

Rivista mensile - Anno VII, Numero 7

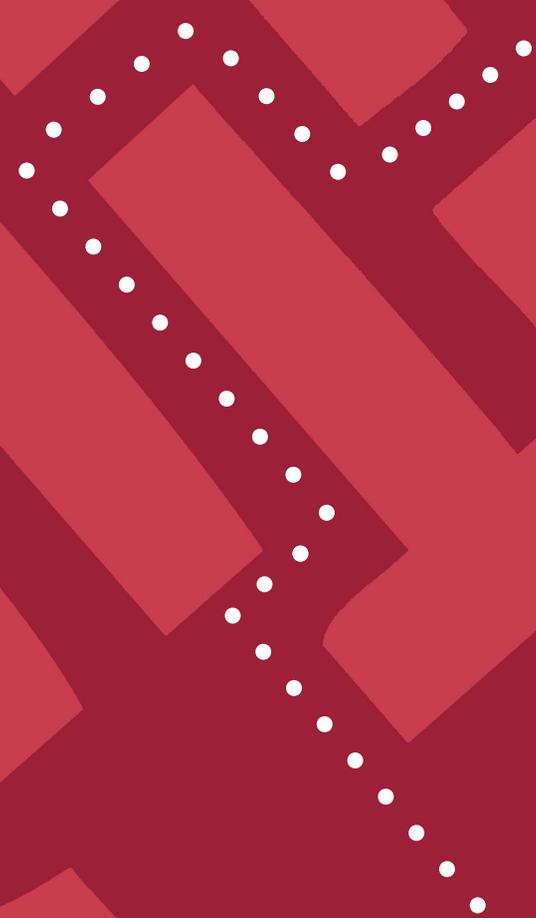
ottobre
2017

MEDIA APPALTI

L'ANAC aggiorna le Linee guida sugli affidamenti sotto soglia alle novità del decreto correttivo

È possibile "sostituire" l'ausiliaria nelle gare bandite secondo il Codice dei Contratti del 2006? Il No della CGUE

L'ANAC chiarisce i limiti del ricorso al criterio del prezzo più basso



"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**

**ottobre
2017**

EDI
TO
RIALE

Lo Sport

Era uno stadio in miniatura alla periferia di una grande città. Ci ero andato per seguire gli allenamenti di una squadra di calcio di seconda categoria. Era la prima volta che ci andavo. Era sera. Mentre ero a bordo campo e chiacchieravo con un dirigente cominciai a notare che sulla pista di atletica arrivavano ragazzi e ragazze. Si salutavano. Scambiavano qualche battuta. Correano. Chiesi se facessero parte di una società sportiva. Mi risposero di no. La pista era aperta al pubblico. Chiunque la poteva utilizzare. Meglio di correre per strada. O in parco poco illuminato. O per i viali di campagna. Nessun rischio di essere investiti, di essere inseguiti da cani randagi. E poi, la possibilità di correre su un fondo adatto alla corsa. Quello stadio, ogni sera, diventa qualcosa che va oltre l'impianto sportivo, dove mettere alla prova le proprie doti atletiche. E' un luogo di aggregazione. Un luogo dove imparare i valori dello sport: lealtà, rispetto dell'avversario. Dove prendersi cura della propria salute perché il movimento fa bene al fisico. E' un'alternativa alla noia, alla strada, alle sale da gioco. E' un servizio pubblico.

Non tutte le città, Non tutti i paesi, Non tutti i quartieri, sono dotati della stessa fortuna. E lo sport lo si fa per strada. Tra le auto che sfrecciano di lato e la penombra di una periferia estrema, quasi campagna. Ai comuni che desiderano offrire ai propri cittadini l'opportunità di godersi lo sport guardandolo o praticandolo, fino al 28 ottobre c'è la possibilità di candidarsi al bando "Sport Missione Comune" che mette a disposizione 200milioni di euro con la formula del mutuo agevolato.

L'iniziativa non mira alla cantierizzazione di impianti sportivi straordinari, di opere monumentali per ospitare i grandi eventi. Si pensa, al contrario, a soddisfare il bisogno delle piccole realtà territoriali, di chi pratica sport a livello dilettantistico, delle scuole. "Costruire, ristrutturare, potenziare, modernizzare strutture sportive comunali. Campetti di calcio, tennis, pallacanestro, palestre, piscine. Ma non solo: ippodromi, bocciodromi, piste di pattinaggio, piste ciclabili e palestre scolastiche". Le finalità dell'iniziativa, come si legge nelle prime righe del comunicato stampa diffuso da ANCI e Credito Sportivo sembrano essere dettate dalle parole di Pierre De Coubertin: "Lo sport deve essere patrimonio di tutti gli uomini e di tutte le classi sociali". Lo sport può essere di tutti se ci sono

strutture che possano accogliere tutti coloro che vogliono praticare un'attività sportiva, ovunque lo vogliono fare. Senza discriminazioni tra le grandi e ricche città ed i piccoli centri con risorse ridotte. Ai piccoli Comuni a alle Unioni è rivolto l'avviso pubblico con l'auspicio che possa replicarsi il successo dell'edizione 2016 quando sono stati realizzati 301 progetti in 19 regioni.

Queste opere possono favorire il benessere sociale e psicologico dei centri che riusciranno ad accedere ai finanziamenti. Potrebbero essere il primo campo di allenamento per futuri grandi campioni. Se non venissero realizzate dei talenti dello sport potrebbero essere persi.

Immaginiamo. Progettiamo. Appaltiamo. Edifichiamo. Diamo una possibilità a ragazze e ragazzi di tanti piccoli centri urbani sparsi per tutta l'Italia. Proponiamoci per la progettazione o la ristrutturazione di impianti sportivi adeguati alle loro esigenze. Facciamolo. E' un'occasione da non perdere. Da non rinviare a future possibilità. Potrebbero essercene delle altre, lo si spera, ma potrebbero anche non essercene più e allora al posto degli impianti sportivi avremo solo inutili e odiosi "rimpianti sportivi".

di Enzo de Gennaro

sommario

Editoriale

Lo Sport

4

In evidenza

L'ANAC aggiorna le Linee guida sugli affidamenti sotto soglia alle novità del decreto correttivo

7

Sotto la lente

L'ANAC chiarisce i limiti del ricorso al criterio del prezzo più basso

17

Il Punto

Il tema dei pareri di legittimità e di regolarità tecnica, in particolare con riferimento agli acquisti di beni e servizi. Possibili riflessi tra dirigenza ed organo politico

24

L'affidamento dei servizi legali nel nuovo codice dei contratti

29

È possibile "sostituire" l'ausiliaria nelle gare bandite secondo il Codice dei Contratti del 2006? Il No della CGUE

39

L'analisi dei rischi nel project financing tra nuovo codice, indicazioni dell'ANAC e recente giurisprudenza amministrativa

46

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

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

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

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

L'ANAC aggiorna le Linee guida sugli affidamenti sotto soglia alle novità del decreto correttivo



di Alessandra Verde

1. Considerazioni generali

Come è noto, il 26 ottobre 2016 l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha approvato, con delibera del Consiglio n. 1097, le Linee guida n. 4, aventi ad oggetto "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici".

Con l'adozione di tali Linee guida, l'ANAC ha dato attuazione al disposto dell'art. 36, comma 7, del Codice che stabiliva che, entro novanta giorni dalla sua entrata in vigore, l'Autorità avrebbe dovuto individuare le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure sotto soglia, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.

Le Linee guida n. 4, dal contenuto non vincolante secondo quanto detto dal Consiglio di Stato nel suo parere n. 1903 del 2016¹, hanno tuttavia costituito sin dalla loro adozione un fondamentale strumento di lavoro per tutti gli operatori del settore, se si

considera l'enorme incidenza degli affidamenti sotto soglia comunitaria sul complessivo sistema degli appalti pubblici. Le procedure negoziate ex art. 36, infatti, sono spesso le uniche o quasi ad essere utilizzate da una larga fetta di stazioni appaltanti. Da qui l'importanza strategica di una buona regolazione, anche e soprattutto a livello di *soft law*, considerata la vaghezza e stringatezza delle attuali previsioni legislative sul tema.

L'art. 36 del nuovo Codice ha invero creato non pochi problemi interpretativi al momento della sua entrata in vigore, problemi non completamente risolti dalle Linee guida ANAC. Ma tant'è. Ora, a seguito delle importanti novità che il decreto correttivo del Codice² ha apportato proprio a tale disposizione, si è resa indispensabile una revisione delle Linee guida n. 4. E' così che l'ANAC, l'8 settembre scorso, ha posto in consultazione *on line* l'aggiornamento delle Linee guida sugli affidamenti sotto soglia, chiedendo agli *stakeholders* di esprimere le loro osservazioni entro il 25 settembre. A dire il vero, trattandosi di una revisione di Linee guida già esistenti, l'Autorità, dopo aver



1. Si legge infatti nel citato Parere n. 1903: <<Le linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici "sotto-soglia" possono essere annoverate tra le linee guida dell'ANAC non vincolanti, le quali, come il Consiglio ha già avuto modo di precisare, sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo e perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti (...). Le modalità di adozione osservate dall'ANAC seguono la forma discorsiva. La natura non vincolante delle linee guida giustifica, in questo caso, un minore rigore nell'enucleazione dell'indirizzo impartito all'amministrazione>>.

2. D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

messo in rilievo gli aspetti che sarebbero stati oggetto di modifica e aver evidenziato una serie di questioni problematiche formulando altrettante ipotesi di soluzione, ha chiesto agli *stakeholders* di pronunciarsi esclusivamente sugli aspetti oggetto di modifica e non sulle altre parti delle Linee guida, per così dire, ormai consolidate.

Le questioni problematiche affrontate in

modo particolare dall'ANAC sono essenzialmente due: la prima attiene alle modalità di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario in caso di affidamento diretto, la seconda, invece, all'applicazione pratica del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti³.

Prima di passare all'esame di tali aspetti e delle considerazioni svolte in merito dall'Autorità, appare opportuno fare preliminarmente il punto sulle modifiche apportate dal decreto correttivo all'art. 36 del Codice.

2. Le modifiche apportate dal decreto correttivo del Codice degli appalti all'art. 36 sui contratti sotto soglia

L'art. 36 è stato profondamente modificato in più parti dal decreto correttivo.

In primo luogo, al comma 1 è stato inserito, quale principio fondamentale cui le stazioni appaltanti non possono sottrarsi, il principio di rotazione "degli inviti e degli affidamenti".

Altra novità è la precisazione, al comma 2, lett. a),

Il decreto correttivo del Codice degli appalti ha innovato profondamente l'art. 36 in tema di affidamenti sotto soglia. Da qui la necessità per l'ANAC di adeguare le Linee guida n. 4, adottate su tale materia alla fine del 2016. La bozza di Linee guida revisionate è stata ora posta in consultazione on line.

in tema di affidamento diretto, che quest'ultimo possa avvenire "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici". Tale modifica appare curiosa perché, nella precedente versione, la

norma non poneva come condizione necessaria per l'affidamento diretto la previa consultazione di due o più operatori. Tale previsione era in realtà contenuta soltanto nelle Linee guida, attualmente in via

di revisione. Ciò significa che il legislatore, in sede di decreto correttivo, ha inteso modificare la norma facendo riferimento in realtà ad una previsione di *soft law* - neppure vincolante - che ha voluto, di fatto, cancellare *ad abundantiam* per legge!

Ancora, è stata ampliata la rosa di operatori economici da consultare per gli affidamenti di lavori: più precisamente, per le procedure negoziate di importo inferiore a 150.000 euro, occorre invitare, se esistenti, almeno dieci operatori economici a fronte dei cinque previsti nel testo previgente; per le procedure di importo compreso tra i 150.000 e il milione di euro, sarà necessario consultare almeno quindici operatori economici, sempre ove esistenti. Il decreto correttivo ha inoltre aggiunto un inciso alla lettera d) del comma 2, prevedendo che, per i lavori di importo pari o superiore a un milione di euro, è necessario ricorrere alle procedure ordinarie << fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a)>>, ovvero è possibile utilizzare in questi casi il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, alle condizioni ivi definite⁴.

3. L'ANAC ha infatti applicato pedissequamente il nuovo dettato legislativo nella parte in cui l'art. 36, comma 7, come modificato dal decreto correttivo, dispone che nelle Linee guida dell'Autorità <<sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale>>.

4. Art. 95, comma 4, lett. a) <<(…) per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8>>.

Ancora, è stato modificato in modo sostanziale il comma 3 in tema di affidamenti di lavori per opere di urbanizzazione a scomputo di importi inferiori alla soglia comunitaria, per i quali prima erano ammesse soltanto le procedure ordinarie mentre ora, a seguito della novella legislativa, è possibile altresì l'impiego delle procedure negoziate, dato il nuovo richiamo alle previsioni del comma 2 (che appunto regola l'affidamento diretto e la procedura negoziata con consultazione di un certo numero di operatori economici).

Di rilievo sono anche le modifiche apportate in tema di verifica dei requisiti dei concorrenti.

In primo luogo, il decreto correttivo riformula i commi 5 e 6, eliminando ogni riferimento alla consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81, e riscrivendoli in modo più organico.

E' poi inserito l'innovativo comma 6-*bis* il quale dispone che <<nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata

su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico.

Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario

ai sensi del comma 5>>.

Ultima rilevante novità introdotta dal correttivo è il penultimo periodo del comma 7, che prevede l'aggiornamento delle Linee guida ANAC e la precisazione che le stesse debbano trattare le seguenti tematiche: le specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti; l'attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata e l'effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Come detto, l'odierna revisione delle Linee guida in esame trae

origine proprio da tale disposto normativo.

Come già accennato, da un'attenta analisi delle modifiche sin qui sinteticamente descritte può evincersi facilmente come i due temi essenziali su cui il legislatore ha voluto incidere e che, di conseguenza, hanno attirato maggiormente l'attenzione dell'Autorità in fase di aggiornamento delle Linee guida sono: la semplificazione in tema di verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario, in particolare nella procedura di affidamento diretto, e il principio di rotazione, la cui cogenza è ribadita con forza dal legislatore. Esaminiamo ora distintamente le due tematiche.

3. La semplificazione della verifica del possesso dei requisiti

Occorre preliminarmente dire che, nell'ambito delle procedure negoziate di cui all'art. 36, comma 2, la verifica del possesso dei requisiti risulta essere obbligatoria per il solo aggiudicatario e facoltativa, a discrezione della stazione appaltante, per gli

altri partecipanti.

E sin qui, nessuna novità, posto che tali previsioni esistevano già nella versione dell'art. 36 *ante* correttivo. La novità risiede più che altro nel dettato del comma 7 nella parte in cui dispone che

Il decreto correttivo al Codice degli appalti ha modificato in più parti l'art. 36, dedicato agli affidamenti sotto soglia. Sono state introdotte importanti novità, in particolare, in tema di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in tema di verifica del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario.

nelle Linee guida di ANAC <<sono anche indicate specifiche modalità (...) di attuazione delle verifiche sull'affidatario **scelto senza svolgimento di procedura negoziata**>>.

Su tale aspetto, l'Autorità svolge una interessante riflessione. Si legge infatti nel documento posto in consultazione per gli *stakeholders* che <<il fatto che il legislatore abbia scelto di rinviare ad ANAC la disciplina delle verifiche da condurre sull'aggiudicatario **in caso di affidamento diretto** lascia intendere che lo stesso ritenga opportuna **una regolamentazione difforme rispetto a quella, già semplificata, prevista**

per le procedure negoziate. Si tratta, quindi, di individuare **le modalità per semplificare ulteriormente le verifiche da effettuare per gli acquisti di importo modesto** con la garanzia del rispetto della legalità degli affidamenti>>.

Ciò premesso, l'ANAC invita gli *stakeholders* a volersi pronunciare su una serie di possibili soluzioni semplificatorie alternative tra loro, che l'Autorità stessa formula.

La prima soluzione proposta è quella di confermare, anche per gli affidamenti diretti, la medesima disciplina prevista per le procedure negoziate, verificando quindi il possesso da parte dell'aggiudicatario di tutti i requisiti previsti. Si tratterebbe di una soluzione che non modifica l'attuale assetto, ma che sicuramente sarebbe da preferire se si volesse dare priorità alla preminenza dell'interesse pubblico alla legalità.

Tale soluzione tuttavia non convince, non fosse altro perché vanifica la

previsione legislativa di una espressa, ulteriore semplificazione della procedura di verifica nell'ambito degli affidamenti diretti. Se si adottasse tale soluzione, nulla cambierebbe rispetto allo *status quo* e pertanto non vi sarebbe alcuna ulteriore semplificazione.

La seconda possibilità prospettata dall'ANAC è quella di prevedere la facoltà per la stazione appaltante di non effettuare il controllo dei requisiti di ordine generale e speciale in determinati casi, ad esempio per gli affidamenti di importo inferiore a determinate soglie e/o per gli acquisti sul mercato elettronico. In tale ultimo caso, in particolare, tale soluzione sarebbe assolutamente opportuna se si tiene conto del fatto che i controlli, seppure a campione, sono stati effettuati per l'ammissione e la permanenza nello stesso, come ha previsto il nuovo comma 6-*bis* dell'art. 36.

Tale ipotesi costituirebbe una effettiva semplificazione per le stazioni appaltanti, che spesso si trovano a dover procedere ad affidamenti di minimo importo, i quali tuttavia, a dispetto del loro scarso rilievo finanziario, comportano comunque una mole di adempimenti burocratici non indifferente.

E' anche vero, però, che tale soluzione andrebbe a discapito della tutela dell'interesse pubblico alla legalità e alla verifica di affidabilità dell'operatore economico contraente della PA. Si tratterebbe forse di ponderare attentamente il novero delle fattispecie alle quali applicare tale semplificazione, limitandole esclusivamente agli affidamenti di modico valore e agli acquisti sul MEPA, già soggetti

ad un seppur parziale controllo.

Una terza opzione proposta dall'ANAC, sempre con esclusivo riferimento agli affidamenti di importo inferiore a determinate soglie e/o per gli acquisti sul mercato elettronico, è quella di limitare le verifiche della stazione

Il legislatore ha voluto, con il decreto correttivo, una regolamentazione della verifica dei requisiti del futuro contraente negli affidamenti diretti più semplificata rispetto a quella prevista per le procedure negoziate. L'ANAC ha perciò individuato quattro possibili modalità per semplificare ulteriormente le verifiche da effettuare per gli acquisti di importo modesto, ferma restando la garanzia del rispetto della legalità degli affidamenti.



appaltante al controllo dell'assenza di annotazioni a carico dell'aggiudicatario nel casellario informatico dell'Autorità.

Infine, l'ultima soluzione proposta è quella di prevedere un minor numero di controlli sull'aggiudicatario, ad esempio, solo quelli considerati obbligatori dalla direttiva 2014/24/UE: assenza di condanne penali e di irregolarità fiscali e contributive. In termini pratici, tale ultima soluzione appare invero una "finta" semplificazione in quanto gli operatori del settore ben conoscono i tempi - non certamente rapidi, di regola - necessari affinché le stazioni appaltanti ottengano i riscontri da parte dei competenti Uffici sulla regolarità fiscale e contributiva del concorrente.

Decisamente più efficace è invece la soluzione proposta dall'ANAC in tema di modalità di verifica

dei requisiti dell'affidatario nel caso di esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, non compatibile con i tempi ordinari. L'Autorità propone che la stazione appaltante chieda all'operatore economico selezionato di dichiarare il possesso dei requisiti mediante autocertificazione, da rendersi in conformità al D.P.R. n. 445 del 2000. La stazione appaltante avvierebbe, in tal modo, tempestivamente il controllo dei requisiti oggetto di autocertificazione, dando conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate della sussistenza dei relativi presupposti.

Nel contratto oggetto di affidamento la stazione appaltante avrebbe poi cura di prevedere che non si possa procedere al pagamento, neppure parziale, del corrispettivo previsto in assenza delle verifiche positive sul possesso dei requisiti oggetto di autocertificazione. Occorrerebbe altresì prevedere in contratto che, qualora fosse accertata l'assenza di uno dei requisiti autocertificati, l'amministrazione recederebbe dal contratto, fatto salvo il pagamento dei servizi già eseguiti e il rimborso delle spese sostenute, nei limiti delle utilità conseguite, oltre a procedere

alle segnalazioni alle competenti Autorità. Sicuramente, lo strumento dell'autocertificazione del possesso dei requisiti, unitamente alla possibilità di stipulare il contratto e avviare l'esecuzione delle relative prestazioni prima della conclusione delle verifiche sul possesso dei requisiti, è una effettiva semplificazione, a tutto vantaggio della celerità della procedura. La stazione appaltante dovrà comunque essere virtuosa nell'avviare prontamente le verifiche, posto che non può giungersi al pagamento del corrispettivo fintanto che non si abbia l'esito (positivo) delle stesse.

Anche su tale proposta, l'Autorità ha chiesto agli *stakeholders* di formulare le proprie osservazioni.

4. La problematica del principio di rotazione. La posizione della giurisprudenza sul punto

La seconda questione su cui l'Autorità si sofferma è quella relativa alle modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti, la cui disciplina, ai sensi dell'art. 36, comma 7, del Codice dei contratti pubblici è affidata, appunto, alle Linee guida.

Prima di esaminare nel dettaglio in che modo l'Autorità affronti la problematica e quali soluzioni propone, si ritiene opportuno riassumere per grandi linee che interpretazione ha dato la giurisprudenza in tema di applicazione del principio di rotazione prima che il decreto correttivo intervenisse sul punto.

O c c o r r e premettere che, in merito, la giurisprudenza è stata piuttosto oscillante ed è tuttora divisa.

In principio, in vigenza del vecchio Codice che pur contemplava il principio di rotazione tra

Il nuovo Codice conferisce al principio di rotazione la funzione fondamentale di favorire il rilancio dell'economia attraverso il coinvolgimento nelle procedure negoziate delle microimprese, piccole e medie imprese. Tale funzione si aggiunge a quella, già riconosciuta dalla giurisprudenza, di evitare la creazione di rendite di posizione.

i principi fondamentali cui dovevano essere improntate le procedure di affidamento in economia, a contemperamento della ridotta tutela della pubblicità e della trasparenza, la giurisprudenza, soprattutto del Consiglio di Stato⁵, sosteneva che l'applicazione del principio di rotazione comportasse la facoltà – si badi bene, non l'obbligo – di non invitare ad una nuova procedura l'affidatario uscente, al fine di non favorire la creazione di rendite di posizione e favoritismi. Laddove però l'affidatario ne facesse esplicita richiesta, il mancato invito alla nuova procedura

5. Si veda Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 6906/2011; Cons. Stato sez. III, sentenza n. 4661/2014; TAR Abruzzo – Aquila, sentenza n. 372/2016.

doveva essere adeguatamente motivato.

Più in generale, secondo tale orientamento, sarebbe certamente ammissibile procedere ad affidare appalti sotto soglia ad imprese già aggiudicatari di precedenti procedure in caso di stretta necessità e previa adeguata motivazione. Non solo: l'eventuale mancata applicazione del principio di rotazione non inficerebbe una procedura già espletata, laddove la stessa fosse stata comunque condotta in modo da garantire un confronto concorrenziale trasparente. Con il passar del tempo e, soprattutto, una volta entrato in vigore il nuovo Codice, la giurisprudenza, specialmente di merito, ha assunto posizioni via via più rigorose.

