

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 7

ottobre
2018

MEDIA APPALTI

Le implicazioni procedurali pratiche delle procedure alternative (e non in deroga) dell'affidamento diretto e della procedura negoziata semplificata di cui all'articolo 36 del codice dei contratti

Il grave illecito professionale e il principio del clare loqui alla luce della recente interpretazione pretoria della disposizioni di cui all'art. 80, comma, 5 lett. c) del Codice dei Contratti pubblici

«All'ANAC il potere di impugnare gli atti di gara: in vigore il Regolamento attuativo»

“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
2018**

A scuola di cittadinanza

119.000 meno 2400 uguale 116.600. 116.600 euro. È la differenza degli investimenti dedicati alla manutenzione ordinaria delle scuole tra Lombardia e Calabria. Tra la Regione che investe di più e quella che investe di meno. Una differenza enorme. I dati sono contenuti nel XVI rapporto sulla sicurezza delle scuole che Cittadinanza attiva ha presentato il 27 settembre scorso.

Il divario non può essere giustificato dalla diversa densità della popolazione scolastica tra una regione e l'altra. Valutando la spesa pro-capite per ogni studente le differenze restano: 0,10 euro in Lombardia (1.188.581 studenti) contro lo 0,008 euro in Calabria (275.748 studenti).

Cosa c'è in questi 116.600 euro che dividono le due regioni? Le disparità si alimentano di molteplici fattori. Tra quelli citati da Cittadinanza Attiva citiamo le difficoltà "di alcune amministrazioni locali ad accedere ai diversi bandi e finanziamenti possibili per incapacità progettuali e [...] l'elevato

tasso di arbitrarietà nell'individuazione degli interventi da programmare". Una situazione che produce "un crollo ogni quattro giorni di scuola, tre scuole su quattro senza agibilità statica, solo una su venti in grado di resistere ad un terremoto". Il bollettino di Cittadinanza Attiva è preoccupante.

Per migliorare la sicurezza delle scuole italiane si calcola che sarebbero necessari lavori pubblici per 15-20 miliardi di euro. Cifre esorbitanti la cui reperibilità non sarebbe l'ostacolo più arduo da superare. La vera difficoltà è quella di una costanza da parte dei Governi che si succederanno nel prossimo ventennio. È necessario che siano allineati, che condividano un progetto unitario, che intraprendano una strada e la percorrano fino in fondo.

Qualsiasi sia il loro colore o la loro bandiera. I continui cambiamenti di rotta sulle priorità di Governo sono considerati da Giorgio Santilli de Il Sole 24 ORE, un ostacolo allo sviluppo e

alla ripresa economica. Nella sua analisi del 19 settembre scorso scrive che "la seconda faccia del male italiano (la prima è la lentezza burocratica) è l'eterna riprogrammazione svolta dalla politica anziché cercare minimi comuni denominatori che diano stabilità all'azione pubblica e creino una sorta di piano nazionale condiviso". In questo quadro non c'è mai certezza. Un'opera può sempre essere messa in discussione. Anche dopo l'avvio dei lavori.

Abbiamo bisogno di certezze. Certezze che possono essere generate da una pianificazione politica responsabile. Maurizio Ferrera su corriere.it scrive che "una politica responsabile ha il dovere di guardare lontano, di creare (o salvaguardare) oggi le condizioni per la prosperità di domani. Fra le nuove generazioni ci sono soprattutto figli e nipoti, non estranei. A loro servono asili, scuole, università, servizi per la formazione, politiche attive per l'impiego. [...] Occuparsi del futuro significa investire in primo luogo su questo tipo di infrastrutture".

Vorremmo che fosse così. Vorremmo che i nostri figli abbiano la possibilità di imparare all'interno di scuole sicure, senza barriere architettoniche, con laboratori funzionanti, palestre attrezzate. Vorremmo che fosse così per gli studenti di Lodi e per gli studenti di Crotone. Per tutti. Vorremmo che l'attenzione sulle scuole fosse sempre alta. Che non si ripetano errori nella redazione di un bando che rallentano l'ammodernamento degli istituti scolastici.

È accaduto di recente con "Scuole Innovative", un concorso di idee internazionale per la progettazione e la realizzazione di 51 scuole all'avanguardia.

L'esito del concorso è stato bloccato dall'ANAC perché nel bando non erano indicati i requisiti che i vincitori del concorso (nella fase del progetto) avrebbero dovuto possedere per poter accedere alla fase dell'esecuzione dei lavori con procedura negoziata senza bando. Una svista che ha bloccato l'utilizzo di 350milioni di euro per la realizzazione di scuole innovative, sostenibili, all'avanguardia, a misura di studente.

Vorremmo che le cose cambino. Vorremmo che le infrastrutture fossero efficienti, le strade lisce, i ponti resistenti, le scuole sicure. Deleghiamo le nostre speranze ai palazzi di governo. Pensiamo di assolvere al nostro ruolo di buoni cittadini mettendo una croce su un foglio colorato con una matita indelebile. Ma, probabilmente, non basta. Probabilmente, se vogliamo che le cose migliorino, dovremmo in qualche modo essere attivi. Non basta osservare e commentare. "Può darsi che non siate responsabili per la situazione in cui vi trovate, ma lo diventerete se non fate nulla per cambiarla" diceva Martin Luter King.

Esistono comitati di quartiere, associazioni, organizzazioni attraverso le quali generare un cambiamento della gestione pubblica, per far sentire la voce dei cittadini da una prospettiva apolitica. I lavori pubblici, sono "pubblici", riguardano prima di tutto i cittadini che usufruiranno di infrastrutture e servizi. Quando sentiamo parlare di appalti pubblici, si sta parlando di qualcosa che ci riguarda.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

4

A scuola di cittadinanza

In evidenza

Le implicazioni procedurali pratiche delle procedure alternative (e non in deroga) dell'affidamento diretto e della procedura negoziata semplificata di cui all'articolo 36 del codice dei contratti

7

Sotto la lente

Il grave illecito professionale e il principio del clare loqui alla luce della recente interpretazione pretoria della disposizioni di cui all'art. 80, comma, 5 lett. c) del Codice dei Contratti pubblici

13

Il Punto

Verifica e Validazione del progetto: esecutività del progetto e profili di criticità

24

Sui tratti evolutivi dell'associazione per cooptazione

33

«All'ANAC il potere di impugnare gli atti di gara: in vigore il Regolamento attuativo»

39

L'applicabilità del soccorso istruttorio ai vizi della cauzione provvisoria

49

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

68

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Le implicazioni procedurali pratiche delle procedure alternative (e non in deroga) dell'affidamento diretto e della procedura negoziata semplificata di cui all'articolo 36 del codice dei contratti

di Stefani Usai

IN
EVIDENZA

Premessa

L'articolo 36 del codice dei contratti, come anche emerso nella recente giurisprudenza (in particolare, **Tar Molise, Campobasso, sez. I sentenza del 14 settembre 2018 n. 533**), prevede sostanzialmente tre approcci procedurali per giungere, eventualmente, all'aggiudicazione della commessa.

Al classico e formale procedimento ad evidenza pubblica (artt. 60 e succ.) caratterizzato da un rigoroso rispetto di norme declinate dallo stesso codice, si aggiungono, con l'articolo 36, due altre procedure che, piuttosto che in deroga all'obbligo dell'evidenza pubblica, si pongono come **alternative** che devono – ai fini della loro legittimità – essere caratterizzate da fattori precisi.

Ciò che accomuna le procedure alternative come

disegnate nell'articolo 36 del codice è sicuramente il fatto che deve trattarsi di appalti nell'ambito del sotto soglia comunitario (art. 35 del codice).

Ambito nel quale i vari paesi aderenti all'Unione Europea hanno un certo margine di discrezionalità

nella definizione della disciplina sia pure nell'ambito dei principi della trasparenza, della lealtà amministrativa, della rotazione ed oggettività di comportamento.

Nel caso del nostro Paese, i procedimenti alternativi hanno ricevuto – a differenza delle pregresse acquisizioni in economia disciplinate fin nel dettaglio dal pregresso regolamento attuativo del decreto legislativo 163/2006 (DPR 207/2010) – una sintetica disciplina, riconducibile essenzialmente all'articolo 36 (ed all'applicazione di

una serie di principi e norme richiamati nel primo comma dell'articolo appena citato).

Nel caso del nostro Paese, i procedimenti alternativi hanno ricevuto – a differenza delle pregresse acquisizioni in economia disciplinate fin nel dettaglio dal pregresso regolamento attuativo del decreto legislativo 163/2006 (DPR 207/2010) – una sintetica disciplina, riconducibile essenzialmente all'articolo 36 (ed all'applicazione di una serie di principi e norme richiamati nel primo comma dell'articolo appena citato)



Comma in cui si puntualizza che "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50".

In ogni caso, il tratto che accomuna le due ipotesi alternative, l'affidamento diretto e la procedura negoziata semplificata (per distinguerla dalla procedura negoziata senza pubblicazione di bando di cui all'articolo 53 del codice dei contratti che costituisce procedimento in deroga all'evidenza pubblica e non alternativo), come anche si dirà più avanti, è la rotazione.

Nel commento che segue si cercherà di approfondire soprattutto l'approccio pratico del RUP sia rispetto all'affidamento diretto sia rispetto alla procedura negoziata semplificata.

1. La procedura negoziata semplificata

Una prima constatazione da fare è che, a differenza del pregresso codice degli appalti, l'attuale codice dei contratti non contiene una definizione di procedura negoziata probabilmente perché, oramai, si tratta di un "concetto" che non si può ignorare.

Secondo il pregresso codice degli appalti (art. 3, comma 40) le procedure negoziate "sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto".

A ben vedere, tale concetto/definizione, probabilmente, si attaglia maggiormente alla procedura negoziata in deroga alla gara ad evidenza pubblica (se non addirittura alla procedura ristretta) considerato che il meccanismo disciplinato dall'articolo 36, comma 2 lett. b e segg., non contempla una fase di "negoziato" per definire le regole/condizioni del futuro rapporto

visto che il RUP dovrà formalizzare degli inviti richiedendo la presentazione di "autentiche" offerte tecnico/economiche secondo le modalità (pur più formali) della procedura ad evidenza pubblica.

La fase di negoziazione – che rappresenta una sorta di concertazione su aspetti tecnici/economici dell'appalto (o della concessione) –, senza scomodare ipotesi particolari (si pensi al dialogo competitivo), può avvenire in realtà in fase di indagine di mercato che non è la procedura negoziata ma, caso mai, la fase propedeutica secondo la norma imprescindibile che può essere "superata" con degli avvisi a manifestare interesse alla partecipazione alla gara.

