' evidente come detto documento per quanto tenuto dalla DL ove sottoscritto dall'esecutore rappresenti un dato oggettivo.

Il *Libretto delle misure* è uno dei registri fondamentali della contabilità dei lavori pubblici e permette la constatazione dei lavori, cioè l'accertamento delle lavorazioni eseguite e della loro misurazione. Esso è, appunto, il documento destinato a contenere i dati del rilevamento.

Il Libretto delle misure o più precisamente i "Libretti di misura delle lavorazioni e delle provviste" sono compilati dal Direttore dei lavori che esegue la misurazione e classificazione delle lavorazioni. La mansione può essere da lui attribuita al personale che lo coadiuva, sempre comunque sotto la sua diretta responsabilità.

Il direttore dei lavori deve verificare i lavori e certificarli sui libretti delle misure con la propria firma. Cura, inoltre, che i libretti o i brogliacci siano aggiornati e immediatamente firmati dall'appaltatore o dal tecnico dell'appaltatore che ha assistito al rilevamento delle misure. Pertanto, l'appaltatore deve essere sempre invitato alle misurazioni e, qualora non intervenga o non sottoscriva i libretti delle misure ed i brogliacci, il direttore dei lavori procede alla presenza di due testimoni, i quali firmano i documenti ora indicati.

Le Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti non forniscono indicazioni operative sulla modalità di tenuta del libretto delle misure, così come dettagliatamente definite dall'abrogato D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti).

Nota: il libretto delle misure è quindi un documento di redazione quotidiana. Le dati ivi riportate diventano essenziali sia al fine di valutare eventuali

tardività nella richiesta di maggiori oneri ma anche per legittimare la richiesta di interesse da ritardata contabilizzazione....

Il registro di contabilità è il documento contabile principale che riporta le quantità di lavorazioni eseguite con i corrispondenti prezzi contrattuali, in modo tale da determinare l'avanzamento dei lavori e il corrispettivo maturato dall'appaltatore.

Il CAPO III del dpr 207/2010 (vecchio regolamento appalti) conteneva le norme generali per la tenuta della contabilità dei lavori pubblici. In particolare, l'art. 211 rubricato "Numerazione delle pagine di giornali, libretti e registri e relativa bollatura" prevedeva che:

- i documenti amministrativi e contabili fossero tenuti a norma dell'articolo 2219 codice civile;
- il giornale, i libretti delle misure ed i registri di contabilità, tanto dei lavori come delle somministrazioni, fossero costituiti da fogli numerati e firmati nel frontespizio dal responsabile del procedimento;
- si potessero usare programmi informatizzati tali da garantire l'autenticità e l'integrità delle scritture contabili.

Inoltre, il comma 4 prevedeva esplicitamente che il registro di contabilità fosse numerato e bollato dagli uffici del registro ai sensi dell'articolo 2215 del codice civile.

Il nuovo Codice appalti (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), entrato in vigore il 19 aprile 2016, ha abrogato una serie di articoli del vecchio regolamento.

In particolare, l'art. 217 del nuovo Codice appalti prevede l'espressa abrogazione degli articoli del Capo III, incluso l'art. 211.

Pertanto, non è più espressamente prevista la bollatura dei registri di contabilità dei lavori pubblici.

Nota: il registro di contabilità è un documento in unico esemplare; professionalmente mi capita di

vedere S.A. che predispongono tre copie originali del registro. In questo caso è bene darne contezza alla firma e nel caso di apposizioni di riserve riportare il testo su tutte le copie.

Lo Stato di Avanzamento Lavori (SAL) riassume tutte le lavorazioni e tutte le somministrazioni eseguite dal principio dell'appalto sino ad allora e a esso è unita una copia degli eventuali elenchi dei nuovi prezzi, indicando gli estremi della intervenuta approvazione; se tali elenchi sono già in possesso della stazione appaltante, il Direttore dei Lavori ne indica gli estremi nel SAL.

Lo Stato di Avanzamento Lavori, ricavato dal registro di contabilità, è rilasciato nei termini e modalità indicati nella documentazione di gara e nel contratto di appalto, ai fini del pagamento di una rata di acconto; a tal fine il documento deve precisare il corrispettivo maturato, gli acconti già corrisposti e di conseguenza, l'ammontare dell'acconto da corrispondere, sulla base della differenza tra le prime due voci. Lo stato di avanzamento lavori è firmato dal DL e dall'impresa in segno di accettazione.

Il Direttore dei Lavori trasmette immediatamente lo Stato di Avanzamento Lavori al Rup.

Il Certificato di pagamento è emesso dal Rup entro il termine di sette giorni dal rilascio del SAL. Il Rup, previa verifica della regolarità contributiva dell'impresa esecutrice, invia il Certificato di pagamento alla stazione appaltante per l'emissione del mandato di pagamento che deve avvenire entro 30 giorni dalla data di rilascio del Certificato di pagamento; ogni certificato di pagamento emesso dal Rup è annotato nel registro di contabilità.

Nota: alcune imprese mi segnalano che i RUP subordinerebbero la firma del certificato alla rinuncia delle riserve iscritte nel SAL. In tale richiesta del tutto indebita si può configurare il reato di violenza privata o ancor peggio di estorsione.

Il Conto finale dei lavori è compilato dal Direttore dei Lavori a seguito della certificazione dell'ultimazione degli stessi e trasmesso al Rup unitamente ad una

Relazione, in cui sono indicate le vicende alle quali l'esecuzione del lavoro è stata soggetta, allegando tutta la relativa documentazione.

Il Conto finale dei lavori deve essere sottoscritto dall'impresa affidataria. All'atto della firma l'impresa affidataria non può iscrivere domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori e deve confermare le riserve già iscritte negli atti contabili per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'art. 208 del Codice o l'accordo bonario di cui all'art. 205 del Codice.

Se l'impresa affidataria non firma il conto finale nel termine assegnato (non superiore a trenta giorni), o se lo sottoscrive senza confermare le domande già formulate nel registro di contabilità, il conto finale si ha come da lui definitivamente accettato.

Firmato dall'impresa affidataria il conto finale, o scaduto il termine sopra assegnato, il Rup, entro i successivi sessanta giorni, redige una propria relazione finale riservata nella quale esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'impresa affidataria per le quali non siano intervenuti la transazione o l'accordo bonario.

Nota: La contestazione del conto finale deve essere effettuata con immediatezza ovvero senza riservarsi l'esplicitazione nel termine di giorni 15.

3. Contabilizzazione e patologie

Chi scrive si occupa di lavori pubblici da oltre un ventennio potendo constatare, nella fase di controllo e contabilizzazione dei lavori, un atteggiamento da parte dei soggetti interessati (direttore dei lavori, RUP e esecutori) non sempre aderente al dettame normativo.

Lasciando in disparte comportamenti volutamente volti ad aggirare la norma, la propria esperienza professionale ha evidenziato tre casistiche particolarmente ricorrenti:

- a) diversa contabilizzazione dei lavori rispetto

- alle previsioni progettuali;
- b) contabilizzazione in corso d'opera anche dei lavori non eseguiti per permettere il raggiungimento del minimo contrattuale per l'emissione del SAL;
- c) contabilità d'appalto a corpo con allibramento del corpo nella misura totale anche se i lavori eseguiti siano in quantità minore rispetto al disegnato.

E' bene precisare che tali comportamenti, assolutamente censurabili, non rappresentano solo una violazione dal punto di vista amministrativo ma anche delle vere e proprie violazioni di carattere penale.

4. Diversa contabilizzazione dei lavori rispetto alle previsioni progettuali

Le modalità di contabilizzazione dei lavori sono così minutamente codificate che non lasciano dubbi interpretativi, per cui i casi evidenziati nel presente articolo possono senz'altro annoverarsi tra le azioni indebite, deliberatamente e scientemente dalla direzione dei lavori.

Una delle attività che il Direttore dei lavori deve espletare nell'esercizio dell'incarico è la "Contabilità dei Lavori" che vengono effettuati nella realizzazione dell'opera appaltata.

Come detto, la contabilità dei lavori ha la finalità essenziale di accertare, man mano che i lavori vengono eseguiti, quanta parte di essi è stata realizzata e ciò al fine di consentire sia il tempestivo pagamento all'appaltatore degli acconti stabiliti in contratto, sia il rispetto del principio di corrispondenza tra quanto eseguito e quanto liquidato in esecuzione del contratto di appalto. In tale fase il direttore dei lavori risponde delle valutazioni di sua competenza e, in particolare, dell'indebita erogazione di pagamenti in eccedenza a favore dell'impresa appaltatrice.

L'illegittimità dell'allibramento di lavorazioni diverse rispetto alle indicazioni progettuali sovviene dal combinato disposto dagli artt. 101 comma 3 del d.lgs. 50/2016 e dall'art.180 del DPR 207/2010.

Infatti il Direttore dei lavori, con l'ufficio di direzione, ove costituito, "è preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto" e "gli atti contabili redatti dal direttore dei lavori sono atti pubblici a tutti gli effetti di legge, e hanno ad oggetto l'accertamento e la registrazione di tutti i fatti producenti spesa. (Linee guida Anac 21/06/2016).

Si tratta, in sintesi, di classificare e misurare le lavorazioni eseguite, nonché di trasferire poi i rilievi effettuati sul registro di contabilità per le conseguenti operazioni di calcolo che consentono di individuare il progredire della spesa.

Secondo il principio di costante progressione di contabilità, le predette attività di accertamento dei fatti producenti spesa devono essere eseguite al momento del loro accadimento e quindi devono procedere di pari passo alla loro esecuzione.

Le conseguenze di carattere amministrativo contabile attengono, oltre alla mancata ottemperanza della volontà della committenza pubblica, molto spesso, anche a sforamenti di spesa preventivata, con evidenti ricadute di carattere patrimoniale sulla stazione appaltante, nonché a possibili carenze sulle prestazioni e qualità dei materiali impiegati.

Tale circostanza porta a violazioni di carattere patrimoniale sanzionabili anche dalla Corte dei Conti per danno all'erario imputabile al direttore dei lavori per contabilizzazione di importi superiori rispetto al valore di quanto eseguito, e omessa istituzione del libretto delle misure, presupposto indispensabile per tutte le altre scritture contabili.

In tema di responsabilità del direttore dei lavori, la Corte Dei Conti – Sezione Seconda Giurisdizionale Centrale con la sentenza numero 270 del 20 luglio 2006 merita di essere segnalata per i seguenti importanti principi:

<Peraltro non si può non rilevare come la responsabilità del direttore dei lavori è ben definita dall'art. 124 del D.P.R. 554/1999, ovverosia

lo stesso direttore ha la responsabilità di tutto l'ufficio dei lavori e dell'accettazione dei materiali sulla base dei controlli eseguiti.

Anche in precedenza la responsabilità del direttore dei lavori era puntualmente disciplinata dal R.D. n. 350 del 1895, e cioè a dire il direttore dei lavori deve assumere ogni iniziativa ed effettuare ogni controllo affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto ed al contratto. Ancorché la presenza del direttore dei lavori non sia necessariamente continua presso il cantiere, tuttavia l'insufficienza dei controlli e soprattutto la mancata istituzione del libretto delle misure, che è stata rilevata anche nella sentenza penale di assoluzione, costituiscono elementi sufficienti alla sussistenza della colpa grave dell'Ing. convenuto.> "...omissis la responsabilità del DL è scaturita dalla insufficienza dei controlli, dalla mancata compilazione della contabilità come si può desumere proprio dall'omissione del libretto delle misure. Tale documento è destinato a contenere i risultati dei rilevamenti operati dal direttore dei lavori nel cantiere; minute norme infatti disciplinano il modo di redigere il libretto delle misure che al termine di ogni operazione o alla fine del giorno, quando l'operazione non sia stata ultimata, deve essere sottoscritto da chi ha eseguito le misurazioni e le classificazioni e dall'appaltatore o dal suo tecnico che ha assistito ai rilevamenti delle misure" (Corte Dei Conti – Sezione Seconda Giurisdizionale Centrale sentenza n. 270 del 20 luglio 2006).

Naturalmente vi sono anche delle conseguenze di carattere penale, a carico del direttore dei lavori, inquadrate nel reato di falso ideologico, così come confermato nella sentenza di condanna n. 176/2008 – Sez. Giurisdizionale per la Regione siciliana, per il maggior costo indebitamente pagato dal Comune per categorie di opere eseguite in quantità minori di quelle pattuite nel contratto di appalto dei lavori "sono, invece, indice di condotta gravemente colposa e negligente le false attestazioni del direttore dei lavori di conformità alle previsioni contrattuali di macroscopiche difformità relative a notevoli quantità di categorie di opere eseguite in meno rispetto a quelle pattuite, assolutamente pregiudizievoli della funzionalità dei manufatti realizzati."

Ancora, nel caso che eventuali errori nella redazione della contabilità dei lavori appaltati siano causa di un'errata contabilizzazione delle opere eseguite, o non eseguite determinando il pagamento all'appaltatore delle somme contrattualmente previste per prestazioni risultate inesatte o incomplete, si configura il danno erariale. (Corte dei conti, Molise 31 maggio 2000, n. 45).

Dello stesso tenore la - Seconda Sezione giurisdizionale centrale di Appello sentenza n. 52 del 27 gennaio 2011 che ha confermato la condanna di un direttore dei lavori di un ente locale, per danno erariale derivante dalla liquidazione ad un'impresa di somme di lavori parzialmente non eseguiti ed in parte difformi dal progetto.

Così come in una contabilizzazione difforme, con maggiore quantità di materiali contabilizzati e non effettivamente utilizzati dall'appaltatore e di omessa trascrizione di reale quantità sul libretto delle misure, sussiste la responsabilità del direttore dei lavori per danno erariale causato da falsa contabilizzazione dei lavori (Corte dei Conti Lombardia 26 marzo 2003 n. 374).

5. Contabilizzazione in corso d'opera anche dei lavori non eseguiti per permettere il raggiungimento del minimo contrattuale per l'emissione del SAL

Un'altra ipotesi di illecito si configura nel caso in cui siano contabilizzati in corso d'opera lavori non effettivamente eseguiti per permettere il raggiungimento del minimo contrattuale per l'emissione del SAL (stato di avanzamento lavori). Il SAL indicando il computo metrico estimativo dei lavori eseguiti ad un dato momento dall'appaltatore, è idoneo a costituire prova dei fatti, sulla base della quale gli organi competenti emettono i relativi mandati di pagamento. Inoltre è indubbia la qualifica di pubblico ufficiale del direttore dei lavori di un'opera pubblica che, sottoscrivendo lo stato di avanzamento lavori, non solo attesta fatti avvenuti in sua presenza, ma, certifica il compimento di un'attività e la realizzazione di opere eseguite sotto il suo diretto controllo (Corte dei conti, sez.

II, 27/06/1995, n.63; Corte dei conti sez. giu.reg. Lombardia, 01/012/1995 n. 1291).

La qualifica di organo (eventualmente indiretto) dell'amministrazione del direttore dei lavori fa sì che egli sia sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti per quei fatti e quelle omissioni commessi con dolo o colpa grave che abbiano cagionato un danno erariale.

Ricadono sul direttore dei lavori le spese che l'amministrazione subisce per negligenza e imperizia dimostrata nello svolgimento dell'incarico affidatogli (*Corte dei conti, sez. giurisd. Veneto – sent. N. 1326 del 29 novembre 2000*).

Il direttore dei lavori deve emettere i SAL curando la contabilizzazione dei lavori in modo da far conseguire solo il pagamento di quanto effettivamente fornito dall'impresa appaltatrice.

Nell'ipotesi in cui dalle errate o irregolari valutazioni e contabilizzazioni dei lavori effettuate dal D.L. in sede di emissione dei SAL derivi il pagamento di opere e materiali in misura superiore a quelli che sono stati effettivamente prestati dall'impresa appaltatrice, di detto danno risponde il D.L.

Questo quanto evidenziato dalla *Corte dei Conti, sez. giur. Lombardia, con la sentenza n. 62 depositata il 3 maggio 2017*.

Nel caso di specie, a seguito del fallimento dell'impresa appaltatrice nel corso dell'esecuzione dei lavori, era emerso che il direttore dei lavori aveva effettuato una stima delle opere, poi pagate attraverso l'emissione di sei SAL, grandemente sproporzionata rispetto a quella che era poi risultata in sede di accertamento tecnico e contabile del collaudatore.