Il nuovo Codice in realtà giustifica e rafforza il principio di rotazione, in quanto non lo enumera quale principio accessorio e complementare rispetto a quello della tutela della concorrenza, ma lo pone sullo stesso piano degli altri principi e gli annette, quale funzione fondamentale, non solo e non tanto quella di evitare la creazione di rendite di posizione, ma anche e soprattutto quella di **favorire il rilancio dell'economia attraverso il coinvolgimento nelle procedure negoziate delle micro, piccole e medie imprese.**

In quest'ottica, il rispetto del principio di rotazione da parte delle stazioni appaltanti appare decisamente più cogente perché, dinanzi a tale finalità superiore (il rilancio dell'ormai asfittica economia italiana), cedono il passo considerazioni pur ragionevoli quali, ad esempio, il fatto che invitare l'affidatario uscente sia comunque opportuno se l'operatore economico in questione abbia già dato prova di essere serio, affidabile e di offrire prezzi competitivi.

I più recenti arresti giurisprudenziali⁶ sulla questione tendono a interpretare l'applicazione del principio di rotazione come un vero e proprio obbligo, che non ammette deroghe se non in casi del tutto eccezionali.

Anche il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Sicilia, ad esempio, si è recentemente pronunciato⁷

sull'applicazione del principio di rotazione esaminando le due contrapposte tesi: quella più restrittiva, per cui il principio comporterebbe l'obbligo per la stazione appaltante di non invitare il precedente affidatario dell'appalto alla nuova procedura senza gara avviata per analoghe commesse, e quella più morbida, secondo la quale il principio di rotazione sarebbe <<un criterio solamente relativo, comunque cedevole rispetto al principio della massima partecipazione>>. In questa seconda chiave di lettura, il principio di rotazione sarebbe posto a tutela dei soggetti pretermessi piuttosto che degli operatori economici invitati alla procedura negoziata. <<La principale ragione invocata a sostegno delle declinazioni più morbide del principio di rotazione - spiega il Consiglio di Giustizia amministrativa - 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>>. Tuttavia, il Collegio osserva che <<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. 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>>.

Particolarmente interessante è anche la posizione assunta poche settimane fa dal Consiglio di Stato⁸, il quale sostiene che <<la regola della rotazione



6. Si veda TAR Lombardia – Brescia, sentenza n. 1325/2015; TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, sentenza n. 419/2016; TAR Lecce, sentenza 1906/2016 e, da ultimo, Cons. Stato sez. VI, n. 4125/2017 e TAR Campania – Salerno, sentenza n. 926/2017.

7. Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione Siciliana, sentenza n. 188 del 12.04.2017.

degli inviti e degli affidamenti (...) amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione>>. Da ciò, la conclusione che il principio di rotazione faccia divieto – salvo motivate eccezioni – di invitare il gestore uscente in occasione del primo affidamento della concessione. In risposta alla questione di costituzionalità sollevata dall'appellante, il Supremo Collegio – sempre nella sentenza citata – afferma inoltre che <<il carattere "asimmetrico" del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti **ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti;** (...) l'art. 36 (del Codice, ndr) contiene una **norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente,** al quale – salvo motivate eccezioni

– si impone soltanto **di "saltare" il primo affidamento**, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti; (...) l'aumento delle *chances* di partecipazione dei *competitors* "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi>>.

A soluzioni ancora più estreme è infine, recentemente, giunto un TAR⁹, sostenendo che il principio di rotazione escluderebbe la possibilità di invitare non solo l'affidatario uscente ma anche

tutti i precedenti aggiudicatari, così da privilegiare gli operatori del settore che non abbiano mai svolto il servizio in questione.

5. Segue: la problematica del principio di rotazione. La posizione dell'ANAC nel documento di consultazione ANAC di aggiornamento delle Linee guida

La descritta *querelle* giurisprudenziale sull'interpretazione – morbida o rigorosa – da dare al principio di rotazione è stata evidentemente presa in seria considerazione dall'ANAC, che ha trattato diffusamente le varie possibili implicazioni negative di una applicazione rigida dello stesso.

Nella bozza di Linee guida revisionate, infatti, l'Autorità riflette sul fatto che escludere dalla possibilità di partecipare ad una procedura negoziata il precedente affidatario <<potrebbe essere controproducente per la stazione appaltante, che potrebbe vedersi privata della possibilità di ricorrere alle prestazioni di un operatore economico che si è comportato in modo corretto ed efficiente>>. In secondo luogo, l'operatore economico

L'ANAC propone soluzioni per affrontare alcune criticità che potrebbero manifestarsi in concreto a seguito dell'applicazione rigorosa del principio di rotazione, sia negli inviti che negli affidamenti, e chiede agli stakeholders di formulare le proprie valutazioni al fine di adeguare le Linee guida, al momento solo in stato di bozza.

aggiudicatario, sapendo di non poter essere riconfermato, potrebbe essere invogliato a tenere un comportamento poco corretto in fase di esecuzione contrattuale.

L'Autorità affronta anche le possibili conseguenze negative di una rigorosa applicazione della rotazione degli inviti. In tal caso, l'esclusione da successivi inviti o dalla possibilità di un affidamento diretto di un soggetto che **non** è stato aggiudicatario di una precedente gara alla quale, tuttavia, ha partecipato, rischierebbe di penalizzare fortemente le imprese. L'ANAC afferma in proposito che <<gli operatori

8. Cons. Stato sez. VI, n. 4125 del 31.08.2017 già citata in nota.

9. TAR Campania – Napoli, sentenza n. 5227/2016.

economici, sapendo di giocare l'unica *chance* (almeno per un certo periodo di tempo) di potersi aggiudicare un contratto con una determinata stazione appaltante, saranno indotti a formulare offerte molto competitive, con il rischio di non poter assicurare in fase di esecuzione contrattuale quanto offerto in sede di gara (offerte anomale)>>. Non solo: la mancata considerazione delle imprese già invitate in precedenza per successivi inviti potrebbe, in presenza di elenchi di operatori non molto lunghi, rendere prevedibile il nominativo degli operatori economici da invitare nelle successive procedure, con rischi per la concorrenza in gara.

Un'altra rilevante questione problematica affrontata dall'ANAC, sempre in tema di rotazione degli inviti, è quella di stabilire come tener conto del valore degli affidamenti nell'attuazione del principio di rotazione.

L'Autorità, correttamente, fa presente che <<i>contratti sotto soglia comunitaria, via via affidati da una determinata stazione appaltante, possono essere di importo molto differente tra loro, passando da contratti di modico valore a contratti che raggiungono il valore limite della soglia. L'operatore economico **che è invitato a partecipare alla procedura per l'affidamento di un contratto di modico valore potrebbe, quindi, vedersi pregiudicata la possibilità di essere invitato a presentare offerta per l'aggiudicazione di un contratto di ben più considerevole importo**, laddove il precedente invito impedisca inviti per le gare successive>>. Da tale considerazione discende la conseguenza che **il riconoscimento di pari opportunità, sotteso al principio di rotazione, dovrebbe presupporre parità di valore della *chance* concessa**.

Al fine di ovviare alle possibili criticità evidenziate, l'Autorità chiede agli *stakeholders* di voler formulare le proprie osservazioni con riferimento ad una rosa di proposte che essa stessa avanza.

La prima potrebbe essere quella di suddividere l'elenco degli operatori economici, oltre che per tipologia di affidamento, anche per fasce di importo, considerando ogni sezione come elenco a sé stante.

In questo caso, si procederebbe ad applicare

il principio di rotazione all'interno di ciascuna sezione (fascia di importo) e si eviterebbe il rischio che un operatore economico, già affidatario di un appalto di modico valore, si veda escluso per ciò solo da una procedura di

Una apprezzabile proposta dell'Autorità è quella di suddividere l'elenco degli operatori economici in sezioni distinte anche per fasce di importo, così da applicare il principio di rotazione all'interno di ciascuna sezione ed evitare il rischio che un operatore economico, già affidatario di un appalto di modico valore, si veda escluso per ciò solo da una procedura sotto soglia ma di valore più cospicuo.

valore più cospicuo, pur se sempre sotto soglia.

Una seconda possibile proposta è quella di adottare il principio di rotazione secondo un principio di casualità, ovvero permettendo di selezionare nuovamente un soggetto già selezionato per un precedente affidamento, eventualmente escludendo il solo affidatario. Tale proposta avrebbe il pregio di eliminare il rischio di *moral hazard* determinato dalla consapevolezza per gli operatori economici di avere un'unica *chance* di ottenere commesse da ciascuna stazione appaltante. Secondo l'Autorità, in presenza di elenchi numerosi o relativi ad affidamenti frequenti da parte della stazione appaltante, non vi dovrebbe essere una alterazione significativa delle probabilità di estrazione dei singoli operatori economici.

Infine, un'ultima esigenza cui dare risposta è quella di stabilire quando consentire il superamento del divieto di selezionare un soggetto già affidatario. Il rischio paventato dall'ANAC è, in tal caso, dato dal fatto che, man mano che si eliminano dall'elenco i soggetti già selezionati, si riduce la numerosità dello stesso rischiando di rendere prevedibile la lista dei selezionati per la successiva procedura.

L'ANAC pone sul tavolo le criticità e le possibili soluzioni e attende un riscontro dagli *stakeholders* al fine di determinare la versione definitiva delle Linee guida che, nella bozza posta in consultazione, nulla ancora dicono, per la verità, per risolvere tali aspetti problematici.

Sicuramente, la proposta di suddividere gli elenchi di operatori anche per fasce di importo è assolutamente condivisibile e oltremodo opportuna, considerato che escludere un operatore già affidatario di un appalto di modico valore da una procedura di valore ben più consistente per una rigida applicazione del principio di rotazione andrebbe invero contro una applicazione ragionevole del principio della parità di trattamento. La seconda proposta, di adottare il principio di rotazione secondo un principio di casualità, pare, per la verità, cozzare contro l'espresso disposto legislativo dell'obbligo di rispettare la rotazione "degli inviti", oltre che degli affidamenti. Una deroga a tale obbligo potrebbe essere ipotizzata in caso di elenchi brevi, di mercati ristretti, in cui la platea di operatori è effettivamente modesta.

Specialmente in tali casi è possibile che la stazione appaltante, per garantire la più ampia partecipazione, abbia proceduto a consultare tutti gli operatori iscritti in elenco. Ciò renderebbe impossibile, per una successiva

procedura, escludere dagli inviti coloro che siano stati già consultati in precedenza perché non rimarrebbe più nessuno da invitare.

La terza questione problematica - effettivamente delicata - da affrontare, vale a dire stabilire quando consentire il superamento del divieto di invitare il vecchio aggiudicatario, andrebbe probabilmente risolta stabilendo un numero di procedure massimo, superato il quale la situazione, per così dire, "si azzerà" e si ricomincia ad invitare i precedenti affidatari; oppure si potrebbe stabilire che, laddove nell'elenco siano rimasti ancora

da consultare per la prima volta un numero di operatori inferiore al minimo stabilito dal Codice, si debba ricominciare ad invitare gli operatori già affidatari, a partire da coloro il cui affidamento sia più risalente nel tempo.

Con riferimento poi alle modalità di selezione degli operatori economici da invitare, l'ANAC ricorda che non è possibile introdurre nuovi requisiti di partecipazione una volta costituito l'elenco, in quanto gli stessi potrebbero risultare discriminatori. La selezione dovrà essere effettuata sulla base di criteri oggettivi, che garantiscano tempi rapidi nella scelta, *par condicio* e indeterminatezza a priori dei soggetti da invitare.

6. Le altre questioni affrontate dall'ANAC nella bozza di Linee guida da revisionare

Un'ulteriore questione che l'ANAC è chiamata a trattare, ai sensi del nuovo comma 7 dell'art. 36, è quella relativa alla modalità di effettuazione

degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. L'Autorità precisa, in merito, che la tematica non pone problemi di scelta tra opzioni alternative, in quanto la materia

è già disciplinata dal Codice; tuttavia, considerata l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali non univoche sulle modalità di individuazione delle ali da tagliare, le nuove Linee guida propongono che la stazione appaltante comunichi nella lettera di invito se l'accantonamento delle ali sia limitato all'operazione di calcolo della media dei ribassi indicati nelle offerte ammesse oppure sia esteso anche al calcolo dello scarto medio aritmetico (soluzione indicata costantemente dall'Autorità), nonché le modalità con cui individuare e trattare eventuali offerte identiche per la determinazione

L'ANAC evidenzia l'esigenza di stabilire quando consentire il superamento del divieto di selezionare un soggetto già affidatario, al fine di evitare il pericolo che, man mano che si eliminano dall'elenco i soggetti già selezionati, si riduca la numerosità dello stesso rischiando di rendere prevedibile la lista dei selezionati per determinate procedure.



delle ali (nuovo punto 5.2.6 della bozza di Linee guida).

Nel documento in consultazione sono state poi aggiunte le ulteriori modifiche imposte dal correttivo, tra cui quella relativa al calcolo del valore degli affidamenti, in particolare per quelli relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo. E' stato infatti introdotto un intero paragrafo, il 2, intitolato <<Il valore stimato dell'appalto>>, nel quale si precisa che <<per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire>>.

Ancora, il fatto che nell'art. 36, comma 2, lett. a) sia stata prevista espressamente la non necessità della previa consultazione di due o più operatori ha comportato l'adeguamento del paragrafo 4.3.3 delle Linee guida, che adesso sarebbe così riformulato:

<<L'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento può essere soddisfatto, ad esempio, **mediante un confronto con la spesa per precedenti affidamenti o con il corrispettivo riconosciuto da altre amministrazioni per affidamenti analoghi** o, se ritenuto opportuno, mediante il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici, il quale rappresenta una *best practice* anche alla luce del principio di concorrenza>>.

Le nuove Linee guida includono poi espressamente alcuni principi fondamentali cui le stazioni appaltanti devono informare le proprie procedure d'appalto, prima non richiamati, quali il criterio di sostenibilità energetica e ambientale e il principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi.

Il documento posto in consultazione, infine, adegua, come è naturale, alle novità del correttivo il numero degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate: dieci operatori anziché cinque per i lavori sotto i 150.000 euro e quindici anziché dieci per i lavori sotto il milione di euro.

L'ANAC chiarisce i limiti del ricorso al criterio del prezzo più basso

di Francesca Scura

SOTTO
LA
LENTE

Premesse

La scelta dei criteri di aggiudicazione non è materia rimessa alla esclusiva discrezionalità della stazione appaltante ma, come noto, soggetta a precisi vincoli posti dal legislatore.

Il rapporto tra i due tipici criteri di aggiudicazione (il minor prezzo e l'offerta economicamente più vantaggiosa), alla luce dell'evolversi del quadro normativo, è stato variamente approfondito dalla giurisprudenza e dalla prassi.

In particolare suscita interesse il recente intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che, con il parere del 23/6/2017 prot. 84346, ha chiarito, in risposta alla richiesta di parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l'ambito applicativo del criterio del prezzo più basso di cui all'articolo 95, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 («Codice»), nel nuovo testo risultante dalle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 56/2017 («Decreto Correttivo»). Il quesito riguardava la legittimità del ricorso al criterio del prezzo più basso anche in caso di procedure negoziate.

1. L'articolo 95 del Codice

Il Codice disciplina, all'articolo 95, i criteri di aggiudicazione degli appalti, precisando in via generale che gli stessi devono essere tali da non conferire alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta e da garantire la possibilità di una concorrenza effettiva tra i partecipanti alla procedura.

In primis è previsto e disciplinato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quale criterio cui *di regola* le stazioni appaltanti devono fare riferimento nella aggiudicazione degli appalti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento. Secondo tale criterio, l'offerta viene individuata in base al rapporto qualità/prezzo ovvero all'elemento prezzo o al costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita¹.

L'idea sottostante al nuovo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è che la pubblica amministrazione quando acquista lavori, servizi o forniture per soddisfare direttamente proprie esigenze o per offrire determinati servizi all'utenza non deve badare esclusivamente a un risparmio sui costi ma deve anche considerare la qualità di ciò che viene acquistato. In sostanza, si crea di

1. I costi del ciclo di vita sono definiti all'articolo 96 del Codice.

regola un *trade-off* tra costo e qualità e la gara è considerata come il modo più idoneo per garantire il miglior bilanciamento tra queste due esigenze².

Il legislatore enuclea quindi, al terzo comma, i casi in cui è fatto divieto di ricorrere al criterio del prezzo più basso, chiarendo che devono essere aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa le seguenti tipologie di contratti:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera (articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a);

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro.

Il ricorso al criterio del prezzo più basso è, invece, consentito, ai sensi del comma 4 dell'articolo 95, secondo la discrezionale e motivata scelta della stazione appaltante, nei seguenti casi:

a) per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo, fermo restando quanto previsto per i contratti «sottosoglia» (articolo 36, comma 2, lettera d³); con la precisazione che, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure in tema di anomalia dell'offerta previste all'articolo 97, commi 2 e 8;

b) per i servizi e le forniture con «caratteristiche standardizzate» o le cui condizioni sono definite dal mercato;

c) per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 del Codice («Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti») solo se caratterizzati da «elevata ripetitività», fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Queste due ultime fattispecie sono state meglio dettagliate dall'ANAC nelle Linee Guida n. 2, ove si precisa che:

- per servizi e forniture «con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato» devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali;

- per servizi e le forniture caratterizzati da «elevata ripetitività» devono intendersi quei servizi che soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltate, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.

La fattispecie di cui alla lett. a (lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando



2. Sul punto si vedano le Linee Guida ANAC n. 2, di cui alla Determinazione 1005 del 21/09/2016, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa".

3. L'articolo 36, comma 2, disciplina le procedure di scelta del contraente per i lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, distinte per tipologie e soglie di importo, prevedendo, in particolare:

- alla lettera b) che per i lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 di euro, si possa procedere mediante procedura negoziata con consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (...);

- alla lettera c) che per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, si possa procedere mediante procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti;

- alla lettera d), che per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro si proceda mediante ricorso alle procedure ordinarie, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a).

l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie), come modificata dal decreto Correttivo, invece, è rimasta di dubbia applicazione fino all'intervento dell'ANAC qui in esame.

2. Il rapporto tra i due criteri di aggiudicazione

Una delle principali novità apportate dal Codice è da individuarsi nel rapporto quasi «gerarchico» instaurato fra i due tipici criteri di aggiudicazione (l'offerta economicamente più vantaggiosa e il minor prezzo, in favore della prima).

Se nell'articolo 83 del vecchio codice (D.Lgs. n. 163/2006), infatti, tali criteri erano posti su una posizione di parità spettando unicamente all'Amministrazione, nella propria discrezionalità, optare per l'uno per l'altro, l'articolo 95 del nuovo Codice sembra aver posto l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio «principale» e il massimo ribasso come criterio «residuale», utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi e comunque previa specifica ed adeguata motivazione. Questo dopo avere affermato, in relazione ad entrambi, che i «criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta» e che «Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte».

Come subito rilevato in giurisprudenza, inoltre,

«L'articolo 95 del nuovo Codice ha imposto l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio «principale» e il massimo ribasso come criterio del tutto «residuale» utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi»

nell'ambito dell'articolo 95, il rapporto esistente tra il comma 3 (che, come detto, disciplina i casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo) è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatterebbe, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione (Consiglio di Stato, sez. III, 02.05.2017 n. 2014)⁴.

La più recente giurisprudenza amministrativa ha, anzi, ravvisato nello specifico obbligo motivazionale introdotto dall'articolo 95, al comma 5, del Codice (*«Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta»*) un segno chiaro della sindacabilità da parte del giudice amministrativo di una eventuale scelta del criterio del prezzo più basso, che quindi verrebbe a limitare fortemente la discrezionalità sino ad oggi vantata dalle stazioni appaltanti al riguardo (Consiglio di Stato, sez. III, 02.05.2017 n. 2014; TAR Lazio - Roma, 13.12.2016 n. 12439).

3. Il criterio del prezzo più basso

Posto il favor verso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come esplicitato dalla stessa ANAC (Linee Guida n. 2 cit.), la principale ragione sottesa al ricorso al criterio del minor prezzo sembra risiedere proprio nel

4. La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi «ad alta intensità di manodopera» precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire «esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta».

consentire alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto).

Ciò si verifica quando le condizioni di offerta sono tali da imporre, di fatto, l'acquisto di beni o servizi con condizioni note alla stazione appaltante già in

fase di predisposizione del bando o quando, per gli affidamenti di importo limitato, i vantaggi attesi, in termini di qualità, sono ridotti, in quanto la stazione appaltante predispone il progetto esecutivo per i lavori (e non necessita di un rilancio competitivo su aspetti e caratteristiche che vengono compiutamente definiti *ex ante* nel progetto posto a base di gara) o la stessa ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi.

In questo senso la più recente giurisprudenza ha ritenuto utilizzabile il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in particolare, quando le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già ben definite dalla stazione appaltante nel capitolato d'onori, in cui sono previste tutte le caratteristiche e condizioni della prestazione pertanto il concorrente deve solo offrire un prezzo (TAR Roma, 07.08.2017 n. 9249).

Un limite al ricorso a tale criterio è senza dubbio l'obbligo motivazionale connesso al ricorso al prezzo più basso: ai sensi del comma 5 dell'articolo 95, infatti, *"Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta."*

La *ratio* della necessaria motivazione è individuato dall'ANAC proprio nel carattere derogatorio del criterio del prezzo più basso (Linee Guida ANAC

n. 2/2016 cit). Poiché si tratterebbe di una vera e propria deroga al principio generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, difatti, le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione utilizzando il criterio del minor

prezzo devono dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta (si pensi all'utilizzo di criteri di efficacia nel caso di approccio

costo/efficacia anche con riferimento al costo del ciclo di vita).

Nella motivazione, le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono, a detta dell'ANAC, dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall'insieme delle imprese presenti sul mercato.

Al contempo, tale obbligo motivazionale appare ridimensionato nella giurisprudenza, che sottolinea come la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso rimanga 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 laddove si rientri nelle ipotesi tipiche in cui la legge consente il ricorso a tale criterio, e quindi si rientri nel perimetro del comma 4 lett. b e c ad esempio (TAR Napoli, 15.05.2017 n. 2601; Consiglio di 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). Si è, in quest'ottica, evidenziato come, ad esempio, la motivazione della scelta del criterio di aggiudicazione del

«Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione in base al criterio del prezzo più basso ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per la selezione della migliore offerta»



prezzo più basso nel caso di contratti di fornitura risiederebbe *in re ipsa* nella tipologia di prodotti previsti in fornitura: ed invero tutti i farmaci sono "prodotti tipizzati e standard rispetto ai quali non appare ipotizzabile che gli acquirenti possano fornire 'specifiche tecniche' per la loro realizzazione (TAR Lazio, Roma, sez. III quater, n. 10391/2015 e ribadito da Consiglio di Stato, sez. III, n. 1306/2016).

4. I dubbi interpretativi

Il Decreto Correttivo (D.Lgs. n. 56 del 2017⁵) ha riformulato l'articolo 95, comma 4, lettera a), del Codice. Tale modifica ha avuto l'effetto di ampliare l'importo entro e al di sotto del quale è ammesso il ricorso al criterio del prezzo più basso: la norma infatti ora recita: «a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8;»

Il Correttivo ha quindi innalzato, per i lavori, da 1.000.000 a 2.000.000 di euro la soglia sotto la quale è possibile aggiudicare con il criterio del minor prezzo, ponendo tuttavia come condizione

che l'affidamento dei lavori avvenga "con procedura ordinaria" e sulla base del progetto esecutivo.

Il riferimento all'utilizzo delle procedure ordinarie, in un caso con l'inciso iniziale che fa salvo il ricorso alle procedure ordinarie per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro («fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d)») ha ingenerato il dubbio circa la possibilità del ricorso al criterio del minor prezzo nella procedura negoziata da 150.000 mila euro e fino al milione di euro, prevista dall'articolo 36, comma 2, lettera b) e c), prospettandosi che tale facoltà potesse, per contro, essere subordinata al ricorso alle procedure ordinarie.