Una forma "blanda" di negoziazione può realizzarsi anche in fase di consultazione preliminare (art. 66 del codice) nel senso che i contributi/documenti ricevuti dagli appaltatori che si sono prestati possono "condizionare/influenzare" la predisposizione degli aspetti tecnico/economici della gara.

2. Le condizioni richieste per utilizzare la procedura negoziata semplificata

La condizione legittimante per utilizzare i procedimenti a "competizione" semplificata, come si è detto, è che si operi nell'ambito del sotto soglia comunitario.

Il legislatore, come si può vedere dalle ipotesi sotto riportate, ha "graduato" l'intensità della competizione in base all'importo richiedendo un numero di operatori da invitare differente.

In sostanza, banalizzando, la competizione dovrà coinvolgere un numero minimo di soggetti per assicurare trasparenza ed oggettività.

In questo senso, le ipotesi declinate nell'articolo 36 prevedono:

"b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci

operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. (...). L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati";

"c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati.

3. La partecipazione minima e gli obblighi del RUP

La proposta di utilizzo della procedura negoziata semplificata, costituisce uno dei compiti istruttori del RUP. Pertanto, evidentemente, questo avrà il compito di verificare preventivamente le varie condizioni legittimanti.

Uno dei primi adempimenti istruttori – come anche ribadito nelle linee guida ANAC n. 4 (che propone modelli virtuosi da seguire nel caso dell'utilizzo della disposizione di cui all'articolo 36 del codice) – è quella di verificare l'opportunità tecnico/economica di svolgere la gara ad evidenza pubblica.

Riguardo a tale scelta tecnica, l'approccio del RUP non deve esprimersi in senso "opportunistico" ma tecnico ovvero è tenuto a verificare se l'espletamento della gara consentirà realmente alla stazione appaltante di acquisire la miglior prestazione possibile sotto il profilo tecnico/economico o se, invece, l'utilizzo di un procedimento formale e formalistico abbia solo l'effetto di determinare una eccessiva spendita di tempo (e quindi di risorse economiche) assolutamente non adeguata.

In questo senso deve essere inteso l'inciso di cui al secondo comma dell'articolo 36 laddove si

premette che la scelta di utilizzare i procedimenti semplificati deve essere intesa sempre fatta "salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie". Questo riferimento appena riportato pone una primo ordine di problemi ovvero se il RUP debba o meno – nella proposta di determinazione a contrattare – motivare la scelta di utilizzare i procedimenti semplificati.

A parere di chi scrive, una motivazione, pur sintetica, deve essere indicata nell'atto.

Occorre, per intendersi, evidenziare almeno che l'utilizzo della procedura "aperta" non è adeguata rispetto all'acquisizione della commessa sia per importo contenuto sia per l'eccessiva spendita di tempo e di risorse economiche (in tempo lavoro del RUP e dei collaboratori di questo).

Tra gli altri adempimenti istruttori del RUP, a cui occorre prestare particolare attenzione, insiste quello dell'assicurare la partecipazione minima alla futura competizione.

L'utilizzo dell'avverbio "almeno" (5 o 10 o 15 appaltatori) deve essere inteso rigorosamente da parte del responsabile unico del procedimento (e da parte del dirigente/responsabile del servizio che poi "firma" gli atti a valenza esterna) come obbligo di assicurare – ovvero compiere tutti gli sforzi istruttori possibili – per assicurare il dato minimo di partecipazione.

Sotto il profilo pratico, quindi, nel momento degli inviti, il numero dei soggetti da "chiamare" a presentare offerta deve essere ben superiore al numero minimo prevedendo che alcuni appaltatori non presenteranno la propria offerta. Ed in caso di partecipazione esigua sarà opportuno anche valutare l'eventuale possibilità di rinnovare il procedimento. Sempre che la partecipazione esigua non sia realmente determinata dalle particolari condizioni del mercato e da una presenza oggettivamente contingentata in relazione alla commessa da aggiudicare.

Del resto, la stessa norma stabilisce una partecipazione minima di appaltatori "ove esistenti".

Altro adempimento istruttorio – oggi particolarmente sentito in giurisprudenza e tra gli appaltatori – è quello relativo alla rotazione. L'applicazione del "criterio" (e non "semplice" principio) della rotazione è oggi uno dei temi maggiormente "frequentati" dalla dottrina e dalla giurisprudenza ed oggetto di frequentissimo contenzioso.

A ben valutare, sotto il profilo pratico/istruttorio neppure le rinnovate linee guida n. 4 dell'ANAC hanno risolto i vari problemi applicativi considerato che non si tratta di atto vincolante per le stazioni appaltanti.

L'applicazione pratica della rotazione deve essere quindi predefinita dal RUP. In sostanza, nella redazione degli atti – in particolare già nell'avviso per l'indagine di mercato - occorrerà

specificare che tipo di approccio tecnico/istruttorio la stazione appaltante intenda adottare rispetto al criterio dell'alternanza.

Sempre che già la stazione appaltante non si sia dotata di un proprio regolamento interno e/o indirizzo generale che ne disciplina l'applicazione pratica.

In ogni caso, l'eventuale deroga alla rotazione (che può coinvolgere il pregresso affidatario ed i soggetti già invitati al procedimento di aggiudicazione della "stessa" commessa o commessa riconducibili al settore/servizio del precedente appalto) deve avere una adeguata motivazione nei limiti di quanto già indicato nelle linee guida ANAC n. 4.

Ad esempio, se si intendesse riammettere anche il pregresso affidatario occorrerà trovare una adeguata motivazione che non potrà sostanzarsi nella sola circostanza di aver ben operato considerato che a ciò l'appaltatore è obbligato da un contratto.

Potrà, tale scelta di deroga, trovare una seria motivazione nella circostanza, oggettiva, che il mercato non esprime un numero consistente di appaltatori. Ma tale certificazione – di competenza del RUP – dovrà essere reale.

Di recente, la giurisprudenza (**Tar Puglia, Lecce n. 1322/2018**) ha sottolineato – a

parere di chi scrive, condivisibilmente - che l'invito indiscriminato rivolto ai soli appaltatori iscritti sul mercato elettronico non legittima la deroga alla rotazione esigendo sempre una adeguata motivazione. Secondo il giudice da ultimo citato, la procedura negoziata semplificata, al fine di giungere all'acquisizione della commessa e considerati gli obblighi imposti dalla *spending review* (di utilizzare il mercato elettronico), non si esaurisce nelle

fasi dell'indagine di mercato e degli inviti ma richiede una fase preventiva di "invito" agli appaltatori di iscriversi nel mercato elettronico; solo in questo modo il "lancio" successivo di richiesta di adesione e di manifestazione di interesse a partecipare alla gara (propedeutica agli inviti) coinvolgerà realmente ogni soggetto potenzialmente interessato presente nel mercato. L'invito indiscriminato sui soli iscritti nel mercato – secondo il giudice pugliese – non legittima la deroga alla rotazione. Ovviamente quando il mercato elettronico rappresenta un momento del procedimento imprescindibile a pena di nullità degli atti compiuti.

Nel caso trattato l'appalto era stato ri-aggiudicato al pregresso affidatario e la deroga alla rotazione non risultava motivato. Pertanto, il giudice ha annullato gli atti di aggiudicazione per violazione della rotazione sottolineando la necessità di un procedimento trifasico ovvero:

La fase di negoziazione – una sorta di concertazione su aspetti tecnici/economici dell'appalto (o della concessione) – senza scomodare ipotesi particolari (si pensi al dialogo competitivo) può avvenire in realtà in fase di indagine di mercato che non è la procedura negoziata ma, caso mai, la fase propedeutica secondo la norma imprescindibile ma che può essere "superata" con degli avvisi a manifestare interesse alla partecipazione alla gara.



- a) avviso pubblico dell'intendimento di procedere con l'appalto sul mercato elettronico "invitando" gli appaltatori interessati ad iscriversi nel mercato;
- b) successivo avviso a tutti gli iscritti a manifestare interesse ad essere invitati alla competizione semplificata;
- c) fase degli inviti.

In questo caso la deroga alla rotazione è *in re ipsa*, ovvero la stazione appaltante predispone un avviso aperto che legittima il superamento del criterio (come anche chiariscono le linee guida n. 4 dell'ANAC). Negli altri casi la deroga deve avere una motivazione oggettiva e concreta. Fatta salva l'ipotesi delle fasce di importo definite nel regolamento interno della stazione appaltante che consente di limitare l'applicazione della rotazione solo nell'ambito degli importi predefiniti. In conclusione, quindi, oggettiva attenzione occorre prestare nell'indagine di mercato che deve essere realmente aperta e trasparente e sul punto risultano estremamente utili le indicazioni dell'ANAC contenute nelle linee guida n. 4 a cui si rinvia.

4. L'affidamento diretto quale procedimento specifico di aggiudicazione

Ulteriore procedura alternativa semplificata è l'affidamento diretto (consentito nell'ambito dei 40mila euro).

Come detto, la differenza tra procedimento alternativo e procedimento in deroga è sostanziale (visto che l'affidamento diretto - nel caso dell'articolo 63 - è ammesso anche nel sopra soglia comunitario) è che la seconda ipotesi (della deroga) deve trovare attenta ed adeguata motivazione.

La decisione di utilizzare un procedimento eccezionale (ai sensi dell'articolo 63) deve essere motivato da situazioni di urgenza oggettiva non imputabile alla stazione appaltante.

È chiaro, invece, che un procedimento alternativo (nell'ipotesi di cui all'articolo 36) non richiede un simile apparato motivazionale "aggravato". Le due ipotesi (art. 63 e art. 36) sono profondamente e concettualmente diverse.

Non a caso, recentissima giurisprudenza già citata sopra (**Tar Molise, Campobasso, sez. I sentenza del 14 settembre 2018 n. 533**) ha chiarito che l'affidamento diretto entro i 40mila euro (ai sensi dell'articolo 36) "procedura ultra - semplificata, nella quale la speditezza dell'acquisizione deve prevalere sul rigido formalismo".

Si è in presenza, quindi, di uno specifico procedimento previsto dal legislatore per ovviare a situazioni particolari in cui l'esiguità economica dell'acquisizione (entro i 40mila euro) non giustifica l'utilizzo di un procedimento complesso e formale - che richiede anche tempi lunghi per giungere all'aggiudicazione - che risulterebbe quindi "sproporzionato" rispetto alle esigenze della stazione appaltante.

In queste condizioni, visto che una pre valutazione tecnica sull'utilizzo del procedimento di affidamento diretto semplificato (da intendersi senza neppure il confronto tra preventivi) è già stata fatta dal legislatore, la motivazione di competenza del RUP risulterà abbastanza laconica se non per gli aspetti relativi alle vicende che hanno portato alla individuazione dell'appaltatore e non anche sull'utilizzo della procedura.