Il professionista contestava l'accusa adducendo la correttezza dei metodi usati per calcolare la consistenza dei lavori effettuati, richiamando la responsabilità del Collaudatore e del Responsabile unico del procedimento che aveva concretamente autorizzato i pagamenti.

Il collegio affermava la responsabilità del direttore

dei lavori evidenziando, in primo luogo che il Dpr n. 207/2010 (Regolamento di attuazione del codice dei contratti) stabilisce che:

- il Direttore dei lavori deve procedere alle valutazioni di sua competenza e i Sal, che costituiscono acconti all'impresa, devono quindi essere commisurati alla quantità e qualità delle opere effettivamente eseguite (art.194).
- qualunque sia il metodo di misurazione adottato, esso deve corrispondere allo scopo di determinare nella maniera più precisa possibile il lavoro o la prestazione fornita, onde consentire il rispetto del principio di corrispondenza tra quanto eseguito e quanto liquidato in esecuzione del contratto di appalto (art. 183).

Inoltre, il Giudice precisava che non poteva essere invocata alcuna corresponsabilità del collaudatore, poiché le due figure rispondono a fasi contrattuali distinte: il Direttore dei lavori risponde dell'esecuzione dell'opera nella fase dei "lavori in corso" provvedendo a gestire i rapporti con l'impresa, alla verifica del regolare andamento dei lavori e all'emissione degli acconti – sulla base di propri accertamenti, certificati nei Sal - mentre il collaudatore risponde, per la fase successiva alla consegna delle opere.

Va, inoltre esclusa anche la responsabilità del R.U.P., in quanto mentre il D.L. deve trasmettere immediatamente lo stato di avanzamento al responsabile del procedimento, quest'ultimo, sulla base di del citato stato di avanzamento certificato dal D.L., deve emettere tempestivamente il documento contabile denominato certificato di pagamento, la cui funzione è semplicemente quella di indicare il credito liquido dell'appaltatore ai fini del pagamento.

Il responsabile del procedimento nella emissione del certificato deve quindi procedere ad una verifica soltanto formale dello stato di avanzamento e pertanto, nel caso di specie non sussistono elementi idonei a sostanziare in capo al R.U.P. l'elemento soggettivo della colpa grave.

La giurisprudenza della Corte dei conti, tuttavia, non è pacifica a riguardo così come riportato nella sentenza n. 852 del 2014 sez. giurisd. per la regione Lazio.

Nell'atto di citazione venivano contestati i documenti di contabilità dell'appalto (in particolare il libretto delle misure, registro della contabilità, stato di avanzamento lavori) dai quali emergevano analiticamente lavori e misurazioni delle opere, poi in realtà non riscontrati in tutto o in parte al momento della verifica in loco.

Trattandosi di comportamenti reiterati, le attestazioni venivano fatte con coscienza e volontà di far apparire le opere pienamente rispondenti al piano progettuale; da qui la conclusione che gli atti venivano compiuti con dolo, nella migliore delle valutazioni, solo eventuale.

La corresponsabilità tra il direttore dei lavori e il RUP in questo caso è stato argomentato dal fatto che *"... quest'ultimo ha proceduto all'approvazione, con specifiche determinate, degli atti tecnici - in particolare degli stati di avanzamento - e dei relativi mandati di pagamento predisposti dal direttore dei lavori. Determinate assunte con piena consapevolezza della responsabilità che assumeva comunque almeno in qualità di responsabile dell'ufficio - tecnico - contabile ..."*

E' altresì rilevabile dal collegio la colpa grave del DL per aver operato ogni sforzo per condurre in porto il progetto nonostante un *modus operandi* dannoso e colpa grave del RUP il quale si è limitato semplicemente al riscontro formale degli atti sottoposti, pur in presenza degli obblighi di vigilanza e accertamento su di lui incombenti e richiamati dalle determinate dal medesimo predisposte.

In questa fattispecie si realizzano anche delle conseguenze di carattere penale perché, nello svolgimento delle proprie mansioni nell'ambito di un'opera pubblica, il direttore dei lavori instaura con la stazione appaltante un rapporto di pubblico servizio con il ruolo assimilabile a quello di pubblico ufficiale.

Questo aspetto rende il D.L., nel caso di atti non

conformi alla realtà, soggetto al reato di falso ideologico in atto pubblico, così quando i lavori non eseguiti sono inseriti nello stato di avanzamento (Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2009, n. 22418; 17 gennaio 2007, n. 7638; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere - Sez. II penale - 4 ottobre 2000, n. 914) e reati edilizi quando non denunci tempestivamente i fatti formalizzando anche rinuncia all'incarico (Cass. Pen. Sez.III 26 aprile 2007 n. 23129).

Il direttore dei lavori che pone in essere una contabilità non perfettamente congruente con la realizzazione dell'opera appaltata può, inoltre, incorrere nei reati di truffa (art.640 cp) *per aver posto in essere artifici e raggiri al fine di indurre gli organi di controllo in errore e quindi giustificare o occultare i maggiori esborsi in denaro attraverso la contabilizzazione di materiali diversi da quelli posti in opera; frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.), per aver accertato realizzazioni di opere e lavorazioni diverse per materiali da quelle indicate nel progetto e nei contratti relativi, con modifiche peggiorative dell'opera e con ingiustificato aggravio per l'Amministrazione, e falso ideologico(art. 479 c.p.) perché, allo scopo di realizzare o occultare la truffa e la frode nelle forniture formula delle attestazioni, contrariamente al vero, nei libretti delle misure, nei sommari e nei registri...*(Tribunale di Ancona 13 luglio 1994 sent. n. 240/94).

6. Contabilità d'appalto a corpo con allibramento del corpo nella misura totale anche se i lavori eseguiti siano in quantità minore rispetto al disegnato

La contabilità a "Corpo", come è noto, è la quantificazione economica dei lavori in appalto sulla base di entità adimensionali in ragione delle rispettive "percentuali" di avanzamento. Tali unità adimensionali sono rappresentate dalle "Partite contabili" individuabili in percentuale (%). L'art. 184 - Annotazione dei lavori a corpo - del d.p.r.5.10.2010 n. 207 tratta dell'annotazione nei libri contabili dei lavori a corpo.

Esso al primo comma dispone che i lavori a corpo

sono registrati nel libretto delle misure secondo l'avanzamento esecutivo degli stessi e per voci disaggregate (cioè per singole categorie d'opera) appartenenti ai rispettivi "gruppi di categorie omogenee" che compongono l'appalto a corpo, delle quali se ne allibra la quota parte eseguita espressa in misura percentuale rispetto all'importo a corpo del contratto d'appalto.

Le partite contabili costituiscono l'insieme degli articoli in cui il computo metrico estimativo dell'opera nel suo complesso può essere suddiviso.

Ogni partita contabile può comprendere una o più articoli di computo metrico estimativo.

L'insieme di tutte le partite contabili, in cui viene suddivisa l'opera, deve formare il 100% dell'opera stessa, costituendo ogni singola unità una specifica percentuale dell'intero lavoro, così come riportato nel computo metrico estimativo.

I lavori a corpo saranno annotati in apposito libretto delle misure (libretto per aliquote o libretto delle percentuali così come definito dall'articolo 46 del R.D. 350/1895), sul quale, in rigoroso ordine cronologico di esecuzione, per ogni singola partita o sotto partita contabile in cui l'opera è stata suddivisa, viene registrata la quota percentuale eseguita dell'aliquota relativa alla stessa partita contabile riportata nel Capitolato Speciale di Appalto.

Al fine di evitare omissioni o duplicazioni in sede di contabilità, in occasione di ogni stato di avanzamento dei lavori, la quota percentuale eseguita dell'aliquota di ogni partita contabile, viene riportata nel sommario del registro di contabilità, in corrispondenza della rispettiva casella. Il terzo comma dell'art. 184 - Annotazione dei lavori a corpo - del d.p.r. 5.10.2010 n. 207 specifica che le progressive quote percentuali per lavori eseguiti relative alle voci disaggregate dei gruppi di categorie omogenee «sono desunte da valutazioni autonomamente effettuate dal direttore dei lavori, il quale può controllarne l'ordine di grandezza attraverso un riscontro nel computo metrico-estimativo dal quale le aliquote sono state dedotte».

Tale computo peraltro non fa parte della documentazione contrattuale».

Quindi, la norma prevede chiaramente che in sede contabile il calcolo delle quote progressive, espresse in valore percentuale, dei lavori a corpo eseguiti è basato su criteri di valutazione del tutto autonomi e soggettivi del DL il quale, però, può a sua discrezione avvalersi delle quantità metriche sviluppate nel computo metrico-estimativo di progetto per il riscontro delle quote da egli contabilizzate in corso d'opera.

Non è rara, tuttavia, la situazione in cui l'opera venga realizzata in diminuzione rispetto al disegno (situazione su cui si cristallizza il sinallagma contrattuale) e pagata con la correlata voce di corpo al 100%.

Dalla normativa emerge che è esclusivamente il Direttore dei lavori l'organo al quale viene attribuita la potestà di verificare la corrispondenza delle opere al progetto e che, in caso di inottemperanza, è chiamato a risponderne (anche dinanzi all'Erario).

Le Sezioni unite hanno ribadito (*richiamando Cass. Sez. unite 16 luglio 2014 n. 16240*) la diversità della situazione "quando il danno di cui si pretende il ristoro sia conseguenza di comportamenti che un soggetto abbia tenuto nella veste di controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica, squilibrando il sinallagma contrattuale e violando le obbligazioni derivanti dal contratto, alle quali corrispondono i diritti che il contratto medesimo attribuisce alla controparte pubblica".

"In quest'ipotesi il soggetto non viola il dovere *lato sensu* pubblicistico di agire nell'interesse della amministrazione, ma viola un'obbligazione assunta nei confronti della amministrazione pubblica, controparte contrattuale". (*Corte dei conti Sezione Giurisdizionale per la Regione Lazio sent. N. 852/2014*)

7. Ulteriori e conclusivi spunti di riflessione

A conclusione di questo contributo, evidenziate le possibili conseguenze legate alla redazione

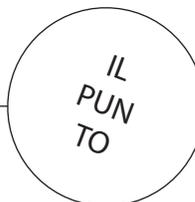
non corretta di un atto contabile è bene fornire un ultimo spunto di riflessione. Posto che l'atto contabile viene sottoscritto anche dall'impresa è di tutta evidenza come le contestazioni di natura penale possono colpire anche e soprattutto l'appaltatore.

Ecco allora che lo strumento della riserva, letto dai più come elemento polemico e coercitivo, diventa

l'unico strumento in capo all'esecutore non solo per vedere riconosciuti i maggiori oneri ma anche per correggere eventuali sviste della Direzione Lavori. Non deve quindi apparire inverosimile quindi il suggerimento di apporre riserve "in negativo" – per ovviare a contabilizzazioni errate, ovvero a domande in cui vengono portate in detrazione voci ritenute erroneamente allibrate con richiesta, in via sostitutiva, della voce ritenuta corretta.

Ancora sui poteri dell'ANAC: la vigilanza collaborativa e il potere sanzionatorio

di Alessandra Verde



Premessa

Nello precedente numero della Rivista¹ abbiamo affrontato il tema dei poteri di vigilanza che il nuovo Codice dei contratti attribuisce all'Autorità Anticorruzione, soffermando in particolare l'attenzione sul potere di raccomandazione vincolante e sull'alterna fortuna che lo stesso ha avuto dal momento dell'entrata in vigore del nuovo Codice. Questo, infatti, conferiva all'ANAC, in modo innovativo e dirimpente, una sorta di potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti adottati dalle stazioni appaltanti e ritenuti illegittimi.

La novità è però durata poco: con l'emanazione del decreto correttivo, tale potere è stato inaspettatamente abrogato, per poi essere tuttavia reintrodotta a seguito della polemica mediatica che si è scatenata dopo l'abrogazione², pur se con contenuti decisamente attenuati, divenendo più che altro un canale per l'ANAC di impugnativa diretta dinanzi al TAR.

Proseguendo idealmente la disamina sui vari poteri

che il Codice conferisce all'ANAC, attribuendole invero un ruolo di prim'ordine nel sistema degli appalti pubblici posto che alla stessa è, tra l'altro, conferita anche una funzione para-normativa³, affrontiamo in questa sede altri due poteri fondamentali dell'Autorità: il potere di vigilanza collaborativa, da intendersi come un sotto-tipo del più generale potere di vigilanza, e il potere - trasversale potremmo dire - di irrogazione di sanzioni.

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

Già in occasione dell'approfondimento in tema di raccomandazione vincolante ci si era soffermati sulla necessità che il legislatore potenzi il ruolo

1. Si segnala il nostro contributo: <<Il potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC prima e dopo il correttivo al Codice dei contratti>> pubblicato nel n. 5, mese di luglio, anno VII, della Rivista.

2. L'art. 211, comma 2 del Codice, prima abrogato dal D. Lgs. n. 56/2017 è stato poi reintrodotta, con contenuti differenti, dalla L. 21 giugno 2017, n. 96: <<Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50>>.

3. L'art. 213, comma 1 del D. >Lgs. n. 50/2016 stabilisce che: <<La **vigilanza e il controllo** sui contratti pubblici e **l'attività di regolazione** degli stessi, sono attribuiti, (...), all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 19 del D.L. 90/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 114/2014, che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione>>.

e la funzione di "prevenzione" della corruzione attribuita all'Autorità. Si è detto che all'ANAC deve essere dato modo di intervenire efficacemente in **fase antecedente** all'adozione dei provvedimenti eventualmente illegittimi, proprio perché il suo compito è quello di prevenire la corruzione prima che la stessa si verifichi. Da ciò discende il carattere strategico della sua attività di **vigilanza collaborativa** e di **controllo preventivo** in generale, che merita di essere valorizzato.

Il positivo potenziamento della collaborazione tra ANAC e stazioni appaltanti, volta a coadiuvare queste ultime nell'espletamento delle procedure più difficili o delicate, in modo da prevenire errori o, peggio, condotte poco trasparenti, è una scommessa che l'Autorità deve vincere per favorire la diffusione di buone pratiche nel sistema degli appalti pubblici, per svestirsi del ruolo di "spauracchio" delle stazioni appaltanti e degli operatori economici e vestire finalmente i panni di organo di supporto ad una azione amministrativa più efficiente ed efficace.

Se pure è vero che l'attività di controllo e supporto preventivo merita di essere valorizzata, non può, d'altro canto, prescindere dai poteri sanzionatori di cui l'Autorità deve necessariamente servirsi nei casi – si spera, con l'andar del tempo, sempre meno numerosi – in cui stazioni appaltanti o operatori economici pongano in essere comportamenti illegittimi o, peggio, illeciti.

Cominciamo con l'esaminare il potere di vigilanza collaborativa, previsto, nello specifico, dall'art. 213, comma 3 lett. h) del

Codice: l'Autorità <<per affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a **supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera**

procedura di gara>>.

Come accennato, si tratta di un'attività di supporto preventivo, volta ad evitare errori da parte delle stazioni appaltanti soprattutto nelle procedure di particolare importanza. Dinanzi a tale potere, il rapporto tradizionale tra stazioni appaltanti e Autorità si capovolge: quest'ultima non assume più il ruolo di controllore severo che, a posteriori, rileva i vizi di una procedura e "punisce" le amministrazioni colpevoli, ma bensì è una guida, un "buon maestro" che aiuta le stazioni appaltanti virtuose, che ne chiedono la collaborazione, a lavorare bene e a sviluppare buone pratiche anche per il futuro.

1. Il potere di vigilanza collaborativa nel nuovo Regolamento ANAC adottato il 28 giugno 2017

Il potere di vigilanza collaborativa è stato oggetto di un apposito regolamento, approvato definitivamente dal Consiglio dell'Autorità, dopo la positiva conclusione del periodo di consultazione. Si tratta del <<Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici>> approvato lo scorso 28 giugno.