Prima del parere ANAC dello scorso giugno, nel silenzio delle Linee guida della Autorità n. 2/2016, si erano fatti strada due opposti orientamenti:

- secondo un primo orientamento dottrinale, il criterio dell'offerta di prezzo più basso era indissolubilmente legato alle procedure ordinarie, escludendolo in caso di ricorso alle procedure negoziate (che per definizione non sono "ordinarie") a prescindere dall'importo.

- secondo altro orientamento, la norma poteva ben essere interpretata nel senso che segue: «a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), [fermo restando l'obbligo di procedure ordinarie per lavori di importo pari o superiore a

5. V. DECRETO LEGISLATIVO 19 aprile 2017, n. 56 «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» (G.U. n. 103 del 05 maggio 2017), art. 60 «Modifiche all'articolo 95 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»:

«1. All'articolo 95 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 3:

1) alla lettera a), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: ", fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)";

2) alla lettera b), le parole: "superiore a 40.000 euro" sono sostituite dalle seguenti: "pari o superiore a 40.000 euro";

b) al comma 4:

1) la lettera a) è sostituita dalla seguente: "a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8;";

2) alla lettera c), le parole: "di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35," sono sostituite dalle seguenti: "di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se";».

1.000.000 di euro e quindi, a contrariis, ferma restando la possibilità di procedure negoziate per lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro] per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie [obbligatoriamente se di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro, facoltativamente se di importo inferiore a 1.000.000 di euro, come previsto dal citato articolo 36], sulla base del progetto esecutivo;».

In altri termini, con le modifiche introdotte nell'articolo 95, comma 4, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso potrebbe essere utilizzato per lavori sino a 2.000.000 di euro con la precisazione che per importi a partire da 1.000.000 di euro devono essere utilizzate le procedure ordinarie senza alcuna possibilità di ricorrere alla procedura negoziata.

A tale ultimo orientamento si ricollega il Ministero dei Trasporti che, nella propria richiesta di parere all'ANAC, osserva come il rinvio reciproco operato dall'articolo 95, comma 4 e dall'articolo 36, comma 2, lettera d) del Codice serva a ribadire che sopra il milione di euro si applicano le procedure di scelta del contraente di cui agli articoli 59 e seguenti, in quanto la ratio della modifica legislativa nel senso di innalzare la soglia fino a 2.000.000 euro è da ricondursi soltanto alla volontà di derogare all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in favore dell'utilizzo del criterio del minor prezzo, per gli affidamenti ricompresi tra un 1.000.000 e 2.000.000 di euro.

Una prova di quanto detto sarebbe da ravvisarsi proprio nell'articolo 36, comma 7, così riformulato dal Decreto Correttivo: «7. L'ANAC con proprie

linee guida ... stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo ... Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9.».

«Il Correttivo ha innalzato, per i lavori, da 1.000.000 a 2.000.000 di euro la soglia sotto la quale è possibile aggiudicare i contratti pubblici in base al criterio del minor prezzo, ponendo tuttavia come condizione che l'affidamento dei lavori avvenga con procedura ordinaria e sulla base del progetto esecutivo. Di qui il dubbio circa la possibilità del ricorso al criterio del minor prezzo nella procedura negoziata prevista dall'articolo 36, comma 2, lettera b) e c).»

Il riferimento «all'effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale» infatti non potrebbe che essere riferito alle procedure negoziate previste dal medesimo articolo 36 per gli

affidamenti di importo sino a 1.000.000 di euro.

Alla luce di tale ragionamento, il Ministero conclude la propria richiesta di parere rivolta all'ANAC sostenendo che l'articolo 95, comma 4 lettera a), debba essere interpretato nel senso che:

- per i lavori da 40.000 fino a un milione di euro possa applicarsi la procedura negoziata di cui all'articolo 36, comma 2, lettera b) e c) con applicazione del criterio del massimo ribasso e facoltà di esclusione automatica delle offerte, fermo restando l'obbligo di gara sulla base del progetto esecutivo;

- per i lavori da 1.000.000 a 2.000.000 di euro devono applicarsi le procedure, qualora ne ricorrano i presupposti, degli articoli 59 e seguenti, con applicazione del criterio del minor prezzo e facoltà di esclusione automatica delle offerte, fermo restando l'obbligo di gara sulla base del progetto esecutivo.

5. Il chiarimento dell'ANAC

Rispondendo alla richiesta di parere avanzata dal Ministero dei Trasporti, l'ANAC aderisce totalmente alla interpretazione ivi proposta riguardante l'interpretazione dell'articolo 95, comma 4, lett. a) del Codice, ritenendola l'unica rispondente a criteri di ragionevolezza.

Come detto, la nota interpretativa del Ministero, «conservativa», limitava l'impatto della modifica apportata dal «Correttivo» all'innalzamento della soglia per l'utilizzo del criterio del minor prezzo, escludendo qualsiasi ricaduta sulle procedure di scelta del contraente che rimangono, per i contratti «sotto soglia», quelle previste dall'articolo 36.

Deve quindi, secondo l'Autorità, ritenersi possibile l'utilizzo del criterio del minor prezzo anche nelle procedure negoziate da 150.000 mila euro e fino a 1 milione di euro, previste dall'articolo 36, comma 2, lettere b) e c).

Tale interpretazione sarebbe avvalorata – anche a parere dell'ANAC - dalle modifiche apportate dal D.lgs. n. 56/2017 al secondo periodo del comma 7 dell'articolo 36, laddove il riferimento «*all'effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale*»

non può che essere riferito alle *procedure negoziate* previste dal medesimo articolo 36 per gli affidamenti di importo sino ad 1.000.000 di euro.

Si attende dunque un aggiornamento delle Linee Guida n. 2/2016 che tenga conto del mutato assetto normativo e degli orientamenti interpretativi dell'ANAC, mentre restano attuali le raccomandazioni dell'Autorità ivi contenute. In particolare l'Autorità, nelle predette Linee Guida, raccomanda alle stazioni appaltanti:

- a) in fase di programmazione, di definire le caratteristiche dell'affidamento che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni per le quali il Codice e le presenti linee guida prescrivono o consentono l'utilizzo di un particolare criterio di aggiudicazione;
- b) in fase di progettazione, di avviare la definizione dei criteri di valutazione e dei relativi punteggi;
- c) in sede di adozione della determina a contrarre e di elaborazione della documentazione di gara, di procedere alla compiuta definizione degli ulteriori elementi.

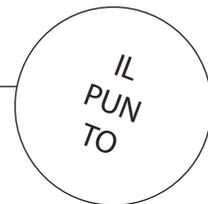
Nella fase del disegno della gara la stazione appaltante (qualificata) deve quindi individuare **concretamente** i propri obiettivi attribuire un peso relativo a ciascuno di essi, definire le modalità attraverso cui viene valutato il grado di adeguatezza di ciascuna offerta rispetto al singolo obiettivo, nonché sintetizzare le informazioni relative a ciascuna offerta in un unico valore numerico finale. Nessuna di queste scelte ha un impatto neutro sui risultati della gara.

«Aderendo alla interpretazione del MIT, l'ANAC ritiene possibile l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo anche nelle procedure negoziate da 150.000 euro e fino a 1.000.000 di euro, di cui all'articolo 36, comma 2, lettere b) e c) del Codice»

Il tema dei pareri di legittimità e di regolarità tecnica, in particolare con riferimento agli acquisti di beni e servizi. Possibili riflessi tra dirigenza ed organo politico

(Corte di Cass. SS.UU. Civili sent. n. 1378 del 25/01/06;
Corte di Cass. SS.UU. sent. n. 6820 del 15/03/17).

di Beatrice Corradi



1. Il principio di separazione dell'attività amministrativa

L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza [...], nonché dai principi dell'ordinamento comunitario» (art. 1, comma 1 della legge 241/90).

La discrezionalità amministrativa, connessa all'attività amministrativa della Pubblica Amministrazione, consiste nel margine di scelta che la norma rimette all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle possibili, la soluzione migliore per curare nel caso concreto l'interesse pubblico.

Il potere ampiamente discrezionale esistente al momento dell'inizio del procedimento, può ridursi

dopo l'esaurimento dell'attività istruttoria, in quanto la scelta, originariamente discrezionale, diventa vincolate perché una sola è la decisione possibile tra tutte quelle originariamente consentite dalla legge. Il provvedimento è opinabile e appare irragionevole perché, sempre secondo la valutazione del giudice, non è stata posta la giusta attenzione agli interessi

coinvolti, e dunque la scelta appare irragionevolmente posta.

Il principio di separazione delle responsabilità fra Giunta e Dirigenti, ad esempio, e cioè tra poteri di indirizzo e controllo riservati agli organi elettivi e gestione amministrativa attribuita ai Dirigenti, è affermata dal fatto che la responsabilità dell'organo politico di vertice è configurabile solo in presenza di specifiche situazioni correlate alle attribuzioni proprie di tale organo.

L'eventuale antiggiuridicità delle condotte è causata dalla violazione dei criteri dell'imparzialità e del principio di buona amministrazione. Una clausola palesemente lesiva

degli interessi pubblici, in quanto non sorretta da alcuna concreta utilità, in dispregio dei parametri di legittimità dell'azione amministrativa, sanciti dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990, si può esprimere, infatti, nell'approvare un nuovo modello contrattuale, ad esempio come indicato

nella sentenza della Corte dei conti – Sezione Giurisdizionale per la Regione Campania, n. 321/2017, contenente la scelta di apporre, ad esempio, una clausola contrattuale irrazionale e illogica.

Non trova applicazione, come nel caso di cui alla sentenza della Corte dei Conti n. 321/2017, l'eventuale asserita responsabilità esclusiva dei funzionari preposti, affermata dagli amministratori nella situazione esaminata, considerato il contenuto della citata delibera in virtù del principio di separazione tra attività politica e attività di gestione.

Infatti, l'organo politico avrebbe potuto e dovuto disattendere la proposta, stante la manifesta irrazionalità e inopportunità, nel caso di specie, del regolamento contrattuale foriero di danno erariale. Ciò dimostra che non può, quindi, trovare applicazione l'"esimente politica" ex art. 1, comma 1-ter, della legge 20 del 1994.

La responsabilità dell'organo politico è presente, infatti, quando si sia dinnanzi a violazioni derivanti da carenze di ordine strutturale riconducibili all'esercizio dei poteri di indirizzo o di programmazione, quando l'organo politico sia stato specificamente sollecitato ad intervenire, quando sia stato a conoscenza della situazione anti-giuridica derivante dalle inadempienze dell'apparato competente, e abbia omesso, in ogni caso, di attivarsi, con i suoi autonomi poteri, per porvi rimedio. Infatti è esclusa la responsabilità del segretario comunale, nel caso di specie, nella causazione del danno per cui è causa, in quanto la funzione di "garante della legalità" dell'azione amministrativa che denota tale figura, e che si

estrinseca prevalentemente in pareri di legittimità, non vincola in alcun modo gli organi politici nelle scelte discrezionali agli stessi riservate dall'ordinamento.

2. Analisi di recenti sentenze sul tema delle scelte discrezionali. Il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo, spettanti agli organi di governo, e funzioni di gestione amministrativa, proprie dei dirigenti

Si è in presenza, come afferma la sentenza del Corte dei conti n. 321/2017, di una "decisione del tutto immotivata, superficiale e irragionevole, e pertanto illegittima alla luce dei canoni di legittimità dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 1 della L. 241/1990, qualora una decisione denoti un atteggiamento di assoluta noncuranza e comunque di ingiustificata trascuratezza nell'oculata e corretta gestione della cosa pubblica, che integra l'elemento soggettivo della colpa grave. secondo la quale la scelta di apporre una clausola contrattuale

E' fondamentale il rispetto dei principi di efficienza ed economicità dell'amministrazione che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa (principi trasfusi nell'art. 2 del d.lgs. del 1993 n. 29, 2 del d.lgs. del 2001 n. 165 e 2 della l. 286 del 1999) secondo, quindi, criteri di logicità, razionalità, correttezza, proporzionalità tra costi affrontati ed obbiettivi perseguiti e valorizzazione del potere amministrativo, definendo così i confini del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità.



irrazionale e illogica afferisce al c.d. "merito amministrativo", ex art. 1, comma 1, l. n. 20/94, ritenendo che ricorra nella specie la violazione dell'art. 1 della legge n. 241/90, sulla quale vi sarebbe pieno sindacato da parte del giudice contabile".

Nel caso di specie, l'inserimento di una clausola penale nello schema di contratto con il privato, disposta con le modifiche all'art. 11 apportate con la delibera giunta n. 36/2010, è lesiva degli interessi del Comune e "causa efficiente del danno che ne è derivato", esponendo l'amministrazione

comunale al rischio concreto, come si è in effetti realizzato, di dover corrispondere la somma di danaro pattuita a titolo di penale in caso di inadempimento.

E' fondamentale il rispetto dei principi di efficienza ed economicità dell'amministrazione che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa (principi trasfusi nell'art. 2 del d.lgs. del 1993 n. 29, 2 del d.lgs. del 2001 n. 165 e 2 della l. 286 del 1999) secondo, quindi, criteri di logicità, razionalità, correttezza, proporzionalità tra costi affrontati ed obiettivi perseguiti e valorizzazione del potere amministrativo, definendo i confini del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità. L'addebito posto in essere non riguarda, generalmente, le scelte discrezionali dell'ente ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994, bensì la mancanza di convenienza (ad esempio, la scelta che è fonte di spreco e sperpero di risorse finanziarie pubbliche).

Un'altra sentenza, Corte dei Conti 38/2017, sede giurisdizionale della Toscana, ha ravvisato la responsabilità degli amministratori e dei funzionari nell'ambito del relativo giudizio, in quanto: *"Il comportamento appare particolarmente censurabile... ii soggetti convenuti - amministratore e funzionari - erano stati edotti della soluzione interpretativa adottata - sulla specifica questione - dal magistrato...."*

Il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo, spettanti agli organi di governo, e funzioni di gestione amministrativa, proprie dei dirigenti, introdotto dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione dell'organizzazione

delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), è stato poi «accentuato» dal legislatore, «proprio per porre i dirigenti (general) "in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione"» (sentenza n. 104 del 2007).

Tale rafforzamento si è realizzato, dapprima, con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59)

e, poi, con il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

Con riferimento alla dirigenza amministrativa, la giurisprudenza costituzionale ha affermato più volte che una «netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie» (sentenza n. 161 del

2008) costituisce una condizione «necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa» (sentenza n. 304 del 2010; nello stesso senso, sentenze n. 390 del 2008, n. 104 e n. 103 del 2007).

Al principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. si accompagna, come «natural[e] corollari[o]», la separazione «tra politica e amministrazione, tra l'azione del "governo" – che, nelle democrazie

Il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo, spettanti agli organi di governo, e funzioni di gestione amministrativa, proprie dei dirigenti, introdotto dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), è stato poi «accentuato» dal legislatore, «proprio per porre i dirigenti (general) "in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione"» (sentenza n. 104 del 2007).

parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell' "amministrazione" – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento» (sentenza n. 453 del 1990).

La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa, quindi, costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.

L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore.

A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Qualora il legislatore regionale abbia attribuito, ad esempio, alla Giunta, il potere di decidere il medesimo potere deve tener conto, per espressa previsione legislativa, dell'attività istruttoria svolta dai dirigenti.

La scelta realizzata dal legislatore determina una divisione di competenze tra la Giunta e i dirigenti regionali che non appare irragionevole,

anche in considerazione della talvolta particolare complessità delle materie.

3. Il ruolo della Corte dei Conti. Il principio dell'irragionevolezza

La Corte dei Conti può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico, che, ai sensi dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, devono essere ispirati a criteri di economicità e di efficacia - secondo il canone indicato nell'art. 97 Cost. - che assumono rilevanza sul piano della legittimità, non della mera opportunità, dell'azione amministrativa.

La verifica della legittimità dell'attività amministrativa deve estendersi alle singole articolazioni dell'agire amministrativo e, quindi,

apprezzare se gli strumenti utilizzati dagli amministratori pubblici siano adeguati oppure esorbitanti ed estranei ai fini di interesse pubblico da perseguire con risorse pubbliche, e non potendo, c o m u n q u e , prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti (sentt. nn. 4283 e

12102 del 2013, 831 e 20728 del 2012, 10069 e 12902/2011).

Ne consegue che il criterio di razionalità nella valutazione delle scelte cui si riferisce la giurisprudenza contabile non è strumento limitato all'esame del merito, che conserva la sua rilevanza solo se inserito in un metodo di valutazione che lo individua come summa di sintomi dell'eccesso di potere, ma investe nella sua interezza il percorso logico seguito dall'amministrazione, onde evitare

Accanto a verifiche di natura tecnica circa la compatibilità ambientale, ad esempio di un progetto, che rientrano nell'attività di gestione in senso stretto e che vengono realizzate nell'ambito della fase istruttoria, possono affiancarsi e intrecciarsi complesse valutazioni che – nel bilanciare fra loro una pluralità di interessi pubblici quali la tutela dell'ambiente, il governo del territorio e lo sviluppo economico – assumono indubbiamente un particolare rilievo politico.

la deviazione dell'attività amministrativa dai propri fini istituzionali, che devono essere perseguiti nel quadro complessivo degli equilibri della finanza pubblica cui il giudizio amministrativo-contabile è specificamente orientato.

L'irragionevolezza equivale al vizio della funzione; di contro, l'esigenza di razionalità insita nello svolgimento della funzione

amministrativa corrisponde a correttezza e adeguatezza della funzione; di modo che la ragionevolezza consente di verificare la

completezza dell'istruttoria, la non arbitrarietà e la proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, nonché la logicità e l'adeguatezza della decisione finale allo scopo da raggiungere.

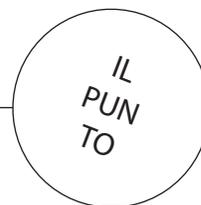
In questo contesto, gli obblighi di servizio diventano obblighi di risultato e il mancato raggiungimento degli obiettivi, laddove comporti un danno per la pubblica amministrazione

e sia imputabile al dolo o alla colpa grave degli operatori, può essere oggetto di valutazione in sede giurisdizionale di responsabilità.

Il criterio di razionalità nella valutazione delle scelte cui si riferisce la giurisprudenza contabile non è strumento limitato all'esame del merito, che conserva la sua rilevanza solo se inserito in un metodo di valutazione che lo individua come summa di sintomi dell'eccesso di potere, ma investe nella sua interezza il percorso logico seguito dall'amministrazione, onde evitare la deviazione dell'attività amministrativa dai propri fini istituzionali.

L'affidamento dei servizi legali nel nuovo codice dei contratti

di Stefano Usai



Premesse

Il codice dei contratti chiarisce il nuovo regime giuridico di aggiudicazione dei servizi legali ponendo fine alle varie teorie e, soprattutto, alla "domestica" distinzione tra incarico di rappresentanza singolo e pluralità di incarichi. Com'è noto, solo i secondi – secondo la giurisprudenza amministrativa e la Corte dei Conti - venivano ricondotti nella nozione di appalti pur esclusi dall'applicazione integrale del codice. Le nuove disposizioni in realtà – come anche già confermato dalla giurisprudenza e dalla stessa prassi della Corte dei Conti – consentono di distinguere tra gli incarichi legali di cui all'articolo 17, comma 1, lett. d) – riconducibili tra gli appalti esclusi che debbono essere aggiudicati secondo procedimenti trasparenti con applicazione dei classici principi di cui all'articolo 4 del codice - e i servizi legali indicati nell'allegato IX **a cui si applicano procedure ad evidenza pubblica**

"alleggerite" stabilite dal codice dei contratti

(art. 140 e segg.). Pertanto, gli incarichi legali rientrano a pieno titolo – sia che si tratti della classica rappresentanza in giudizio, sia che si tratti di incarichi legali di consulenza stragiudiziale – nella nozione di appalto di servizi, soggetti pertanto alla richiesta di CIG ed a tutte le implicazioni. Tra le varie implicazioni, particolare rilievo presenta la questione del criterio di aggiudicazione alla luce, soprattutto, delle rilevanti modifiche apportate all'articolo 95 dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017. L'analisi che segue, verrà condotta anche alla luce delle importanti considerazioni dell'ANAC espresse nel documento – nello schema di linee guida – relativo agli affidamenti dei servizi legali, preludio ad un atto di regolazione di particolare importanza per le stazioni appaltanti che necessitano di più chiare indicazioni guida sui procedimenti di affidamento che possono essere utilizzati.

1. La qualificazione giuridica in termini di appalto dell'incarico legale

Le disposizioni normative del codice che rilevano ai fini della presente analisi (art. 17 e allegato IX, e quindi artt. 140 e segg.), distinguono i servizi legali **in due categorie** - una ricompresa entro l'ambito di applicazione del nuovo codice (allegato IX sebbene con uno speciale regime "alleggerito") e l'altra esclusa (art. 17). Tale distinzione ha ingenerato dei dubbi interpretativi ai RUP circa i confini di tali categorie. Incertezze, ovviamente, che si riflettono con delicate implicazioni sulla procedura da scegliere. In tempi recenti, e si dirà anche più avanti, nel caso di commistione tra tipologie di servizi legali, il RUP è tenuto ad applicare le norme del codice sia pure nel regime alleggerito di cui all'articolo

140 e segg.. In questo senso il Tar Puglia, Lecce, sez. II, sentenza n. 875/2017. Nella sentenza del giudice pugliese si mette chiaramente in evidenza che in tema di servizi legali, il codice distingue tra

appalti esclusi (riconducibili all'articolo 17) il cui affidamento può avvenire con un procedimento amministrativo "libero" purché con l'applicazione dei principi classici dell'evidenza pubblica ai sensi dell'articolo 4 del codice e servizi legali ricompresi tra gli appalti dell'allegato IX, a cui si applicano comunque le norme codicistiche con un procedimento contrattuale "semplificato" ex artt. 140 e ss. In relazione al caso trattato, la stazione appaltante richiedeva prestazioni legali riconducibili tanto alla prima quanto alla seconda categoria. **Non essendo possibile una chiara distinzione tra le prestazioni richieste, necessariamente il RUP non poteva che applicare le norme del codice che assicurassero al contempo oggettività e trasparenza.** A tal riguardo, in sentenza si legge che la scelta della stazione appaltante "non poteva che comportare la necessità della procedura ad evidenza pubblica, quale che fosse l'estensione e il "peso" delle attività stragiudiziali, pena, altrimenti,

la violazione delle norme che ne regolano l'affidamento"; ed in ogni caso la "sottrazione dell'affidamento del contenzioso alle procedure del codice dei contratti non" precludeva comunque **"all'amministrazione di far ricorso ad esse per propria scelta, non risultando rinvenibile un divieto in tal senso"**.