5. Lo spazio "operativo" dell'affidamento diretto

Nell'ambito dei 40mila euro (importo inferiore ai 40mila euro) di cui all'articolo 36, il RUP opera in uno "spazio" istruttorio assolutamente "libero" nel senso che non ha alcun obbligo di coinvolgere più appaltatori nell'affidamento potendo determinarsi ad un affidamento diretto sempre secondo, naturalmente, valutazioni tecniche.

**Altro adempimento istruttorio
- oggi particolarmente
sentito in giurisprudenza e
tra gli appaltatori - è quello
relativo alla rotazione**



Come si legge nella sentenza sopra citata, nel caso dell'affidamento diretto non è imposto alcun specifico obbligo motivazionale – se non il rispetto assoluto della rotazione salvo casi eccezionali da giustificare - né insiste alcun obbligo di interpellare più operatori visto che la stessa norma (come modificata dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017) addirittura esclude l'obbligo dell'escussione di più preventivi.

Ovviamente, il RUP dovrà giustificare la congruità del prezzo praticato oltre all'adeguatezza del prodotto da acquisire rispetto ai desiderata della stazione appaltante.

I due riferimenti, prezzo e condizioni tecniche, sono i dati tecnici che devono guidare sempre l'operato del RUP in modo che si possa sempre giustificare adeguatamente l'acquisto.

Il grave illecito professionale e il principio del clare loqui alla luce della recente interpretazione pretoria della disposizioni di cui all'art. 80, comma, 5 lett. c) del Codice dei Contratti pubblici

di Adriana Presti

SOTTO
LA
LENTE

1. Il contesto normativo

Come è noto, l'art. 80, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (il "Codice") reca l'elenco dei c.d. "requisiti di idoneità morale" che devono possedere i concorrenti e la cui mancanza costituisce "motivo di esclusione". Tra i quali vi è la causa di esclusione di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), consistente nel "grave illecito professionale".

La disposizione prevede testualmente che la stazione appaltante (la "S.A.") esclude l'operatore economico quando dimostri con mezzi adeguati che quest'ultimo si è reso colpevole di **gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.**

La norma contiene una elencazione esemplificativa della gamma di illeciti che rientrano in detta fattispecie, ed in particolare:

- le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la

risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;

- il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;

- il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

La S.A. deve, quindi, valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre

amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:

L'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nel citato art. 80, comma 5, lett. c) non è tassativa ma solo esemplificativa in quanto mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra Amministrazione e operatore economico, consentendo quindi di attribuire rilevanza a ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del secondo.



a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio;

b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

Da detta disposizione scaturiscono diverse questioni problematiche, atteso che la norma sembra precludere la possibilità per la S.A. di comminare l'esclusione dalla gara allorché l'operatore abbia contestato in giudizio la risoluzione contrattuale. Dubbi sussistono anche sulla commisurazione dell'entità delle "altre sanzioni" eventualmente applicate a fronte di un inadempimento di un obbligo contrattuale e sui conseguenti oneri dichiarativi.

2. I profili oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE: la grave carenza nell'esecuzione di un precedente contratto

In ordine all'interpretazione dell'art. 80, comma 5, del Codice pende più di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE.

Il TAR Napoli, con l'Ordinanza del 13 dicembre 2017, n. 5893 ha rimesso alla predetta Corte la questione pregiudiziale in ordine alla disposizione di cui all'art. 80 del Codice, laddove la stessa sembrerebbe precludere alla stazione appaltante di valutare un precedente inadempimento contrattuale anche in caso di contestazione giudiziale della risoluzione.

Parte della giurisprudenza¹, infatti, ha ritenuto che, laddove la gara rientri nel campo di applicazione del Codice, venga a configurarsi un ineludibile obbligo legale di ammissione della concorrente, qualora la anticipata risoluzione del contratto sia stata contestata in giudizio.

Difatti, la nuova norma (a differenza della previgente simile disciplina dettata dall'art. 38 primo comma lett. f) del D.Lgs. 163/2006) renderebbe irrilevante – ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara indette dalla P.A. – la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione ancora "sub iudice" (e finanche in presenza di una pronuncia cautelare negativa da parte dell'adito Tribunale Civile).

Il TAR Napoli, pur considerando l'apprezzabile fine di limitare la discrezionalità delle S.A. in ordine alla partecipazione degli operatori economici che hanno evidenziato significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto, ha osservato che così si realizzerebbe una tipizzazione della particolare fattispecie dell'inadempimento contrattuale, per la quale è richiesta la risoluzione con un accertamento incontestato tra le parti², ovvero una condanna al pagamento del risarcimento del danno o altre sanzioni.

Senonché in tal modo si priverebbe di effettività **la causa di esclusione facoltativa**, in quanto il meccanismo disegnato precluderebbe ogni possibilità di valutare l'affidabilità del concorrente, rimettendola all'esito del giudizio civile sulla risoluzione, che nella maggior parte dei casi interverrà, per la necessaria durata di quella



1. T.A.R. Sicilia, 10 novembre 2017, n. 2548; T.A.R. Sicilia, 3 novembre 2017, n. 2511; T.A.R. Puglia, sez. III 18 luglio 2017, n. 828; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016 n. 1935; T.A.R. Calabria, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 1935; T.A.R. Puglia, sez. I, 30.12.2016, n. 1480, T.A.R. Bari n.828/2017, v Catanzaro n. 2522/2016, T.A.R. Lecce n. 1935/2016; T.A.R. Palermo 17 novembre 2017, n. 2511. Il Consiglio di Stato, nella sentenza sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955, ha affermato il seguente principio di diritto: "l'art. 80, comma 5, lett. c), consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità», con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, «significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata», le quali siano alternativamente non siano contestate in giudizio dall'appaltatore privato o – per venire al caso che interessa nel presente giudizio – sia stata «confermata all'esito di un giudizio»".

2. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 12 ottobre 2017, n. 4781.

lite, in un momento in cui si sono prodotti effetti irreversibili, qualora la gara sia stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che per effetto della decisione sulla risoluzione avrebbe dovuto essere escluso.

Sicché il TAR Napoli con la richiamata Ordinanza ha chiesto alla Corte di Giustizia di valutare se i principi comunitari ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione.

Successivamente anche il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali concernenti la medesima interpretazione della norma. Più in particolare, con le Ordinanze della Sez. V, 3 maggio 2018, n. 2639 e 23 agosto 2018 n. 5033 è stato chiesto alla Corte di valutare **se** il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, **l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio.**

Secondo il Collegio, l'art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce che le amministrazioni appaltanti possono escludere gli operatori economici "se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti

professionali, il che rende dubbia la sua integrità". Dalla lettura della disposizione e del Considerando 101 della richiamata Direttiva risulta chiaro che il legislatore europeo ha ritenuto di consentire l'esclusione dell'operatore economico se la stazione appaltante è in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale "anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori".

In questo senso, del resto, ben si comprende il richiamo alla responsabilità dell'amministrazione per una sua eventuale decisione erronea. Il legislatore italiano, al contrario, ha stabilito che l'errore professionale, passibile di risoluzione anticipata (per definizione "grave" ex art. 1455 Cod. civ. nonché ex art. 108, comma 3, del Codice) non comporta l'esclusione dell'operatore in caso di contestazione in giudizio. La conseguenza è la necessaria subordinazione dell'azione amministrativa agli esiti del giudizio; ciò è astrattamente possibile, essendo comprensibile che la scelta dell'amministrazione sia vincolata agli esiti di un giudizio, ma è incompatibile con i tempi dell'azione amministrativa.

La ragione è evidente: risolto il contratto per grave inadempimento dell'operatore economico, l'amministrazione dovrà indire una nuova procedura di gara per concludere un nuovo contratto; all'operatore economico inadempiente sarà sufficiente contestare in giudizio la risoluzione per ottenere l'ingresso nella nuova procedura, dovendo l'amministrazione attendere l'esito del giudizio per poter procedere legittimamente alla sua esclusione. Il che è destinato a ripetersi costantemente, con la conseguenza per l'amministrazione di trovarsi a dover valutare in maniera imparziale un operatore economico che aveva già giudicato inaffidabile tanto da aver risolto il precedente contratto con lo stesso stipulato. Di tal ché l'amministrazione appaltante non può, in questo modo, assumere la propria responsabilità nella decisione di escludere l'operatore, dovendo attendere, comunque, l'esito del giudizio.

Il Consiglio di Stato ha, pertanto, osservato che se obiettivo del legislatore nazionale

è quello di alleggerire l'onere probatorio a carico dell'amministrazione per rendere più efficiente l'azione amministrativa attraverso l'elencazione di casi in cui è possibile escludere l'operatore economico (come in Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018 n. 1299), lo strumento non è adeguato poiché l'azione amministrativa è arrestata dall'instaurazione di altro giudizio in cui è contestato il grave illecito professionale; se l'obiettivo è garantire che l'operatore economico sia definitivamente escluso dalla procedura di gara solo quando il grave illecito professionale è confermato all'esito di un giudizio, è sufficiente imporre all'amministrazione di fornire adeguata motivazione dell'esclusione, lasciando al giudice amministrativo di sindacare la ragionevolezza.

La norma interna fa dipendere dunque dalla scelta dell'operatore economico – di impugnare o meno la risoluzione in sede giurisdizionale – la decisione dell'amministrazione; a fronte di "gravi illeciti professionali" identici, allora, un operatore sarà escluso in quanto non ha proposto impugnazione giurisdizionale della risoluzione e l'altro, per averla proposta, non potrà essere escluso.

Dacché ne discende che, a fronte dell'orientamento giurisprudenziale dei Giudici di Palazzo Spada ed in attesa della pronuncia della Corte UE, la mera contestazione in giudizio di una risoluzione contrattuale non sarà di per sé sufficiente né ad escludere il correlato obbligo dichiarativo³, né un eventuale provvedimento di esclusione da una procedura.

Non v'è dubbio, infatti, che ciò che, tramite i rinvii, è stato radicalmente messo in discussione è il meccanismo di tipo presuntivo che ancora la tipizzata fattispecie escludente alla mancata contestazione in giudizio della risoluzione

contrattuale. Ne consegue che a un'impresa non basterà aver contestato in giudizio la risoluzione contrattuale subita per porsi completamente al riparo, per tutta la durata - per giunta, prevedibilmente consistente - del processo, dal rischio di esclusioni da gare d'appalto indotte dalla relativa vicenda risolutoria.