Il Regolamento in esame, adottato nell'ambito dell'autonomia regolamentare riconosciuta all'Autorità, stabilisce che le stazioni appaltanti, <<prima di indire una procedura di gara, possano chiedere all'Autorità di svolgere un'attività di vigilanza preventiva

Tra i poteri più rilevanti dell'Autorità rientra la vigilanza collaborativa, in virtù della quale, per affidamenti di particolare interesse, l'ANAC svolge, previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, un'attività di collaborazione e verifica finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara.

finalizzata a **supportare le medesime nella predisposizione degli atti** di gara, a **verificarne la conformità alla normativa** di settore, all'individuazione di clausole e condizioni idonee a **prevenire tentativi di infiltrazione criminale**, nonché al monitoraggio dello svolgimento

dell'intera procedura di gara>> (art. 3).
 Le finalità dichiarate sono dunque quelle del rispetto della legalità sia sotto il profilo della conformità della condotta della stazione appaltante al quadro normativo esistente in tema di appalti che sotto quello della prevenzione di fenomeni criminali, purtroppo sempre più frequenti nel settore delle commesse pubbliche, come emerge dalla cronaca recente.

L'ANAC e la stazione appaltante che ne fa richiesta definiscono le modalità di svolgimento della vigilanza collaborativa in un protocollo di collaborazione di durata, di regola, biennale. La vigilanza collaborativa comporta che tutti gli atti rilevanti di ogni fase della procedura di gara siano sottoposti al controllo preventivo dell'Autorità.

L'art. 4 del Regolamento delinea le procedure che, per il loro rilievo o per la loro delicatezza, possono essere assoggettate a vigilanza collaborativa. Si tratta:

- a) degli affidamenti disposti nell'ambito di programmi straordinari di interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico;
- b) degli affidamenti disposti a seguito di calamità naturali;
- c) degli interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche;
- d) degli affidamenti di lavori di importo superiore a 100.000.000 di euro o di servizi e forniture di importo superiore a 15.000.000 di euro rientranti in programmi di interventi realizzati mediante investimenti di fondi comunitari.

In ogni caso, anche al di fuori delle ipotesi sopra elencate, laddove siano ravvisabili <<ricorrenti indici di elevato rischio corruttivo, ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e, comunque, sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali>> il Consiglio dell'Autorità può accogliere istanze di verifica preventiva relative a qualunque altro tipo di procedura di gara.

La vigilanza collaborativa è attivata, di regola, su richiesta delle stazioni appaltanti. L'art. 5 del Regolamento delinea i contenuti che tale richiesta deve avere. L'istanza deve contenere infatti <<le motivazioni specifiche della richiesta, con

l'espressa indicazione di uno o più dei presupposti tassativi di cui all'art. 4, nonché le informazioni di dettaglio circa i lavori, i servizi o le forniture, per cui si richiede la vigilanza collaborativa>>.

Deve inoltre essere indicato espressamente l'elenco degli affidamenti per i quali si richiede l'attivazione della vigilanza collaborativa, specificando la tipologia, l'oggetto e l'importo di ciascuna delle procedure che si intendono attivare. Valutata la sussistenza dei presupposti, il Consiglio dell'Autorità cui sono sottoposte tali istanze, ne dispone l'accoglimento.

Il Regolamento ha cura di precisare che, anche in caso di eventuale rigetto della richiesta di attivazione di vigilanza collaborativa, non è escluso ogni altro tipo di intervento dell'Autorità nell'ambito dei poteri alla stessa attribuiti.

2. I protocolli di vigilanza e la procedura

Le modalità di svolgimento della vigilanza collaborativa con la stazione appaltante sono definite in un protocollo di vigilanza predisposto ed approvato dall'Autorità; tali protocolli hanno di regola durata annuale salvo diversa decisione del Consiglio, in considerazione della specificità della stazione appaltante e degli interventi per cui è richiesta la collaborazione. La collaborazione non potrà in ogni caso superare i due anni (art. 6).

Nel momento in cui è avviata la vigilanza collaborativa, sono sottoposti all'esame e alla verifica preventiva dell'Autorità i seguenti atti: determina a contrarre o provvedimento equivalente; bando di gara o lettera di invito o inviti a presentare offerta nel caso di procedura negoziata; disciplinare di gara; capitolato; schema di contratto/convenzione; provvedimento di nomina dei commissari e di costituzione della commissione giudicatrice; verbali di gara e del sub-

procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse; elenco dei partecipanti alla gara; elenco dei nominativi dei subappaltatori; elenco dei nominativi degli eventuali ausiliari; provvedimenti di esclusione; provvedimenti di aggiudicazione, proposta di aggiudicazione e aggiudicazione; contratto o convenzione stipulata; ogni altro atto, determinazione o documento predisposto dalla stazione appaltante nell'ambito della fase di aggiudicazione, nonché ulteriore documentazione ritenuta dall'Autorità utile o necessaria ai fini del corretto svolgimento dell'attività collaborativa (art. 7).

Il regolamento disciplina poi il procedimento di vigilanza collaborativa, il quale si svolgerà nel rispetto del principio del contraddittorio con la stazione appaltante.

Tutti gli atti afferenti alle varie fasi della procedura di gara sottoposta a vigilanza collaborativa (pubblicazione del bando o dell'avviso; ammissione/esclusione dei concorrenti; nomina della

commissione; valutazione delle offerte; proposta di aggiudicazione; eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta; aggiudicazione e stipulazione del contratto) devono essere trasmessi all'Autorità prima della loro formale adozione.

L'Ufficio dell'Autorità a ciò preposto procede alla verifica preventiva degli atti trasmessi, relativi a ciascuna fase della procedura e predispone una proposta di osservazioni da sottoporre al Presidente dell'Autorità per l'approvazione. Tali osservazioni sono altresì tempestivamente comunicate, per garantire il contraddittorio, alla stazione appaltante.

Ne discende l'onere per la stazione appaltante di adeguarvisi, modificando o sostituendo l'atto in conformità ad esse e di inviare una nota di riscontro, unitamente alla documentazione.

Tuttavia, nel caso in cui la stazione appaltante non ritenga di aderire alle osservazioni, deve formulare le proprie motivazioni all'Autorità, la quale predisporrà le osservazioni conclusive, trasmettendole tempestivamente alla stazione appaltante.

Quest'ultima, dinanzi alle osservazioni conclusive dell'Autorità, può decidere se adeguarsi o, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, non conformarvisi assumendo gli atti di propria competenza. In tale ultima ipotesi, ove l'ufficio istruttore ANAC ritenga particolarmente grave il mancato adeguamento della stazione appaltante, sottoporrà i propri rilievi al Consiglio dell'Autorità, il quale potrà disporre la risoluzione del protocollo di vigilanza e l'attivazione di tutti i poteri di vigilanza previsti dalla legge (art. 8).

La stazione appaltante, dinanzi alle osservazioni conclusive formulate dall'ANAC, può decidere di conformarvisi, modificando gli atti in conformità alle stesse, ovvero di non adeguarsi assumendo gli atti di propria competenza. In questo secondo caso l'Autorità può disporre la risoluzione del protocollo di vigilanza.

Una volta conclusa la procedura di gara sottoposta a vigilanza collaborativa, le stazioni appaltanti hanno l'onere di comunicare all'Autorità l'avvio dell'esecuzione del contratto.

Dalla lettura delle descritte disposizioni regolamentari, sorgono due ordini di riflessioni. Innanzitutto, appare evidente come la vigilanza collaborativa esercitata dall'ANAC, pur non traducendosi formalmente nell'ordine di agire in un determinato modo, assuma comunque una valenza di grande condizionamento, ben più intenso di una semplice *moral suasion*, per la stazione appaltante, laddove quest'ultima, in caso di decisione di non conformarsi alle osservazioni mosse dall'Autorità, rischia di essere oggetto di altri procedimenti – in ultima istanza anche sanzionatori – da parte dell'Autorità medesima.

In secondo luogo, per il corretto funzionamento dell'istituto della vigilanza collaborativa assume grande rilievo la programmazione degli acquisti di beni e servizi e dei lavori pubblici che tutte

le amministrazioni che bandiscono procedure d'appalto devono compiere periodicamente⁴.

Infatti, come è facile intuire esaminando le modalità di svolgimento della procedura di vigilanza collaborativa, i tempi di avvio ed espletamento di una procedura di gara sottoposta a vigilanza si allungano a dismisura se si pensa che ogni atto rilevante di ciascuna fase della procedura medesima deve essere sottoposto alla verifica preventiva, da cui può scaturire un contraddittorio tra le parti sui contenuti finali che l'atto deve assumere, con conseguente ulteriore allungamento dei tempi.

Appare chiaro a questo punto che la stazione appaltante potrà permettersi di richiedere l'attivazione di un protocollo di vigilanza soltanto per le gare più rilevanti e delicate, pianificate per tempo e per il cui espletamento si è programmata una durata compatibile con i tempi della vigilanza collaborativa, o comunque, per le quali la corretta formazione degli atti assume maggiore rilievo – magari per problematiche connesse a rischi di infiltrazioni criminose – rispetto al celere e spedito espletamento della procedura stessa. Tuttavia, nell'ipotesi in cui si paventi un rischio di infiltrazione criminosa che induca la stazione appaltante a richiedere la vigilanza collaborativa dell'ANAC, è plausibile che si finisca per superare anche la tempistica originariamente pianificata nella programmazione periodica degli affidamenti. Abbiamo visto sopra che, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante non si conformi alle osservazioni dell'Autorità, quest'ultima, su decisione del Consiglio possa, nei casi più gravi,

L'Autorità ha predisposto una bozza di regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio, posta in consultazione ed ora in attesa di essere definitivamente approvata. Con il regolamento, l'ANAC intende porre ordine e disciplinare unitariamente la variegata casistica di ipotesi in cui le è attribuito il potere di irrogare sanzioni.



disporre la risoluzione del protocollo di vigilanza collaborativa. Vi sono invero altre ipotesi in cui il Consiglio può decidere per la risoluzione. Si tratta del caso in cui la stazione appaltante non rispetti gli obblighi di comunicazione preventiva degli atti e della documentazione di gara da sottoporre a verifica e quindi impedisca di fatto lo svolgimento dell'attività di vigilanza. O, ancora, quando, decorsi almeno tre mesi dalla sottoscrizione del protocollo, la stazione appaltante non abbia inoltrato all'Autorità alcuna documentazione di gara o, comunque, non ne abbia richiesto in alcun modo l'intervento.

Infine, l'Autorità potrà risolvere il protocollo di vigilanza per altre ragioni sopravvenute di merito o di opportunità, purchè motivate (art. 9). La vigilanza collaborativa è dunque un importante strumento, se ben utilizzato, che le stazioni appaltanti hanno per divenire sempre più virtuose, sviluppare buone pratiche nel campo degli affidamenti pubblici e migliorare complessivamente l'efficacia e l'efficienza della loro azione, operando in contemporanea nella direzione della prevenzione di fenomeni corruttivi.

3. Il potere sanzionatorio dell'Autorità anticorruzione

Il potere sanzionatorio dell'ANAC, ovvero il potere di irrogare sanzioni nei confronti delle stazioni appaltanti, degli operatori economici e delle SOA che omettano di fornire i dati o le informazioni obbligatori o che, comunque, pongano in essere comportamenti in violazione delle norme del Codice, è previsto in una molteplicità di disposizioni

4. L'art. 21, comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016 stabilisce che: <<Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali>>.

sparse, tanto che la loro individuazione esaustiva non è affatto semplice.

Si tratta di un potere per così dire trasversale - e servente - rispetto agli altri poteri conferiti all'ANAC.

Infatti, se l'Autorità non potesse irrogare sanzioni agli operatori del settore degli appalti in caso di violazione da parte di questi degli obblighi prescritti, ne scaturirebbe un sostanziale svuotamento dei suoi poteri di vigilanza e controllo nonché un inevitabile indebolimento di tutto l'apparato normativo, al cui rispetto l'ANAC concorre con il suo ruolo deterrente.

L'Autorità, al fine di disciplinare le modalità di esercizio di tale delicato potere, nonché al fine di mettere ordine nella variegata casistica di tutte le ipotesi in cui il potere sanzionatorio deve essere esercitato, ha adottato una bozza di regolamento, posto in consultazione degli stakeholders nella primavera di quest'anno, e che, al momento in cui si scrive il presente contributo, è in attesa di essere definitivamente approvato⁵.

Le disposizioni che prevedono l'irrogazione di sanzioni da parte dell'ANAC sono molteplici.

Innanzitutto l'art. 213, comma 13, il quale attribuisce all'Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento ovvero esibiscono o forniscono documenti non veritieri. In tale ultima ipotesi le sanzioni sono maggiorate⁶.

Il medesimo art. 213, al comma 9, prevede invece che sia sanzionabile il soggetto che ometta,

senza giustificato motivo, di fornire informazioni richieste, e rientranti tra quelle obbligatoriamente da trasmettere, ovvero fornisca informazioni non veritiere all'Osservatorio dei contratti pubblici.

L'art. 106, comma 8 prevede l'irrogazione di una sanzione in caso di mancata comunicazione - nei termini stabiliti dal Codice - delle modificazioni al contratto, le quali devono essere pubblicate dall'Autorità sul proprio sito istituzionale. Il comma 14 dello stesso art. 106 stabilisce invece che, in caso di inadempimento degli obblighi previsti di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.

Allo stesso modo, è passibile di sanzione la stazione appaltante che ometta di comunicare tempestivamente all'ANAC la sospensione dei lavori disposta per un periodo che superi il quarto del tempo contrattuale (art. 107, comma 4).

La bozza di regolamento contempla tutte le suaccennate ipotesi ma richiama altresì le norme del D.P.R. n. 207/2010, ultrattive nel periodo transitorio, sino alla completa attuazione del nuovo Codice⁷.

Scopo dichiarato della bozza di Regolamento è l'individuazione di una disciplina unitaria, valevole in generale per tutte le ipotesi in cui è conferito all'ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative, interdittive e pecuniarie, che delinea il procedimento di contestazione ed irrogazione e ponga i principi fondamentali comuni a tutte le fattispecie.

Il regolamento fa una prima, grande distinzione tra i procedimenti sanzionatori per omesse o false comunicazioni all'Autorità, cui è dedicata la parte II, e i procedimenti sanzionatori in materia di comprova dei requisiti di qualificazione e nei confronti delle SOA, cui è dedicata la parte III.

Il procedimento dettato per l'irrogazione di sanzioni

5. Documento di consultazione <<Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'ANAC>>, reso pubblico il 21 marzo 2017 e sottoposto alla consultazione degli stakeholders fino al 5 aprile 2017.

6. La sanzione amministrativa pecuniaria prevista per omessa comunicazione o mancata produzione di documenti va dal limite minimo di euro 250 al limite massimo di euro 25.000; quella per comunicazioni, informazioni o trasmissione di documenti non veritieri va da un limite minimo di euro 500 al limite massimo di euro 50.000.

7. Ci si riferisce agli artt. 73, 74, 76, 86, 87 del D.P.R. n. 207/2010, che prevedono sanzioni in caso di violazione degli obblighi di informazione e comunicazione sussistenti in capo alle imprese di lavori, o degli altri obblighi in capo alle SOA o al RUP previsti dal D.P.R..

per le due tipologie di violazioni è abbastanza simile, così come sono comuni ad entrambe i principi generali concernenti il rispetto del principio del contraddittorio, il conseguente obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, i criteri per la quantificazione delle sanzioni. Con riferimento a questi ultimi la bozza di Regolamento richiama ed applica la L. n. 689/1981, in base alla quale si deve tener conto della gravità e della rilevanza dell'infrazione commessa,

dell'elemento psicologico, dell'eventuale opera svolta dal colpevole per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze dell'infrazione, dell'eventuale reiterazione della condotta violativa delle norme, del valore del contratto pubblico, se tale elemento possa assumere in concreto rilievo.

4. Il procedimento sanzionatorio per omesse o false comunicazioni all'Autorità

La disciplina prevista per tale procedimento si applica nei confronti di qualunque soggetto che rifiuta od omette di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Autorità ovvero che fornisce informazioni o esibisce documenti non veritieri ovvero in ritardo, senza giustificato motivo; o ancora nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, ovvero che abbiano fornito alla stazione appaltante informazioni o esibito documenti non veritieri anche con riferimento al possesso dei requisiti di qualificazione.