2. Lo schema di linee guida

Con il documento non ancora formalizzato, circa l'affidamento dei servizi legali, l'ANAC, come anticipato, ritiene necessario elaborare un **atto di regolazione ai sensi dell'art. 213, comma 2**, del codice, "finalizzato a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per l'esatta individuazione

delle tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'art. 17 e di quelle rientranti nella categoria di cui all'Allegato IX, e per le modalità di affidamento di tali servizi". È utile precisare che l'operatività

Gli incarichi legali rientrano a pieno titolo – sia che si tratti della classica rappresentanza in giudizio, sia che si tratti di incarichi legali di consulenza stragiudiziale – nella nozione di appalto di servizi, soggetti pertanto alla richiesta di CIG ed a tutte le implicazioni



dell'esclusione è subordinata unicamente alla sussistenza del requisito oggettivo della riconducibilità del servizio a una delle tipologie di servizi legali elencate all'art. 17, comma 1, lett. d), **mentre prescinde dall'eventuale superamento della soglia di rilevanza comunitaria.** Non si pone più, pertanto, la questione della distinzione – come avveniva ante nuovo codice dei contratti - tra il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale e l'attività di assistenza e consulenza giuridica. Il primo caso (conferimento del singolo incarico), rammenta l'ANAC, era sottratto alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006 in quanto qualificato come "contratto d'opera intellettuale" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2012 n. 2730), in quanto "il prestatore d'opera, pur avendo l'obbligo di compiere, dietro corrispettivo, un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, esegue detto

servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione". La seconda ipotesi (attività di assistenza giuridica), invece, era qualificata – in particolare dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato – come appalto di servizi, "in quanto l'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera (autonomia rispetto al committente), si differenzia(va) da quest'ultimo poiché la prestazione" risultava "eseguita con organizzazione di mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, assieme al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale caratterizzata da una specifica organizzazione. Conseguentemente, si riteneva che la scelta fiduciaria del patrocinatore legale fosse esclusivamente soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione (cfr.

La nozione dei servizi legali comunitaria – come si legge nel parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato (reso sullo schema di codice dei contratti) è più ampia di quella nazionale

Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730), mentre l'attività di assistenza e consulenza giuridica dovesse essere affidata nel rispetto degli artt. 20 e 27 del d.lgs. n. 163/2006". La stessa ANAC – allora AVCP –, nella determinazione n. 4/2011 (recante «Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136»), aveva ritenuto che "il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, fosse inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede qualcosa in più, «un *quid pluris* per prestazione o modalità organizzativa» (cfr. anche Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 19/2009/PAR)". Questa distinzione, con il nuovo codice dei contratti, non ha più fondamento e sul punto, proprio l'ANAC, rammenta che "sia l'art. 17 che l'allegato IX del Codice costituiscono pedissequo recepimento dell'art. 10 e dell'allegato

XIV della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 10 e dell'Allegato IV della direttiva 2014/23/UE, dell'art. 21 e dell'allegato XVII della direttiva 2014/25/UE (di analogo tenore). In considerazione del recepimento fedele nell'ordinamento interno delle disposizioni contenute nelle direttive, si ritiene che l'analisi ermeneutica delle disposizioni in esame debba muovere dall'analisi della fonte europea recepita".

3. La nozione europea

La nozione dei servizi legali comunitaria – come si legge nel parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato (reso sullo schema di codice dei contratti) – è più ampia di quella domestica. Infatti, il legislatore europeo ha ricondotto ogni attività professionale legale in favore delle pubbliche amministrazioni nel concetto generale di appalto di servizio legale, non operando alcuna distinzione tra incarico singolo e occasionale, eseguito

dal professionista con lavoro prevalentemente proprio (senza una necessaria organizzazione) e incarico di assistenza e consulenza giuridica eseguita con organizzazione di mezzi e personale. Il legislatore europeo si è semplicemente limitato a distinguere all'interno del concetto generale di "appalto di servizio legale" le attività da escludere dall'ambito oggettivo di applicazione delle direttive, prevedendo, per tutte le altre, l'applicazione del regime giuridico "alleggerito" prescritto per i servizi di cui ai sopra citati Allegati XIV, IV e XVII. Peraltro, giova rilevare che gli appalti "esclusi" dall'ambito oggettivo di applicazione delle direttive comunitarie sono stati comunque oggetto di attenzione da parte della Commissione Europea, che con la Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02 ha fornito indicazioni relativamente al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici». Ciò conferma l'importanza di attribuire alla nozione di "appalto pubblico" una sua autonomia rispetto alla corrispondente nozione

civilistica interna, proprio al fine di definire l'ambito di applicazione degli atti, anche solo interpretativi, emanati a livello comunitario. Ulteriori precisazioni – sulla non necessità di una distinzione tra incarichi "specifici" e pluralità di incarichi legali – provengono dalla Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Lombardia, nel parere 162/2016/PAR, del 30 maggio 2016. In questa si è chiarito che alcuni rapporti negoziali, qualificabili, per il diritto civile, come contratti d'opera o di opera intellettuale, sono stati attratti, in punto di procedure per l'affidamento, alla disciplina

E' chiara la scelta del legislatore di indicare come riconducibili alla nozione di appalto il servizio/i servizi legali ma chiarendo che l'ambito normativo applicabile non è costituito dall'intero corpus normativo del codice.

dettata dal codice D.lgs. 50/2016, che, in esecuzione a specifiche direttive comunitarie, nel delineare l'ambito oggettivo di applicazione, contiene una definizione di "contratto di appalto di servizi" molto più ampia di quella del codice civile, attraendo anche negozi qualificabili come contratti d'opera o di opera intellettuale. Pertanto, "indipendentemente dalla qualificazione civilistica del contratto di affidamento dell'incarico per la prestazione di servizi legali (attribuibile in base alle categorie giuridiche interne: prestazione d'opera intellettuale o appalto di servizi), è possibile ritenere che, ai fini della disciplina dettata dal Codice, l'affidamento di tale incarico deve essere ricondotto alla categoria degli appalti di servizi e, a seconda della tipologia di incarico, lo stesso dovrà essere inquadrato nell'elenco di cui all'art. 17 oppure nella categoria residuale di cui all'Allegato IX. La distinzione è, quindi, basata sulla tipologia di attività svolta".

4. Gli appalti esclusi

L'art. 17, comma 1, lett. d), del Codice dei contratti individua una serie di appalti "esclusi" dall'applicazione integrale del codice e tra questi elenca, alcune tipologie di servizi legali. Pertanto, come si legge nel documento ANAC, è chiara la scelta del legislatore di indicare come riconducibili alla nozione di appalto il servizio/i servizi legali ma

chiarendo che l'ambito normativo applicabile non è costituito dall'intero corpus normativo del codice. Da notare che il decreto legislativo correttivo n. 56/2017, con l'articolo 9, comma 1, amplia la categoria degli appalti esclusi introducendo l'articolo 17-bis (Altri appalti esclusi) con cui si puntualizza che "le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti aventi ad

oggetto l'acquisto di prodotti agricoli e alimentari per un valore non superiore a 10.000 euro annui per ciascuna impresa, da imprese agricole singole o associate situati in comuni classificati

totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448". Gli appalti e le concessioni escluse dall'applicazione integrale del codice di cui all'articolo 17, sono quelli sotto indicati ed in particolare gli appalti:

a) aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni;

b) aventi ad oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici che sono aggiudicati da fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, ovvero gli appalti, anche nei settori speciali, e le concessioni concernenti il tempo di trasmissione o la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici. Ai fini della presente disposizione il termine «materiale associato ai programmi» ha lo stesso significato di «programma»;

c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;

d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni:

1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale;

1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;

2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1) (secondo un inciso inserito dal correttivo), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni;

3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;

4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;

5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;

e) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari ai sensi del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, servizi forniti da banche centrali e operazioni concluse con il Fondo europeo di stabilità finanziaria e il meccanismo europeo di stabilità;

f) concernenti i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita,

all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari;

g) concernenti i contratti di lavoro;

h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza;

i) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana;

l) concernenti servizi connessi a campagne politiche, identificati con i codici CPV 79341400-0, 92111230-3 e 92111240-6, se aggiudicati da un partito politico nel contesto di una campagna elettorale per gli appalti relativi ai settori ordinari e alle concessioni.

5. La rappresentanza legale

Nella fattispecie dei servizi legali contemplate dall'art. 17, comma. 1, lett. d), ai numeri 1 e 2 è richiamata la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato, in una conciliazione o in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali e la consulenza legale fornita in preparazione di uno di tali procedimenti. Mentre la fattispecie di cui al n. 1 riguarda gli incarichi di patrocinio legale che possono essere svolti solo dai soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato nello Stato membro di provenienza. Al riguardo, l'autorità anticorruzione puntualizza che ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», "l'iscrizione ad un albo circondariale è "condizione" per l'esercizio della professione di avvocato e che possono essere iscritti solo coloro che hanno superato l'esame di Stato disciplinato dall'art. 46 della predetta legge o l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato prima della data di entrata in vigore della medesima legge, oltre a specifiche categorie professionali

individuare al richiamato art. 2. Pertanto, per quanto riguarda i soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato in Italia è necessaria altresì l'iscrizione ad un albo circondariale".

6. Le ragioni dell'esclusione

L'esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione delle direttive europee risulta motivata dalla circostanza che i servizi legali (di cui all'articolo 17) "sono prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti (v. Considerando 25 della direttiva 2014/24/UE)". Questo aspetto deve essere collegato con la specificità della funzione difensiva e la primaria rilevanza giuridica dei diritti alla cui tutela essa è preposta. Tenuto conto della *ratio* della norma si è affermato che la disposizione fa

"riferimento sia ai singoli incarichi di patrocinio legale, occasionali ed episodici, in quanto affidati in vista di un già individuato procedimento giurisdizionale, d'arbitrato o di conciliazione, sia alle fattispecie in cui l'affidamento dell'incarico di patrocinio legale richiede una

specifica organizzazione, risultando continuativo, predeterminato nella durata e più complesso rispetto alla singola difesa giudiziale". Sono riconducibili all'ambito in parola anche quelle specifiche consulenze legali "fornite in preparazione degli stessi o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni". Si tratterebbe, in definitiva, dei servizi di assistenza e consulenza legale propedeutici ad un'attività di difesa in un

procedimento di arbitrato, di conciliazione o giurisdizionale, anche solo eventuale, prestati - come nella fattispecie di cui al n. 1 - da cittadini abilitati all'esercizio della professione di avvocato. La questione che si pone riguardo a queste consulenze è se debbano o meno essere ricomprese nel piano delle consulenze quale parte "sostanziale" del DUP (documento unico di programmazione che sintetizza - nella contabilità armonizzata - i vari allegati del bilancio) che gli enti locali devono adottare quale atto propedeutico all'approvazione del bilancio o se, invece, si trattandosi di appalti di servizi, pur esclusi, debbano rientrare - se di importo pari o superiore ai 40.000 euro - programma biennale degli acquisti di beni e servizi con appendice annuale, come imposto - dall'esercizio finanziario 2018 - dall'art. 21 del codice. Alla luce delle specifiche introdotte nel documento dell'ANAC e dello stesso codice, chiarito l'ambito di riferimento della consulenza da richiedersi

come momento prodromico ad un contenzioso "quasi" sicuro, si ritiene che tale previsione sostanzialmente un appalto di servizio vero e proprio che non necessita di essere inserito nel piano delle consulenze ma nel programma degli acquisti (se raggiunge l'importo predetto). E' altresì vero, come sottolinea

l'autorità anticorruzione che la norma non chiarisce quando una consulenza legale debba considerarsi "in preparazione" di uno specifico procedimento, né in cosa debba consistere l'indizio concreto che lasci presagire che la questione in oggetto possa divenire oggetto del procedimento.

7. La configurazione della "consulenza" legale

Si può ritenere che la consulenza legale ricorra, a titolo esemplificativo, quando "l'amministrazione

Sono riconducibili all'ambito degli appalti di servizi anche quelle specifiche consulenze legali "fornite in preparazione degli stessi o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni"

abbia necessità di un parere legale preventivo volto ad acquisire gli elementi necessari per valutare la possibilità di tutela di una propria posizione giuridica soggettiva attraverso la promozione di uno dei procedimenti” di cui al punto 1 dell’articolo 17 “o per valutare l’eventuale fondatezza di una pretesa da altri vantata nei propri confronti e le possibili strategie difensive, ivi compresa l’opportunità di addivenire ad una conciliazione”. E si afferma, inoltre, che vi sia un “indizio concreto” e una “probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento”, ad esempio, nel caso in cui l’amministrazione abbia ricevuto un atto di diffida o messa in mora, o quando sia stata già convenuta in uno dei predetti procedimenti, o quando la medesima fattispecie e/o fattispecie analoghe siano state già oggetto di uno dei predetti procedimenti. Diverso, evidentemente, è il caso di acquisizione pareri in relazione a certe questioni pratiche (il caso del parere *pro-veritate*) svincolato o comunque non affatto prodromico rispetto ad un sicuro contenzioso.

E’ chiaro che questo deve essere previsto nel piano delle consulenze. Anche in relazione alle consulenze giuridiche l’ANAC ritiene che, per quanto riguarda i soggetti abilitati all’esercizio della professione di

avvocato in Italia, gli stessi devono essere iscritti ad un albo circondariale. Ciò è “in linea anche con la previsione contenuta nell’art. 2, comma 6, della citata L. n. 247/2012, laddove stabilisce che «l’attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all’attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati»”.

8. Il procedimento di affidamento

L’articolo 4 del codice dei contratti precisa – sulla falsariga di quanto disponeva il pregresso articolo

27 del decreto legislativo 163/2006, in realtà maggiormente articolato -, che l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi – riferimento aggiunto con l’articolo 5 del decreto legislativo correttivo n. 56/2017 -, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi:

- a) di economicità,
- b) di efficacia,
- c) di imparzialità,
- d) di parità di trattamento,
- e) di trasparenza,
- f) di proporzionalità, di pubblicità,
- g) di tutela dell’ambiente ed efficienza energetica.

Rispetto all’articolo 27 del decreto legislativo 163/2006, l’articolo 4, pertanto, prevede il principio (per quanto concerne quelli applicabili alla fattispecie in esame) di pubblicità mentre non impone più la consultazione di almeno 5 operatori economici prima dell’affidamento. La modifica è tutt’altro che irrilevante e si inserisce nell’ambito del processo di semplificazione anche alla luce della nuova norma – art. 36, comma 2, lett. a) – che ammette effettivamente

Rispetto all’articolo 27 del decreto legislativo 163/2006, l’articolo 4 del nuovo codice, pertanto, prevede il principio (per quanto concerne quelli applicabili alla fattispecie in esame) di pubblicità mentre non impone più la consultazione di almeno 5 operatori economici prima dell’affidamento

un procedimento, anche solo di negoziazione, direttamente espletato nei confronti di un unico soggetto. Non può sfuggire che nel caso dei servizi legali, l’affidamento diretto si tradurrebbe nientemeno che in un incarico fiduciario che la norma (e lo stesso atto di regolazione – non ancora ufficiale – dell’ANAC) non consente. I principi informativi del procedimento di affidamento dei contratti esclusi vengono chiaramente nel documento dell’ANAC. In questo senso si chiarisce che il principio di economicità, impone al dirigente responsabile del servizio ed al RUP, un uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell’esecuzione del contratto. In considerazione della natura dei servizi in questione

e dell'importanza della qualità delle relative prestazioni, naturalmente il risparmio di spesa non dovrebbe essere il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione. E' altresì evidente, però, il richiamo all'economicità implica la necessità di tener conto dell'entità della spesa. Secondo l'ANAC, a mero titolo esemplificativo nella motivazione sull'affidamento dell'incarico - e quindi nella determinazione con cui si assume l'impegno di spesa (e si aggiudica il servizio) -, è possibile giustificare il compenso pattuito sulla base di un confronto con la spesa per precedenti affidamenti, con riferimento agli oneri sostenuti da altre amministrazioni per incarichi analoghi ovvero con i parametri fissati nel decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, che contiene il "Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247; oppure - ma questa è una riflessione espressa ante decreto correttivo e comunque rimane valida indicazione al RUP - si può avviare una valutazione comparativa di due o più preventivi. In quest'ultimo caso, sempre secondo l'autorità anticorruzione, trattandosi di servizi esclusi dall'ambito di applicazione del codice, è il RUP che potrà stabilire "discrezionalmente il numero di preventivi da confrontare, più confacente alle proprie esigenze, tenendo conto anche del valore economico dell'affidamento".

Il principio della parità di trattamento richiede che gli operatori economici vengano considerati - dal punto di vista istruttorio/procedimentale - in una situazione di "eguaglianza formale", ossia di reciproca parità rispetto all'opzione amministrativa suggerita dal RUP al proprio dirigente/responsabile del servizio



9. Il principio di efficacia e di imparzialità

Il principio di efficacia richiede una coerenza, giuridica, degli atti posti in essere dalle stazioni appaltate rispetto "al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati". In particolare, con riferimento all'affidamento di servizi legali, il principio in argomento deve essere

concretamente considerato tenendo conto che alcune "prestazioni" del legale si risolvono secondo la distinzione civilistica "in obbligazioni di mezzi e non di risultato". Semplificando, a differenza di un normale prestatore/fornitore, il legale (come il medico) non assicura la "vittoria" (o la guarigione) ma l'obbligo che assume è quello di utilizzare tutti gli strumenti necessari ed indispensabili per tendere a quel risultato. Per il principio di efficacia, nell'affidamento dell'incarico di rappresentanza legale, può assumere rilevanza, nelle valutazioni che il RUP è tenuto ad effettuare "la presenza di un pregresso contenzioso che si è concluso con esito positivo per l'amministrazione medesima".

L'ultima puntualizzazione dell'ANAC, a parere di chi scrive, non sembra cogliere nel segno perché se nell'affidamento dell'incarico il RUP si deve soffermare solo su precedenti "vittoriosi" la conseguenza del riaffido è ovvia. Dal punto di vista pratico, l'analisi dovrebbe in realtà essere condotta per competenza di materia e quindi il "grado" di successi - in giudizio - in relazione alle amministrazioni che hanno conferito incarichi e non solo alla stazione appaltante che sta procedendo. Non a

caso altro principio di cui occorre tener conto è il principio di imparzialità ma è bene annotare che non viene richiamato il principio della rotazione. Il principio di imparzialità esige una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e, quindi, un divieto assoluto di favoritismi e di discriminazione. Sotto il profilo pratico, l'imparzialità impone che l'appalto sia aggiudicato conformemente alle regole procedurali fissate all'inizio e che "la stazione appaltante maturi la sua decisione finale da una posizione di terzietà rispetto a tutti i concorrenti, senza essere indebitamente influenzata nelle sue decisioni da interessi politici di parte o di singole imprese o di singoli individui. Tale principio è posto a garanzia della parità di trattamento degli

operatori economici”.

10. Gli altri principi informatori del procedimento di affidamento

Il principio della parità di trattamento richiede che gli operatori economici vengano considerati – dal punto di vista istruttorio/procedimentale – in una situazione di “eguaglianza formale”, ossia di reciproca parità rispetto all’opzione amministrativa suggerita dal RUP al proprio dirigente/responsabile del servizio. Per realizzare concretamente queste condizioni è necessario che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso “volume di informazioni in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente, che siano adeguati i termini stabiliti per presentare una manifestazione d’interesse o un’offerta, in modo da consentire a tutti di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare un’offerta in maniera consapevole; i criteri di selezione

non devono essere discriminatori e devono essere eliminati gli ostacoli o le restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione”. Il riferimento ai criteri allude – soprattutto in relazione ai servizi legali di cui all’allegato IX (come si dirà più avanti) soggetti in parte a regole codicistiche e non riconducibili alla nozione di appalti esclusi -, alla opzione indicata dall’ANAC che rammenta che il criterio di affidamento – in particolare nel sopra soglia comunitario ma deve ritenersi anche nel sotto soglia – non può più essere quello del minor prezzo. Altro principio di rilievo è quello della trasparenza che costituisce una sorta di corollario del precedente e consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, non solo un adeguato livello di conoscibilità delle procedure di gara, ma anche le ragioni che sono alla base delle scelte compiute dalla stazione appaltante. Aspetti, questi, che consentono il controllo sull’imparzialità della procedura di selezione. L’intensità della motivazione

delle scelte compiute dall’amministrazione, il cui onere risponde innanzitutto ad un principio generale dell’azione amministrativa – in particolare l’articolo 3 della legge 241/90 e succ. modifiche – (oltre che ad istanze di trasparenza degli affidamenti contrattuali della pubblica amministrazione), è volta a garantire che non si effettuino scelte arbitrarie e deve essere proporzionata al valore e all’importanza del contratto. L’obbligo di trasparenza, secondo l’ANAC, “non impedisce inoltre all’amministrazione aggiudicatrice di adottare misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un’offerta a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio, fornendo informazioni adeguate sui meccanismi

di selezione dei candidati che saranno inseriti nell’elenco ristretto”. Il principio di proporzionalità richiede una adeguatezza ed una idoneità dell’azione amministrativa rispetto alle finalità e all’importo dell’affidamento.

Il principio impone,

quindi, di formulare requisiti di partecipazione proporzionati all’oggetto e al valore dell’appalto, nonché di predisporre procedure la cui complessità sia proporzionata alla tipologia di contratto che si intende affidare. In quest’ultima annotazione si esprime il senso della semplificazione nelle procedure del sottosoglia oltre che per gli appalti esclusi (ed i regimi normativi “alleggeriti”). La semplificazione non può che passare attraverso la riduzione di strumenti che debbono essere utilizzati dal RUP per aggiudicare la competizione.

E’ chiaro che se insiste eccessiva libertà di azione su come strutturare la procedura il rischio è quello contrario ovvero di alimentare l’arbitrarietà o l’aspetto fiduciario di un affidamento. In questo caso però il compito di definire confini è del dirigente (responsabile del servizio) – attraverso indicazioni di tipo generale che non vincolino eccessivamente l’azione istruttorie del responsabile del procedimento – o direttamente

Il mancato utilizzo di adeguate forme di pubblicità può essere giustificato – a condizione che ricorrano le condizioni legittimanti di cui all’articolo 63 del codice – in particolari condizioni oggettive o di specifiche contingenze che impongano di procedere velocemente sacrificando la necessaria pubblicità.

della stessa stazione appaltante (magari attraverso il funzionario responsabile dell'anticorruzione). Il principio di pubblicità implica che i soggetti interessati abbiano un agevole accesso, in tempo utile, a tutte le informazioni necessarie relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo da consentire l'eventuale manifestazione di interesse da parte dei professionisti interessati. Mancando specifiche indicazioni, il RUP è chiamato a suggerire/proporre la scelta degli strumenti/mezzi che ritiene adeguati ad assicurare e la pubblicità degli affidamenti ai sensi dell'art. 17 del Codice avuto riguardo, in particolare "all'importanza dell'appalto per il mercato, tenuto conto (...) del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato". La forma di pubblicità, per eccellenza, adeguata è quella dell'avviso pubblico sul sito istituzionale della stazione appaltante, che si caratterizza per l'ampia disponibilità e facilità di utilizzo e per la

convenienza sotto il profilo dei costi. Le indicazioni sulla scelta dello strumento "pubblicitario" possono e devono essere integrate. La stessa circostanza della pubblicazione – per il tipo di appalto – può di per se non essere sufficiente se "anonima", nel senso non direttamente focalizzata sul tipo di appalto. Nulla impedisce, a mero titolo esemplificativo, che oltre alle sezioni dell'albo pretorio, della trasparenza etc, il RUP possa ipotizzare anche la creazione di una peculiare sezione dedicata agli affidamenti in argomento in modo da rendere davvero evidenti gli intenti della stazione appaltante per i vari soggetti interessati. Il mancato utilizzo di adeguate forme di pubblicità può essere giustificato – a condizione che ricorrano le condizioni legittimanti di cui all'articolo 63 del codice – in particolari condizioni oggettive o di specifiche contingenze che impongano di procedere velocemente sacrificando la necessaria pubblicità. Il principio di pubblicità impone, comunque, anche la pubblicazione dell'avviso sui risultati della selezione.