Il che verosimilmente potrà altresì comportare il rischio che le S.A. considerino come pressoché automatica la causa di esclusione in questione, allorché sia intervenuta la risoluzione di un precedente contratto per grave inadempimento dell'appaltatore e, dunque, a prescindere dalla contestazione in giudizio di una tale misura. Il che, in assenza di un eventuale intervento correttivo del legislatore, comporterà necessariamente la definizione a livello pretorio di una casistica che dovrà pur sempre fare i conti con l'intangibile sfera della discrezionalità amministrativa di cui godono in materia le S.A., fatti salvi, sempre, i limiti della manifesta irragionevolezza e, più in generale, dell'eccesso di potere nelle sue ulteriori declinazioni. La S.A. resta, infatti, pur sempre vincolata, nell'an dell'esercizio della discrezionalità di cui gode, alla effettiva sussistenza di fatti connotati da una significativa, palese ed oggettiva gravità, tali, cioè, da poter incidere sull'affidabilità della persona del contraente privato.

Certo è che laddove si discuta di una risoluzione per inadempimento che si trovi *sub iudice*, la Stazione Appaltante, in applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, potrà procedere all'esclusione, allorché sia in grado di fornire, con i necessari supporti probatori, una motivazione, per così dire, rafforzata ed adeguata sulla effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa e finanche sulla eventuale pretestuosità delle contestazioni da



3. Si segnala contra Cons. St., sez. v, 3 settembre 2018, n. 5136 , secondo cui "nelle gare di appalto grava sull'operatore economico l'obbligo di autocertificare nel DGUE tutti i fatti tipicamente sintomatici della mancanza di integrità od affidabilità (tra cui in particolare le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto solo quando "hanno causato la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni"); con il corollario che non ha invece l'obbligo di dichiarare altre "notizie" e ciò perché queste non sono "astrattamente" – cioè secondo il modello legale astratto delineato dall'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 – idonee allo scopo. In particolare sussiste l'obbligo dell'operatore economico di auto-dichiarare soltanto le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che abbiano causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio".

questa sollevate in giudizio avverso la misura risolutoria. Il tutto fermo restando che anche casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione (si veda in tal senso la Direttiva 2014/24/UE).

Per il vero su una simile lunghezza d'onda, una altrettanto recente sentenza del Consiglio di Stato⁴ aveva già osservato che il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati dal legislatore, può rilevare comunque a fini escludenti qualora assurga al rango di "grave illecito professionale", tale da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, e deve pertanto ritenersi rimessa alla discrezionalità della S.A. la valutazione della portata di "pregressi inadempimenti che non abbiano (o non abbiano ancora) prodotto" simili effetti specifici, fermo restando che in tale eventualità i correlativi oneri di prova e motivazione incombenti sull'Amministrazione sono ben più rigorosi e impegnativi rispetto a quelli operanti in presenza delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge.

3. Le "altre sanzioni" indice di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto

L'art. 80 comma 5, lett. c), del Codice, come si è anticipato, richiede che l'illecito professionale sia grave e tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente. Tra le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto rientrano anche le c.d. "altre sanzioni". A tale proposito, nel **Parere del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2016 n. 2286**, reso in ordine alle Linee Guida ANAC n. 6/2016, è stato chiarito che l'art. 80, c. 5, lett. c), in combinato con il c. 13, del

Codice, demanda alle linee guida **il solo compito di individuare la casistica delle significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti⁵**; ma indica già in modo **compiuto e tassativo un indice di riconoscimento delle "significative carenze"**, ancorato agli effetti giuridici che si sono prodotti, e che sono i seguenti: "risoluzione anticipata del contratto, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero una condanna al risarcimento del danno **o l'applicazione di altre sanzioni**". **Possono essere considerate come "altre sanzioni", l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta.**

Le Linee Guida ANAC n. 6⁶ come aggiornate nel corso del 2017, nel fornire l'esemplificazione dei mezzi di prova adeguati, hanno individuato come rilevanti i provvedimenti di applicazione delle **penali di importo superiore**, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, **all'1% dell'importo del contratto.**

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha di recente statuito che la minima rilevanza economica della sanzione (di per sé inferiore all'1% del valore annuo della commessa) risulta essere tale da non poter assumere alcuna valenza ai sensi dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 al fine di poter costituire un pregiudizio all'acquisizione di ulteriori commesse pubbliche. Con la conseguenza che vi è un effettivo dubbio sulla portata dell'omissione dichiarativa in concreto manifestatasi che meglio avrebbe potuto risolversi con l'applicazione del principio del favor participationis, piuttosto che con il provvedimento di esclusione concretamente irrogato (in tal senso T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20

4. Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018 n. 1299. In tal senso anche Cons. giust. amm. Sicilia, 30 aprile 2018, n. 252.

5. E non di ampliarne la portata come sembrerebbe essere stato posto in essere.

6. Sulla coerenza delle stesse si v. ad es. A Amore, Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs., n. 50/2016 tra Linee Guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità, in Urbanistica e Appalti, 6/2017, p. 763. Si veda altresì F. Cintioli, Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC, in Il Diritto Processuale Amministrativo, fasc. 2, giugno 2017; e Miche di Donna, I Cartelli antitrust e l'esclusione dalla gara d'appalto al debutto del nuovo Codice, in Urbanistica e Appalti, 4/2017, p. 554.

settembre 2018, n. 1232).

La giurisprudenza non ha mancato per altro verso di valorizzare la diversa valenza del contenuto pattizio di una transazione nella quale sia stato convenuto un obbligo risarcitorio e una penale. Infatti in tale ambito, essi non costituiscono espressione di un potere giurisdizionale o amministrativo ma, piuttosto, la regolazione in via consensuale della sorte del rapporto, per cui il risarcimento del danno non ha fonte in una "condanna" che sia stata comminata, né la penale può dirsi autoritativamente inflitta. Ciò fa perdere ai rilevati elementi la pregnanza che assumono ai fini che qui interessano, stante la volontaria accettazione dei relativi obblighi (che l'Impresa potrebbe aver assunto valutando il rapporto costi/benefici della controversia instaurabile).

Da ciò discenderebbe l'impossibilità di far derivare, dall'atto transattivo, la considerazione che ricorrano gli estremi di una responsabilità dell'impresa, causa di esclusione (cfr. T.A.R. Napoli, Sez. III, 5 ottobre 2017, n. 4677).

4. Gli oneri dichiarativi di cui all'art. 80 comma 5 e l'impossibilità e l'inopportunità di filtrarne la rilevanza a priori

In ordine agli oneri dichiarativi incombenti sull'operatore economico in caso di fattispecie rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, la giurisprudenza⁷ ha, a più riprese, ribadito come in base a tale norma sia stato consacrato nel nostro ordinamento dei contratti pubblici un vero e proprio principio del **clare loqui** - di per sé costituente espressione particolare del più generale canone della buona fede precontrattuale - in forza del quale l'operatore economico che concorra in una procedura di evidenza pubblica è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente

rilevanti ai fini del riscontro dell'effettivo possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alla stessa.

Da tale assunto discende che non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di competenza⁸.

La latitudine di tale obbligo dichiarativo, tuttavia, può subire un'attenuazione nella ipotesi limite in cui possa - con sufficiente certezza ed *a priori* - escludersi la sussistenza di una fattispecie rilevante ai fini dell'applicazione della disposizione in parola. Si tratta ovviamente di una scelta che non pone al riparo l'operatore economico da eventuali contestazioni e/o strumentalizzazioni di sorta anche da parte di terzi.

Il Giudice amministrativo, in una vicenda in cui si discuteva della mancata esclusione per assenza di dichiarazione in ordine all'applicazione di una penale di lieve entità, ha statuito, in applicazione di detto principio-limite, che non è ravvisabile un grave illecito professionale tale da metterne in discussione l'affidabilità e l'integrità del concorrente, allorquando non venga in rilievo una risoluzione del contratto ma la sola applicazione di penali di modesta entità.

Con la conseguenza che, secondo il Collegio, il concorrente non è sanzionabile con l'esclusione per aver omesso indicazioni rilevanti ex art. 80, co. 5 lett. c) del Codice (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 6 aprile 2018, n. 712; id. 22 maggio 2017, n. 1118).

Per altro verso, il Consiglio di Stato⁹ ha di recente evidenziato come, da una lettura sistematica del disposto di cui al co. 5, lett. c) ed f-ter) nonché di



7. Da ultimo TAR Puglia, Bari, Sez. I, 20 settembre 2018, n. 1232.

8. Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192 già conformi Cons. St., 11 aprile 2016, n. 1412, Cons. St., 25 febbraio 2015, n. 943, Cass. 14 maggio 2013, n. 2610.

9. Cons. St., sez. V, 13 settembre 2018, n. 5365.

cui al co. 12 dell'art. 80, si evince che:

i. la S.A. deve escludere il concorrente che, nell'ambito della medesima procedura di gara, abbia reso dichiarazioni false o fuorvianti idonee ad influenzarne l'esito ovvero abbia omissso di rendere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura (ai sensi di quanto disposto dalla lett. c), co. 5, dell'art. 80);

ii. e che contestualmente la S.A. deve anche procedere a segnalare l'accaduto all'ANAC che, all'esito dell'autonomo procedimento amministrativo, al ricorrere delle condizioni di cui al co. 12 dell'art. 80, valuterà se disporre o

meno l'iscrizione del concorrente nel casellario informativo, in tal modo precludendogli la partecipazione alle gare per il periodo di efficacia dell'iscrizione (massimo per due anni);

iii. ed ancora che, nelle successive procedure di gara, l'esclusione del concorrente per avere reso - con dolo o colpa grave - falsa dichiarazione ovvero per avere prodotto falsa documentazione in una precedente

gara, può essere disposta dalla S.A., solo se vi sia stata iscrizione nel casellario informatico dell'Autorità e per il periodo di efficacia della predetta iscrizione, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera f-ter) e comma 12 del Codice.

Con la conseguenza che, al di fuori di quest'ultima ipotesi rimarrebbe preclusa alle S.A. l'autonoma valutazione della condotta del concorrente che abbia reso dichiarazioni false o prodotto falsa documentazione in una pregressa procedura.

Rimane, tuttavia, salva la possibilità di escludere il concorrente nel caso in cui risulti perdurare la circostanza escludente a cui si riferiva la falsità originaria (ad esempio, nel caso della sussistenza della medesima situazione di irregolarità fiscale e/o contributiva, la cui assenza è stata falsamente dichiarata).

Applicando tali principi, il Consiglio di Stato ha così statuito che una precedente esclusione per irregolarità fiscale non possa assumere rilievo, quale motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale, e quindi circostanza da

dichiarare, atteso che, diversamente opinando, si realizzerebbe una indefinita protrazione di efficacia, "a strascico", delle violazioni relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse, laddove l'art. 80, comma 4, del Codice riconosce efficacia escludente alla partecipazione alla gara solamente sino al momento in cui il concorrente non provveda alla

regolarizzazione della propria posizione, od anche ottenga la rateizzazione del debito tributario e sia in regola con i relativi pagamenti.