Il medesimo procedimento si applica anche in caso di richiesta di dati da parte delle SOA cui non è stato dato seguito, nonché negli altri casi in cui il

RUP o le imprese non rendano tempestivamente all'ANAC le comunicazioni prescritte dagli articoli 213, 106 e 107 sopra visti.

Decorso inutilmente il termine assegnato al soggetto per rendere le informazioni o produrre la documentazione richiesta, l'ufficio richiedente l'informazione o il documento omesso (stazione appaltante o SOA) segnala all'Autorità l'inadempimento e chiede l'avvio del procedimento

La bozza di regolamento distingue tra il procedimento dettato per omesse o false comunicazioni all'Autorità, e il procedimento per violazione degli obblighi di prova dei requisiti di qualificazione e nei confronti delle SOA, dettando regole in parte comuni, come sono comuni i principi generali concernenti il rispetto del principio del contraddittorio e i criteri per la quantificazione delle sanzioni.



sanzionatorio.

Laddove non sia disposta l'archiviazione delle segnalazioni, l'Autorità dà formale comunicazione dell'avvio del procedimento al soggetto che ha commesso l'infrazione, nonché ai soggetti che hanno presentato la segnalazione.

Nel delineare i contenuti della comunicazione di avvio, in linea con quanto previsto in termini generali dalla L. n. 241/90, il Regolamento pone l'accento sulla necessità che venga garantito l'effettivo contraddittorio tra le parti, stabilendo che in essa debba essere contenuta l'indicazione della facoltà per i soggetti destinatari della comunicazione di presentare eventuali deduzioni e documenti, nonché di essere sentiti dall'Ufficio dell'Autorità che instruirà il procedimento.

Non solo, nell'ottica della promozione del contraddittorio, deve essere garantito lo scambio dei documenti (memorie, controdeduzioni e ogni altro atto) tra le parti, trasmessi alla Autorità. A tal fine le parti devono allegare copia della ricevuta di avvenuto ricevimento del documento alla controparte.

In assenza di tale allegazione l'Autorità non prenderà in considerazione, ai fini dell'istruttoria, la memoria o la controdeduzione pervenuta.

La fase istruttoria è soprattutto documentale e si svolge mediante scambio di documenti, memorie, chiarimenti.

E' tuttavia prevista la possibilità che il responsabile del procedimento sanzionatorio convochi le parti per una audizione, se la ritenga necessaria per una più compiuta istruttoria.

A conclusione della fase istruttoria, le risultanze della medesima devono essere trasmesse alle parti per consentire loro di presentare entro 15 giorni eventuali ulteriori elementi probatori o memorie a difesa.

Conclusa tale fase, il Consiglio dell'Autorità può adottare il provvedimento finale ovvero chiedere al responsabile del procedimento un supplemento di istruttoria con specifica indicazione degli elementi da acquisire ovvero richiedere agli uffici competenti un approfondimento tecnico o giuridico.

In tale secondo caso, si instaura un nuovo contraddittorio con la parte, che deve concludersi entro 30 giorni con nuove risultanze istruttorie da presentare al Consiglio per l'adozione del provvedimento finale.

In alternativa, e prima di adottare il provvedimento, il Consiglio può altresì convocare in audizione la parte, nonché ogni altro soggetto in grado di fornire elementi probatori ritenuti utili ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Quest'ultimo deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione. Esso indica inoltre la misura delle

sanzioni comminate, le modalità e il termine entro il quale effettuare il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria, nonché l'autorità competente e i termini per impugnare.

La disciplina sin qui sinteticamente descritta si applica anche ai procedimenti, avviati d'ufficio dall'Autorità sulla base delle verifiche svolte periodicamente dai suoi uffici, nei casi di inadempimento degli obblighi informativi nei confronti dell'ANAC da parte delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

5. Il procedimento sanzionatorio per violazioni in materia di comprova dei requisiti di qualificazione e nei confronti delle SOA

Il procedimento in esame si attiva a seguito di segnalazione all'Autorità, da parte della stazione appaltante, delle false dichiarazioni ovvero della falsa documentazione presentata in gara da parte di un operatore economico in merito al possesso dei requisiti generali ovvero dei requisiti speciali, nonché relativamente all'offerta economicamente più vantaggiosa e all'anomalia dell'offerta.

L'ufficio competente dell'Autorità, acquisita la segnalazione, entro 90 giorni, può decidere di archivarla, ovvero

di avviare il procedimento sanzionatorio a carattere interdittivo, ai sensi dell'art. 80⁸ del codice, nonché il procedimento di carattere pecuniario ai sensi dell'art. 213, comma 13, dandone comunicazione all'impresa.

In caso di violazioni in materia di comprova dei requisiti di qualificazione, l'ANAC può anche irrogare, se ne ricorrano i presupposti, la sanzione interdittiva dalla partecipazione alle gare, con relativa iscrizione della stessa nel Casellario informatico.



8. Art. 80, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016: <<In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia>>.

La fase istruttoria si svolge sulla falsariga di quanto già visto per il procedimento sanzionatorio previsto per omesse o false comunicazioni, fino a giungere all'adozione del provvedimento finale da parte del Consiglio.

Questo può deliberare di archiviare *tout court* il procedimento; ovvero archivarlo ma disponendo l'iscrizione nel Casellario dei fatti che hanno determinato l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, in caso ne ricorrano i presupposti previsti dalla delibera dell'Autorità sul contenuto del Casellario e dal Regolamento sul Casellario informatico; o ancora, irrogare la sola sanzione pecuniaria nei casi di falso per i quali sussistano attenuanti tali da presupporre la sola colpa, ed, eventualmente, in uno con l'iscrizione nel Casellario dei fatti che hanno determinato l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, in caso ne ricorrano i presupposti previsti dalla delibera dell'Autorità; infine, irrogare la sanzione pecuniaria oltre che quella interdittiva, da iscrivere nel Casellario, in caso risultino integrati dolo o colpa grave.

Nel provvedimento finale, oltre ai contenuti già visti per l'altra tipologia di procedimento, deve essere indicata l'annotazione interdittiva da iscrivere nel Casellario. Il provvedimento deve indicare anche l'eventuale annotazione non interdittiva laddove disposta.

Il procedimento in esame può essere attivato anche a seguito delle comunicazioni che le SOA danno all'Autorità sull'esito dei procedimenti volti all'accertamento del possesso dei requisiti da parte degli operatori economici.

In caso di falsa dichiarazione o falsa documentazione, le stesse devono trasmettere all'Autorità tutta la documentazione acquisita comprovante il falso, oltre che il documento sconosciuto, e i propri rilievi istruttori, così da consentire l'avvio del procedimento da parte dell'ufficio competente dell'ANAC. Detto ufficio, dopo aver eventualmente richiesto alla SOA integrazioni documentali, se necessarie, avvia il procedimento per l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 213, comma 13 del Codice, che si svolgerà secondo le regole sinora esaminate.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (A.P., 3 luglio 2017, n. 3 - Pres. Frattini, Est. Bellomo) si esprime sulla permanenza dei requisiti in capo al cedente del ramo d'azienda

di Giuseppe Totino

IL
PUN
TO

Premesse

Con ordinanza di remissione n. 1152 emessa il 13 marzo del 2017 all'Adunanza Plenaria proveniente dalla III Sezione, il Consiglio di Stato ha deferito al più alto Consesso della giurisprudenza amministrativa la composizione di una annosa *querelle* ermeneutica circa la corretta interpretazione degli effetti di una cessione di ramo d'azienda in capo al cedente in relazione al *quantum* di requisiti che lo stesso possa ancora vantare come propri a seguito della sottoscrizione dell'accordo traslativo.

In particolare, il Consiglio di Stato, con riferimento al sistema di qualificazione legale SOA per l'esecuzione dei lavori pubblici, rimetteva al vaglio della propria più alta composizione giurisdizionale

alcune specifiche questioni: a) *se, ai sensi dell'art. 76, comma 11, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione, o piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che, in quanto suscettibili di dare vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in*

concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione.

Dalla lettura del quesito del giudice remittente, emerge come fosse presente in giurisprudenza un contrasto in merito alla scelta di quale approccio interpretativo potesse essere il più coerente, da un lato, con il tessuto civilistico che disciplina la fattispecie di un accordo tra privati teso alla cessione di una costola funzionalmente autonoma di una azienda (quale è l'operazione straordinaria di cessione del ramo d'azienda) e, dall'altro, con il sistema di qualificazione legale SOA che presuppone una verifica periodica dell'attestazione del possesso e permanenza dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici. In altri termini, il rigore formalistico civilistico proprio dell'accordo paritetico della cessione di ramo di natura derivativa - costitutiva, si scontra con quello, di medesima natura, del regime legale di attestazione delle qualificazioni proprio del settore dei lavori pubblici.

Il giudizio di bilanciamento condotto dall'Adunanza Plenaria ha presupposto l'analisi degli orientamenti contrapposti che d'appresso si rammentano.

1. Il contenuto dell'ordinanza di remissione ed il contrasto giurisprudenziale

Una parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, nn. 811, 812 e 813, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2296; id. 12 novembre 2014, n. 5573) ha affermato che, in mancanza dell'attivazione del procedimento previsto dall'art.

76, comma 11, d.P.R. n. 207 del 2010 che disciplina la verifica dei requisiti permanenti in capo al cedente, la cessione del ramo d'azienda comporta, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione.

Afferma il precedente richiamato che è seppur vero che possono esistere situazioni di fatto in cui, ceduto un ramo d'azienda, la cedente mantenga comunque requisiti sostanziali tali da sorreggere ancora la qualificazione inerente al compendio ceduto, indipendentemente da ulteriori acquisizioni.

E in questo senso può essere corretto il dubbio se, occorrendo, non sia possibile dare dell'art. 76

il quesito: se debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento di nuova richiesta di attestazione SOA, la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione, o piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione solo a quelle che presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato.

un'interpretazione non strettamente letterale, tale da consentire la nuova attestazione anche allo stato dei requisiti, cioè a prescindere da acquisizioni successive alla cessione.

Quella che è invece insostenibile è l'interpretazione inversa, e cioè che si possano dare

cessioni di rami d'azienda senza perdita di diritto dell'attestazione relativa.

E ciò perché un'interpretazione di questo segno sarebbe in contrasto con l'impianto di fondo della normativa vigente, alla stregua del quale la qualificazione non è autocertificata dalla parte interessata, ma "viene rilasciata al termine di un procedimento istruttorio diretto ad accertare il possesso dei requisiti previsti dalla legge in capo al solo soggetto giuridico che l'ha richiesta" (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 70/2015, cit.).

In altri termini: la circostanza che, ceduto un ramo d'azienda, il soggetto cedente resti per avventura in dotazione di requisiti sufficienti per

una determinata qualificazione non lo esonera dal chiedere a una Società Organismo di Attestazione quell'attestazione di qualificazione" che - a norma dell'art. 60, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 - "costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici".

Quanto sopra sarebbe conforme con quanto stabilito dal codice civile con riferimento ai contratti di natura traslativa, secondo il cui art. 1376 c.c. (*genus dei contratti traslativi*): "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".

D'altro canto, come recita il vecchio adagio, l'unione integrata di più parti sortisce un risultato maggiore della mera sommatoria delle componenti.

In coerenza con tale assunto, la succitata Sezione ricorda che come ha ritenuto altre volte il Consiglio di Stato, non v'è contraddizione qualora, a seguito della cessione di un ramo o di una parte di ramo d'azienda, gli originari requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria siano perduti dal cedente senza per questo essere acquistati dal cessionario.

Si può allora verificare che lo smembramento di un'articolazione dell'azienda dia luogo a due entità minori della precedente, ciascuna delle quali non possieda per intero detti requisiti o, comunque, che si abbia, come nella specie, una diminuzione del complesso aziendale, tale da far perdere una parte degli specifici requisiti originari (cfr. sez. VI, 25 maggio 2012, n. 3056; sez. III, n. 5573/2014, cit.).

A tale approccio ermeneutico propriamente formalistico, si contrappone un approccio possibilista, sostanzialistico e meno rigido nei riguardi del cedente.

Altra parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. III,

9 gennaio 2017, n. 30; id., sez. V, 18 ottobre 2016, n. 4347 e n. 4348; id. 17 dicembre 2015, n. 5706) ha invece sostenuto che non merita condivisione la tesi secondo la quale ogni trasferimento di ramo aziendale comporta comunque, anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenere le attestazioni SOA, l'automatica decadenza dalla loro titolarità.

Occorre escludere - affermano i precedenti anzi richiamati - in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente.

Solo in questo modo, esaminando, cioè «quali conseguenze derivino sul piano della perdita del possesso dei requisiti di qualificazione alla luce del contratto di cessione in concreto stipulato», come ha affermato la V Sezione nella citata sentenza n. 5573 del 12 novembre 2014 e, altresì, ha chiarito anche la Sezione V nella sentenza n. 3245 del 26 giugno 2015, si può evitare, infatti, qualsiasi fuorviante discrasia o, da diversa prospettiva, si può assicurare, quanto al possesso dei requisiti, una perfetta aderenza tra la mera forma dell'elemento documentale consistente nell'attestazione SOA e la vera e solida sostanza dell'assetto aziendale conseguente alla cessione, che nel caso di specie aveva ad oggetto il solo e limitato ramo inerente alla gestione di patrimoni immobiliari.

La Sezione - nel rimettere, a fronte di tale contrasto giurisprudenziale, la questione all'Adunanza plenaria - ha affermato di aderire all'orientamento espresso nelle sentenze della sez. V, secondo il quale non ogni trasferimento di ramo di azienda comporta, sempre e comunque, l'automatica decadenza dalla qualificazione, potendo tale conclusione essere sostenuta solo nell'ipotesi in cui il cedente abbia concretamente perso la consistenza aziendale che gli aveva consentito di ottenere le attestazioni SOA.

2. La soluzione dell'Adunanza Plenaria

L'Adunanza Plenaria con la decisione (Cons. St., A.P., 3 luglio 2017, n. 3 - Pres. Frattini, Est. Bellomo) ha mostrato di condividere la tesi sostanzialistica propugnata dalla V Sezione, ancorché sulla base di argomenti in parte diversi da quelli utilizzati dai precedenti richiamati.

Il supremo Consesso amministrativo parte dall'analisi della norma di riferimento che disciplina il rilascio dell'attestazione al nuovo soggetto che intenda avvalersi dei requisiti di qualificazione in caso di cessione dell'azienda o di un suo ramo, stabilendo che compete alla SOA accertare quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione, ciò significando che non vi è alcun automatismo in proposito.

Se tale è la premessa, cioè se l'automatismo è escluso per il cessionario, non può non esserlo per il cedente, poiché lo schema negoziale fondato sul principio del consenso traslativo postula la reciprocità degli effetti, per cui se chi acquista non riceve, chi cede non dà.

Il comma 11, al secondo periodo, prevede che il cedente possa domandare una nuova attestazione esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione.

La tesi formalistica – secondo l'Adunanza Plenaria - omette di considerare che la richiesta di nuova attestazione si riferisca ai "requisiti oggetto di trasferimento", quindi presuppone – e non già implica – che tali requisiti siano stati trasferiti.

Effetto che non si produce automaticamente,

altrimenti non sarebbe stato precisato, men che meno con la formula "oggetto di", la quale sottintende che l'effetto è disposto dal negozio e non dalla legge. In definitiva, la disposizione non stabilisce (neppure implicitamente) la perdita delle qualificazioni come effetto della cessione aziendale, ma prevede l'ipotesi in cui tale perdita si sia verificata.

Ne discende – continua Palazzo Spada nella sua massima composizione - che non automaticamente in caso di trasferimento del ramo d'azienda sono

non automaticamente in caso di trasferimento del ramo d'azienda sono trasferiti anche i requisiti di cui all'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010. In particolare, è ben possibile che la cessione di parti dell'azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto dell'impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione.



trasferiti anche i requisiti di cui all'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010. In particolare, è ben possibile che la cessione di parti dell'azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto

dell'impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione.

Pertanto, conclude la Plenaria, se non sono trasferiti i requisiti di qualificazione, non possono esserlo le qualificazioni che ad essi si riferiscono.

Accanto a tale analisi testuale, l'Adunanza Plenaria accosta due diversi argomenti, uno di carattere logico sistematico, uno di carattere teleologico.