È possibile “sostituire” l’ausiliaria nelle gare bandite secondo il Codice dei Contratti del 2006? Il No della CGUE

di Adriana Presti

IL
PUN
TO

Premesse

La Corte di Giustizia UE, con sentenza del 14 settembre 2017, in causa C-223, ha statuito che l’articolo 47, paragrafo 2, e l’articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l’operatore economico, che partecipa a una gara d’appalto, di sostituire un’impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l’esclusione automatica del suddetto operatore.

1. Il caso e la remissione della questione pregiudiziale

La Quarta sezione del Consiglio di Stato con l’ordinanza 15 aprile 2016, n. 1522, ha domandato, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell’UE, se l’art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 nella parte in cui esclude (o che possa essere interpretato nel senso di escludere) la possibilità, per l’operatore economico, di indicare un’altra impresa in luogo dell’originaria ausiliaria, qualora quest’ultima abbia perso o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, comportandone quindi l’esclusione per un fatto ad esso non riconducibile né oggettivamente né soggettivamente, fosse compatibile con gli artt. 47, secondo alinea, e 48, terzo alinea, della direttiva n. 2004/18/CE, come sostituiti dall’art. 63, della direttiva n. 2014/24/UE.

Nel procedimento principale, la ricorrente - capogruppo di un costituendo RT - impugnava la propria esclusione dovuta alla perdita, nel corso della gara, dell’attestazione SOA da parte dell’impresa ausiliaria (parte dello stesso RTI) di cui la stessa ricorrente si era avvalsa per la partecipazione alla procedura.

Nonostante il fatto che la procedura di gara *ratione temporis* seguisse il regime dettato dal Codice dei contratti del 2006, la ricorrente ha invocato l'applicabilità della disposizione dell'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24, la quale prevede che gli operatori economici possono fare affidamento sulle capacità di altri soggetti «solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste» e che «[l']amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione».

Nel giudizio di primo grado, il TAR Campania, Napoli, Sez. I, 27 marzo 2015, n. 1846 aveva escluso la diretta applicazione del testé richiamato principio **ritenendolo incompatibile con quello di immodificabilità soggettiva dei concorrenti nel corso della gara** (sancito dall'art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 e applicabile, secondo un orientamento giurisprudenziale – su cui cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 gennaio 2013 n. 371; TAR Lombardia, Milano, 29 dicembre 2014, n. 3212 – anche all'impresa ausiliaria).

Secondo il TAR, il consentire detta sostituzione «*vanificherebbero le verifiche svolte dalla commissione giudicatrice sul possesso dei requisiti generali e speciali [... e] si consentirebbe al partecipante di introdurre nell'offerta un elemento modificativo di discontinuità rispetto all'assetto cristallizzato in gara, al di fuori dei casi in cui ciò è espressamente consentito dalla legge*», con la conseguenza che la presentazione «di un impegno e di un contratto di avvalimento nuovi e diversi rispetto a quelli già allegati all'offerta» andrebbe a violare la *par condicio* tra i concorrenti.

2. La normativa di riferimento

Con riferimento alla normativa nazionale rilevante, l'art. 40 del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163, "Qualificazione per eseguire lavori pubblici" dispone, per quanto qui rileva, che:

1. I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati

e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente.

2. Con il regolamento viene disciplinato il sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi. Con detto regolamento possono essere altresì periodicamente revisionate le categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie.

L'art. 49 del medesimo Codice 2006, rubricato "Avvalimento", a sua volta, stabilisce, per quanto qui interessa, che il concorrente in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

A livello comunitario l'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE al secondo alinea, intitolato "Capacità economica e finanziaria" prevede che: "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti".

Mentre il successivo art. 48 successivo, intitolato "Capacità tecniche e professionali", a sua volta, al terzo alinea stabilisce che: "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso,

provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie".

L'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, intitolato "Affidamento sulle capacità di altri soggetti", prevede per quanto qui rileva che:

1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.
2. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.
3. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.
4. L'amministrazione aggiudicatrice verifica i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57.
5. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico **sostituisca un soggetto che non soddisfa un**

pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione. Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.

Come si è anticipato, la ricorrente ha invocato l'applicazione dell'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24, a sé più favorevole, il quale prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa imporre all'operatore economico di sostituire un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione, nonostante l'applicabilità *ratione temporis* del regime dettato dal Codice dei contratti del 2006.

3. I profili di contrasto evidenziati dall'Ordinanza n. 1522/2016

Il Consiglio di Stato, nella propria Ordinanza n. 1522 del 2016 di rimessione della questione pregiudiziale alla CGUE, nel rilevare i "possibili profili di contrasto" tra disciplina nazionale e sovranazionale, ha evidenziato la circostanza che mentre la normativa nazionale italiana, attuativa della direttiva 2004/18/CE, e segnatamente l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, ammette, in attuazione dell'art. 47 secondo alinea e 48 terza alinea della Direttiva 2004/18/CE (ora sostituiti dalla disciplina dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE) che il concorrente possa avvalersi dei requisiti e attestazioni di altra impresa c.d. ausiliaria, non consente espressamente, e a differenza di quanto previsto, sia pure per la fase di esecuzione dall'art. 38 commi 17 e 18 dello stesso d.lgs. n. 163/2006, che in caso di perdita o riduzione dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa ausiliaria

indicata essa possa essere sostituita con altra impresa.

A tal proposito il Collegio, pur non richiamandolo espressamente, sembrerebbe rifarsi all'indirizzo del TAR Campania, Napoli, Sez. III, 11 gennaio 2013, n. 5042, che ha applicato analogicamente l'art. 37, comma 19, d.lgs. n. 163 del 2006 in caso di fallimento dell'ausiliaria intervenuto dopo l'aggiudicazione dell'appalto, secondo la regola logica, prima ancora che giuridica, della continenza, per cui il più contiene il meno non sussistendo nessuna ragione giuridico-formale o pratico-operativa per impedire la sostituzione in un rapporto "minore" e meno intenso (quello di avvalimento tra ausiliata e ausiliaria) quando la legge ammette la sostituzione nel caso "maggiore" e più intenso (quello del raggruppamento temporaneo tra imprese, tutte pro quota direttamente obbligate alla prestazione principale).

Nell'Ordinanza in questione si rileva inoltre che la disciplina normativa comunitaria assegna, dunque, rilievo, in chiave sostanziale, alla prova che l'impresa di cui il concorrente si avvale abbia i requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica, e l'art. 69 innanzi citato stabilisce, nel caso in cui il soggetto indicato "non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione", che l'amministrazione aggiudicatrice impone all'operatore economico, ossia a soggetto che concorre alla gara, di sostituire tale soggetto.

Alla luce di tali considerazioni, ad avviso del Collegio, si poneva il dubbio se la normativa nazionale, nella parte in cui esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente, sia compatibile con la normativa comunitaria.

4. La sentenza della CGUE

La sentenza della CGUE del 14 settembre 2017 ha recepito nella sua totalità le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, il quale aveva rilevato, in particolare, che:

- **la direttiva n. 2004/18/CE non impone esplicitamente agli Stati membri di consentire ai concorrenti di sostituire soggetti economici sui quali hanno fatto affidamento per la partecipazione alla gara**, qualora tali soggetti "devono essere esclusi" o "non soddisfano i criteri rilevanti per l'aggiudicazione", atteso che "l'eventuale sostituzione di terzi sui quali un offerente ha fatto affidamento ai fini degli artt. 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 è un aspetto che, in linea di principio, spetta agli Stati membri regolamentare", giacché, non va dimenticato che la direttiva n. 2004/18/CE "è un atto di armonizzazione minima, che lascia una certa discrezionalità regolamentare agli Stati membri per quanto non espressamente ivi regolato";
- **la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità il concorrente della gara abbia inteso fare affidamento non può essere considerato alla stregua di semplice "chiarimento" o di una "correzione di errori materiali della propria offerta"**, in quanto sembra "costituire una modifica di un elemento importante dell'offerta che è pertanto, in linea di principio, inammissibile".
- **l'art. 63, par. 1, della direttiva n. 2014/24/UE**, nella parte cui in prevede, innovando la disposizione della precedente direttiva del 2004, che «L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere

obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione» **non prevede l'applicabilità** di detta disposizione **ad una procedura di gara bandita nella vigenza della precedente direttiva del 2004**, stante peraltro l'impossibilità, di interpretare la precedente direttiva del 2004 conformemente alla suddetta innovativa disposizione.

Dette conclusioni, d'altra parte, trovano conferma nella giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia dell'UE (13 aprile 2010, "Wall" e 8 maggio 2014, "Idrodinamica Spurgo Velox") oltre che nelle conclusioni depositate da I l l ' a v v o c a t o generale Bobek nella causa *Esaprojekt* in cui la questione è stata affrontata in relazione all'art. 51 della direttiva n. 2004/18/CE ritenendo che «ad un offerente non possa essere consentito, in via di principio, dimostrare che soddisfa i requisiti tecnici e professionali di una gara d'appalto **basandosi sull'esperienza di terzi alla quale non ha fatto riferimento prima della scadenza del termine per presentare l'offerta**» giacché in tal modo si altera «l'identità stessa dei soggetti che eseguono l'opera o, quantomeno, dei soggetti la cui esperienza è necessaria per eseguire l'opera» provocando «una modifica sostanziale che incide su un elemento fondamentale della procedura».

Anche alla luce di tali argomentazioni la CGUE ha giudicato che:

L'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore.

- nel procedimento principale è applicabile *ratione temporis* unicamente la direttiva n. 2004/18/CE poiché il bando di gara è stato trasmesso il 7 giugno 2013 alla G.U. dell'Unione europea e pubblicato il 10 giugno 2013 nella G.U. della Repubblica Italiana, mentre la direttiva 2014/24 è stata adottata il 26 febbraio 2014 e il suo termine di recepimento è scaduto, ai sensi del suo art. 90, il 18 aprile 2016;

- l'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24 non può essere applicato né direttamente né come criterio interpretativo dell'art. 48, par. 3, della direttiva 2004/18, poiché la nuova disciplina, lungi dal porsi in continuità con la previgente direttiva, non si limita a chiarirne la portata, ma introduce nuove condizioni (tra cui la sostituibilità dell'ausiliaria) non previste nel precedente regime giuridico. Infatti, sebbene la direttiva 2014/24 miri a chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte

in materia, resta comunque il fatto che l'articolo 63 di tale direttiva apporta modifiche sostanziali per quanto concerne il diritto degli operatori economici di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di un appalto pubblico (sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C 324/14, EU:C:2016:214, punto 90).

- nel regime della direttiva 18, consentire a un RTI di sostituire un'impresa parte dello stesso raggruppamento che abbia

perduto la qualificazione richiesta a pena di esclusione, «costituirebbe una modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa del raggruppamento» tale da obbligare «l'amministrazione aggiudicatrice a procedere a nuovi controlli procurando un vantaggio competitivo a tale raggruppamento, che potrebbe tentare di ottimizzare la sua offerta per meglio far fronte alle offerte dei suoi concorrenti nella procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione». La suddetta situazione sarebbe quindi contraria al principio di «parità di trattamento» e provocherebbe un'inammissibile «distorsione della concorrenza sana ed effettiva tra imprese che partecipano a un appalto pubblico»;

- la ricorrente non può utilmente eccepire che la perdita del requisito in capo ad un'impresa ausiliaria costituisca, dal punto di vista dell'operatore che abbia fatto ricorso all'avvalimento, un caso di "forza maggiore" poiché, in linea di principio, l'impresa capogruppo è responsabile del rispetto da parte delle altre imprese del raggruppamento «degli obblighi e dei requisiti di partecipazione alla gara d'appalto stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice nei documenti relativi alla procedura di aggiudicazione dell'appalto».

La Corte di Giustizia UE ha pertanto sancito che: «L'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore».

5. Osservazioni

La CGUE nel negare l'applicabilità al caso *de quo* della disciplina più mite ed a sé più favorevole di cui alla direttiva 2014/24 ha esaltato il principio di

parità, trasparenza e non discriminazione.

Da un lato, infatti, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione impongono che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implicano, dunque, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza ostano a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici. Il che implica che, in linea di principio, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'offerente.

Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice non può chiedere chiarimenti a un offerente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onori (sentenze del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 62 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 4 maggio 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, punto 37).

Quanto alle modifiche relative ai soggetti aggiudicatari, la Corte aveva già ritenuto che la decisione volta ad autorizzare la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario implica una modifica rispetto alla decisione di aggiudicazione che può essere ritenuta sostanziale se, alla luce delle particolarità della procedura di appalto di cui trattasi, essa riguarda uno degli elementi essenziali che hanno determinato l'adozione della decisione di aggiudicazione.

In tale ipotesi sarebbe necessario applicare le misure pertinenti previste dal diritto nazionale al fine di porre rimedio a tale situazione irregolare, che possono implicare anche l'organizzazione di

una nuova procedura di aggiudicazione (sentenza dell'8 maggio 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox e a.*, C-161/13, EU:C:2014:307, punto 39 nonché giurisprudenza ivi citata).

Inoltre, nell'ambito dei contratti di concessione, la Corte ha dichiarato che la sostituzione del subappaltante, anche qualora la relativa possibilità sia prevista nel contratto, può in casi eccezionali costituire una modifica sostanziale di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto (sentenza del 13 aprile 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 39).

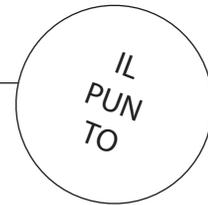
Alla luce di ciò il consentire, in modo imprevedibile, esclusivamente a un raggruppamento d'impresa di sostituire un'impresa terza che fa parte

del raggruppamento, e che ha perduto una qualificazione richiesta a pena di esclusione, costituirebbe una modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa del raggruppamento. Una tale modifica dell'offerta, infatti, obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice a procedere a nuovi controlli procurando un vantaggio competitivo a tale raggruppamento, che potrebbe tentare di ottimizzare la sua offerta per meglio far fronte alle offerte dei suoi concorrenti nella procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione.

Una tale situazione sarebbe, dunque, contraria al principio di parità di trattamento, che impone che i concorrenti dispongano delle medesime possibilità nella formulazione dei termini della loro offerta e che implica che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti, e costituirebbe una distorsione della concorrenza sana ed effettiva tra imprese che partecipano a un appalto pubblico.

L'analisi dei rischi nel project financing tra nuovo codice, indicazioni dell'ANAC e recente giurisprudenza amministrativa

di Ilenia Filippetti



Premesse

Il Consiglio di Stato ha recentemente evidenziato¹ che l'espressione partenariato pubblico privato indica un complesso fenomeno giuridico, di matrice europea caratterizzato da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici, in cui:

- ai soggetti pubblici è attribuito il compito di individuare/selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico/giuridico/finanziario più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento;

- ai soggetti privati, che mettono a disposizione dell'amministrazione pubblica, le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo *know how*, è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera (attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione)².



1. Così Consiglio di Stato, parere 29 marzo 2017, n. 775: si tratta, in particolare, del parere reso sullo schema delle nuove Linee guida elaborate da ANAC per il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato. Le nuove Linee guida dovrebbero sostituire la precedente Determinazione adottata da ANAC il 23 settembre 2015, n. 10, recante le Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

2. Cons. Stato parere n. 775/2017 cit. richiama, sul punto, il Libro Verde del 2004 relativo ai PPP e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni; la Comunicazione della Commissione Europea del 15.11.2016; la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16.10.2006; la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati del 5.2.2008; il Libro verde del 2011 per la modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti.

Il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 ha espressamente ricompreso anche la finanza di progetto all'interno della tipologia dei contratti di partenariato pubblico privato (art. 180, comma 8)³.

Secondo il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, il partenariato pubblico privato costituisce uno strumento di cooperazione per l'effettiva ed efficace realizzazione degli interessi pubblici, che non solo si presenta come attuativo del principio di solidarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4 della Costituzione, ma che costituisce concretamente anche un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli pubblici posti alla spesa pubblica; esso risulta inoltre idoneo a promuovere un significativo rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche, proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della Costituzione⁴.

In tale contesto, il presente breve contributo cercherà di analizzare l'elemento del rischio all'interno delle operazioni di finanza di progetto, partendo dall'analisi di un importante ricorso recentemente deciso dal Tar Sardegna.

1. Il caso

Con la recente sentenza resa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna n. 586 dello scorso 18 settembre 2017, è stata decisa una complessa vicenda scaturita da una procedura di gara indetta nel 2007 dall'Azienda Sanitaria Locale n. 3 di Nuoro per l'affidamento, in project financing, di una concessione avente a oggetto i lavori di ristrutturazione e completamento di alcuni presidi ospedalieri e sanitari distrettuali,

con contestuale affidamento di un ampio global service avente a oggetto, tra l'altro, la fornitura e manutenzione delle relative attrezzature sanitarie, la gestione del servizio di assistenza domiciliare, infermieristica e riabilitativa, nonché la gestione degli spazi a destinazione commerciale e dei contratti di sponsorizzazione relativi alle predette strutture ospedaliere. Dopo l'affidamento della gara e la stipula della relativa convenzione, l'A.T.I. aggiudicataria, esercitando la facoltà attribuitale dall'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006, aveva costituito una "società di progetto", che era perciò automaticamente subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi connessi al rapporto concessorio.

Nel 2008, a seguito della riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche e private di diagnostica di laboratorio ed a causa dell'approvazione del nuovo programma regionale per l'attivazione delle cc.dd. Case di Salute, la ASL di Nuoro aveva chiesto alla società di progetto di apportare alcune modifiche al progetto preliminare e al progetto definitivo posti in gara, modifiche poi in effetti presentate ed approvate dall'Azienda sanitaria, con la conseguente stipula di un primo atto aggiuntivo alla concessione (atto aggiuntivo n. 1/2009). Successivamente la società di progetto aveva evidenziato la necessità di procedere ad un ulteriore "adeguamento del rapporto" e l'ASL aveva approvato il nuovo Piano Economico Finanziario, con conseguente stipula di un secondo atto aggiuntivo (atto aggiuntivo n. 2/2014), che aveva tuttavia modificato il rapporto concessorio in termini più favorevoli, sotto diversi aspetti, al concessionario.

Alla fine del 2014 la Regione Sardegna aveva affidato la gestione dell'ASL di Nuoro a un Commissario Straordinario, attribuendogli lo specifico compito di valutare i costi e le eventuali criticità del contratto di concessione in esame, con particolare riferimento al costo dei servizi oggetto dell'atto aggiuntivo n. 2/2014.

3. Il recente decreto correttivo approvato con d.lgs. n. 56/2017 ha ulteriormente precisato che il contratto di partenariato pubblico privato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica (art. 180, comma 2, ultimo periodo).

4. Cons. Stato parere n. 775/2017 cit. richiama, in termini, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 3 marzo 2008, n. 1.

La vicenda era stata notificata all'ANAC, che aveva avviato un apposito procedimento di verifica. Secondo i rilievi dell'ANAC⁵, poi fatti propri dall'Azienda sanitaria, "l'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si trasgredisce l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il *project financing* (artt. 2, 143 e 153 del d.lgs. 163/2006) nonché gli appalti pubblici in generale, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento; e ciò attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi la necessaria traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale del *project financing*) collegato alla realizzazione dell'opera, ovvero allo svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate".

Nel dicembre 2015, anche l'Unità Tecnica Finanza di Progetto istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva trasmesso al Commissario Straordinario le proprie osservazioni sulla vicenda, evidenziando l'insussistenza dei presupposti per l'utilizzo dello strumento del *project financing*.

Nel 2016 il Commissario Straordinario aveva così annullato in autotutela le precedenti deliberazioni aziendali prodromiche alla stipula dell'atto aggiuntivo n. 2/2004, dichiarando, per l'effetto, tale "improduttivo *ab origine* di qualunque effetto giuridico in conseguenza del disposto annullamento d'ufficio e, in ogni caso, della rilevata sua nullità assoluta ex artt. 1344 e 1418, comma 2 c.c."

Con la sentenza n. 586/2017 il Tar Sardegna ha respinto il ricorso elevato dalla società di progetto avverso i provvedimenti di annullamento in autotutela adottati dalla ASL nuorese.

2. I principali rischi configurabili nelle operazioni di finanza di progetto

Dalla pronuncia resa dal Tar Sardegna emerge come la società di progetto avesse sostenuto in giudizio che il *project financing*, in quanto contratto normativamente assimilato alla concessione di lavori pubblici, non presupponga un pieno accollo del rischio gestionale sul concessionario; la società ricorrente aveva richiamato, a tale proposito, la decisione Eurostat 11 febbraio 2004⁶, in base alla quale un contratto può essere qualificato come concessione di lavori laddove il concessionario assuma:

- (a) il rischio di costruzione;
- (b) uno tra i due seguenti rischi:
 - (i) il rischio di disponibilità (ovverosia il rischio correlato alla prestazione che il concessionario deve rendere);
 - (ii) il rischio di domanda (ovverosia il rischio connesso ai diversi volumi di domanda del servizio che il privato deve soddisfare)⁷.

È legittimo un *project financing* senza rischi per il concessionario?

Nella decisione assunta dal Tar Sardegna si afferma invece che il rischio economico non può mai essere totalmente traslato in capo alla parte pubblica, poiché ciò farebbe venire meno la stessa ragion d'essere di una tipologia contrattuale del partenariato pubblico privato, che resta invece



5. Nella pronuncia in rassegna si legge che "L'aver fatto propria la ricostruzione operata dall'ANAC non configura di per sé, da parte dell'Azienda sanitaria, alcuna ragione di illegittimità: quello espresso dall'Autorità costituisce un parere, ovviamente autorevole, cui l'organo di amministrazione attiva ben poteva fare riferimento, come conferma il costante e condivisibile orientamento giurisprudenziale che addirittura ammette la motivazione per relationem ai pareri espressi nel corso del procedimento (si vedano, ex multis, Consiglio di Stato, 21 ottobre 2014, n. 5173 nonché 24 giugno 2014, n. 3193); nel caso di specie l'Azienda sanitaria ha, comunque, fatto di più, dotando la propria deliberazione n. 24/2017 di ampia motivazione, anche con autonome considerazioni".

6. La società ricorrente aveva richiamato anche la sentenza della Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, in causa C- 206/08.

profondamente differenziata rispetto all'appalto. Nel caso di specie, la convenzione stipulata con la ASL non poteva legittimamente caratterizzarsi per un sostanziale annullamento del rischio gestionale a carico della parte privata, poiché una simile prospettazione non si rinviene nemmeno nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa in cui è emersa una concezione, sotto questo punto di vista, "più elastica"⁸, nella quale comunque si legge che nel project financing il rischio ridotto per l'impresa e la sussistenza di oneri a carico del soggetto pubblico possono essere sempre rivalutati dalla PA sotto il profilo dell'opportunità e della convenienza⁹.

A tale proposito si può notare che il nuovo codice dei contratti prescrive (art. 180, comma 2) che il contenuto del contratto deve essere definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda, oltre che dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati:

- dall'effettiva fornitura del servizio o dall'utilizzabilità dell'opera (per quanto concerne le c.d. "opere fredde");
- dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda (per quanto concerne le "opere calde").