In un altro recente caso¹⁰, il Consiglio di Stato si è occupato della portata interpretativa dell'ultimo periodo della disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, che, come anzidetto, tra le fattispecie escludenti rilevanti riconduce altresì la condotta dell'operatore che si manifesti nella mancata rappresentazione, alla S.A., di «informazioni dovute ai fini del corretto

Sussiste l'obbligo di onnicomprensività della dichiarazione in vista dell'apprezzamento di spettanza esclusiva della stazione appaltante; la gravità dell'evento, infatti, è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta di norma, l'esclusione dalla gara specifica (Cons. Stato, Sez. III - sentenza 13 giugno 2018, n. 3628).

10. Cons. St., sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142.

svolgimento della procedura di selezione».

Il Collegio, in proposito, ha rammentato come siffatta previsione costituisca **una sorta di clausola di chiusura**, che impone ai concorrenti di portare la S.A. a conoscenza di **tutte le informazioni relative alle proprie precedenti vicende professionali che possano astrattamente essere ricondotte alla categoria del «grave illecito professionale. Di tal ché** il concorrente può incorrere in un **grave errore professionale endoprocedurale** se omette di ottemperare a tale onere.

Sulla scorta di tali premesse il Collegio, nel merito dell'omissione dichiarativa posta in essere nella fattispecie dal concorrente, ha ritenuto rilevanti le vicende - di rilevanza penale per le quali erano state pronunciate sentenze di condanna ovvero erano in corso di svolgimento indagini con l'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale nei confronti dei vertici delle società partecipanti al raggruppamento - da questi erroneamente non rappresentate alla S.A.. Trattandosi senza dubbio di circostanze che necessariamente devono «essere sottoposte all'attenzione della stazione appaltante per consentirle un più sicuro giudizio sulla integrità ed affidabilità del raggruppamento». Di tal ché «l'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti (...) costituisce "grave errore professionale" che conduce all'espulsione del concorrente solo se la stazione appaltante - e non altri - lo reputi idoneo a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore».

Ed ancora da ultimo il Consiglio di Stato¹¹, in ordine

ad una fattispecie regolata dal precedente Codice di cui a D.Lgs. n. 163/2006, ha affermato che sussiste in capo alla S.A. un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti: costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione. Da ciò discende che il concorrente è tenuto a dichiarare le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, rientrando nell'ambito dell'obbligo dichiarativo di cui si discute tutti gli eventi che, benché oggetto di contestazione ed ancora *sub iudice*, avessero dato corso ad azioni di risoluzione

contrattuale ovvero ad azioni risarcitorie ad iniziativa del committente pubblico, in ragione della (valutata) commissione di gravi errori nell'esecuzione dell'attività professionale.

La tematica, infatti, esprime gli immanenti principi di lealtà e affidabilità professionale dell'aspirante contraente che presiedono in genere ai contratti e in specifico modo - per ragioni inerenti alle finalità pubbliche dell'appalto

e dunque a tutela di economia e qualità della realizzazione - alla formazione dei contratti pubblici e agli inerenti rapporti con la stazione appaltante. Non si rilevano validi motivi per non effettuare una tale dichiarazione, posto che spetta comunque all'amministrazione la valutazione dell'errore grave che può essere accertato con qualunque mezzo di prova.

Il concorrente è perciò tenuto a segnalare tutti i

La disposizione di cui al comma 5, lettera c), dell'art. 80 del Codice, per quanto norma di non agevole esegesi stante la disomogeneità delle fattispecie contemplate, sembra comunque permeata da una nozione di attualità dell'illecito, nel senso di annettere rilievo ai soli fatti commessi in un arco temporale tale da fare ritenere effettivamente vulnerato il rapporto fiduciario con il concorrente.



11. Sez V, sentenza 24 settembre 2028 n. 5500, che, a sua volta, richiama i principi espressi dalla medesima sez. V sentenza 11 giugno 2018, n. 3592.

fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi.

È stato, pertanto, ritenuto che il mancato cenno alle risoluzioni contrattuali eventualmente disposte è una ragione autonoma per disporre l'esclusione dalla procedura, poiché il combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. d) e dell'art. 38, comma 2, conduce alla obbligatorietà per i concorrenti di dichiarare a pena di esclusione la sussistenza dei precedenti professionali dai quali la stazione appaltante può discrezionalmente desumere l'inaffidabilità¹². In questa prospettiva, il Collegio, non ha mancato

di statuire che non rileva la gravità dell'errore commesso: non si può soppesare la rilevanza e la qualità di un fatto che era onere del concorrente rappresentare e che è stato invece espressamente celato. Una dichiarazione non veridica è di per sé causa di esclusione. La circostanza che si tratti di dichiarazione non veritiera (e non di omessa dichiarazione) osta al soccorso istruttorio, come emerge con chiarezza dall'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che il soccorso istruttorio è utilizzabile solo in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni e non già a fronte di dichiarazioni non veritiere (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, n. 712).

5. Conclusioni

Ancora una volta la tecnica normativa prescelta per il recepimento della Direttiva europea ha

comportato il coinvolgimento della Corte di Giustizia a cui, come si è visto, è ora rimesso il compito di valutare se il recepimento nazionale *de qua* sia coerente e conforme alla *ratio* della fattispecie di cui all'art. 57, par. 4, Direttiva 2014/24/UE, come esplicitate dal Considerando 101 della stessa. Le amministrazioni secondo le fonti normative europee dovrebbero mantenere infatti la facoltà di poter escludere coloro i quali in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti hanno messo in evidenza

La dichiarazione mendace su di un requisito di importanza vitale non può che comportare l'esclusione della concorrente, la quale, celando un importante precedente sui gravi illeciti professionali, si è così posta al di fuori della disciplina della gara, non consentendo alla stazione appaltante potesse svolgere un vaglio adeguato e a tutto campo.

notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio "mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico". Il tutto secondo il monito che

"nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali.

Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione".

Da un mero raffronto delle fattispecie tipizzate dall'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE e di quelle esemplificate dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice - oggetto del controverso ampliamento ad opera delle Linee Guida n. 6 - non v'è dubbio che nel recepimento nazionale sia stata effettuata un'aggiunta di fattispecie e finalità diverse.

Si tratta quindi di una *querelle* interpretativa che

12. Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2017, n. 712.

nel frattempo è destinata a non sopirsi affatto attesa la scelta prescelta dal legislatore nazionale nel pur (apprezzabile) tentativo di alleggerire l'onere probatorio della Stazione Appaltante e porre un limite alle fattispecie escludenti rilevanti tramite il ricorso a fattispecie tipizzate in ordine alle quali opera un meccanismo di tipo presuntivo. Sullo sfondo ad ogni buon conto continuerà a permanere la dubbia vincolatività della Linee Guida - non oggetto dei rinvii pregiudiziali - le quali, come noto, non si sono limitate all'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto ma hanno ampliato l'elenco e la casistica degli illeciti professionali, individuando ulteriori

ed ultronee ipotesi rispetto a quelle fissate dalla norma di recepimento nazionale (art. 80 c.c.p.) e dalla Direttiva 24/2014/UE. Si veda ad es. ai § 2.1. e 2.2 delle citate Linee Guida, laddove è contemplata la possibilità di elevare talune condanne penali non esecutive (diverse da quelle di per sé escludenti di cui al comma 1 dell'art. 80 e non contemplate nella lett. c) del comma 5) a grave illecito professionale.

Sicché il dibattito è destinato ad intensificarsi attesa la tecnica normativa prescelta e la dubbia scelta di lasciare ad ANAC la definizione di aspetti tutt'altro che accessori ed il conseguente rischio di travisare lo spirito finanche del Legislatore europeo.

APP ISTITUZIONALI

I migliori strumenti per una comunicazione veloce e interattiva tra l'amministrazione e i cittadini



Area Software



PRONTO URP

Nell'ottica di un sempre maggior coinvolgimento del cittadino nelle attività dell'Ente, lo strumento di gestione dell'URP online è fondamentale per dare la possibilità, a chiunque, di mettersi facilmente in contatto con l'Amministrazione.

Il cittadino, tramite un sistema di comunicazione e segnalazione integrato anche con i dispositivi mobili, può facilmente inviare segnalazioni o quesiti all'Ufficio URP dell'Ente tramite il portale dedicato.

Il software può, infatti, essere facilmente integrato all'interno di una pagina nel sito web dell'Ente oppure utilizzato nell'ambito del Portale Istituzionale.

INFORM@CITTADINO

La nostra app Inform@Cittadino è la soluzione definitiva all'integrazione fra il web e la Comunicazione Istituzionale con un servizio costantemente aggiornato ed accessibile 24h su 24.

L'App unifica la Comunicazione Istituzionale attraverso l'integrazione del Mobile con il Web superando la frammentazione delle informazioni erogate ai cittadini, turisti e operatori economici.

Informacittadino è in grado di erogare e supportare la comunicazione istituzionale su ulteriori canali: Web, Social Networks, Newsletter, in modo da raggiungere capillarmente la più ampia fascia di utenti possibile.

Possibilità di richiedere una **DEMO GRATUITA** per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

☎ 0883.310504

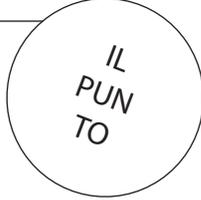
🌐 www.mediaconsult.it

✉ info@mediaconsult.it



Verifica e Validazione del progetto: esecutività del progetto e profili di criticità

di Per Luigi Gianforte



IL
PUN
TO

Premessa

Per molti, in special modo per i non addetti ai lavori, comprensibilmente, verifica e validazione possono essere identificati come due termini che esprimono sostanzialmente lo stesso significato.

Riservandosi di entrare, nel corso del presente contributo, nel merito tecnico e normativo della questione, chi scrive ritiene sia utile dare subito una spiegazione di cosa s'intenda effettivamente per verifica preventiva della progettazione e validazione del progetto.

L'attività di **verifica** consiste in un'attività istruttoria e di controllo dei livelli di progettazione, eseguita in contraddittorio con il progettista, con lo scopo di accertare la rispondenza degli elaborati di progetto e la loro conformità alla normativa vigente.

L'attività di **validazione** invece, è l'atto formale a firma del RUP, dal quale devono risultare gli esiti della verifica, riportati nel rapporto conclusivo che viene redatto e sottoscritto dal soggetto verificatore appositamente incaricato. Nell'atto di validazione devono altresì essere riportati gli estremi del documento di verifica e le eventuali controdeduzioni del progettista.

La trattazione esaustiva della verifica della progettazione e della validazione del progetto, richiede, a sommosso parere di chi scrive, un accenno ad alcuni aspetti propri dell'appalto con l'evoluzione normativa nel tempo avuto particolare riguardo alla progettazione.