Il primo degli argomenti sottolinea come la causa concreta sottesa al contratto traslativo possa non necessariamente essere funzionale alla cessione dei beni che abbiano concorso all'ottenimento della qualificazione.

Infatti, - ricorda l'Adunanza Plenaria - i requisiti di

qualificazione contemplati dall'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010 dipendono dalle risorse aziendali, ma non coincidono con esse. Ciò per il semplice motivo che un conto è un bene patrimoniale (qual è, in definitiva, l'azienda: Cass. sez. un., n. 5087/14), altro sono i requisiti di qualificazione.

Quand'anche si volesse ritenere che le categorie del diritto commerciale siano recepite passivamente dal diritto amministrativo che le richiami, resta che nella fattispecie in esame non vi è ad esse alcun richiamo, atteso che la citata disposizione del regolamento sui contratti pubblici individua come requisiti speciali di qualificazione i seguenti:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;
- c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche;
- d) adeguato organico medio annuo.

Pur trattandosi di elementi afferenti all'organizzazione produttiva dell'impresa (capitale e lavoro), essi sono dotati di autonomia concettuale, che i commi successivi dell'art. 79 articolano con riferimento a una pluralità di indici per ciascuna voce.

Ne discende che il consenso traslativo avente ad oggetto un ramo d'azienda non può automaticamente estendersi alle qualificazioni, né vi è alcuna norma che tanto disponga.

Ciò è coerente con la previsione secondo cui le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Poiché il contratto è "l'accordo tra due o più parti per costituire, r e g o l a r e

o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", sicché il rapporto giuridico costituito non può che comprendere tutte le posizioni che

sono oggetto del negozio (e ciò vale a maggior ragione per i negozi traslativi, in cui opera un meccanismo derivativo-costitutivo), se il cessionario può non acquistare taluni requisiti, il cedente può non perderli.

Allora, - conclude il Collegio - è fuori luogo sostenere che la cessione dei beni aziendali comporti di per sé il trasferimento delle qualificazioni, occorrendo considerare quale sia l'interesse pratico sotteso all'operazione e il suo effettivo contenuto e se l'eventuale interesse pratico possa realizzarsi senza il concorso di elementi esterni al contratto, come nel caso gli adempimenti ulteriori di competenza SOA.

Milita, infine, a favore della tesi sostanzialistica - secondo il Collegio - anche l'analisi del profilo funzionale dell'istituto.

Afferma l'Adunanza Plenaria che la perdita automatica delle qualificazioni disegnerebbe, infatti, una presunzione assoluta, che, non soltanto non è esplicitata dalla legge, ma si porrebbe in conflitto con la giurisprudenza costituzionale in materia, la quale in numerose circostanze ha affermato il principio generale secondo cui «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit.*

è fuori luogo sostenere che la cessione dei beni aziendali comporti di per sé il trasferimento delle qualificazioni, occorrendo considerare quale sia l'interesse pratico sotteso all'operazione e il suo effettivo contenuto e se l'eventuale interesse pratico possa realizzarsi senza il concorso di elementi esterni al contratto, come nel caso gli adempimenti ulteriori di competenza SOA.

In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione

stessa» (Corte costituzionale, sentenze n. 139 del 1982, n. 333 del 1991, n. 41 del 1999, n. 225 del 2008, n. 139 e 265 del 2010, n. 231 e 164 del

2011, n. 172 del 2012, etc.).

Una presunzione di tal foggia che porti all'affermazione della cd. discontinuità sarebbe in contrasto sia col principio di matrice ordinamentale interno, secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8), sia con il principio di proporzionalità derivante dal Trattato sul funzionamento UE.

La regola secondo cui ogni trasferimento aziendale, ancorché minimo, genera di per sé la perdita delle qualificazioni, con effetti anche sulle gare in corso, per importi di gran lunga superiori al valore dei beni trasferiti, sarebbe:

- una misura eccessiva, anche alla luce della presunzione di idoneità di cui all'art. 52, commi 3 e 4 della direttiva 2004/18/CE;
- tale da alterare lo svolgimento delle competizioni, implicando l'esclusione dell'impresa cedente dalla gara, ancorché i requisiti di qualificazione non siano stati effettivamente persi;
- una restrizione indiretta alla libertà di stabilimento, alla libertà di circolazione dei capitali, alla libera prestazione di servizi.

3. Conclusioni

Conclusivamente, con la decisione in commento l'Adunanza Plenaria ha stabilito che «l'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento», ponendo in rilievo come sia necessario aderire ad una interpretazione coerente con il dato letterale della disposizione reggente, con l'assetto contrattuale concretamente perseguito dalla parti, e, sotto

il profilo funzionale, coerente con la necessità della salvaguardia della continuità dell'esecuzione contrattuale.

Non deve poi sfuggire che gli argomenti utilizzati dal Collegio in composizione plenaria, siano essi ancorati al dato testuale, di carattere logico-sistematico ovvero funzionale, trovano le proprie fondamenta sul rapporto di specialità che permea l'assetto ordinamentale pubblicistico in materia di affidamenti pubblici.

Il principio di specialità, sancito dal previgente articolo 2 del D.Lgs. 163/06, è stato confermato dall'art. 30 c. 8 e stabilisce che *"Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile"*.

In altri termini, la *vis* applicativa del codice civile, almeno sul piano esecutivo e paritetico, trova riesplorazione laddove il codice non detti diversamente specifica disciplina.

Nel testo della decisione in commento, più volte il Collegio ha ribadito come da nessun dato testuale possa essere ritraibile l'affermazione per la quale il cedente sia spogliato *ipso iure* della propria qualificazione, attestata da un ente certificatore, per il solo fatto che sia stato sottoscritto un accordo traslativo di alcuni cespiti aziendali sotto il *nomen iuris* di cessione di ramo d'azienda.

Al contrario è previsto un procedimento *ad hoc* finalizzato alla verifica *ex post* della consistenza aziendale del cessionario a valle della sottoscrizione dell'operazione straordinaria, volto a valutare il contenuto del contratto, l'assetto causale sotteso all'accordo traslativo dall'analisi del quale è possibile comprendere cosa sia stato effettivamente trasferito dal cedente al cessionario, analisi che deve qualificarsi come presupposto per la successiva valutazione circa la sussistenza in capo al cessionario di nuovi requisiti ovvero la permanenza in capo al cedente degli stessi, il tutto

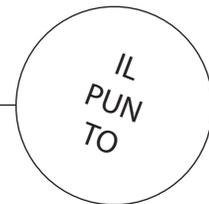
sempre in coerenza sistematica e funzionale con la norma speciale che detta tale procedimento.

Compito della giurisprudenza amministrativa, assolto dall'Adunanza Plenaria in maniera ineccepibile, è pertanto quello di orientare l'operatore del diritto verso la corretta applicazione di norme che spesso si intersecano con i diversi piani che il diritto dei contratti pubblici lambisce, con particolare riferimento ad ipotesi come quella in parola che coinvolge temi propriamente privatistici quali la libertà di autodeterminazione aziendale.

E' la stessa Adunanza Plenaria che sul punto stigmatizza come una tesi ancora al rigido formalismo determinerebbe "effetti distorsivi della concorrenza che si avverirebbero in particolare modo per i grandi gruppi societari (nazionali e non), i quali più frequentemente ricorrono a operazioni aziendali di minima rilevanza rispetto al fatturato globale (come nel caso in esame), ed ai quali deve essere garantita, in ciascuno Stato membro, la piena possibilità di operare sul mercato con trasformazioni ed operazioni societarie cui non si riconducano per effetto presuntivo conseguenze pregiudizievoli o disincentivanti.

La qualificazione delle società in house nell'ambito del T.U. sulle società a partecipazione pubblica ex d.lgs. 175/2016, come modificato dal Decreto Correttivo ex d.lgs. 100 del 16 Giugno 2017

di Emilia Giulia Di Fava



1. La stabilizzazione della disciplina sulle Società a partecipazione pubblica - Decreto Correttivo di cui al DLgs. 100 del 16 Giugno 2017

Al termine di un tormentato iter, il Decreto Legislativo 19 Agosto 2016, n. 175 "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" - entrato in vigore il 23 Settembre 2016 - è stato modificato e integrato con l'emanazione del Decreto Correttivo di cui al d.lgs.16 Giugno 2017, n. 100.

Con ciò si è definitivamente superata la situazione di potenziale vulnerabilità prodotta dalla sentenza n. 251 del 25 Novembre 2016, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli della Legge Delega

n. 124/2015, nella parte in cui si prevedeva che il governo adottasse i Decreti Legislativi attuativi previo parere anziché previa intesa in sede di Conferenza Unificata.

La Consulta aveva da subito precisato che la pronuncia di illegittimità costituzionale era circoscritta alle disposizioni di delegazione della L.

n. 124/2015 e non si sarebbe estesa automaticamente alle relative disposizioni attuative: ciò ha consentito di poter dare comunque applicazione al T.U.

Il Decreto Correttivo di cui al d.lgs.16 Giugno 2017, n. 100 ha determinato la stabilizzazione della nuova disciplina sulle società a partecipazione pubblica.



in pendenza della soluzione della criticità: sul punto si è pronunciato anche il Consiglio di Stato - Adunanza Commissione speciale - con parere n. 83 del 9 Gennaio 2017, che ha confermato la linea della piena vigenza ed efficacia delle disposizioni di cui al d.lgs.175/2016.

Tuttavia, permaneva la necessità di procedere al definitivo superamento delle criticità rilevate: a ciò ha provveduto il Decreto Correttivo di cui al d.lgs. 16 Giugno 2017, n. 100, determinando così la stabilizzazione della nuova disciplina sulle società a partecipazione pubblica.

Il Decreto Correttivo ha introdotto modifiche significative, quali il riconoscimento della necessità di intesa in Conferenza Unificata per quanto riguarda la definizione dei requisiti dei membri degli Organi delle Società a controllo pubblico, l'individuazione di indicatori dimensionali quantitativi/qualitativi e la classificazione fino a 5 fasce per le società controllate da Regioni o EE.LL.

Altro punto rilevante introdotto sta nella modifica del soggetto competente a scegliere tra Amministratore Unico

e Consiglio di Amministrazione: mentre il testo precedente prevedeva che la scelta venisse fatta attraverso un Decreto del Consiglio dei Ministri, il Correttivo ha disposto che sia l'Assemblea della società a decidere, con Delibera motivata da trasmettere alla Corte dei conti e alla struttura da istituirsi da parte del Governo, ex art. 15 T.U.

Inoltre è stato previsto lo slittamento dei termini delle prescrizioni introdotte dal T.U.

- 31 luglio 2017 per adeguamenti statuari delle società a controllo pubblico;
- 30 Settembre 2017 per ricognizione e revisione straordinaria delle partecipazioni societarie possedute da parte delle Amministrazioni pubbliche;
- 30 Settembre 2017 per ricognizione personale e individuazione eccedenze da parte delle Società a controllo pubblico
- 31 Dicembre 2017 per l'adeguamento della quota di partecipazione del soggetto privato alle società miste (quota che non deve essere inferiore al 30% del capitale della società).

2. La qualificazione delle società a partecipazione pubblica

Tra le prescrizioni introdotte dal T.U. vi sono dunque quelle relative all'adeguamento statutario, finalizzato a potenziare l'efficacia e l'economicità gestionale delle società a partecipazione pubblica: sono stati quindi previsti adeguamenti statuari differenziati tra le diverse tipologie di società.

Dunque, preliminare ad ogni intervento è l'operazione di qualificazione delle società a partecipazione pubblica nell'ambito delle categorie disciplinate dalla riforma, al fine di stabilire la disciplina ad esse applicabile.

Le società vanno ricondotte ai modelli dell'affidamento in *house* e della società mista, che comportano le

modifiche specifiche rispettivamente indicate dagli artt. 16 e 17 T.U: le operazioni di verifica dovranno fare particolare riferimento alla definizione del controllo societario.

In ordine alle diverse categorie di società a partecipazione pubblica, va rilevato che - ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 lett. n) del T.U. - sono quelle a controllo pubblico e quelle partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico: l'art. 2 T.U. descrive in sostanza un *genus* a cui appartengono diverse *species* (società *in house*, società a controllo pubblico, società miste, società a partecipazione pubblica non di controllo, società quotate), cui vengono ricondotte discipline diverse o parzialmente sovrapponibili.

Al proposito va ricordato che il d.lgs.175/2016 all'art.2, c.1 fissa ai fini del T.U. le definizioni di società a partecipazione pubblica e di società a controllo pubblico alle lettere n) m) e b):

"...n) «società a partecipazione pubblica»: le società a controllo pubblico, nonché le altre società

Preliminare ad ogni intervento è l'operazione di qualificazione delle società a partecipazione pubblica nell'ambito delle categorie disciplinate dalla riforma, al fine di stabilire la disciplina ad esse applicabile.

partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico;

...m) «società a controllo pubblico»: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b);

...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;».

Per le modalità di controllo, il T.U. rinvia in parte alle definizioni civilistiche di cui all'art. 2359 C.C., secondo cui sono considerate società controllate:

"...1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

*Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.
(...)*

Dunque, secondo le definizioni amministrative e civilistiche sopra riportate – e tenendo conto del fatto che la figura della società controllante va sostituita ai fini del T.U con la figura

dell'amministrazione pubblica – la società è da considerarsi a controllo pubblico in due gruppi di casi, come di seguito riportato:

se una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi dell'art. 2, c.1 lett. b) del T.U.,

ovvero

per effetto del richiamo all'art. 2359 C.C.:

- se una o più amministrazioni pubbliche dispongono della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria;

- se una o più amministrazioni pubbliche dispongono di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

- se una o più amministrazioni pubbliche esercitano un'influenza dominante sulla società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa;

per effetto della disposizione speciale contenuta nella seconda parte dell'art. 2, c.1 lett. b) del T.U.

- se 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.

Va poi sottolineato che il Codice Civile all'art. 2359 prevede al c. 1, punti 1) e 2) forme di "controllo solitario", rispettivamente come controllo interno di diritto (punto 1) e controllo interno di fatto (punto2): in sostanza sotto il profilo civilistico si

fa riferimento ad una società che controlla un'altra società e dunque non viene contemplato il controllo congiunto.

Invece il T.U. all'art. 2, c.1 lett. m) richiama genericamente il concetto di controllo di cui alla precedente lett. b), e dunque fa

riferimento sia alle fattispecie civilistiche di cui all'art. 2359 C.C. di controllo solitario (sostituendo

Le società vanno ricondotte ai modelli dell'affidamento in house e della società mista, che comportano le modifiche specifiche rispettivamente indicate dagli artt. 16 e 17 T.U: le operazioni di verifica dovranno fare particolare riferimento alla definizione del controllo societario.



alla società controllante l'amministrazione pubblica), sia alle ipotesi in cui lo stesso controllo sia esercitato da più amministrazioni pubbliche, sia alle ipotesi di controllo congiunto di cui alla seconda parte della lett. b).

In questo senso le ipotesi di controllo previste dal T.U. appaiono più ampie rispetto a quelle indicate dal Codice Civile: sia in quanto l'art. 2, c.1 lett. m) fa riferimento alle società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b), di fatto così estendendo anche l'ipotesi prevista dall'art. 2359 C.C. alle forme di controllo "multiple"; sia in quanto l'art. 2, c.1 lett. b) già comprende, accanto alle previsioni civilistiche di cui all'art. 2359 C.C., anche le ipotesi di controllo derivante da legge, statuto o patti parasociali in ordine alle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale, quando sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Queste dunque sono le modalità e il perimetro in cui deve essere riconosciuto il controllo societario pubblico e in presenza di queste condizioni si delinea la figura della società a controllo pubblico, ai sensi del T.U. ex d.lgs. n. 175/2016.

3. La qualificazione delle società *in house* a partecipazione multipla

Prendendo in considerazione la struttura delle società *in house*, va rilevato che il T.U. non ha espressamente ricondotto questa categoria di società nell'ambito delle società a controllo pubblico: la questione della loro qualificazione si pone in particolare per le forme societarie a

partecipazione multipla.

Ciò naturalmente pone la soluzione del tema sul piano dell'opinabilità interpretativa, tuttavia emergono significativi profili che portano a far rientrare le società *in house* a partecipazione multipla nella categoria delle società a controllo pubblico.