Per le cc.dd. "opere fredde", la PA può scegliere di versare un canone all'operatore economico a fronte della disponibilità dell'opera o della propria domanda di servizi: tale canone dovrà essere proporzionalmente ridotto o anche annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera oppure di ridotta o mancata prestazione dei servizi (art. 180, comma 4): con l'adozione del decreto correttivo al codice dei contratti è stato altresì precisato che, quando la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o la ridotta prestazione del servizio è imputabile all'operatore, tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi



7. Sul punto cfr. anche ANAC, Determinazione n. 10/2015 cit., nella quale si sottolinea che per le concessioni dei lavori, con la citata decisione dell'11 febbraio 2004, l'Eurostat ha stabilito le condizioni in base alle quali la realizzazione di un'opera è da intendersi a carico del bilancio pubblico o del settore privato, ovvero le condizioni per cui le spese per le infrastrutture possono essere poste fuori dal bilancio dello Stato. A tal fine, l'Eurostat, richiamando le tre citate principali forme di rischio:

- 1) rischio di costruzione
- 2) rischio di disponibilità
- 3) rischio di domanda

afferma che un'opera realizzata in partenariato pubblico privato non incide sui bilanci pubblici se il partner privato sostiene il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda). Nella medesima determinazione n. 10/2015 ANAC precisa, peraltro, che i criteri individuati nella Decisione Eurostat 2004 devono essere integrati ed aggiornati con i contenuti del nuovo Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali pubblicato da Eurostat a maggio del 2013 (cd. "SEC2010"), che a partire dal 1 settembre 2014 ha sostituito il SEC95 precedentemente in vigore: il SEC2010 contempla tra le principali forme di rischio anche il "rischio di valore residuo e di obsolescenza" legato, ad esempio, al fatto che qualora il PPP preveda la riconsegna dell'infrastruttura al termine di scadenza della concessione, il valore di acquisto o di subentro possa essere inferiore rispetto a quello atteso.

8. Sul punto la pronuncia del Tar Sardegna richiama la sentenza resa da Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39, nella quale era stato evidenziato che il project financing comporta la necessaria partecipazione finanziaria del soggetto promotore, alla quale può aggiungersi l'eventuale contributo pubblico; si tratta, tuttavia, di una procedura caratterizzata da un elevato tasso di elasticità, che consente di adattare il progetto alle specifiche esigenze delle parti; il rischio ridotto per l'impresa e la sussistenza di oneri a carico del soggetto pubblico sono pertanto elementi compatibili con l'istituto del project financing, che non rendono illegittimo l'utilizzo di tale procedura, ma che possono al limite essere rivalutati sotto il profilo dell'opportunità e della convenienza.

9. La pronuncia in assegna sottolinea, sul punto, che la presenza di un significativo rischio imprenditoriale costituisce, pur sempre, una caratteristica del genus "concessioni" e, con esso, della species "concessione di lavori pubblici" e dell'ulteriore species "project financing", come indirettamente conferma l'ormai risalente "espunzione normativa" della figura tradizionalmente denominata "concessione di mera costruzione di opera pubblica", proprio per il fatto che la stessa risultava – quanto a contenuto e struttura del rapporto – troppo sovrapponibile all'appalto.

dell'operatore economico stesso. Il contenuto del contratto di partenariato dovrà essere poi definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o dall'utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga *ex ante*, con precisazione che con il contratto di partenariato devono essere disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivati da fatti non imputabili all'operatore economico (art. 180, comma 3).

Come cambia il "rischio" nel nuovo codice dei contratti?

Il nuovo codice ha infine introdotto, quale elemento caratterizzante di tutte le ipotesi di concessioni, il concetto di "rischio operativo", ovvero il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di partenariato pubblico privato. L'operatore economico assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali (per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili) non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile (art. 3, comma 1, lett. zz), in combinato disposto con le recedenti lett. uu) e vv)).

Circa la necessaria presenza del rischio all'interno dei contratti di partenariato, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il rischio (ed il suo trasferimento all'operatore privato) costituisce l'elemento che

caratterizza il partenariato pubblico privato non solo nel suo momento genetico, ma anche per tutta la durata della sua esecuzione¹⁰. Al rischio operativo di gestione vanno così aggiunti:

- il rischio di costruzione "legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera" (art. 3, comma 1, lett. aaa);
- il rischio di disponibilità, "legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti" (art. 3, comma 1, lett. bbb);
- il rischio di domanda, "legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa" (art. 3, comma 1, lett. ccc).

Per il Consiglio di Stato la concreta e puntuale individuazione dei rischi trasferiti deve essere espressamente contenuta nel contratto e risulta essere uno degli elementi fondanti dell'equilibrio economico e finanziario, rappresentando in concreto la "contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria" e in termini più propriamente giuridici la stessa "causa" del contratto di partenariato pubblico privato¹¹.

Anche secondo ANAC ciò che caratterizza la concessione, sia essa di lavori che di servizi, differenziandola dal contratto d'appalto, è la ripartizione del rischio tra amministrazione e concessionario¹²: in assenza di alea correlata alla gestione, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione, da una

10. Cons. Stato, parere n. 775/2017 cit.

11. Cons. Stato, parere n. 775/2017 cit.

12. Determinazione ANAC n. 10/2015 cit.

cattiva gestione, da inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o da cause di forza maggiore. Nella concessione, invece, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato: pertanto, in assenza di un effettivo trasferimento del rischio in capo al concessionario, le procedure di aggiudicazione dovranno essere quelle tipiche dell'appalto e i relativi costi dovranno essere integralmente contabilizzati nei bilanci della stazione appaltante.

Ai fini della corretta allocazione dei rischi, inoltre, ANAC ribadisce la rilevanza sostanziale dei fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, alla presenza di garanzie pubbliche, alle clausole di fine contratto ed al valore di riscatto dell'asset a fine concessione precisando che, con riferimento al finanziamento pubblico possono essere individuate differenti forme, quali l'apporto di capitale di rischio (*equity*) o di capitale di credito (finanziamenti bancari), accanto alle più tradizionali forme di contribuzione pubblica¹³.

In tutti questi casi, quando il costo del capitale è prevalentemente coperto dalla PA in una delle suddette forme, ciò comporta che la stessa PA assume la maggioranza dei rischi¹⁴: inoltre, l'incremento del livello di finanziamento, da minoritario a maggioritario, in corso d'opera può comportare la riclassificazione *on balance dell'asset*, ossia la sua imputazione sul bilancio del soggetto pubblico¹⁵.

Per l'ANAC anche la presenza di garanzie pubbliche può rappresentare un elemento idoneo ad influenzare il trattamento contabile dell'operazione, in quanto tali garanzie possono incidere sulla distribuzione dei rischi tra le parti: più in particolare, le garanzie possono comportare

l'iscrizione o la riclassificazione dell'asset *on balance* quando assicurano un'integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato¹⁶.

Nell'atto regolatorio del PPP adottato nel 2015 ANAC aveva indicato, quale elemento discrezionale, il criterio secondo cui l'opera deve essere contabilizzata *on balance* quando l'effetto combinato delle garanzie e del contributo pubblico copra più del 50% del costo: va ricordato, a tale proposito, che attualmente, il nuovo codice dei contratti, come emendato in sede di decreto correttivo, ha previsto che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari (art. 165, comma 2, ultimo periodo e art. 180, comma 6, ultimo periodo del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.).

Secondo ANAC, infine, anche l'allocazione dell'asset alla fine del contratto rappresenta un elemento idoneo ad incidere sulla contabilizzazione dell'intervento, e può incidere sulla contabilizzazione *on balance* dell'infrastruttura se ricorre una delle seguenti tre condizioni:

1. si concorda un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e questo prezzo non rispecchia il valore di mercato dell'asset;
2. è previsto un prezzo più alto del valore economico atteso;
3. è previsto un prezzo più basso del valore

13. Determinazione ANAC n. 10/2015 cit.

14. Determinazione ANAC n. 10/2015 cit.

15. Cfr. ancora Determinazione ANAC n. 10/2015 cit. In tema si veda però, amplius, quanto rilevato da Corte dei conti, Sezione delle autonomie, nella Questione di massima in ordine alla qualificazione, come indebitamento, del contratto di partenariato pubblico-privato, disciplinato dagli articoli 3, comma 1, lett. eee), 180 e 187 del d.lgs. n. 50/2016, N. 15/SEZAUT/2017/QMIG, Adunanza del 13 giugno 2017.

16. Determinazione ANAC n. 10/2015 cit. A tal proposito, ANAC ricorda che il Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico pubblicato da Eurostat nell'agosto 2014 estende l'applicazione delle regole in materia anche ai casi in cui un'amministrazione fornisca una garanzia al partner non direttamente legata al debito contratto in relazione a uno specifico progetto in PPP.

economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'asset¹⁷.

Per l'Autorità anticorruzione una corretta valutazione dei rischi deve essere compiuta attraverso l'elaborazione di una matrice dei rischi, utile, in particolare, a definire se l'ottimale allocazione del rischio specifico debba essere in capo al soggetto pubblico o privato o se non sia piuttosto opportuno considerare altre forme di gestione condivisa¹⁸. Quanto più dettagliata sarà la matrice, minori si riveleranno le possibilità di trascurare alcuni aspetti dell'operazione, e, pertanto, per la costruzione della matrice dei rischi si dovrebbero sempre considerare i seguenti aspetti:

- a) identificazione del rischio, ovverosia individuazione di tutti quegli elementi che potrebbero costituire un rischio nella fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura o di gestione;
- b) *risk assessment*, ovverosia valutazione della probabilità del verificarsi di un evento associato ad un rischio e dei costi che ne possono derivare. È importante definire anche il momento in cui l'evento negativo si potrebbe verificare;
- c) *risk management*, ovverosia individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento¹⁹.

3. Il rischio di costruzione

Nella pronuncia Tar Sardegna n. 586/2017 si evince come la società di progetto avesse sostenuto, nel corso del giudizio, che l'originario contratto era strutturato in modo tale da addossarle rischi significativi: in primo luogo, a carico della società

vi sarebbe stato il c.d. "rischio di costruzione", non essendo stato previsto nel contratto originario alcun diritto del concessionario a percepire compensi prima della concreta realizzazione delle opere, come dimostrerebbe il fatto che lo stesso contratto prevedeva l'applicazione di penali in caso di colpevole violazione dei termini previsti per la consegna delle opere.

Cos'è e come opera il "rischio di costruzione"?

Sul punto, tuttavia, il Tar replica che i rischi direttamente riferibili alla realizzazione dell'opera gravano sempre, tendenzialmente, sulla parte privata anche nei contratti strutturati come appalto di opera pubblica, per cui tale aspetto del regime contrattuale non assumeva rilievo ai fini della verifica della legittimità o meno del modello concessorio utilizzato nel caso in esame.

Va poi aggiunto che, per quanto concerne lo specifico rischio di costruzione, ANAC ha recentemente evidenziato che, all'interno della categoria generale del rischio di costruzione, si distinguono, comunque a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici²⁰:

- a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera;
- b) rischio di esecuzione dell'opera difforme rispetto al progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto;
- c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto;
- d) rischio di errata valutazione dei costi e

17. Determinazione ANAC n. 10/2015 cit.

18. Determinazione ANAC n. 10/2015 cit.

19. Determinazione ANAC n. 10/2015 cit.

20. ANAC, Schema delle Linee guida per il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato, febbraio 2017.

tempi di costruzione;

e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori;

f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.

Secondo ANAC, inoltre, il rischio di costruzione non può considerarsi trasferito all'operatore economico laddove l'amministrazione si obblighi a corrispondere all'impresa le somme stabilite dal contratto senza una verifica preventiva delle condizioni in cui l'opera è consegnata oppure nel caso in cui la PA si obblighi a supportare sistematicamente ogni eventuale costo aggiuntivo indipendentemente dalla relativa causa²¹.

Dal proprio canto, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il "rischio di costruzione" può ritenersi allocato al partner privato se il soggetto pubblico corrisponde quanto contrattualmente stabilito o ripiana gli eventuali costi aggiuntivi ma lo fa soltanto previa verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura e dei fattori che hanno determinato i sovraccosti o gli allungamenti dei tempi di realizzazione²².

4. Il rischio di disponibilità

Nella pronuncia del Tar Sardegna in rassegna emerge che la ricorrente aveva eccepito in giudizio come, in realtà, sul concessionario era stato posto il rischio di disponibilità, relativo alla gestione ed all'erogazione dei molteplici servizi oggetto del contratto; ciò in quanto:

- il contratto di concessione prevedeva che nell'ipotesi di inadempimento delle prestazioni l'Azienda sanitaria avrebbe dovuto procedere all'applicazione di penali sia in caso di ritardo nei tempi di progettazione ed esecuzione dei lavori, sia nel caso di mancata e/o non corretta

prestazione dei servizi, purché tale ritardo fosse dovuto a causa imputabile al concessionario: la previsione di penali automatiche costituiva pertanto, secondo la società ricorrente, un preciso indice del rischio di disponibilità a carico del concessionario²³;

- non potrebbe condividersi il rilievo dell'ANAC, recepito dall'Azienda sanitaria, secondo cui il rischio di disponibilità sarebbe stato significativamente ridotto dalla limitazione delle penali entro un tetto massimo pari al 10% del valore complessivo delle prestazioni, poiché tale misura sarebbe stata consentita dall'art. 145, comma 3, del d.p.r. n. 207/2010;

- la sussistenza di una rilevante "quota di rischio" a carico del concessionario avrebbe trovato conferma in alcune specifiche previsioni contrattuali, in forza delle quali:

o veniva consentito all'Azienda sanitaria di richiedere l'erogazione dei servizi anche in misura parziale rispetto a quanto complessivamente stabilito, previsto pagamento di un canone proporzionalmente ridotto: qualora la parte pubblica avesse esercitato tale facoltà si sarebbe materializzato il rischio per il concessionario di non coprire il costo degli investimenti iniziali, necessariamente parametrati in relazione all'eventualità che l'Azienda sanitaria richiedesse la prestazione pattuita per intero;

o si accollava al concessionario, per tutta la durata del contratto, il rischio del perimento delle attrezzature.

Cos'è e come opera il "rischio di disponibilità"?

Per il Giudice amministrativo, tuttavia, nessuno dei predetti elementi risultava sufficiente a "spostare sul concessionario" un rischio gestionale che era stato concepito soprattutto a carico della parte pubblica: il Tar Sardegna ha

21. ANAC, Schema delle Linee guida cit.

22. Cons. Stato, parere n. 775/2017 cit.

23. Sul punto la società ricorrente aveva richiamato quanto evidenziato dalla circolare della P.C.M. pubblicata 27 marzo 2009, pubblicata in G.U. 10 aprile 2009, n. 84.

rilevato, in particolare, la quasi totale assenza (o, comunque, la "minima rilevanza") dei servizi che il concessionario avrebbe dovuto svolgere direttamente in favore dell'utenza, per cui la sua remunerazione trovava fonte, essenzialmente, nei corrispettivi versati dalla parte pubblica. Peraltro, il contratto di concessione prevedeva che "il canone integrativo per la disponibilità sarà dovuto, indipendentemente da qualsiasi sospensione, interruzione o altra circostanza afferente all'erogazione dei servizi e in caso di inadempimento del concessionario nell'erogazione dei servizi l'Azienda non potrà sospendere alcuna parte del pagamento del canone di disponibilità": si era così realizzato un significativo sganciamento tra l'adempimento della prestazione dedotta in contratto ed il diritto all'immediato conseguimento del corrispettivo previsto, "scaricando sulla parte pubblica" quei rischi di possibili interruzioni del rapporto che costituiscono una componente tipica del c.d. rischio di gestione.

A tale proposito si può sottolineare che secondo ANAC, all'interno della categoria generale del rischio di disponibilità, si distinguono – a titolo esemplificativo e non esaustivo – i seguenti rischi specifici²⁴:

- a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi;
- b) rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi;
- c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.

ANAC evidenzia, inoltre, che il rischio di disponibilità non può considerarsi trasferito all'operatore economico qualora:

- il pagamento dei corrispettivi stabiliti contrattualmente non sia strettamente correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate;
- il contratto non preveda un sistema automatico di penali in grado di incidere significativamente sui ricavi e profitti dell'operatore economico;
- il valore del canone di disponibilità risulti talmente sovrastimato da annullare l'assunzione del rischio²⁵.

Parimenti, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il rischio disponibilità attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultano inferiori ai livelli previsti nell'accordo contrattuale: pertanto, tale rischio si può ritenere effettivamente posto a carico del privato quando:

- i pagamenti pubblici sono correlati all'effettiva prestazione del servizio reso, così come pattuito in sede contrattuale;
- il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti nel caso in cui i parametri contrattualmente prestabiliti di prestazione non vengano raggiunti, sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati²⁶.

5. Il rischio di domanda

Da ultimo, il Tar Sardegna afferma che, in via generale, la necessaria configurazione di un effettivo rischio a carico del concessionario presuppone che la fonte della sua remunerazione risieda, in misura significativa, nei corrispettivi ricevuti dagli utenti ai quali lo stesso concessionario

24. ANAC, Schema delle Linee guida cit.

25. ANAC, Schema delle Linee guida cit.

26. Cons. Stato, parere n. 775/2017 cit.

offrirà direttamente delle prestazioni servendosi dell'opera realizzata – con tutto ciò che ne consegue in termini di "aleatorietà" della relativa domanda – piuttosto che in somme erogate direttamente dall'amministrazione concedente. Quello che viene richiesto nei rapporti concessori è, dunque, un tipico "rischio imprenditoriale", ben diverso da quello – legato semplicemente agli imprevisti che possono insorgere nella realizzazione dell'opera (ad esempio, per la fluttuazione nei costi della manodopera e/o dei materiali) – che caratterizza un contratto d'appalto; ed infatti, mentre questi ultimi (cc.dd. "rischi organizzativi") sono in qualche modo "fronteggiabili" con una corretta organizzazione della struttura aziendale, il rischio legato alla "domanda di servizi" si collega, per definizione, a fattori non pienamente prevedibili né dominabili a priori.

Cos'è e come opera il "rischio di domanda"?

Nel caso di specie, proprio in quanto concretamente congegnato in modo da renderlo "simile" ad un appalto, il rapporto contrattuale avrebbe dovuto essere affidato con le forme previste per l'affidamento degli appalti pubblici e, comunque, non avrebbe potuto avere ad oggetto una così ampia moltitudine di prestazioni tra loro in gran parte funzionalmente scollegate²⁷. Il risultato finale di tale illegittima operazione è stata, dunque, la creazione di una commessa di gigantesche dimensioni, di inusitato valore economico e di durata trentennale, della quale si è poi rivelato molto complesso verificare la regolare esecuzione e la cui prosecuzione, sino alla "scadenza naturale", avrebbe provocato – oltre che ingenti ed ingiustificati oneri economici per la parte pubblica – anche l'inaccettabile chiusura di ogni confronto concorrenziale nel mercato della sanità, così come conferma il fatto che la società di progetto aveva affidato direttamente la concreta gestione di molti

dei servizi in concessione a soggetti orbitanti all'interno della propria compagine societaria.

Per quanto concerne il rischio di domanda, che può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, ANAC sottolinea come tale rischio costituisca, di regola, un elemento del più generale "rischio economico" sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria generale di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici:

- a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ovverosia di riduzione della domanda complessiva relativa al servizio, che si riflette anche su sulla domanda rivolta verso lo specifico operatore economico;
- b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori²⁸.

Il rischio di domanda non è presente, di regola, nei contratti nei quali l'utenza finale non ha libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini della qualificazione del contratto come PPP, è necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità. In ogni caso, secondo ANAC il rischio di domanda non può considerarsi trasferito all'operatore economico quando l'amministrazione si obblighi ad assicurare all'operatore economico determinati livelli di corrispettivo "indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espresso dagli utenti finali", così che le variazioni della domanda abbiano un'influenza soltanto marginale sui profitti dell'operatore economico²⁹.

27. Il contratto stipulato con il concessionario riguardava la costruzione e la manutenzione degli edifici, la loro pulizia e fornitura energetica, la fornitura e la manutenzione di apparecchiature elettromedicali e informatiche, l'erogazione di servizi eterogenei e complessi quali la vigilanza, l'ausiliario, l'assistenza domiciliare integrata nonché la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti.

28. ANAC, Schema delle Linee guida cit.

29. ANAC, Schema delle Linee guida cit.

Ancora con riguardo al "rischio di domanda", infine, il Consiglio di Stato ha osservato che nelle nuove linee guida ANAC sul monitoraggio dei partenariati pubblico privato andrebbe chiarito:

- se tale rischio si identifichi o meno con la variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato dal partner privato;
- se, pertanto, tale rischio rappresenti il normale rischio economico assunto da un'azienda in un'economia di mercato.

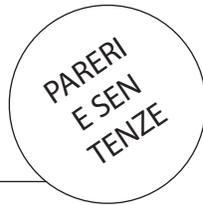
In relazione a tali profili il Consiglio di Stato ha quindi sollecitato ANAC a fornire indirizzi puntuali in ordine alle caratteristiche ed alle modalità di

intervento della quota di partecipazione finanziaria pubblica prevista dal citato art. 180, comma 4 del codice, in quanto il rischio di domanda dovrebbe considerarsi allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per "prestazioni non erogate, ma erogabili in base alle condizioni di mercato".

Nei casi in cui il soggetto pubblico sia invece obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al partner privato indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espressa dall'utente finale, dovrebbe presumersi che il rischio in questione sia allocato in capo alla PA, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni della domanda dell'utenza rispetto alla redditività dell'operazione per il soggetto privato³⁰.

30. Cons. Stato, parere n. 775/2017 cit.

Pareri & Sentenze



TAR Basilicata, Sez. I, 28/9/2017, n. 614

La mancata pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento che ha determinato le ammissioni alla procedura comparativa comporta l'inapplicabilità rito speciale previsto dall'articolo 120, n. 2-bis del d.lgs. 104 del 2010

“Il provvedimento di ammissione alla procedura di affidamento del servizio non è stato pubblicato sul profilo internet della stazione appaltante, come diversamente previsto dall'art. 29, n. 1, d.lgs. 50 del 2016 ... il Collegio rileva come non sia in contestazione la mancata pubblicazione, sul profilo del committente, in violazione dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici, del provvedimento che ha determinato le ammissioni alla procedura comparativa in questione. Consegua a ciò l'inapplicabilità, nel caso di specie, dell'art. 120, n. 2-bis, del medesimo codice, in quanto tale speciale rito postula il contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione, sicché in difetto di esse la relativa prescrizione processuale si rivela inattuabile per la mancanza del presupposto della sua operatività (T.A.R. Campania, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843; T.A.R. Basilicata, 13 gennaio 2017, n. 24).”

TAR Basilicata, Sez. I, 27/9/2017, n. 612

Nei servizi ad alta intensità manodopera la stazione appaltante non può aggiudicare l'appalto con il criterio del massimo ribasso, bensì con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

“Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi),

è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta" (C.S., III, n. 2014/2017, cit.)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 22/9/2017, n. 4438

Casi in cui il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione dell'offerta tecnica equivale a sufficiente motivazione

"Deve essere fatta applicazione del principio costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione equivale a sufficiente motivazione quando la griglia delle voci e sottovoci predisposto dalla stazione appaltante, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico, articolato e tale quindi da circoscrivere in modo adeguato il giudizio della commissione giudicatrice nell'ambito di un minimo e di un massimo, così da rendere comprensibile l'iter logico seguito in concreto da quest'ultima nel valutare i singoli profili tecnici delle offerte sulla base dei criteri predisposti nella legge di gara (in tal senso, ex multis: Cons Stato, III, 11 agosto 2017, n. 3994, 8 novembre 2016, nn. 4650 e 4651, 7 marzo 2016, n. 921; IV, 20 aprile 2016, n. 1556; V, 20 marzo 2017, n. 1228, 30 settembre 2016, n. 3911, 18 gennaio 2016, n. 120, 24 marzo 2014, n. 1428)."