1. La validazione del progetto dalla 109 alla 163

Come è nota la legge 109/94, cosiddetta "Merloni", inquadrata nel particolare contesto storico, nello stigmatizzare l'abuso indiscriminato dello strumento della variante, poneva come elemento cruciale l'**esecutività** del progetto e con essa la regola generale dell'appalto a corpo.

L'appalto a corpo, come figura specifica, presuppone un livello progettuale che permetta di definire nei grafici di progetto con sufficiente precisione le quantità di lavorazioni necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

Al pari il computo metrico estimativo, per quanto estraneo alle obbligazioni contrattuali a corpo, ha sempre rappresentato una parte integrante della progettazione così come stabilito anche successivamente dagli artt. 31, 41 e 44 del DPR

207/2010.

Il contratto a corpo, nella dicotomia tra le previsioni contrattuali e quelle del computo è quello che più di ogni altro comunque, può generare controversie tra il Committente e lo stesso Appaltatore soprattutto nel caso si renda necessario o per altri motivi vogliano essere introdotte modifiche all'oggetto del contratto.

Proprio per questo motivo, al fine di ridurre al minimo la possibilità di controversie tra le parti, la regolamentazione delle varianti, già a partire dalla legge 109/94, e dall'alea contrattuale all'interno dei contratti a corpo hanno sempre rivestito notevole importanza.

La legge quadro aveva adottato un'impostazione fondata sul divieto di ammissione di varianti e aveva circoscritto, all'art. 25, in maniera tassativa le ipotesi di varianti in corso d'opera.

In definitiva, la variante (ex art. 25 L.109/94) doveva avere carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita; altrimenti ci si sarebbe trovati di fronte non ad una modificazione del progetto, ma ad un nuovo contratto.

Un caso particolare identificato dall'art. 25 comma 1 lett. d) riguardava le varianti determinate da omissioni del progetto esecutivo; ai fini della loro ammissione avrebbero dovuto pregiudicare, totalmente o parzialmente, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione (circostanza attualmente riportata anche dall'attuale codice di contratti al comma 2 dell'art. 106).

Nel caso appena accennato, l'approvazione della variante per errori ed omissioni del progetto esecutivo faceva (e fa nascere) in capo al professionista incaricato della progettazione la responsabilità per danni subiti dalla stazione appaltante, questo sia che si trattasse di progettista, interno o esterno, del progetto esecutivo.

Rispetto alla fase di verifica della progettazione, nella vigenza della legge 109/94, successivamente modificata dalla Legge 166/2002, e del relativo Regolamento di attuazione DPR 554/99, ad una verifica complessiva, quindi, temporalmente collocata alla fine della progettazione esecutiva

si sostituisce una verifica per gradi a cura del responsabile del procedimento.

Degno di nota, a parere dello scrivente, è il comma 2 dell'art. 16, della Legge 109/94 s.m.i. **“Le prescrizioni relative agli elaborati descrittivi e grafici contenute nei commi 3, 4 e 5 sono di norma necessarie per ritenere i progetti adeguatamente sviluppati. Il responsabile del procedimento nella fase di progettazione qualora, in rapporto alla specifica tipologia ed alla dimensione dei lavori da progettare, ritenga le prescrizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 insufficienti o eccessive, provvede a integrarle ovvero a modificarle.”**

Questo comma della legge ha una importanza cruciale per l'attività di progetto e delle verifiche in quanto consente a tutti gli effetti al Responsabile di Procedimento di stabilire e modulare il “peso” e la “consistenza” del progetto determinando, secondo una sua valutazione, che emerge dagli studi di programmazione, quali siano gli elaborati tecnici assolutamente necessari rispetto a tutti quelli descritti ai punti 3, 4 e 5. Egli può integrare o modificare dette prescrizioni, non sembra poter abolire un livello progettuale, ma sicuramente potrebbe farlo tendere a “zero”, o prescrivere ulteriori elaborati tecnici o anche ulteriori livelli progettuali sempre in funzione di ragione insite nella complessità dell'intervento, conseguentemente il processo delle verifiche dovrà basarsi su tali decisioni.

Nei casi previsti dalla normativa è possibile avvalersi per la progettazione di professionisti esterni, selezionati in conformità a quanto prescritto dall'ordinamento e alla luce anche della evoluzione giurisprudenziale, dottrinale e interpretativa in materia. La procedura di affidamento degli incarichi di progettazione è differenziata in base agli importi, secondo il complesso meccanismo prescritto dalla legge Merloni e specificato nel regolamento attuativo: è in questa parte della normativa che si registra una sostanziale novità in materia.

Il DPR 554/99 alla Sezione quinta ha trattato la verifica e validazione di progetti, acquisizione dei

pareri e approvazione dei progetti, agli artt. 46, 47 e 48.

Entrando nel merito delle indicazioni dell'art. 47, effettuate tutte le verifiche stabilite e programmate si perviene tra il Responsabile del procedimento, in contraddittorio, con i progettisti incaricati a verbalizzare la conformità del progetto esecutivo alla normativa vigente e a quanto prescritto nel documento preliminare alla progettazione. La validazione si configura come un procedimento autonomo del responsabile del procedimento eventualmente coadiuvato in cui il risultato finale verbalizzato in un documento di accettazione di conformità, consentendo la successiva approvazione del progetto da parte degli organi preposti e l'avvio delle conseguenti procedure di affidamento dei lavori.

Il Responsabile del Procedimento per le attività in genere di progettazione e di supporto tecnico-amministrativo poteva avvalersi di professionisti esterni singoli o associati, da società di professionisti da società d'ingegneria e anche da raggruppamenti temporanei, ma per l'attività specifica di validazione dei progetti poteva solo utilizzare un ODI: Organismo di ispezione e accreditato ai sensi delle norme UNI EN45004.

Il Responsabile del Procedimento, in ogni caso, aveva la possibilità di validare il progetto anche a fronte del parere negativo di non conformità espresso dall'ODI sia su singole parti sia integralmente su progetto.

L'entrata in vigore del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e del suo regolamento di esecuzione ed attuazione, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ha innovato, rispetto al D.P.R. n. 554 del 1999, la disciplina della progettazione rendendola maggiormente analitica; le vere novità, in particolare, hanno riguardato la fase della verifica del progetto da parte delle strutture tecniche, anche esterne, della stazione appaltante, risultando introdotta una dettagliata disciplina dell'accreditamento e del controllo, con l'espressa finalità di accertare la conformità della soluzione progettuale prescelta alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali, normative e tecniche contenute nello studio di fattibilità, nel documento preliminare alla progettazione ovvero

negli elaborati progettuali dei livelli già approvati, così da ridurre il rischio di un contenzioso che, negli ultimi anni, risultava sempre più legato alle problematiche progettuali.

Alla verifica del progetto, alla cui disciplina nel D.P.R. n. 554 del 1999 era dedicata una sola sezione, composta di pochi articoli (artt. 46, 47, 48 e 49) il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, aveva invece riservato l'intero Capo II con ben 16 articoli (artt. 44-59), stabilendo che doveva essere eseguita attraverso strutture tecniche, anche esterne alla stazione appaltante, con l'obiettivo di accertare la conformità della soluzione progettuale prescelta alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali, normative e tecniche contenute nello studio di fattibilità, nel documento preliminare alla progettazione ovvero negli elaborati progettuali dei livelli già approvati.

Conseguentemente la validazione perdeva il suo connotato di controllo limitato al progetto esecutivo (o al definitivo, in caso di appalto integrato), per qualificarsi quale mero «atto formale che riporta gli esiti delle verifiche», successivo all'attività di verifica esercitata anche sul progetto esecutivo. Una particolare cura era stata riservata alla disciplina dell'accreditamento (art. 46), venendo indicati gli organi ed enti a ciò deputati e demandato ad apposito decreto del Ministro delle infrastrutture, la disciplina delle modalità e delle procedure di accreditamento per gli Organismi di ispezione di Tipo A, B e C e di accertamento per gli Organismi di certificazione del sistema di controllo interno di qualità coerente con i requisiti della norma UNI EN ISO 9001.

La verifica dei progetti poteva avvenire attraverso strutture e personale tecnico della propria amministrazione, ovvero attraverso strutture tecniche di altre amministrazioni, specificamente individuate a seconda dell'importo dei lavori; risultava, altresì, specificamente delineato il procedimento di accreditamento e di accertamento del sistema interno di controllo di qualità del quale veniva offerta anche la definizione (art. 47).

L'art. 53 disciplinava la verifica della documentazione delineando una specifica modalità di controllo, comprensiva dei parametri cui attenersi, per ogni

singola tipologia (relazione, elaborato, capitolato, ecc.); il successivo art. 54, invece, regolamentava le modalità temporali delle verifiche che dovevano riguardare tutti i livelli di progettazione e lo sviluppo degli stessi, secondo la pianificazione del responsabile del procedimento e con un livello che poteva essere comunque semplificato o integrato dalla stazione appaltante in relazione alla natura e alla complessità dell'opera; al fine di snellire le procedure, la norma consentiva, in presenza di elevata ripetitività di elementi progettuali o di esistenza di casi analoghi già oggetto di verifica, di cui si ha evidenza oggettiva, di adottare, a seconda dei casi, metodi di controllo "a campione" o "a comparazione", nel caso di verifiche precedentemente espletate, di limitare l'attività di controllo successiva alle parti costituenti modifica o integrazione della documentazione progettuale già esaminata.

L'esito delle verifiche infine doveva essere riportato nella validazione del progetto posto a base di gara che, secondo quanto prescritto dall'art. 55, doveva essere sottoscritta dal responsabile del procedimento e far preciso riferimento al rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica ed alle eventuali controdeduzioni del progettista; doveva, inoltre, contenere specifiche motivazioni in caso di dissenso del responsabile del procedimento rispetto agli esiti delle verifiche effettuate. La validazione assumeva, ed assume tutt'oggi, un'importanza centrale nella disciplina regolamentare, basti pensare che i suoi estremi dovevano e devono, risultare dal bando e dalla lettera di invito per l'affidamento dei lavori.

Tra le disposizioni oggetto di rilievo da parte del **Consiglio di Stato**, nel parere **n. 3262/2007**, vi è stata quella relativa alle responsabilità (art. 56) secondo cui, nella versione definitiva, il soggetto incaricato della verifica rispondeva a titolo di inadempimento del mancato rilievo di errori ed omissioni del progetto verificato qualora ne avessero pregiudicato in tutto o in parte la realizzabilità o la sua utilizzazione; il soggetto incaricato della verifica quindi, in vigenza del DPR 207/2010, aveva la responsabilità degli accertamenti previsti dagli artt. 52 e 53, ivi compresi quelli relativi all'avvenuta acquisizione dei necessari pareri,

autorizzazioni ed approvazioni, ferma restando l'autonoma responsabilità del progettista circa le scelte progettuali e i procedimenti di calcolo adottati. In tal caso, oltre ad essere tenuto a risarcire i danni derivanti alla stazione appaltante, era escluso per i successivi tre anni dalle attività di verifica. Per i danni non ristorabili, per tipologia o importo, mediante la copertura assicurativa, resta ferma la responsabilità per danno erariale sia per il soggetto esterno che per quello dipendente della stazione appaltante incaricato dell'attività di verifica; quest'ultimo, inoltre, risponde anche a livello disciplinare.