In primo luogo, va rilevato che nella fattispecie sussiste il controllo pubblico "multiplo" in quanto più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ex art.2359 C.C., ai sensi dell'art. 2, c.1 lett. m) e b) T.U., avendo la disponibilità della maggioranza di voti esercitabili nell'assemblea ordinaria ex art. 2359, c.1, punto 1) C.C.

In secondo luogo, va sottolineato che per questa categoria di società sussiste in ogni caso il controllo di cui all'art. 2359,

c.1 punto 2) C.C. in quanto le amministrazioni dispongono di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria.

Va infatti tenuto conto del fatto che l'art. 3, c. 1 lett. t) d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) in tema di imprese pubbliche dispone che "... *L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:*

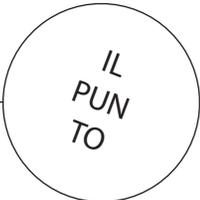
- 1) *detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;*
- 2) *controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;*
- 3) *possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.*"...

il T.U. non ha espressamente ricondotto questa categoria di società nell'ambito delle società a controllo pubblico: la questione della loro qualificazione si pone in particolare per le forme societarie a partecipazione multipla. Ciò naturalmente pone la soluzione del tema sul piano dell'opinabilità interpretativa, tuttavia emergono significativi profili che portano a far rientrare le società *in house* a partecipazione multipla nella categoria delle società a controllo pubblico.

Inoltre per le società *in house providing* a pluralità di soci deve sussistere comunque il controllo analogo congiunto ex art.2, c.1 lett. d) T.U. e art.5, c. 5 d.lgs. 50/2016, tramite il quale le Amministrazioni esercitano congiuntamente un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata: questa è la forma più forte di controllo prevista dall'ordinamento, che deriva dal rapporto organico che tipizza la relazione tra Pubblica Amministrazione e società *in house*.

Alle motivazioni sopra esposte, che fanno propendere per la riconduzione delle società *in house* nella categoria delle società a controllo pubblico, va aggiunta la stessa *ratio* del T.U di cui al d.lgs. 175/2016 s.m.i - che ha finalizzato la regolazione più stringente proprio al peso della partecipazione societaria pubblica, riservando le disposizioni di maggior impatto alle fattispecie che vedono maggiormente coinvolta la Pubblica Amministrazione nel modulo societario.

L'ANAC disegna il perimetro del contratto di sponsorizzazione: lo sponsor "doc" trae ritorno d'immagine non solo dalla mera concessione degli spazi pubblicitari



IL
PUN
TO

Breve commento alla Delibera ANAC n. 625 del 7 giugno 2017: il contratto di sponsorizzazione deve costituire un'opportunità sia per lo sponsor, che per la PA e quest'ultima deve stimare anche il ritorno d'immagine che lo sponsor ottiene dal suo gesto di mecenatismo.

di Emanuela Pellicciotti

1. La vicenda contrattuale e la sua disamina, alla luce del quadro normativo di riferimento

Con la Delibera n. 625 del 7 giugno 2017, l'ANAC ha affrontato il tema del contratto di sponsorizzazione, cogliendo l'occasione per puntualizzarne la natura ed i confini, in particolare distinguendolo dal contratto di locazione di spazi pubblicitari, con il quale la sponsorizzazione condivide parte della causa tipica.

La Delibera dell'Autorità prende le mosse da un contratto di sponsorizzazione stipulato dal Comune di Napoli, avente ad oggetto la ristrutturazione (inclusa i relativi progettazione e collaudo) di 27 immobili a carattere storico – artistico, a fronte della fruizione degli spazi pubblicitari – per tutta la durata dei lavori – sugli immobili ristrutturati.

Il Comune, inoltre, per favorire la fruizione dello strumento della sponsorizzazione, autorizzava la neutralità della Cosap, nelle aree impegnate dai lavori, per tutta la durata contrattuale degli interventi.

Nel complesso, quindi, il Comune aveva così inteso compensare i costi della ristrutturazione sostenuti dagli sponsor, per l'ammontare previsto di oltre tre milioni e mezzo di euro.

Tuttavia, anche a causa di ritardi nella predisposizione degli atti autorizzatori di concerto con la Soprintendenza, i lavori – in alcuni casi, consegnati in ritardo – si sono protratti ben oltre i tempi contrattualmente previsti, e così di pari passo anche l'utilizzo degli spazi pubblicitari, con la conseguenza che un'associazione territoriale si è rivolta all'Autorità, appellandosi alla sua funzione

di vigilanza sui contratti pubblici e sollevando il problema della legittimità di tale sponsorizzazione.

L'ANAC, da parte sua, si è espressa con la Deliberazione in esame, con la quale - innanzitutto - fa' solo un lieve accenno alla propria competenza in materia di vigilanza: in verità, si sarebbe potuto esaminare più a fondo il tema dell'intervento dell'Autorità nell'ambito di un contratto che è *ex lege* sottratto all'osservanza del codice dei contratti pubblici.

Inoltre, l'ANAC si è premurata di evidenziare che la vicenda esaminata - pur riferendosi al quadro normativo del previgente codice dei contratti pubblici - era tuttavia da considerarsi valida anche *nell'ottica di fornire indicazioni utili per l'impostazione di procedure simili in futuro* (dunque, anche alla luce della disciplina recata dal d.lgs. n. 50/2016).

L'attuale Codice, infatti, condivide con il precedente, sia la scelta di distaccare la disciplina della sponsorizzazione dall'osservanza delle norme sui contratti pubblici, sia quella di delineare in modo sommario i tratti rilevanti di tale istituto.

L'intervento chiarificatore dell'Autorità, quindi, si può leggere quale opportuna integrazione o chiarimento delle norme codicistiche (sia previgenti, che attuali), tale da consentire - come nel caso di specie - di distinguere forme "genuine" di contratto di sponsorizzazione, da altre tipologie contrattuali - assimilabili ad esso solo per alcuni aspetti ed effetti -.

L'opera di ricostruzione effettuata dall'Autorità inizia dalla ricerca della causa tipica del contratto di sponsorizzazione, che il legislatore non enuncia con chiarezza, né nell'art. 26 d.lgs. n. 163/2006, né nell'art. 29 d.lgs. n. 50/2016: l'ANAC, dunque, si trova ad operare su un tessuto normativo cedevole, nel tentativo di consolidare i capisaldi dell'istituto.

La Delibera in esame conclude censurando il contratto di sponsorizzazione stipulato dal Comune di Napoli, in quanto esso ha sottovalutato la controprestazione offerta dal Comune

stesso in termini di sfruttamento degli spazi pubblicitari, consentendo allo sponsor un indebito arricchimento, non adeguatamente controllato da clausole contrattuali che disciplinassero le criticità insorte nella fase esecutiva del contratto.

2. Breve raffronto fra l'art. 26 d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 29 d.lgs. n. 50/2016

A questo punto - tenuto presente che in nessuna versione del codice appalti è mai stato definito il contratto di sponsorizzazione - per meglio apprezzare le conclusioni raggiunte nella Delibera dell'Autorità, occorre brevemente premettere un raffronto fra la previgente disciplina codicistica e quella recata dall'attuale codice appalti, onde sintetizzare i tratti salienti della fattispecie contrattuale.

L'art. 26 d.lgs. n. 163/2006 si preoccupa di definire quali sono le parti del contratto, affermando che *"i contratti di sponsorizzazione ... di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ..."* ed aggiunge che *"l'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto".* *Ma soprattutto, afferma che "si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto. ... Ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali si applicano altresì le disposizioni dell'articolo 199 bis del presente codice."*

L'art. 29 d.lgs. n. 50/2016, invece, da per scontata la definizione delle parti e si concentra sull'oggetto del contratto; afferma, infatti, che *"L'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o*

forniture per importi superiori a quarantamila euro, mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto.

Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80. Nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese, resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La stazione appaltante impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi."

Il vigente codice, quindi, amplia la portata dell'oggetto, sino a ricomprendere anche la sponsorizzazione finanziaria (effettuata tramite dazione di danaro o accollo dei costi sostenuti per la ristrutturazione), che si distingue dalla precedente, denominata "tecnica" (che si "fermava" all'esecuzione dei lavori).

In entrambe le versioni, dunque - oltre alla mancata definizione degli elementi strutturali del contratto, per favorirne l'elasticità sino a ricomprendere ogni apprezzabile forma di mecenatismo -, è decisione del legislatore sottrarre la fattispecie contrattuale all'applicazione del codice dei contratti pubblici, salvo che per la qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori e per la verifica dei requisiti morali. Proprio tale previsione, evidentemente tesa a

favorire l'espansione di tale tipologia contrattuale (anche oltre i limiti geopolitici segnati dall'art. 49 d.lgs. n. 50/2016), è stata incisa dalla Delibera ANAC in esame, che ne ha ridimensionato la portata sostituendo il "mecenatismo" con il "pragmatismo".

3. L'interpretazione dell'ANAC sulla struttura del contratto di sponsorizzazione e le censure all'operato del Comune

Alla luce delle considerazioni che precedono, ci si chiede come sia possibile che uno strumento contrattuale tanto ampio - cioè, strutturato in modo così versatile dallo stesso legislatore - possa risultare, all'esame dell'Autorità, "non correttamente applicato".

La criticità si spiega perché il Comune di Napoli non avrebbe correttamente identificato la causa giuridica del contratto, spostando l'attenzione sull'aspetto della messa a disposizione degli spazi pubblicitari, come controprestazione dei lavori di ristrutturazione eseguiti dagli sponsor: a riprova di ciò, infatti, aveva computato la base d'asta con lo stesso valore dei lavori da eseguirsi.

Questo, però, secondo l'ANAC corrisponde alla causa giuridica di un contratto di locazione di spazi pubblicitari, che è ben diverso dalla sponsorizzazione; quest'ultima, infatti, pone al centro la rilevanza intrinseca dei beni per la cui conservazione si attiva lo sponsor, che prescinde dall'ammontare dei lavori da eseguirsi.

Secondo l'esegesi dell'Autorità, infatti, la struttura del contratto di sponsorizzazione è molto più rigida e definita di quanto emerga dalla piana lettura del codice dei contratti pubblici: "l'istituto è altresì disciplinato dall'art. 120 del d.lgs. 42/2004, recante il Codice dei Beni culturali e del Paesaggio, e dal Decreto del Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 19.12.2012 («Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate») pubblicato in G.U.R.I. n. 60 del 12.03.2013 - che, al di fuori degli ambiti

attinenti alla tutela del patrimonio culturale, ha valenza di atto di contenuto orientativo per le Stazioni appaltanti estranee al Ministero. Come è stato ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa e dalla soppressa AVCP, il contratto di sponsorizzazione è un contratto atipico a prestazioni corrispettive mediante il quale lo sponsor offre le proprie prestazioni nei confronti della Pubblica amministrazione (sponsee), la quale si obbliga verso il primo a pubblicizzare in appositi spazi nome, logo, marchio o prodotti durante lo svolgimento di determinate attività (cfr. Delibera Avcp n. 48/2008).

In altri termini, la controprestazione a favore dello sponsor consiste nel beneficio derivante dall'associazione del prodotto, del marchio o della ditta ad un bene o ad un evento (nel caso più ricorrente, il restauro di beni monumentali) cui si attribuisce una speciale rilevanza. ... si tratta di sponsorizzazione quando l'iniziativa ha «lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante».

A giudizio dell'Autorità, il Comune ha deviato dallo schema contrattuale della sponsorizzazione nel momento in cui ha legato i costi della ristrutturazione alla concessione degli spazi pubblicitari sui monumenti ristrutturati: in tal modo, infatti, aumentando i tempi di esecuzione dei lavori – anche per ragioni indipendenti dalla volontà dello sponsor e/o del Comune – aumentava di conseguenza anche la durata del tempo in cui lo sponsor fruiva della “vetrina privilegiata” costituita dagli immobili monumentali.

In altri termini, ogni problematica insorta in sede di esecuzione, aumentava la durata della fruizione degli spazi pubblicitari ... così mutuando – per giunta senza il necessario corredo di penali contrattuali, clausole risolutive e matrici di rischio – la disciplina delle concessioni.

Dunque – questo il nucleo della Deliberazione in esame -, senza tenere conto il valore aggiunto ed intrinseco dei monumenti sui quali lo sponsor operava, valore che rende la controprestazione della sponsorizzazione ben più elevata del semplice

“rimborso dei costi” delle ristrutturazioni.

Lo sponsor stesso, infatti, beneficiava non solo della visibilità data dall'utilizzo degli spazi pubblicitari, ma – di fatto - anche di quella (ben più ampia!) di associare il proprio marchio all'immagine che gli stessi beni ristrutturati hanno a livello globale, per effetto degli eventi che i beni ospitano o in conseguenza della loro immagine riflessa nelle fotografie dei turisti che li visitano.

A questo punto, tenuto conto di tale valore “aggiuntivo”, la sponsorizzazione si distingue – proprio per la sua causa giuridica, che razionalizza il mecenatismo verso il recupero di uno o più monumenti - da altri contratti che hanno un effetto analogo, quale appunto la locazione di spazi pubblici.

E nel distinguersi, la sponsorizzazione deve fornirsi di un apparato di clausole – soprattutto in materia di penali – che le permettano di non “appiattire” la propria natura, sino a confondersi con altre fattispecie, svalutando il connotato del mecenatismo che è la sua connotazione principale.

Questa è la critica che l'Autorità muove nei confronti del caso sottoposto alla sua attenzione: l'amministrazione, infatti, avrebbe dovuto definire un valore più adeguato al contratto di sponsorizzazione, promuovendo anche controlli sin fase di esecuzione, per evitare che lo sponsor moltiplicasse le controprestazioni in termini pubblicitari in conseguenza delle variabili accadute in fase di esecuzione.

4. Conclusioni

Enunciato il principio per cui “la determinazione dell'importo contrattuale deve essere ancorata all'effettivo valore della controprestazione, resa dall'amministrazione pubblica” e “*gli enti devono quindi chiarire sempre puntualmente nel bando e nel successivo contratto di sponsorizzazione quali siano le controprestazioni offerte allo sponsor. ... inoltre ... l'importo a base della procedura di selezione, non può essere automaticamente identificata nel valore dei lavori ... da eseguire, ma*

deve tenere conto soprattutto del valore del ritorno pubblicitario e di immagine (in senso lato) ritraibile dall'abbinamento del nome o del marchio d'impresa agli interventi da realizzare, che è, in sintesi, il valore che l'impresa candidata intende acquistare con la sua offerta.", l'ANAC, però, non offre alcun elemento per poter effettuare oggettivamente tale stima, lasciando così "in sospeso" la portata precettiva della propria Deliberazione.

Nei futuri casi di utilizzo del contratto di sponsorizzazione, perciò, sarà lasciata all'interprete la valutazione del "maggior valore" del ritorno pubblicitario ottenuto dallo sponsor; ciò potrebbe costituire un fattore di disincentivo all'utilizzo di tale strumento contrattuale, non essendovi criteri oggettivi che pongano l'Amministrazione al riparo da critiche analoghe a quelle contenute nella Deliberazione in commento.

Il che sarebbe in contrasto con lo spirito delle norme regolatrici della materia, ma sarebbe soprattutto un'occasione tristemente sprecata

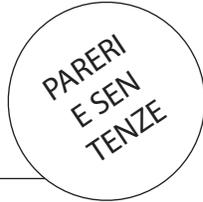
per i tanti monumenti presenti nel nostro Paese, endemicamente bisognosi di restauri.

Nell'incertezza, la strada indicata dall'Autorità consiste nel rafforzare la fase della progettazione e del collaudo, avocando in capo all'Amministrazione sia il compito di fornire indicazioni stringenti per la progettazione, sia di riservarsi la nomina del collaudatore.

Inoltre, il confronto concorrenziale per la selezione dello sponsor, dovrebbe premiare la migliore offerta - in termini di riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori di ristrutturazione e, soprattutto, in ordine al corrispettivo in termini di spazi pubblicitari - per consentire di attribuire un valore anche al mecenatismo.