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 19/9/2017, n. 5

Nel calcolo della soglia di anomalia, le offerte aventi egual valore vanno considerate come unica offerta ai fini del c.d. "taglio delle ali"

"...la principale quaestio iuris sottoposta al Collegio consiste nello stabilire se, nell'effettuare il c.d. 'taglio delle ali', propedeutico al calcolo delle medie e alla determinazione della soglia di anomalia (ai sensi del comma 1 dell'articolo 86 del previgente 'Codice dei contratti' e ai sensi del comma 1 dell'articolo 121 del relativo Regolamento di esecuzione ed attuazione), l'amministrazione debba considerare come 'offerta unica' (c.d. 'blocco unitario')

- soltanto le offerte con eguale ribasso che si trovino 'a cavallo' delle ali da tagliare;
- ovvero anche le offerte con eguale ribasso che si collochino all'interno delle ali.

... In base a quanto sin qui esposto, devono essere enunciati i seguenti principi di diritto, che corrispondono ai (due) quesiti articolati nell'ambito dell'ordinanza di rimessione:

1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse;

2) il secondo periodo del comma 1 del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia") deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse...."

Consiglio di Stato, Sez. III, 13/9/2017, n. 4336

Avvalimento infragruppo e onere probatorio e documentale

"... secondo la giurisprudenza più recente, nel caso di avvalimento infragruppo sussiste un onere probatorio e documentale semplificato, non sussistendo neppure l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo (art. 49, comma 2, lett. g) (Cons. Stato Sez. IV 12/1/2017 n. 52);"

TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 04/09/2017, n. 1434

Mancata pubblicità delle sedute di gara e conseguente invalidità degli atti della procedura

"Il Collegio condivide l'orientamento per cui "la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica necessariamente l'obbligo del seggio di gara di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3471)" (Tar Lecce, sez. II, 3 febbraio 2016, n. 254).

"Nelle gare pubbliche ... la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato; trattasi di regola che costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti" (Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 132)....."la violazione della regola della pubblicità della seduta

di gara comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilevi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili ex post (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011 n. 13; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009 n. 3844; Id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901)" (Tar Lecce, 254/2016 cit.)."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 527 DEL 17 maggio 2017 PREC 32/17/L

Conflitto di interesse dei commissari di gara e obbligo di astensione

"Com'è noto, le commissioni di gara devono essere composte da commissari che non abbiano alcun conflitto di interesse o coinvolgimento nella definizione dell'oggetto di gara, in modo da scongiurare qualsiasi rischio di favoritismo o arbitrarietà nella valutazione delle offerte presentate dai concorrenti.

La sussistenza di una situazione di incompatibilità dei membri della commissione di gara, tale da imporre l'obbligo di astensione, deve essere valutata ex ante, in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi che il difetto di imparzialità potrebbe determinare in relazione alla situazione specifica; tuttavia, proprio in ragione del peculiare tipo di valutazione che deve essere compiuta, è necessario che essa venga svolta con estrema cautela, in relazione agli elementi oggettivi di giudizio, al fine di evitare che l'obbligo di astensione possa essere esteso a ipotesi e fattispecie non contemplate dalla normativa di riferimento.

La normativa cui si fa riferimento è costituita dall'art. 6-bis della legge n. 241/90 (introdotto dall'art. 1, comma 41, legge n. 190 del 2012), nonché dagli artt. 42 e 77 del Codice appalti. La prima norma, di carattere generale, stabilisce che "Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale"; le altre due contengono disposizioni volte a prevenire all'origine possibili conflitti di interesse "... in modo da evitare da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici", definendo cosa si debba intendere per conflitto di interessi (art. 42) e dettando specifiche misure preventive soprattutto in relazione alla costituzione delle commissioni di gara e alla nomina dei commissari (art. 77)."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 518 DEL 10 maggio 2017 PREC 156/17/S

"È illegittima la clausola della lex specialis che richiede, a pena di esclusione, l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali come requisito di partecipazione piuttosto che come requisito di esecuzione"

"... relativamente alla questione giuridica inerente l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, questa Autorità ha già avuto modo di pronunciarsi sostenendo che l'iscrizione costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti relativi allo svolgimento delle attività di raccolta e

smaltimento rifiuti a norma dell'articolo 212 del d.lgs. 152/2006, «dovendo i bandi prevedere una specifica clausola in base alla quale non si procederà alla stipulazione del contratto in caso di mancato possesso della relativa iscrizione»; pertanto, tale requisito non può essere inserito tra le cause di esclusione dei concorrenti, ma deve essere invece richiesto all'aggiudicatario ai fini dell'esecuzione del contratto (cfr., da ultimo, delibera n. 350 del 13 aprile 2017);»

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 487 DEL 3 maggio 2017
PREC 75/17/S**

"E' ammissibile il soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi della terna di subappaltatori. Nel regime precedente al decreto correttivo del Codice dei contratti, alla luce dell'interpretazione comunitariamente orientata fornita dal Consiglio di Stato, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori occorre che almeno uno dei subappaltatori indicati abbia i requisiti per eseguire la prestazione"

"La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la possibile esclusione di un concorrente che non abbia indicato la prescritta terna di subappaltatori, nonché la legittimità del ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi dei subappaltatori ... Con particolare riferimento alla possibilità di esperire il rimedio del soccorso istruttorio nel caso di omessa indicazione della terna di subappaltatori, recente giurisprudenza, richiamata anche dalla concorrente Step Srl, qualifica tale irregolarità come «essenziale e purtuttavia sanabile», quale «deficit di una dichiarazione che avrebbe dovuto essere inserita nella documentazione amministrativa», per la quale «la stazione appaltante ha correttamente attivato il meccanismo del soccorso istruttorio cd. oneroso, ritenendo l'irregolarità di natura formale ed emendabile, seppur soggetta a sanzione pecuniaria....Si segnala inoltre la giurisprudenza (T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, Sent., 8 marzo 2017, n. 328 e Sent. 17 marzo 2017, n. 395) secondo la quale l'indicazione del subappaltatore (a differenza di quanto avviene per l'ausiliario e per il raggruppamento temporaneo di imprese) non implica necessariamente una previa formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore stesso e concorrente che lo indica."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 438 DEL 27 aprile 2017
PREC 83/17/S**

"E' legittimo affidare a una cooperativa di tipo A il servizio relativo alla movimentazione, distribuzione e prestito di libri all'utenza per conto di una biblioteca presso un ente Universitario pubblico, poiché l'attività è inquadrabile tra i servizi educativi finalizzati alla formazione professionale. Nell'ambito della verifica dell'anomalia può ritenersi ammissibile un'offerta che preveda per il costo del personale un importo inferiore ai minimi salariali retributivi indicati dalle tabelle ministeriali, se lo scostamento è di lieve entità e non inficia l'affidabilità globale dell'offerta."

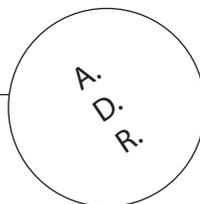
"... la società istante ha dedotto l'illegittimità della verifica di congruità ex art. 97 del Codice appalti condotta dalla stazione appaltante, in quanto l'offerta dell'aggiudicatario prevede un costo per il personale inferiore agli importi contemplati nelle tabelle ministeriali.

In ordine alla legittimità dell'ammissione dell'offerta che prevede un costo del lavoro inferiore ai minimi

tabellari ministeriali, si osserva che l'orientamento prevalente della giurisprudenza ritiene che *"le tabelle ministeriali esprimono un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia (Consiglio di Stato, III, 25 novembre 2016, n. 4989, 2 marzo 2015, n. 1020; IV, 29 febbraio 2016, n. 854; V, 24 luglio 2014, n. 3937)". Nell'ambito di questo indirizzo giurisprudenziale si afferma quindi che gli scostamenti del costo del lavoro rispetto ai valori medi delle tabelle ministeriali possono essere ritenuti anomali se eccessivi e tali da compromettere l'affidabilità dell'offerta (da ultimo: Cons. Stato, III, 17 giugno 2016, n. 2685)."*

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1 Quando l'iscrizione ad una White List sostituisce la comunicazione o l'informazione antimafia?

L'iscrizione alla white list della Prefettura competente per il territorio dove ha sede l'operatore economico, è richiesta per le attività maggiormente esposte a rischio d'infiltrazione mafiosa, definite all'art. 1, comma 53, della legge n. 190/2012: a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri. Per queste attività le stazioni appaltanti, invece dell'acquisizione della comunicazione o dell'informazione antimafia, devono, infatti, avvalersi dell'apposito elenco c.d. "white list".

2 Nell'esame della documentazione prodotta dai concorrenti ad un'asta immobiliare con il metodo delle offerte segrete, è possibile inoltrare richieste, agli stessi, relative ad eventuali integrazioni documentali, laddove se ne ravvisi la necessità?

Le vendite immobiliari disciplinate dal R.D. 827/1924 non trovano approfondimenti sulla questione in epigrafe, nel Regio Decreto; la documentazione da produrre per la partecipazione alle vendite immobiliari, normalmente consta di una offerta economica e di una istanza di partecipazione in cui si dichiarerà, in maniera più o meno articolata, a seconda della meticolosità della Amministrazione che bandisce, la capacità in capo al soggetto offerente, di contrarre con la Pubblica Amministrazione.

Tra i compiti del responsabile del procedimento elencati all'art. 6 lett. b) della L. 241/1990 (accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali) rientra anche la richiesta di integrazione per dichiarazioni incomplete; e quindi è una facoltà esercitabile dal RUP.

3 Cosa deve intendersi per "idonee referenze bancarie" richieste quale requisito economico di partecipazione alla gara?

L'espressione "idonee referenze bancarie", ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 27.06.2017 n. 3134; Cons. Stato, III, n. 5704/2015; IV, n. 854/2016; V, n. 1168/2015 e n. 108/2016).

4 Il servizio di accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali è ascrivibile al modulo concessorio o a quello degli appalti?

Nella prassi è possibile rinvenire affidamenti a soggetti terzi della gestione delle entrate tributarie e patrimoniali di un ente locale sia mediante contratti di concessione che mediante contratti di appalto.

Sul tema sono, peraltro, rinvenibili orientamenti dottrinali e giurisprudenziali oscillanti.

Stando alle interpretazioni rinvenibili in due Atti dell'ANAC, il Comunicato del Presidente del 22/12/2015 e la Delibera n. 921 del 31/08/2016, nei servizi di accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali non sembra rinvenibile il trasferimento del cd. "rischio di domanda" (ossia, il rischio che la domanda dei servizi sia superiore o

inferiore al previsto) dal momento che la domanda di tali servizi proviene dagli enti locali e non dai privati, soggetti all'imposta. Inoltre, non sussiste in capo ai privati la facoltà di scegliere se avvalersi o meno di quel servizio, dal momento che gli stessi "soggiacciono" a tale servizio, trattandosi appunto di imposte e/o tasse che devono essere versate in presenza dei presupposti di legge. Non sembra, quindi, sussistere neppure il rischio sul lato dell'offerta (ossia, il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda).

Pertanto, gli affidamenti in questione non sembrano pienamente riconducibili nel tipico modulo concessorio.

5 Se la Stazione Appaltante decide di rinnovare un contratto di appalto, il nuovo contratto in cosa può differire dal precedente?

La Direttiva 2014/24/UE prevede la possibilità della ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base, e, che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura in conformità dell'articolo 26, paragrafo 1 (ci sia stata la pubblicazione di un bando di gara).

Il progetto di base deve indicare l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati.

Quindi il bando iniziale deve necessariamente contenere il valore e le condizioni che disciplineranno il successivo ed eventuale "rinnovo" del contratto.

Il Consiglio di Stato con il parere del 1 aprile 2016 n. 855 sullo Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3,

della legge 28 gennaio 2016, n.11, ha sottolineato che in base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali).

In altri termini, se vi è la modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara. Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto 'rinnovato'.

6

Una volta che la stazione appaltante ha stabilito le regole che disciplineranno la procedura di gara è possibile cambiarle o integrarle "in corso d'opera", specie dopo l'apertura delle buste?

Le regole procedurali della gara non possono essere disapplicate né dall'Amministrazione appaltante né dalla Commissione di gara (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263; Tar Basilicata sez. I, sentenza n. 195 del 08/03/2017). Una volta stabilite le regole che governeranno la procedura di gara e le stesse non difettano di chiarezza, non è possibile cambiarle né integrarle "in corso d'opera", specie dopo l'apertura delle buste.

Le regole della *lex specialis* di gara vincolano sia i concorrenti, sia la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nel dar loro concreta attuazione. Il rigore formale che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e speditezza, e per altro verso alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, inclusa la parità di condizioni tra i concorrenti (Consiglio di Stato sez. V 12/9/2017 n. 4307).

Ne scaturisce che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi un'interpretazione diversa da quella letterale (Cons. Stato, V, 2 agosto 2010, n. 5075).

Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale.

Nella lettura delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto pubblico deve darsi, pertanto, prevalenza alle espressioni letterali ivi contenute, escludendo ogni integrazione interpretativa che porti pretesi significati e ingeneri incertezze nell'applicazione (Cons. Stato, V, 19 settembre 2011, n.5282; V, 30 agosto 2005, n. 4413).

D'altro canto, solo la puntuale osservanza delle prescrizioni del bando, è idonea a consentire la realizzazione della par condicio nei confronti di tutti i partecipanti alle gare per la stipula dei contratti con la P.A.

Avvalimento ... le recenti pronunce

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Tornando ad indagare sullo scenario giurisprudenziale vigente in tema di avvalimento, non possono non riportarsi alcune pronunce recenti che fissano margini ragionevoli – e tutto sommato logici – circa l’istituto in discussione e la sua corretta utilizzazione; seppur alcune di esse riguardanti fattispecie inerenti il “vecchio Codice” d.lgs. 163/2006, diviene utile estrapolare i principi di diritto ivi contenuti.

Consiglio di Stato n. 3682 del 26 luglio 2017 afferma in particolare richiamando preliminarmente ai principi di diritto rivenienti dalla Plenaria n. 23 del 2016, secondo cui discutendo dell’istituto dell’avvalimento, rammenta che l’articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l’articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all’articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un’interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell’oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata, fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile.

Stante il principio in questione, si aggiunge che le procedure contrattuali pubbliche sono finalizzate ad evitare aggiramenti dei requisiti di ingresso alle gare, per tale ragione il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, le risorse ed i mezzi prestatati in modo determinato e specifico; non potendo sopperire,

né il contenuto della dichiarazione unilaterale di impegno dell’ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, né il potere di soccorso istruttorio, pena la violazione della par condicio, venendo in rilievo i requisiti di partecipazione alla gara che devono essere documentati alla data della presentazione dell’offerta.

La dichiarazione dell’impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento, sono atti diversi, per natura, contenuto, finalità. La dichiarazione, infatti, costituisce un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante; mentre il contratto di avvalimento costituisce l’atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l’impresa partecipante alla gara e l’impresa ausiliaria, di modo che in esso devono essere contemplate – nel rispetto dei requisiti generali di cui all’art. 1325 c.c. e di quelli desumibili dall’art. 49, co. 2, lett. f) (oggi art. 89 d.lgs. n. 50/2016) – le reciproche obbligazioni delle parti, e le prestazioni da esse discendenti. Quindi, la dichiarazione ed il contratto di avvalimento sono atti con contenuto differente e “non sovrapponibile”, di modo che non potrebbe ritenersi soddisfare l’obbligo di allegazione un contratto che presenti un “contenuto” (inteso come complesso delle reciproche obbligazioni e prestazioni delle parti stipulanti), meramente riproduttivo della dichiarazione unilaterale (Cons. Stato, sez. IV, n. 4406 del 2012).

Altra interessante questione ritrovata in Giurisprudenza, è quella su cui è intervenuto il Tar

Marche con sentenza n. 640 del 31 luglio 2017, in merito all'obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliaria priva dei requisiti. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione ...". L'attuale normativa sull'avvalimento prevede che la stazione appaltante, laddove rilevi che l'impresa ausiliaria non è in possesso di uno o più requisiti di ammissione (fra i quali è ricompresa ovviamente la correttezza contributiva), obbliga il concorrente alla sostituzione dell'ausiliaria. Questo significa che in nessun caso il mancato possesso, originario o sopravvenuto, in capo all'ausiliaria di un requisito di partecipazione può determinare l'automatica esclusione dell'ausiliata.

L'art. 89, inoltre, non pone limiti temporali all'esercizio del potere-dovere di procedere alla sostituzione dell'ausiliaria, salvo ovviamente il limite massimo costituito dalla data di prevista stipula del contratto. Va poi aggiunto che non grava sull'impresa avvalente l'onere di sostituire spontaneamente l'ausiliaria, visto che l'art. 89 pone a carico della stazione appaltante l'onere di imporre la sostituzione.

È del 13 settembre la pronuncia del Consiglio di Stato n. 4336 secondo la quale si evidenzia che, nel caso di avvalimento infragruppo sussiste un onere probatorio e documentale semplificato, non sussistendo neppure l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo (art. 49, comma 2, lett. g) (Cons. Stato Sez. IV 12/1/2017 n. 52; sulla stessa linea anche il Consiglio di Stato n. 4432 del 22/09/2017 e relativi richiami giurisprudenziali in essa previsti).

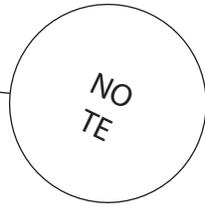
Precisa anche il TAR Puglia Lecce con la sentenza

1494 del 22 settembre, disquisendo dei diversi aspetti riportati in sentenza, ed in particolare in merito al motivo afferente la validità del contratto di avvalimento sottoscritto dall'aggiudicataria, che in tema di corrispettivo in favore dell'ausiliaria per condivisibile giurisprudenza, la previsione di un corrispettivo in favore dell'ausiliaria non è necessaria ai fini della validità del contratto di avvalimento (Tar Lazio, sentenza n. 30033/2010; Tar Lecce, sentenza n. 659/2014; C.G.A., sentenza n. 35/2015; Consiglio di Stato, sentenza n. 3277/2016).

Utile anche osservare in chiusura, quanto disposto dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza n. C-223/2016 del 14 settembre, nella quale si legge: "l'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore.

Consentire esclusivamente a un raggruppamento d'impresе di sostituire un'impresa terza che fa parte del raggruppamento, e che ha perduto una qualificazione richiesta a pena di esclusione, costituirebbe una modifica sostanziale dell'offerta e dell'identità stessa del raggruppamento. Una tale modifica dell'offerta, infatti, obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice a procedere a nuovi controlli procurando un vantaggio competitivo a tale raggruppamento, che potrebbe tentare di ottimizzare la sua offerta per meglio far fronte alle offerte dei suoi concorrenti nella procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione.

Una tale situazione sarebbe contraria al principio di parità di trattamento, che impone che i concorrenti dispongano delle medesime possibilità nella formulazione dei termini della loro offerta e che implica che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti, e costituirebbe una distorsione della concorrenza sana ed effettiva tra imprese che partecipano a un appalto pubblico."



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

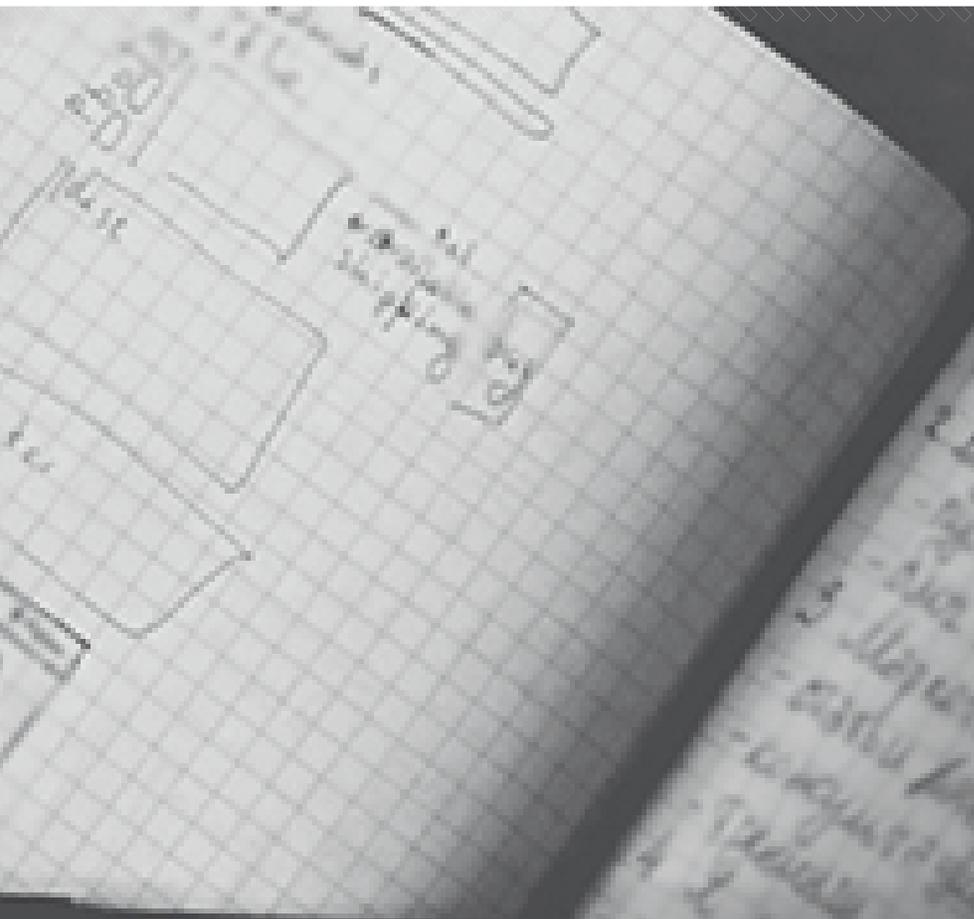
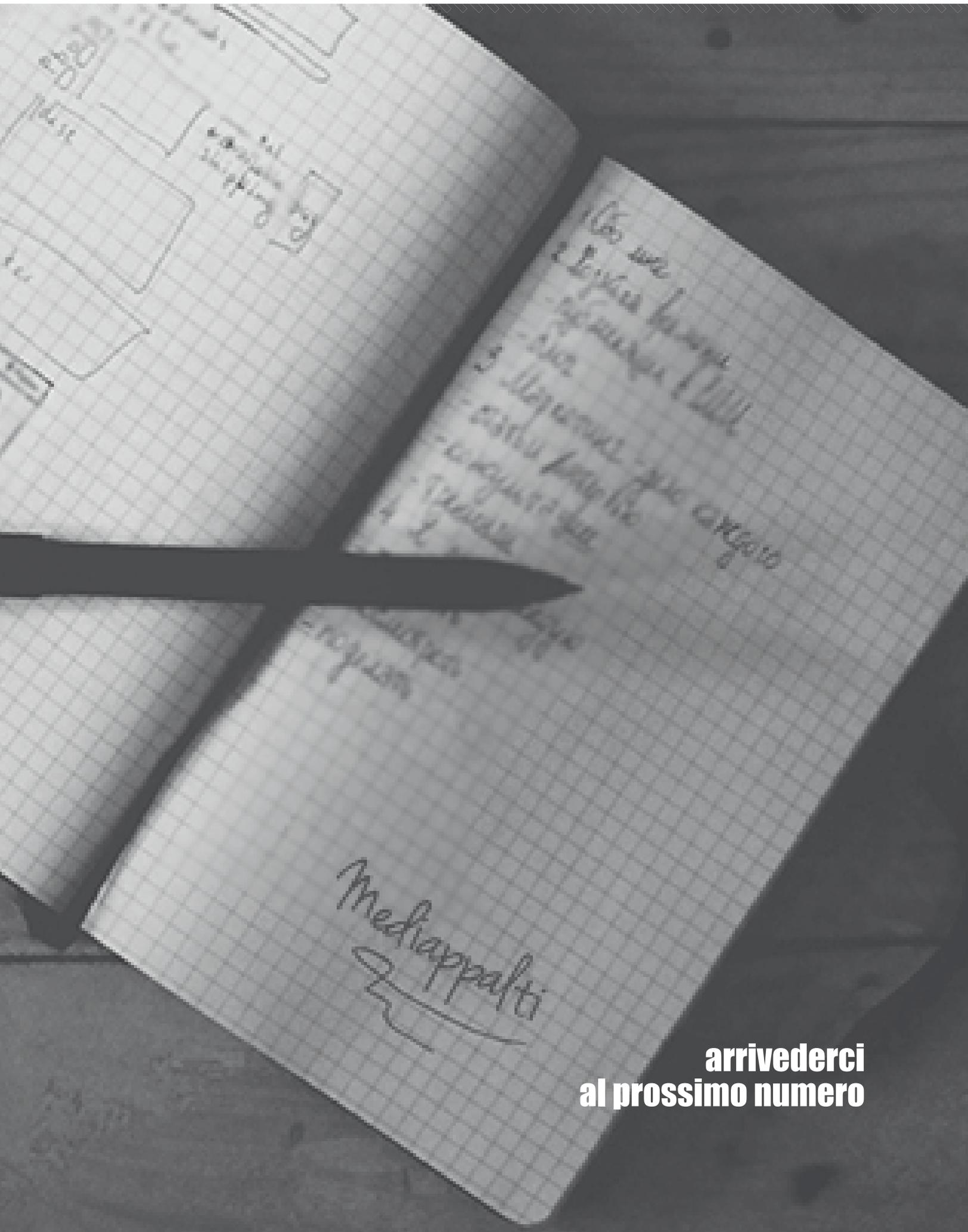
Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it





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, 30 novembre 2017 Olbia, 12 dicembre 2017 Parma.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici alla luce del decreto correttivo ed il confronto con la Legge provinciale di Bolzano

14 dicembre 2017 Bolzano.