In ragione delle responsabilità incombenti sul soggetto incaricato dell'attività di verifica, l'art. 57 imponeva di essere munito di polizza specifica limitata all'incarico di verifica o, laddove si tratti di polizza professionale generale per l'intera attività, da integrare attraverso idonea dichiarazione della compagnia di assicurazione che garantisca le condizioni di copertura previste per lo specifico progetto.

Infine l'art. 59 (acquisizione dei pareri e conclusione delle attività di verifica), disponeva che il responsabile del procedimento, acquisiti i menzionati pareri, nonché, ove previsto, il parere del proprio organo consultivo, concludesse le attività di verifica relative al livello di progettazione da porre a base di gara con l'atto formale di validazione, avvenuta la quale, ciascuna stazione appaltante, secondo le modalità e le procedure stabilite dal proprio ordinamento, poteva avviare la fase dell'affidamento dei lavori.

2. La verifica e validazione alla luce del d.lgs. 50/2016

L'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 e il successivo Correttivo, avuto riguardo all'attività di verifica e validazione della progettazione contempla dette attività come obbligatorie e da eseguirsi prima dell'inizio della procedura di affidamento.

La L. n. 11/2016, contenente la delega al Governo per l'attuazione delle Direttive UE 23, 24 e 25 del 2014, pone in evidenza la necessità della centralità

e qualità della progettazione e di conseguenza in tale ottica il legislatore italiano, in sede di approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, ha ritenuto opportuno intervenire sulla così detta verifica preventiva dei progetti, assumendola a strumento di prevenzione di errori od omissioni dai quali conseguono necessariamente maggiori costi e tempi di realizzazione delle opere pubbliche.

Così come disposto al comma 1 (come modificato dall'articolo 16, comma 1, lettera b) del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) dell'art. 26 *"La stazione appaltante, nei contratti relativi ai lavori, verifica la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 23, nonché la loro conformità alla normativa vigente"*.

La verifica della rispondenza degli elaborati e la loro conformità alla normativa vigente è una attività tecnico amministrativa, istruttoria, di controllo che ha luogo prima dell'inizio delle procedure di affidamento e che riguarda tutti i livelli progettuali, a prescindere da chi ne ha curato la progettazione ed può essere affidata all'interno o all'esterno della stazione appaltante; nei casi in cui è consentito l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, la verifica della progettazione redatta dall'aggiudicatario ha luogo prima dell'inizio dei lavori. Al fine di accertare l'unità progettuale, prima dell'approvazione del progetto e in contraddittorio con il progettista, è verificata la conformità del progetto esecutivo o definitivo rispettivamente, al progetto definitivo o progetto di fattibilità. Al contraddittorio partecipa anche il progettista autore del progetto posto a base della gara, che si esprime in ordine a tale conformità. Sono, quindi, indicati gli elementi che la verifica deve accertare e i soggetti preposti alla verifica per tipologia di lavori e importi.

Gli oneri derivanti dall'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali sono ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere.

Il comma 4 dell'art. 26 del d.lgs. 50/16, contiene un elenco dettagliato degli ambiti su cui debbono soffermarsi gli organismi accreditati o i soggetti incaricati della verifica del progetto, imponendo

particolare attenzione alla verifica de:

- a) la completezza della progettazione;
- b) la coerenza e completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti;
- c) l'appaltabilità della soluzione progettuale prescelta;
- d) i presupposti per la durabilità dell'opera nel tempo;
- e) la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e contenzioso;
- f) la possibilità di ultimazione dell'opera entro i termini previsti;
- g) la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori;
- h) l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati;
- i) la manutenibilità delle opere, ove richiesta.

L'introduzione del predetto elenco, deve essere sicuramente vista con favore anche se permane un certo grado di genericità, considerato lo spettro molto ampio degli ambiti di valutazione, nonché la contestuale mancanza di una verifica sulla funzionalità e sulle condizioni di fruibilità dell'opera.

Al comma 6, dell'art. 26 d.lgs. 50/2016 sono individuate le strutture a cui la Stazione Appaltante può affidare l'incarico di verifica del progetto:

"L'attività di verifica è effettuata dai seguenti soggetti:

- a) per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;*
- b) per i lavori di importo inferiore a venti milioni di euro e fino alla soglia di cui all'articolo 35, dai soggetti di cui alla lettera a) e di cui all'articolo 46, comma 1, che dispongano di un sistema interno di controllo di qualità; (disposizione corretta con errata corrige del 15-07-2016)*
- c) per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 e fino a un milione di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni;*
- d) per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, la verifica è effettuata dal responsabile unico del procedimento, anche avvalendosi della struttura di cui all'articolo 31, comma 9".*

TABELLA SOGGETTI INTERNI e/o ESTERNI ALLA STAZIONE APPALTANTE, ABILITATI A SVOLGERE ATTIVITA' DI VERIFICA AI FINI DELLA VALIDAZIONE IN FUNZIONE DELL'IMPORTO DEI LAVORI

Importo dei Lavori	Strutture tecniche interne alla Stazione Appaltante	Soggetti Esterni
<1.000.000,00 di euro	1)- RUP anche avvalendosi della struttura di cui all'art. 31, comma 9 se non ha svolto funzioni di progettista; -In caso di incompatibilità del RUP: 2)- organismo di Ispezione di tipo B, accreditato UNI CEI EN ISO/IEC 1720 ai sensi del Regolamento /CE) n° 765/2008; 3) Uffici Tecnici Stazione Appaltante, dotati di un sistema interno di controllo qualità.	Organismi di Ispezione Abilitati (da Organismi Accreditati ai sensi del regolamento (CE) n° 765/2008) Incaricati a svolgere l'Attività di Supporto al RUP.
<= 1.000.000, di euro <5.225.000 di euro	1)- Organismo di Ispezione di tipo B, accreditato UNI CEI EN ISO/IEC 1720 ai sensi del Regolamento /CE) n° 765/2008; 2)- Uffici Tecnici Stazione Appaltante se il progetto è stato redatto da progettisti esterni; 3)- Uffici Tecnici Stazione Appaltante, dotati di sistema interno di controllo della qualità, conforme alla UNI EN ISO 9001 Certificato da Organismi Accreditati ai sensi del regolamento (CE) n° 765/2008, ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni.	1)- Organismi di Ispezione di tipo A e di tipo C, accreditati UNI CEI EN ISO/IEC 17020 ai sensi del regolamento (CE) 765/2008; 2)- Soggetti di cui all'art. 46, comma 1, del Codice, dotati di un sistema interno di controllo di qualità conforme alla UNI EN ISO 9001 (settore commerciale EA 34) certificato da Organismi accreditati ai sensi del regolamento (CE) n° 765/2008.
<= 5.225.000 di euro < 20.000.000	1)- Organismo di Ispezione di tipo B, accreditato UNI CEI EN ISO/IEC 1720 ai sensi del Regolamento /CE) n° 765/2008;	1)- Organismi di Ispezione di tipo A e di tipo C, accreditati UNI CEI EN ISO/IEC 17020 ai sensi del regolamento (CE) 765/2008; 2)- Soggetti di cui all'art. 46, comma 1, del Codice, dotati di un sistema interno di controllo di qualità conforme alla UNI EN ISO 9001 (settore commerciale EA 34) certificato da Organismi accreditati ai sensi del regolamento (CE) n° 765/2008.
<= 20.000.000 di euro	1)- Organismo di Ispezione di tipo B, accreditato UNI CEI EN ISO/IEC 1720 ai sensi del Regolamento /CE) n° 765/2008;	1)- Organismi di Ispezione di tipo A e di tipo C, accreditati UNI CEI EN ISO/IEC 17020 ai sensi del regolamento (CE) 765/2008;

L'attività di verifica è incompatibile con lo svolgimento per il medesimo progetto dell'attività di progettazione, di coordinamento della sicurezza, di direzione lavori e delle attività di collaudo.

Si tratta questo, di un principio obbligatorio per tutti i soggetti verificatori, siano essi interni od esterni alla Stazione appaltante.

Il RUP inoltre, per progetti di importo sotto soglia di €. 1.000.000,00, può svolgere l'attività di verifica preventiva solo nei casi non abbia svolto le funzioni predette.

L'incarico di verifica viene disciplinato, adesso, non come un appalto di servizi, ma dall'Istituto di Accreditamento dei Soggetti Verificatori, mediante rilascio di apposito Attestato di Accreditamento ISO 17020:2012; per l'Italia l'ente di accreditamento è ACCREDIA.

La stazione appaltante deve mettere a disposizione del partecipante alla gara per il servizio i documenti inerenti il livello progettuale precedente, per permettere ai concorrenti, di effettuare una attenta valutazione delle implicazioni temporali e tecniche, oltre che economiche, connesse alla verifica stessa.

Il nuovo quadro normativo precisa nuovamente che si distingue fra tre tipi di Organismi di Ispezione: A, B e C. Gli organismi di tipo B risultano essere unità tecniche interne alla Stazione Appaltante, mentre i tipi A (i soli effettivamente "terzi indipendenti") e C, estranei all'apparato amministrativo, eseguono l'attività di controllo soltanto a seguito di affidamento con gara.

Viceversa gli Organismi di Certificazione del sistema di controllo interno di qualità sono soggetti che non provvedono direttamente all'azione di controllo della progettazione. Il loro accreditamento, infatti, permette soltanto di certificare, con ragionevole attendibilità, che il sistema interno di controllo di qualità delle strutture (o soggetti) preposti alla verifica sia conforme ai requisiti stabiliti dalla norma UNI EN ISO 9001 ("Sistemi di gestione per la qualità - Requisiti").

Il rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica riporta le risultanze dell'attività svolta e accerta, tra le altre cose, l'avvenuto rilascio da parte del direttore lavori della dichiarazione con la quale lo stesso attesta:

- l'accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori secondo le indicazioni risultanti dagli elaborati progettuali;
- l'assenza di impedimenti sopravvenuti rispetto agli accertamenti effettuati prima dell'approvazione del progetto;
- la conseguente realizzabilità del progetto anche in relazione al terreno, al tracciamento, al sottosuolo ed a quanto altro occorre per l'esecuzione dei lavori.