Come a dire che la figura del mecenate, ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, non è più quella di un soggetto che è ispirato solo da nobiltà d'animo, ma - più concretamente -, riceve il compenso di "abbinare" il proprio marchio a monumenti famosi a livello globale.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 31/8/2017, n. 4142

Affidamenti diretti e applicazione del principio di rotazione

"...la "rotazione" (per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo)". Da quanto sopra emerge la ratio dell'istituto, consistente nell'evitare il possibile consolidarsi di posizioni "di rendita" non concorrenziale a favore di singole imprese, scelte dalle stazioni appaltanti al di fuori delle ordinarie regole dell'evidenza pubblica: ciò vale, in primis, per quegli operatori economici che siano già stati destinatari di un affidamento diretto, che dunque, ben possono essere esclusi a priori dalle successive aggiudicazioni dello stesso genere, proprio per evitare il possibile formarsi di posizioni di privilegio."

Consiglio di Stato, Sez. V, 31/8/2017, n. 4140

Le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria

"... vale il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto (salvo quelle, tassativamente indicate, relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione prezzi ed ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi) rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 1 agosto 2015, n. 3780; V, 31 dicembre 2014, n. 6455, nonché V, 15 febbraio 2016, n. 624)....".

TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 23/8/2017, n. 1759

Mancata indicazione degli di sicurezza aziendale e superamento di ogni incertezza interpretativa ad opera dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016

"Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro". Si registra, qui, da un lato, un orientamento favorevole alla tesi dell'automatismo espulsivo dell'offerta che non abbia rispettato l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza 'interni o aziendali', come ormai chiaramente prescritto dall'art. 95, comma 10, del Codice (cfr. Tar Reggio Calabria, 25/2/2017, n. 166, Tar Salerno, 6/7/2016, n. 1604, Tar Molise, 9/12/2016, n. 513; nonché, da ultimo, Tar Napoli, sez. III, 3/5/2017, n. 2358, secondo cui: "con l'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è superata ogni incertezza interpretativa, nel senso dell'inderogabilità

dell'obbligo derivante dall'art. 95, comma 10. In presenza di una così esplicita disposizione di legge, è del tutto irrilevante se né la *lex specialis* di gara (bando e disciplinare), né il modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante hanno previsto la dichiarazione separata di tali oneri, discendendo direttamente ed inequivocabilmente dalla legge l'obbligo (*rectius*, l'onere) di effettuare la dichiarazione stessa: il che è proprio il *quid novi* contenuto nella disciplina dettata sul punto dall'art. 95, comma 10, cit., che ha inteso porre fine, una volta per tutte, ai ben noti contrasti insorti nel preesistente assetto normativo").

Alla disciplina in ordine all'esonero dall'indicazione dei costi aziendali interni per i servizi di natura intellettuale deve attribuirsi natura ricognitiva del 'diritto vivente' previgente

"... la giurisprudenza più recente, formatasi in relazione al Codice del 2016, è dell'avviso che, in presenza di appalti di servizi di ordine intellettuale, l'indicazione degli oneri di sicurezza pari a zero non comporti di per sé l'esclusione del concorrente per motivi di ordine formale (violazione di legge o delle previsioni della *lex specialis*), dovendosi piuttosto valutare in concreto, in sede di eventuale verifica di anomalia dell'offerta, se tale dichiarazione sia insostenibile o incongrua (cfr. T.A.R. Liguria, I, 2/3/2017 n. 163; T.R.G.A. Sez. Aut. Bolzano, 18/4/2017, n. 143, T.A.R. Puglia, Bari, I, 22/3/2017 n. 265; Cons. Stato, Sez. V, 19/1/2017 n. 223; id., VI, 8/5/2017, n. 2098; id. VI, 1/8/2017 n. 3857). Tale orientamento giurisprudenziale è condiviso anche dal Collegio, che lo ritiene, quindi, di persistente attualità, anche in vigenza del sopravvenuto art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, applicabile alla fattispecie *sub iudice* nella versione anteriore alla novella apportata al comma in esame dall'art. 60, comma 1, lettera e), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Alla modifica da ultimo introdotta, peraltro, laddove contempla l'espresso esonero dall'indicazione dei costi aziendali interni per i servizi di natura intellettuale, deve attribuirsi natura ricognitiva del 'diritto vivente' previgente e non invece natura costitutiva e innovativa "con esclusiva efficacia *ex nunc* proiettata nel futuro" (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 3857/2017 cit.)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/8/2017, n. 4049

Concessioni e nozione di "importo totale pagabile"

"...la sentenza è meritevole di conferma anche per la parte in cui ha stabilito che, in base alle peculiari circostanze per cui è causa, la stazione appaltante non avesse violato le previsioni di cui al comma 1 dell'articolo 29 del Codice dei contratti pubblici del 2006 (si tratta della disposizione secondo cui "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di (...) servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti").

Non viene qui in discussione il principio secondo cui, nel caso delle concessioni, la nozione di "importo totale pagabile" debba ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti a fronte della fruizione del servizio (sul punto – *ex multis* -: Cons. Stato, III, sent. 2926 del 2017)....".

TAR Sicilia Palermo, Sez. III, 10/8/2017, n. 2082

"Il termine per proporre ricorso avverso i provvedimenti di ammissione alla gara, infatti, decorre dalla pubblicazione del verbale di gara e/o del relativo atto sul portale della stazione appaltante, ovvero, in ogni caso, dalla conoscenza, comunque, avvenuta dell'atto (ormai ex lege) lesivo"

"... Il termine per proporre ricorso avverso i provvedimenti di ammissione alla gara, infatti, decorre dalla pubblicazione del verbale di gara e/o del relativo atto sul portale della stazione appaltante, ovvero, in ogni

caso, dalla conoscenza, comunque, avvenuta dell'atto (ormai ex lege) lesivo (cfr. TAR Palermo, III, 15 maggio 2017, n. 1320; TAR Toscana, 18 aprile 2017, n. 582; in arg. TAR Napoli, VIII, 2 febbraio 2017, n. 696).

Ai sensi dell'art. 120, co. 2 bis, cod. proc. amm., introdotto dall'art. 204, co. 1, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016, infatti, "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11".

L'art. 29 D.lgs. n. 50/2016 stabilisce poi che "Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. ... Il termine per l'impugnativa di cui all'art. 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo, ossia i provvedimenti che determinano le esclusioni e le ammissioni, sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione".

Nella fattispecie in esame, è stato documentato che il verbale del (...), con il quale è stata disposta l'ammissione in gara della (...), è stato pubblicato in pari data nel portale del sito della committenza con sede in (...), in cui erano stati pubblicati tutti gli avvisi della gara in oggetto ...".

Consiglio di Stato, Sez. V, 27/7/2017, n. 3710

Certificazione di qualità e avvalimento

"Come la giurisprudenza amministrativa ha già evidenziato, invero, quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità). La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria."

Consiglio di Stato, Sez. III, 20/07/2017, n. 3580

La doppia riparametrazione del punteggio deve essere, in assenza di norme espresse dell'ordinamento generale, il frutto di una precisa e dichiarata scelta della stazione appaltante

"... se l'intento della stazione appaltante è quello non solo di disciplinare l'attribuzione dei punteggi ai singoli aspetti tecnici dell'offerta secondo un metodo predefinito ed entro un range massimo, ma anche quello di mantenere in concreto l'equilibrio tra i pesi ponderali del fattore prezzo e del fattore qualità, così come inizialmente delineato nella lex gara, la seconda parametrizzazione del fattore qualità (ossia del punteggio totale, oltre che dei punteggi parziali relativi ai singoli aspetti qualitativi) è adempimento fisiologico e necessario, così come condivisibilmente chiarito da questa Sezione nella decisione citata (e già da Sez. VI, 14.11.2012, n. 57549).

3.3. Tuttavia il Collegio ritiene – in questo concordando con quanto recentemente affermato dalla V Sezione nella decisione 12 giugno 2017 n. 2852 – che tale assunto, relativo al necessario rispetto in concreto dell'equilibrio ponderale tra il valore massimo del fattore prezzo ed il valore massimo del totale del fattore qualità previsto dal bando, debba essere, in assenza di norme espresse dell'ordinamento generale, il frutto di una precisa e dichiarata scelta della stazione appaltante.

3.4. Di recente, anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere 2 agosto 2016, n. 1767 reso sulle linee guida del codice dei contratti pubblici concernenti "il RUP, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura e ingegneria", ha precisato che "poiché nessuna disposizione primaria la impone, la riparametrazione attiene a una scelta discrezionale della stazione appaltante e, per essere legittimamente adottata, come criterio di computo del punteggio, dev'essere espressamente e chiaramente prevista nel bando" (cfr. punto 2.5 del parere).

3.5. Coerentemente l'ANAC, nella delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 – Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" ha stabilito che "Quando i punteggi relativi a un determinato criterio sono attribuiti sulla base di subcriteri può accadere che nessun concorrente raggiunga il punteggio massimo previsto; ciò rischia di alterare la proporzione stabilita dalla stazione appaltante tra i diversi elementi di ponderazione, specie quando la valutazione è basata sul metodo aggregativo compensatore. La stazione appaltante procede, se previsto nel bando di gara, alla riparametrazione dei punteggi per riallinearli ai punteggi previsti per l'elemento di partenza. L'operazione di riparametrazione può avvenire sia in relazione ai criteri qualitativi sia in relazione ai criteri quantitativi (laddove non siano previste modalità che consentono di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo) con riferimento ai punteggi relativi ai singoli criteri o, laddove siano previsti, in relazione ai singoli subcriteri. La stazione appaltante può procedere, altresì, a una seconda riparametrazione dei punteggi ottenuti per la parte tecnica o quella economica, complessivamente considerate. Anche in questo caso condizioni essenziali per procedere alla riparametrazione è che la stessa sia prevista nel bando di gara e che siano chiaramente individuati gli elementi che concorrono a formare la componente tecnica e la componente economica".

3.6. Trattasi di un orientamento e di coerenti coordinate applicative che hanno l'obiettivo di affermare il principio di certezza delle regole procedurali, con tendenziale limitazione del fenomeno della cd eterointegrazione alle sole espresse previsioni di legge...".

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 432 DEL 27 aprile 2017 PREC 30/17/S -BIS

Mancata sottoscrizione dell'offerta e soccorso istruttorio

"... relativamente alla sottoscrizione dell'offerta e alla sua mancanza, l'Autorità ha avuto modo di precisare nella determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 che la sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza costituisce un elemento essenziale ed ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa. È stato altresì precisato che pur costituendo elemento essenziale, la sua eventuale carenza è sanabile: infatti, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio del soccorso istruttorio, è sanabile ogni ipotesi di mancanza,

incompletezza o irregolarità, ivi incluso l'elemento della sottoscrizione nel caso di specie, la disciplina di gara, distinguendo in base alla tipologia di concorrente, prevedeva per i raggruppamenti costituenti la necessaria sottoscrizione da parte dei rappresentanti legali di tutti i componenti del raggruppamento;”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 422 del 12 aprile 2017 PREC 42/17/L

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

“Per ciò che concerne l’inserimento, negli atti di gara, dei “Criteri ambientali minimi” (c.d. CAM) che non siano stati previsti nel progetto esecutivo, l’Autorità ha recentemente evidenziato, con delibera n. 222 del 1 marzo 2017, proprio su istanza dell’ANCE, che le varianti migliorative recanti i criteri ambientali minimi, richieste quali criteri di valutazione dell’offerta, devono essere rapportate a un progetto già elaborato nel rispetto dei CAM, e che le varianti richieste dal bando devono avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo. I criteri di valutazione di tali varianti devono tener conto delle risultanze delle varie fasi di progettazione ed essere finalizzate a stimolare il miglioramento del bene o del servizio. Nella citata delibera viene espressamente richiamato l’allegato 1 al d.m. 24 dicembre 2015, aggiornato con d.m. 11 gennaio 2017, laddove specifica che «qualora la realizzazione dei lavori venga affidata separatamente dalla progettazione, per evitare modifiche non coerenti con quest’ultima, è necessario che la pubblica amministrazione indichi esplicitamente nel bando di gara o nei documenti di affidamento che sono ammesse solo varianti migliorative rispetto al progetto oggetto dell’affidamento redatto nel rispetto dei CAM, ossia che la variante preveda prestazioni superiori rispetto al progetto approvato».”

Autorità Nazionale Anticorruzione

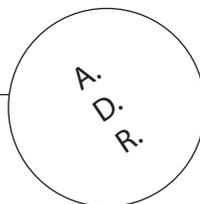
Delibera n. 352 del 29 marzo 2017 PREC 98/16/S

Sulla attività espletata dalle commissioni incaricate di valutare le offerte tecniche

“...il sindacato giurisdizionale sui contenuti e sugli esiti dell’attività espletata dalle Commissioni incaricate di valutare le offerte tecniche, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità Cons. St., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4995; ex multis, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 120.)... secondo la citata giurisprudenza, il controllo sugli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione può svolgersi attraverso la verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni compiute da quest’ultima, sotto il profilo della loro correttezza, quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo e nei limiti della rilevabilità ictu oculi dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell’amministrazione (Cons. St., sez. V, 12 dicembre, n. 2013, n. 3239).”

A Domanda Rispondiamo

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



1

E' legittimo l'operato di una Stazione appaltante che, modificando in maniera sostanziale la lex specialis di gara, si limita a prorogare l'originario termine di scadenza ricezione offerte?

Per giurisprudenza costante, le modifiche alla lex specialis di una gara indetta da Pubbliche Amministrazioni devono seguire la regola del *contrarius actus*. Tale principio si applica a maggior ragione quando le modifiche sono di natura sostanziale e, sono di natura sostanziale, quelle che incidono sui requisiti di partecipazione ad una gara. Le modifiche sostanziali alle regole di gara potrebbero determinare un ampliamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento dell'appalto pertanto, è necessario procedere ad una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario tanto al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della *par condicio*" (Cfr. TAR Puglia Lecce sez. III 1/8/2017 n. 1351; T.A.R. Campania, Napoli, III, 13 marzo 2017, n. 1445).

2

E' legittimo il diniego di una Pubblica Amministrazione avverso una richiesta di accesso formulata da un operatore economico se non è stata ancora determinata l'aggiudicazione dell'appalto?

Il nuovo regime diversificato di impugnazione previsto dal citato art. 120, comma 2-bis, del cpa, introdotto nel 2016, impone che l'operatore economico possa accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti, già nella fase iniziale della procedura selettiva (senza attendere cioè quella finale di aggiudicazione, come era previsto nel vecchio regime di cui al D.lgs n. 163 del 2006) mentre il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016 è limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche.

3

Può una commissione giudicatrice farsi coadiuvare da soggetti esterni nella valutazione dell'offerta tecnica?

Non è illegittimo che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'attività di valutazione dell'offerta tecnica da soggetti esterni, purchè tali soggetti esterni si limitino a compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima.

4

In un affidamento diretto per l'esecuzione di lavori, si rende necessario un ampliamento degli stessi, è possibile procedere nell'ambito della stessa procedura oppure bisognerà fare un nuovo affidamento?

Non è necessario ricorrere ad un nuovo affidamento. L'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 prevede differenti possibilità come il ricorso alla "variante in corso d'opera", di cui al comma 1, lett. c); oppure il secondo comma che stabilisce "I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie fissate all'articolo 35; b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori...".

5

In una procedura per la conclusione di un accordo quadro con più operatori è possibile applicare l'art. 110 c.2 del D.Lgs. 50/2016?

L'art. 110 di cui si tratta, prevede le ipotesi in cui un candidato, pur essendo presente nella graduatoria scaturente da una procedura di gara, non goda più di tutti i requisiti necessari per operare con una P.A.; quindi si rende necessario scorrere la suddetta graduatoria per trovare il candidato successivo. "L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta". L'articolo si applica anche nelle procedure affidate mediante accordo quadro.

6

Ai fini dell'affidamento di una concessione di servizi come viene determinato il valore da porre a base di gara?