Gli appalti di forniture e servizi nella Provincia di Trento

24 ottobre 2017 Trento.

Il Responsabile Unico del Procedimento

10 ottobre 2017 Roma, 31 ottobre 2017 Genova, 14 novembre 2017 Pescara.

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, 14 novembre 2017 Cagliari, 21 novembre 2017 Napoli, 23 novembre 2017 Milano, 13 dicembre 2017 Genova.

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

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, 24 ottobre 2017 Cagliari, 09 novembre 2017 Palermo, 14 novembre 2017 Bologna, 07 dicembre 2017 Roma, 12 dicembre 2017 Trieste, 14 dicembre 2017 Milano.

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

10 ottobre 2017, 12 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

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, 28 novembre 2017 Bologna, 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

09 novembre 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!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

ottobre
2017

sommario

Legittimo l'incentivo anche se le funzioni tecniche risultano esternalizzate
(Sezione Giurisdizionale per la Regione Toscana sentenza del 21 settembre 2017 n. 214)

1. Premessa
2. La vicenda
3. L'irrelevanza della esternalizzazione
4. L'incentivo è ammesso anche in caso di funzioni tecniche esternalizzate

3

Per danni da lavori senza variante (non autorizzata) non risponde il direttore dei lavori
(Sezione giurisdizionale regione Campania, sentenza del 18 settembre 2017 n. 323)

1. Premessa
2. Direttore dei lavori e variante non autorizzata
3. Senza variante nessun danno per il direttore dei lavori

6

Incarichi legali con l'albo: da limitare gli affidamenti in via d'urgenza
(Sezione di controllo reg. Emilia Romagna, deliberazione n. 127/2017)

1. Premessa
2. La ricostruzione della disciplina della fattispecie degli incarichi legali
3. Processo ricognitorio delle professionalità interne
4. Le indicazioni dell'ANAC
5. L'affidamento in via d'urgenza
6. Le criticità rilevate nell'azione della stazione appaltante (consuete comunque a tutti gli enti)

8

Legittimo l'incentivo anche se le funzioni tecniche risultano esternalizzate

1. Premessa

Un importante pronunciamento della sezione giurisdizionale della regione Toscana è intervenuto con la sentenza depositata il 21 settembre 2017 che, con riferimento al pregresso codice, assolve il convenuto (RUP) dall'accusa di danno erariale per aver percepito incentivi tecnici nonostante l'esternalizzazione di varie funzioni relative alla progettazione/direzione lavori a professionisti esterni.

La sentenza ha pregio in quanto conferma che l'incentivo compete comunque anche nel caso di esternalizzazione delle funzioni tecniche.

2. La vicenda

Il presupposto del danno erariale, secondo la procura, era determinato dal fatto che non si ritenevano "dovuti i compensi corrisposti" al RUP "a titolo di incentivi alla progettazione in relazione alla circostanza (...) tutti gli aspetti connessi alla progettazione, direzione dei lavori ..., sono stati affidati a professionisti esterni, con onere a carico della società aggiudicataria".

In sostanza la procura attrice aderiva alla tesi per cui in caso di "esternalizzazione" dell'attività di progettazione, verrebbe meno il titolo per l'attribuzione di compensi incentivanti, tra gli altri, anche nei confronti del Responsabile Unico del Procedimento.

Da parte sua, la difesa del convenuto invece faceva emergere – in primo luogo – che non tutte le funzioni tecniche erano state esternalizzate e, d'altra parte, che gli incentivi risultano dovuti anche nel caso di esternalizzazione di funzioni come anche sostenuto dall'AVCP (ora ANAC).

3. L'irrilevanza dell'esternalizzazione

Secondo la sezione, la circostanza dell'integrale esternalizzazione dell'attività di progettazione, alla base dell'asserita natura di indebitto degli emolumenti versati, nella ricostruzione ipotizzata dalla procura, è risultata in realtà non vera in quanto dagli atti tecnici - frontespizio del Progetto definitivo (all. 1A), del Disciplinare Prestazionale (1B) e del Computo Estimativo (1C) - si evinceva in realtà e "con chiarezza che i computi e disciplinari delle opere idrauliche e stradali sono stati effettuati dai componenti dell'Ufficio Tecnico Comunale, (...)".

Inoltre in una specifica delibera giuntale si affermava espressamente di incaricare l'ufficio tecnico della redazione della "parte progettuale relativa alla redazione dei computi metrici estimativi delle infrastrutture". In primo luogo, pertanto, si acclarava che non tutta l'attività progettuale (ed aspetti connessi) erano stati oggetto di esternalizzazione ma solo parte delle funzioni tecniche, cui hanno concorso, secondo le rispettive specializzazioni, anche dipendenti comunali ai quali dunque, a buon diritto, è stata corrisposta la relativa quota di compenso incentivante.

4. L'incentivo è ammesso anche in caso di funzioni tecniche esternalizzate

La sezione, quindi, passa all'esame del *punctum dolens* ovvero se la circostanza dell'esternalizzazione impedisca o meno l'incentivazione del RUP (interno).

Il collegio rileva che già la giurisprudenza, ma la stessa Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici - nonché la stessa sezione della Corte dei Conti -, hanno avuto modo di esprimersi favorevolmente alla tesi della legittimità dei compensi incentivanti in fattispecie simili a quella in esame.

Risultano diverse, in effetti, le occasioni nelle quali l'Autorità garante ha risolto positivamente il relativo quesito: (*ex pluribus*, cfr. deliberazione del 18/07/2000: "Ai sensi dell'art.18 della legge 11 febbraio 1994, n.109, così come modificato dalla L.415/98, il responsabile del procedimento ed il coordinatore unico e relativi collaboratori sono ricompresi fra i soggetti aventi diritto alla corresponsione del fondo anche nel caso di progettazione affidata all'esterno, considerato che l'inciso riportato nella norma ("qualora essi abbiano redatto direttamente i progetti o i piani") si riferisce esclusivamente al personale degli uffici tecnici e non anche al responsabile del procedimento e al coordinatore unico e relativi collaboratori").

Successiva Deliberazione del 13/06/2000 - secondo la ricostruzione riportata in sentenza - "Il responsabile del procedimento ha diritto all'incentivo anche nell'ipotesi di affidamento esterno della progettazione, alla luce dell'art. 18 co. 1 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., che stabilisce che costituiranno economie solo le quote del compenso incentivante per prestazioni affidate all'esterno".

Determinazione n. 43 del 25/9/2000: "il responsabile del procedimento, il coordinatore unico e relativi collaboratori sono stati ricompresi tra i soggetti aventi diritto alla corresponsione dell'incentivo, in seguito alle modifiche all'originario testo dell'articolo 18 della legge quadro apportate con la legge n. 216/95. Occorre quindi distinguere il periodo intercorrente tra l'entrata in vigore di questa legge e l'entrata in vigore

della legge n.144/99. Per il primo periodo, nel caso di progettazione affidata all'esterno, l'inciso riportato nella norma "qualora essi abbiano redatto direttamente i progetti o i piani" si riferisce esclusivamente al personale degli uffici tecnici e non anche al responsabile del procedimento ed al coordinatore unico e relativi collaboratori. L'ulteriore modifica apportata dalla legge n.144/99, oltre alla abrogazione del riferimento al coordinatore unico, ribadisce l'intento del legislatore di prevedere in ogni caso a favore del responsabile del procedimento e dei suoi collaboratori il diritto alla corresponsione dell'incentivo, aggiungendo espressamente la previsione che, nel caso di progettazione esterna, le quote del compenso altrimenti spettante al personale degli uffici tecnici costituiranno economie. Pertanto, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della legge n.216/95 e l'entrata in vigore della legge n. 144/99, appare legittima la corresponsione della quota parte di incentivo per gli incarichi sia di responsabile del procedimento sia di coordinatore unico, anche nel caso di progettazione affidata a professionisti esterni. Successivamente all'entrata in vigore della legge n.144/99, invece, solo il responsabile del procedimento ha diritto alla quota di incentivo nell'ipotesi di ricorso alla progettazione esterna".

Con riferimento alla giurisprudenza del giudice dell'erario, *ex multis*, la sezione regionale di controllo per la Lombardia, con parere n. 247/2014, ha espressamente ritenuto, quale requisito per la legittimità del pagamento di contributi incentivanti, **che il regolamento interno dell'Ente preveda**, "l'erogazione ai soli dipendenti espletanti gli incarichi tassativamente indicati dalla norma (responsabile del procedimento, incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, e loro collaboratori), riferiti all'aggiudicazione ed esecuzione "di un'opera o un lavoro" (non, pertanto, di un appalto di fornitura di beni o di servizi)".

Ha aggiunto, inoltre, la sezione di controllo che "La norma non richiede, ai fini della legittima erogazione, il necessario espletamento interno di una o più attività (per esempio, la progettazione), purché il regolamento ripartisca gli incentivi in maniera conforme alle responsabilità attribuite e devolva in economia la quota relativa agli incarichi conferiti a professionisti esterni".

Pertanto il disegno accusatorio sui prospettati danni erariali viene respinto dalla sezione.

Per danni da lavori senza variante (non autorizzata) non risponde il direttore dei lavori

1. Premessa

Altra importante sentenza di assoluzione (dall'accusa di danni erariali) è anche quella della Corte dei Conti della regione Campania, del 18 settembre 2017 n. 323.

Il direttore dei lavori non risponde dei danni erariali determinati da lavori "commissionati" prima dell'approvazione della perizia di variante.

2. Direttore dei lavori e variante non autorizzata

Nel caso trattato la sezione si trova ad esaminare la citazione in giudizio di un dipendente comunale per la condanna al risarcimento del danno di euro 27.396,55 oltre accessori per i danni subiti da un comune campano "per le spese sostenute per lavori di realizzazione di un muro di contenimento di un terrapieno eseguiti in difformità rispetto alle previsioni progettuali iniziali ed quelle da apportare in variante".

Il convenuto eccepisce in primo luogo la carenza di legittimazione passiva non risultando, a suo dire, il direttore dei lavori e, soprattutto, non avendo potuto – in ogni caso - esercitare alcun potere considerato che la stazione appaltante aveva proceduto alla stipula del contratto nonostante non fosse intervenuta ancora la formalizzazione della perizia di variante.

Operando in questo modo, la stazione appaltante avrebbe, inoltre, disatteso le indicazioni del progettista in merito ai lavori necessari per rendere l'opera sicura, facendo eseguire alla società appaltatrice solo parte dei lavori previsti nella variante e, tra l'altro, senza una preventiva autorizzazione.

E' proprio la circostanza – secondo la difesa - che si è trattato di "lavori non autorizzati dagli organi comunali, e quindi di lavori extracontrattuali, il direttore dei lavori non poteva imporre alcunché all'impresa in nome e per conto della stazione appaltante".

3. Senza variante nessun danno per il direttore dei lavori

In sentenza, in primo luogo, si conferma la legittimazione passiva del convenuto considerato che la sua individuazione come direttore dei lavori risultava da delibere adottate dalla giunta comunale.

La responsabilità del convenuto, però, viene valutata in modo diverso rispetto a quanto prospettato dalla procura.

Pur acclarato che la stazione appaltante ha subito dei danni dalle ulteriori spese sostenute per il completamento dei lavori, gli stessi non potevano, nel caso di specie, essere imputati al direttore dei lavori. Come emerso dalla perizia tecnica – si legge in sentenza – “nell’iter procedimentale di approvazione e realizzazione dei lavori deliberati dal Consiglio comunale (...) il Comune (...) ha stipulato con la società aggiudicataria il contratto di appalto” prima che gli organi deputati provvedessero con la formalizzazione della perizia di variante e dell’atto di sottomissione.

In sostanza, pur essendo il comune a conoscenza della necessità di apportare una variazione al progetto originario a seguito delle risultanze delle indagini geologiche “nelle more della stipula del contratto di appalto”, si procedeva comunque alla stipula del contratto e si procedeva con la consegna dei lavori che venivano eseguiti sulla scorta del progetto originario.

In una situazione simile, lo stesso direttore dei lavori, oggettivamente, si è trovato “privo di poteri” pertanto ad esso non è addebitabile nessuna violazione degli obblighi di servizio né una condotta in colpa grave.

Non essendo stata approvata la perizia di variante e suppletiva da parte dei competenti organi comunali, prosegue la sezione “giammai”, il convenuto, pur direttore dei lavori, “avrebbe potuto imporre alla società appaltatrice l’esecuzione dei lavori in variante”.

Incarichi legali con l'albo: da limitare gli affidamenti in via d'urgenza

1. Premessa

Risulta di grande interesse la deliberazione della sezione di controllo della regione E. Romagna n. 127/2017 per le importanti (e preziose) indicazioni fornite in tema di affidamento di incarichi legali.

La delibera, evidentemente, tiene conto della rilevante modifica apportata sul tema dal codice dei contratti che – in coerenza con le disposizioni comunitarie – riconduce gli incarichi legali, a tutti gli effetti, nell'ambito del sistema appalti sia pure in termini semplificati.

Come si vedrà più avanti, risultano di rilievo le specificazioni sul procedimento di affidamento e la necessità di affidarsi – come anche indicato dall'ANAC – alla predisposizione di uno specifico albo di professionisti nell'ambito del quale scegliere poi i vari soggetti da far concorrere in una ristretta competizione.

2. La ricostruzione della disciplina della fattispecie degli incarichi legali

Correttamente, nella deliberazione si precisa che la configurazione della disciplina applicabile agli incarichi aventi a oggetto un singolo patrocinio legale dev'essere rivista, alla luce dell'entrata in vigore, del nuovo codice dei contratti (il decreto legislativo 50/2016 e succ. modifiche).

A decorrere dal 19 aprile 2016 – data di entrata in vigore del codice - anche il singolo incarico di patrocinio

legale deve essere inquadrato come appalto di servizi; ciò, sulla base del disposto di cui all'art. 17 (recante "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi"), che considera come contratto escluso la rappresentanza legale di un cliente, da parte di un avvocato, in un procedimento giudiziario dinanzi a organi giurisdizionali, nonché la consulenza legale fornita in preparazione di detto procedimento.

Questa interpretazione, come anticipato in premessa, pare preferibile anche tenuto conto di come l'art. 17 richiamato recepisca le direttive dell'Unione europea che accoglie una nozione di appalto più ampia di quella rinvenibile dal nostro codice civile. In ogni caso, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 del citato decreto legislativo, l'affidamento dello stesso deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità.

Alla luce di quanto, si legge sempre nella delibera, l'incarico legale non può più essere considerato in termini fiduciari ma come obiettivo che consegue sulla base dell'attivazione di un procedimento che mira a stabilirne competenze e professionalità ponendo in posizione di parità i vari concorrenti.

In delibera si richiama la sentenza n. 334 del 6 febbraio 2017, il TAR Sicilia – Palermo, Sez. III che, nel giudicare l'affidamento di un appalto di servizi legali alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, ha rimarcato come per esso debba essere assicurata la massima partecipazione mediante una procedura di tipo comparativo idonea a permettere a tutti gli aventi diritto di partecipare, in condizioni di parità e uguaglianza, alla selezione per la scelta del contraente.

3. Processo ricognitorio delle professionalità interne

Gli enti (meglio dire i RUP) che dispongono degli uffici legali – e questo non deve essere sottovalutato a pena di danno erariale - anche dopo l'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, devono preliminarmente operare una ricognizione interna finalizzata ad accertare l'impossibilità, da parte del personale, a svolgere l'incarico (così, da ultima, questa Sezione con la deliberazione n. 66/2016).

4. Le indicazioni dell'ANAC

Sulle novità normative l'ANAC, con delibera n. 1158/2016 ha evidenziato che nell'affidamento di un patrocinio legale le amministrazioni possono attuare i principi di cui all'art. 4 del codice dei contratti pubblici applicando sistemi di qualificazione, ovvero la redazione di un elenco di operatori qualificati, mediante una procedura trasparente e aperta, oggetto di adeguata pubblicità, dal quale selezionare, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare offerte.

La scelta deve essere operata secondo principi di rotazione, applicato tenendo conto, nella individuazione della "rosa" dei soggetti selezionati, dell'importanza della causa e del compenso prevedibile. L'albo può essere – se necessario – articolato in diversi settori di competenza. La limitazione sul numero degli iscritti deve ritenersi non ammissibile.

5. L'affidamento in via d'urgenza

La sezione critica l'approccio delle stazioni appaltanti di affidare gli incarichi attraverso procedimenti derogatori.

A tal riguardo precisa che quando insistano ragioni di urgenza, " motivate e non derivanti da un'inerzia dell'Ente conferente, tali da non consentire l'espletamento di una procedura comparativa, le amministrazioni possono prevedere che si proceda all'affidamento diretto degli incarichi dettagliatamente motivato, sulla base di un criterio di rotazione (ove siano stati istituiti elenchi di operatori qualificati, l'affidatario dev'essere individuato tra gli avvocati iscritti in (...) elenchi)".

6. Le criticità rilevate nell'azione della stazione appaltante (consuete comunque a tutti gli enti)

Nella deliberazione vengono quindi evidenziati una serie di criticità nella gestione del servizio legale che, pur riferiti ovviamente al caso specifico, rivestono comunque una rilevanza generale per tutti gli enti e su cui i RUP dovrebbero attentamente soffermarsi.

In primo luogo si rileva la mancata adozione di norme regolamentari finalizzate a disciplinare l'affidamento dei patrocinii legali (i disciplinari di gara).

Una precisa e completa normativa finalizzata a regolamentare la materia, si legge nella deliberazione, è funzionale ad un corretto *agere* amministrativo da porsi anche a presidio di una attenta spendita delle risorse pubbliche.

Si rileva la violazione dei principi di libera concorrenza e di imparzialità. Nel caso di specie, l'Ente ha affidato tramite bando pubblico, l'appalto di servizi legali per l'attività stragiudiziale e giudiziale di gestione dei sinistri passivi per il periodo dal 18/02/2015 al 17/02/2016 (determina dirigenziale n. 159 del 9/3/2015). La sezione **ha analizzato l'analogo bando di gara per l'anno successivo che ha visto vincitori i medesimi due avvocati.**

Dall'analisi del bando la sezione rileva una irragionevole restrizione dei principi di concorrenza ed imparzialità laddove il Comune richiede, all'art.8, come requisito professionale per partecipare alla procedura aperta "lo svolgimento pregresso di appalti di servizi legali o di incarichi analoghi di collaborazione e consulenza legale per questa Amministrazione Comunale ovvero per Enti Territoriali Locali di dimensioni non inferiori all'Amministrazione Comunale di Reggio Emilia, per un periodo di almeno 5 anni, senza soluzione di continuità".

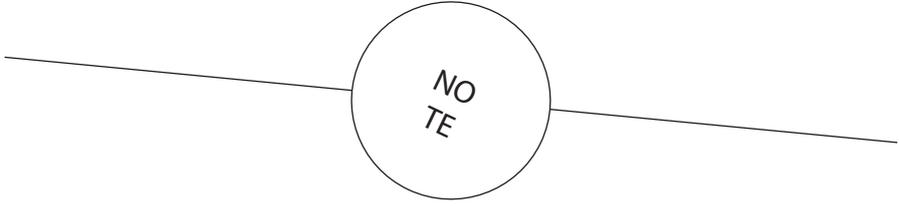
Il principio di adeguatezza e proporzionalità impongono requisiti di ammissione congrui rispetto al conseguimento dell'oggetto dell'appalto, risultando invece irragionevole una previsione della *lex specialis* che consenta la non ammissione alla procedura di un professionista che abbia indicato solo rapporti "con Enti pubblici diversi dagli Enti territoriali locali e con Enti pubblici territoriali locali svolti per un periodo non corrispondente alla durata quinquennale, senza soluzione di continuità".

A margine, la sezione rileva anche la violazione dei principi sul rimborso delle spese legali. Il rimborso delle spese legali, precisa il collegio di controllo, in favore dei dipendenti e degli amministratori pubblici, assolti per non avere commesso il fatto nell'ambito di un procedimento connesso con l'espletamento del servizio, deriva dal principio per cui non solo nei rapporti privati, ma anche in quelli pubblici, chi agisce per un interesse altrui non deve sopportare nella sua sfera personale gli effetti svantaggiosi di questa attività, bensì deve essere tenuto indenne sia dalle spese sostenute sia dai danni subiti per la fedele esecuzione del suo compito (C. conti, S.r. n 707/1991).

Con l'art. 7-*bis* del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, il legislatore ha recentemente riconosciuto questo diritto anche in favore degli amministratori locali "nel caso di conclusione del procedimento con sentenza di assoluzione o di emanazione di un provvedimento di archiviazione, in presenza dei seguenti requisiti: a) assenza di conflitto di interessi con l'ente amministrato; b) presenza di nesso causale tra funzioni esercitate e fatti giuridicamente rilevanti; c) assenza di dolo o colpa grave". Purché ciò avvenga in situazione di invarianza finanziaria naturalmente. L'insussistenza di conflitto d'interessi con l'Ente, *condicio sine qua non* della risarcibilità delle spese in argomento, richiede l'accertamento che i beneficiari del rimborso non abbiano tenuto comportamenti contrari ai doveri d'ufficio.

Solo le pronunce di assoluzione motivate per insussistenza del fatto o perché l'imputato non lo ha commesso, consentono di escludere in radice il conflitto d'interessi.

Qualora, invece, siano motivate ai sensi del comma 2, dell'art. 530, del c.p.p., che ricorre qualora "manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile", occorre altresì verificare l'assenza del conflitto d'interessi con l'Ente pubblico imponendosi pertanto onere del responsabile del procedimento, prima di rimborsare le spese legali, effettuare un accertamento interno.



A series of 18 horizontal dotted lines, evenly spaced, providing a template for handwriting practice.