Ai sensi dell'art. 167 comma 1 del codice, il valore della concessione, ai fini della determinazione del relativo importo da porre a base di gara, è costituito dal fatturato totale del concessionario, generato per tutta la durata del contratto tenendo altresì conto - ai sensi del comma 4 della predetta norma - dei seguenti ulteriori elementi: a) introiti derivanti dai proventi della gestione o comunque riconducibili al contenuto intrinseco della stessa (introiti derivanti dal pagamento da parte degli utenti di tariffe e multe, con esclusione in quest'ultimo caso di quelle riscosse per conto dell'ente concedente; entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione); b) introiti derivanti da vantaggi economici riconosciuti al concessionario direttamente dall'ente concedente o da altri soggetti (pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsiasi forma, dall'ente concedente, comprese le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento; sovvenzioni o qualsiasi altro vantaggio finanziario conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione; valore delle forniture e dei servizi funzionali all'esecuzione della concessione messi a disposizione del concessionario dall'ente concedente; ogni altro premio, pagamento o qualsivoglia vantaggio economico riconosciuto al concessionario).

In sintesi il valore della concessione deve essere correlato al complesso degli introiti che possono essere ricavati, sotto qualsiasi forma, dal concessionario, comprensivi quindi sia di quelli rinvenibili dal mercato che di quelli ricevuti direttamente dall'ente concedente o da altri soggetti, comunque in relazione all'oggetto della concessione (cioè alla gestione del servizio).

7

Se la stazione appaltante nella documentazione di gara stabilisce che non intenderà procedere con la verifica delle offerte anormalmente basse nei casi previsti dalle norme, successivamente potrà invece procedere alla suddetta verifica?

La Stazione Appaltante, nello svolgimento di una procedura di gara, è tenuta al rispetto della *lex specialis*, che ha redatto in conformità del raggiungimento dei suoi obiettivi. Spesso però, il rilevante ribasso offerto dagli operatori economici partecipanti alla gara costituisce di per sé ragione giustificativa della scelta di attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. La giurisprudenza, nel tempo, ha frequentemente trattato questo aspetto ribadendo che la verifica facoltativa della congruità dell'offerta non deve essere particolarmente motivata (C.d.S., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5102) e può essere sindacata solo in caso di macroscopica irragionevolezza (C.d.S., sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5597; id. sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3059; id., sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274). Tale indirizzo, in particolare, si fonda sull'assunto che: «la verifica in questione costituisce un momento fondamentale delle procedure di affidamento di contratti pubblici, poiché attraverso il contraddittorio con l'impresa interessata l'amministrazione è in grado di acquisire tutti gli elementi in grado di ritenere se l'offerta presentata in sede di gara sia effettivamente sostenibile e, quindi, se la medesima offerta consenta di realizzare l'interesse pubblico inerente al contratto da aggiudicare» (cfr. C.d.S., sez. V, 20 luglio 2016, n. 3271).

8

Una amministrazione è tenuta ad indicare i costi della manodopera, nella documentazione di gara per l'affidamento di un servizio?

Sì, attenendosi all'ultima modifica apportata al Codice dei contratti pubblici. L'art. 23 c.16 ultimo capoverso del D.Lgs. 50/2016 recita "Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma".

9

Lo scostamento dei costi della manodopera indicati da un operatore in una offerta, dalle indicazioni Ministeriali, costituisce una anomalia dell'offerta?

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 31 marzo 2017, n. 1495). Anche l'Anac, nell'Atto di segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014 sottolineava la necessità di salvaguardare, anche, il principio dell'autonomia imprenditoriale, ammettendo giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale. Infatti l'Autorità ha evidenziato che il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non dovrebbe essere compressa mediante predeterminazioni operate ex ante.

Criteria di aggiudicazione degli appalti e valutazioni di principio, osservazioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Di recente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha formulato con propria nota datata 18 agosto (pubblicata su Bollettino n. 32 del 21 agosto 2017), alcune osservazioni relative alle previsioni di cui al comma 10-bis dell'art. 95 del Codice; in esso si legge (alla luce della revisione introdotta dal d.lgs. 56/2017) della prescrizione per la quale "La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento."

Secondo la ricostruzione fatta dall'Autorità, la previsione del tetto massimo del 30% è da intendersi limitativo per la stazione appaltante che così facendo, non andrebbe a considerare adeguatamente il profilo economico dell'offerta, con corrispondente ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche.

Insomma, l'aver "demonizzato" l'aspetto economico dell'offerta in vista dell'auspicio di orientare automaticamente le offerte nella direzione di una maggior qualità, sembra sia stata la strada giusta da perseguire!

Eppure, nessuna fonte normativa (di matrice europeista) e giurisprudenziale, sembrerebbe aver previsto tale soglia di sbarramento, lasciando piuttosto la possibilità alle singole amministrazioni aggiudicatrici di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto.

Prima di giungere all'attuale stesura del comma 10-bis dell'art. 95 del Codice, molteplici sono stati i contributi ed i ragionamenti fatti, specie sulla necessità di veder prevalere gli elementi qualitativi dell'offerta in modo da valorizzare una competizione effettiva sui profili tecnici (si veda parere del Cons. di Stato Commissione Speciale n. 782 del 30 marzo 2017).

L'indagine operata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la ricostruzione del proprio ragionamento, si estende anche alla

Giurisprudenza precedente all'attuale codice degli appalti, evidenziando che mai in nessuna circostanza emerge la presenza di limiti quantitativi predefiniti ex lege all'incidenza della componente economica dell'offerta rispetto all'offerta tecnica. Lasciare spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione, da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni, non significa automaticamente limitare la partecipazione, né frustrare automaticamente la qualità dell'offerta.

Mutuando un'osservazione resa dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, nel raffronto tra criterio del prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa, si rileva che un criterio basato sul prezzo è un criterio con parametro oggettivo e trasparente, ed in grado di meglio soddisfare l'aspetto competitivo, quando le caratteristiche qualitative del bene o del servizio a base di gara, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti.

Ci si riferisce a quei mercati in cui le forniture abbiano elevato grado di omogeneità, perciò introdurre un limite di sbarramento al valore dell'offerta economica significherebbe limitare un aspetto relevantissimo dell'offerta.

In virtù di ciò l'Autorità esorta un innalzamento della soglia del 30% per consentire una maggior valorizzazione della componente economica dell'offerta.

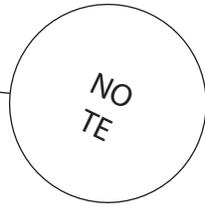
Tra l'altro rendendo conto di un principio ormai quesito in giurisprudenza ed effettuando una brevissima rassegna Giurisprudenziale sul tema, alcune pronunce: T.R.G.A. Trentino Alto Adige Bolzano n. 263/2017, il quale afferma che non può sindacarsi, la scelta, da parte della stazione appaltante, della distribuzione dei punteggi tra l'offerta tecnica e quella economica, atteso che "le stazioni appaltanti, allorché si determinino nel senso di applicare il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono titolari di una potestà ampiamente discrezionale circa la fissazione del criterio di distribuzione dei punteggi

tra l'offerta tecnica e quella economica, in vista del miglior perseguimento dell'interesse pubblico insito nella gara" (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22.9.2015, n. 11347)."

Sulla stessa lunghezza d'onda il Cons. di Stato n. 4131 del 31 agosto 2017 nel quale si specifica che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si fonda su di una pluralità di elementi di natura qualitativa ed economica tra loro integrati, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante; peraltro quest'ultima, nell'effettuare le proprie scelte, deve ricercare un equilibrio tra prezzo e qualità, che non ha un valore solo tra i due parametri, ma anche all'interno di ciascuno degli stessi, onde consentire alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme e trasparente valutazione dell'offerta.

Ancora Tar Campania Napoli n. 2601/2017, il quale afferma che entro il perimetro applicativo dell'art. 95, comma 4, lett. b, del d.lgs. n. 50/2016 (a norma del quale "può essere utilizzato il criterio del minor prezzo ... per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato"), la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso rimane espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante, che non è censurabile se non per evidente irrazionalità o per travisamento fattuale e non impone alla stazione appaltante alcun obbligo di esternare, in una specifica e puntuale motivazione, le ragioni di essa (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3484/2014; sez. V, n. 3121/2015; n. 4040/2015; TAR Valle d'Aosta, Aosta, n. 48/2014; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 6027/2015; n. 3756/2016; TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 1904/2015).

Per quanto condivisibili a parere dello scrivente, le osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza, esse si scontrano con l'attuale stesura dell'art. 95, restiamo perciò in attesa di eventuali "variazioni al tema", che non potrebbero non consistere in una modifica normativa che allo stato attuale sembra non essere nell'intenzione del legislatore.



A series of horizontal dotted lines for writing notes, consisting of 20 lines.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

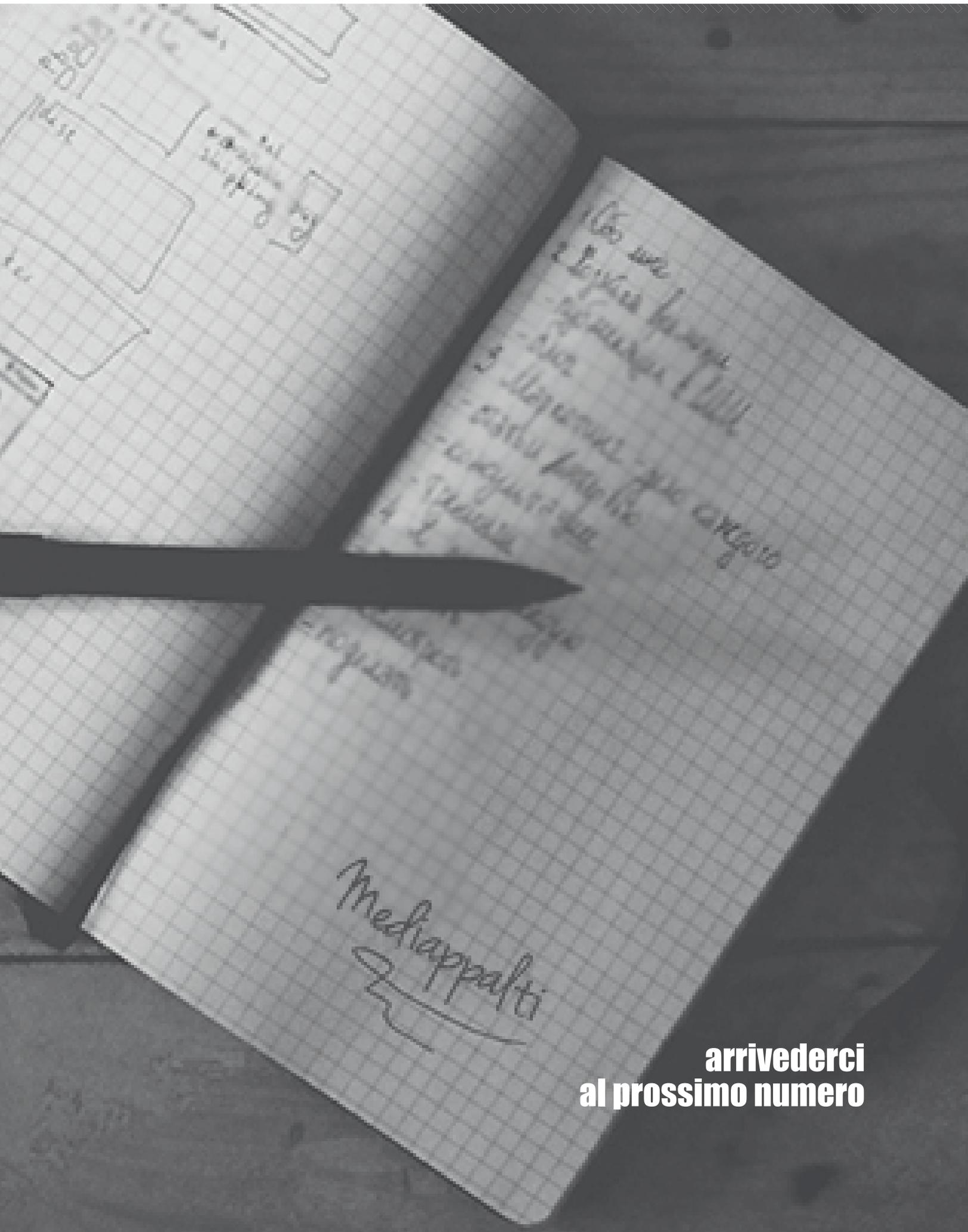
MEDIAAPPALTI

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

Mediagraphic

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





Handwritten notes on the right page, including a list of items and a signature. The text is written in cursive and is somewhat faded.

Mediappalti

**arrivederci
al prossimo numero**

i seminari in programma

SEMINARI

APPALTI

Il nuovo Codice dei Contratti alla luce della recente giurisprudenza e del bando tipo Anac:

le situazioni più controverse, le scelte più opportune

10 ottobre 2017 Trieste, 17 ottobre 2017 Bologna, 24 ottobre 2017 Roma, 07 novembre 2017 Napoli, 16 novembre 2017 Bari, 23 novembre 2017 Torino, 28 novembre 2017 Pescara, 05 dicembre 2017 Cagliari.

Gli appalti di forniture e servizi.

La documentazione e la procedura di gara: istruzioni operative. Focus sui sottosoglia

03 ottobre 2017 Genova, 17 ottobre 2017 Napoli.

Gli appalti di forniture e servizi nella Provincia di Trento

24 ottobre 2017 Trento.

Il Responsabile Unico del Procedimento

10 ottobre 2017 Roma, 24 ottobre 2017 Pescara, 31 ottobre 2017 Genova.

I contratti sotto soglia comunitaria alla luce delle modifiche introdotte nel decreto correttivo

21 settembre 2017 Bologna, 03 ottobre 2017 Pescara, 17 ottobre 2017 Bari, 17 ottobre 2017 Palermo, 14 novembre 2017 Roma, 21 novembre 2017 Napoli, 23 novembre 2017 Milano.

Avvalimenti, raggruppamenti e subappalti quali strumenti integrativi della qualificazione degli operatori economici in gara ed in esecuzione

03 ottobre 2017 Bolzano, 10 ottobre 2017 Milano, 26 ottobre 2017 Torino.

Esercitazione sulle acquisizioni di beni, servizi e lavori sul nuovo MePA alla luce dei bandi ripubblicati il 18 Agosto 2017

03 ottobre 2017 Torino, 10 ottobre 2017 Cagliari, 14 novembre 2017 Bologna, 12 dicembre 2017 Trieste.

I servizi sociali e "specifici" di cui all'allegato IX (servizio socio sanitari, servizi di ristorazione ecc.) alla luce delle novità apportate dal decreto Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici

21 novembre 2017 Bolzano, 28 novembre 2017 Roma.

Gli adempimenti obbligatori delle Stazioni Appaltanti nei confronti dell'A.N.AC. ed il monitoraggio delle OO.PP.

03 ottobre 2017 Lamezia Terme, 24 ottobre 2017 Potenza, 07 novembre 2017 Olbia, 30 novembre 2017 Genova, 12 dicembre 2017 Torino.

Corso pratico sull'utilizzo della Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche

26 ottobre 2017 Milano, 16 novembre 2017 Trieste.

CORSI ONLINE AREA APPALTI

La riforma del codice degli appalti dalla A alla Z: le principali novità dopo il Correttivo 2017

03 ottobre 2017, 10 ottobre 2017.

Appalti sotto soglia e affidamenti diretti di forniture e servizi dopo il Correttivo 2017: come redigere correttamente gli atti di gara

06 novembre 2017, 15 novembre 2017.

Strumenti di acquisizione Consip ed il nuovo MePA, alla luce dei nuovi bandi pubblicati validi a partire da 28 agosto 2017

Formazione a distanza - X edizione

10 novembre 2017, 17 novembre 2017, 24 novembre 2017.

AMMINISTRAZIONE

Il diritto di accesso dopo la Riforma Madia e tecniche di redazione del regolamento per l'Accesso Civico:

istruzioni per l'uso

05 ottobre 2017 Bologna, 31 ottobre 2017 Trieste, 16 novembre 2017 Genova, 23 novembre 2017 Catania.

Privacy e nuovo Regolamento 2016/679.

Cosa cambia e come organizzarsi

09 novembre 2017 Torino, 21 novembre 2017 Roma, 12 dicembre 2017 Milano.

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

L'Anticorruzione dopo la Legge Madia

29 settembre 2017, 06 ottobre 2017, 16 ottobre 2017.

PERSONALE

La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico alla luce della normativa anticorruzione e dei decreti attuativi della Riforma Madia

24 ottobre 2017 Bari, 28 novembre 2017 Trieste.

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!