Sulla questione sono intervenute le Linee Guida 1/2016 dell'ANAC confermando che «*La validazione del progetto posto a base di gara è l'atto formale che riporta gli esiti delle verifiche (art. 26, comma 8 del nuovo Codice). La validazione è sottoscritta dal RUP e si basa sul rapporto conclusivo che il soggetto preposto alla verifica deve redigere e sulle eventuali controdeduzioni del progettista. In sede di validazione il responsabile del procedimento può dissentire dalle conclusioni del verificatore, in tal caso l'atto formale di validazione o mancata validazione del progetto deve contenere specifiche motivazioni. La validazione del progetto posto a base di gara è un elemento essenziale del bando o della lettera di invito per l'affidamento dei lavori.*» Interessante è il profilo relativo al possibile dissenso tra le conclusioni a cui è pervenuto il verificatore e quelle proprie del RUP di cui si parlerà più diffusamente nel paragrafo che segue.

3. Principali criticità connesse all'attività di validazione

L'attività professionale ventennale mi ha più volte posto delle problematiche insite nella verifica del progetto e che possono riassumersi, in particolare, nella sottostima economica del progetto avuto particolare riguardo agli appalti a corpo nella disarticolazione del computo metrico estimativo (non avente valore contrattuale) rispetto alle previsioni grafiche e capitolari (prevalenti).

Su tale aspetto si rinvia a separato articolo dello scrivente denominato *"Il contratto a corpo: patologie e rimedi"*.

Per quanto qui di interesse si vuole porre l'attenzione su una recente e significativa **ordinanza della Corte di Cassazione n. 22268 del 25 settembre 2017** con la quale si è definito che, pur in presenza di un appalto di opere pubbliche la cui determinazione del prezzo sia "a corpo", il **significativo incremento dei lavori da eseguire fa sorgere in capo all'impresa appaltatrice il diritto al compenso per l'eccedenza delle opere realizzate**.

Come è noto, nell'ambito degli appalti pubblici il prezzo delle opere che deve realizzare la società appaltatrice può essere determinato secondo due criteri. La Cassazione, con la pronuncia in esame, ha rivisto questa statica distinzione, conferendo il carattere della flessibilità alla modalità di fissazione del prezzo "a corpo" per la realizzazione di opere pubbliche.

I giudici si sono soffermati sulla questione dell'immodificabilità del prezzo "a corpo", richiamando in proposito una delibera (Delib. 21 febbraio 2002, n. 51) dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. *Nei contratti "a corpo" l'offerente formula la propria offerta economica, attraverso la determinazione, a proprio rischio e sulla base dei grafici di progetto e delle specifiche contenute nel capitolato speciale d'appalto, dei fattori produttivi necessari per la realizzazione dell'opera così come risulta dal progetto, finita in ogni sua parte, derivandone l'immodificabilità del prezzo determinato a corpo, con assunzione a carico dell'appaltatore del rischio del possibile aumento o diminuzione delle risorse utili alla realizzazione dell'opera, rispetto a quelle specificate nell'offerta dalla stazione appaltante.* Tuttavia, prosegue la delibera richiamata dalla Corte, tale predeterminazione è soggetta a variazioni qualora si verifichi una modifica tale da determinare un cambiamento nell'oggetto del contratto.

Aderendo a questa impostazione i giudici hanno sottolineato che in ipotesi di variazioni "abnormi" dei lavori da eseguire (nel caso di specie

corrispondenti addirittura al doppio del valore delle opere progettate) si è in presenza di un'alea contrattuale non più accettabile e sostenibile da parte della società appaltatrice che, pertanto, pur in presenza di un appalto "a corpo", ha diritto a vedersi aumentato il compenso per i lavori aggiuntivi realizzati.

La Cassazione sancisce, in definitiva, che il principio della immodificabilità del prezzo stabilito "a corpo" non è assoluto ma derogabile, per cui in presenza di incrementi dei lavori da eseguire che esulino la normalità e che si ritengano abnormi rispetto a quelli previsti inizialmente, si va incontro a possibili variazioni del prezzo.

Al di là della portata dissacrante e condivisa di tale pronunciamento un aspetto interessante è quello in cui il verificatore abbia dato contezza delle incongruenze tra il computo metrico e il disegnato e il RUP (magari su pressioni interne) abbia comunque provveduto alla validazione. È di tutta evidenza come il combinato disposto di una successiva azione da parte dell'esecutore e quanto affermato dalla Cassazione porti alla soccombenza della stazione appaltante tenuta a rifondere l'esecutore dei maggiori oneri.

Di tale somma non potrà non rispondere il RUP a titolo di danno erariale posto che il verificatore aveva evidenziato l'incongruenza costituente il fattore genetico della causa.

Un ulteriore aspetto che la nuova norma non affronta e che anche nel pregresso ha rappresentato elemento di criticità è la necessità della validazione nel caso di adozione di una variante.

Il legislatore italiano, ha regolato l'istituto delle varianti all'art. 106 del d.lgs. 50/16, ai commi da 1 a 5, indicando i casi specifici in cui le modifiche dei contratti di appalto, nei settori ordinari e speciali non richiedono una nuova procedura di affidamento.

Non si capisce perché la verifica della completezza e dell'adeguatezza degli elaborati di progetto e la loro conformità alla normativa vigente, da effettuarsi prima dell'affidamento dell'appalto dei

lavori, non debba essere estesa anche alle varianti in corso d'opera.

Un altro elemento di pesante criticità è la previsione contenuta nell'art. 205 comma 2, del Codice, a mente della quale *"non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 26"*.

Ovviamente ciò non significa che risulti compresa l'unica facoltà in capo all'esecutore nella contestazione dell'operato del committente quanto l'impossibilità di far valere secondo gli usuali strumenti (accordo bonario o transazione)

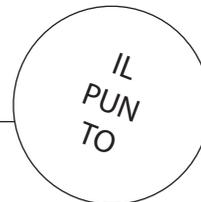
rivendicazione su aspetti oggetto di verifica.

Aspetti rispetto ai quali necessariamente dovranno essere presi in considerazione le responsabilità proprie del verificatore e del validatore.

Nell'ottica del contenimento della spesa pubblica (trasferendo quindi dalla P.A al verificatore i predetti oneri) sfugge tuttavia la macroscopica dimenticanza della mancata previsione della polizza di responsabilità civile professionale, estesa al danno all'opera, dovuta a errori od omissioni nello svolgimento dell'attività di verifica (prevista invece nell'art. 112, comma 4 bis del vecchio codice).

Sui tratti evolutivi dell'associazione per cooptazione

di Giuseppe Totino



Premesse: evoluzione normativa

Introdotta nel mondo dei lavori pubblici in virtù dell'interpretazione pretoria dell'art. 23, 6° comma, D. Lgs. 19.12.1991 n. 406, la c.d. associazione per cooptazione, veniva concepita allo scopo di far entrare nel sistema degli appalti pubblici imprese di modeste dimensioni che altrimenti non potrebbero parteciparvi per mancanza dei requisiti prescritti per costituire un'associazione ordinaria¹.

La piena positivizzazione dell'istituto trova luce, in prima battuta, all'interno dell'art. 95 (rubricato "Requisiti dell'impresa singola e di quelle riunite") comma 4 del D.P.R. 554/1999, regolamento di attuazione della L. 109/94 (primo tentativo di codificazione dell'apparato normativo in tema di lavori pubblici), a mente del quale veniva stabilito che "Se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati."

Sin dagli albori della sua applicazione, è stato chiarito che la c.d. associazione per cooptazione "consente alla singola impresa o all'associazione temporanea da costituire, che abbiano i requisiti prescritti per partecipare alla gara, di associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultime non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati"².

L'articolo testé citato del precedente regolamento di attuazione, veniva ripreso senza stravolgimenti dall'art. 92 comma 5 del D.P.R. 207/2010 (regolamento di attuazione del previgente D.Lgs. 163/06), perpetrando la vigenza dell'istituto sino ad oggi, stante la mancata abrogazione delle norme del Titolo III Capo IV del citato D.P.R. 207/2010, invece stabilita dall'art. 213 del D.Lgs. 50/2016.

Come esplicitato dall'allora Autorità sui Contratti Pubblici, con proprio Parere AG-35/09, la norma, che rappresenta una eccezione ai criteri di ripartizione del possesso dei requisiti nell'ambito delle associazioni ordinarie, consente la partecipazione a gare per l'affidamento di lavori pubblici ad

1. cfr. Cons. Stato n. 3129 dell'11.6.2001; conf. Cons. Stato n. 4655 del 25 luglio 2006
2. cfr. Cons. Stato n. 3129 dell'11.6.2001; conf. Cons. Stato n. 4655 del 25 luglio 2006

imprese in possesso di una qualsiasi attestazione SOA, anche diversa per categorie e classifiche da quella richiesta dal bando. Tale possibilità, come detto, resta comunque subordinata al possesso da parte delle imprese associanti, singole o in ATI, di tutti i requisiti richiesti per la partecipazione ed è esperibile nei limiti dell'affidamento all'impresa cooptata di lavori non superiori al 20% dell'appalto il cui importo deve essere comunque coperto dalla somma delle classifiche relative alle qualificazioni possedute dall'impresa cooptata.

È evidente come, dall'esegesi strettamente letterale della normativa, l'istituto sia inteso a disciplinare una ipotesi derogatoria al sistema legale stabilito per l'accesso al mercato delle commesse pubbliche di lavori.

Il presente contributo, partendo dalla ricostruzione giurisprudenziale nel tempo consolidatasi in tema di estensione applicativa dell'istituto in parola, mira a voler comprendere se, al di là del ristretto ambito strettamente legato ai profili esecutivi, legati a doppia mandata col sistema legale di qualificazione, possa conoscere una estensione "territoriale" anche sul differente piano dell'elemento valutativo delle offerte.

1. La giurisprudenza e la posizione del cooptato

La giurisprudenza amministrativa, come stratificatasi negli anni, sin dalla genesi dell'istituto, ha sottolineato come lo stesso fosse completamente orientato a dare compiutezza al principio del *favor* nei confronti degli operatori economici di minori dimensioni, nel tentativo di temperare la preclusione all'accesso al mercato

dei lavori pubblici per coloro che non fossero in possesso delle adeguate qualificazioni legalmente previste.

Pertanto, in deroga all'obbligo di qualificazione per la categoria specifica oggetto di affidamento, un operatore economico, facendo ricorso alla cooptazione, potrà far eseguire lavori ad una impresa di minori dimensioni, seppur nel limite del 20% del valore dell'appalto, per una commessa in relazione alla quale mai quest'ultima avrebbe

potuto concorrere, anche qualora avesse inteso parteciparvi in associazione con altre imprese, poiché non qualificata.

Sul punto è stato più volte ribadito che con l'istituto della cooptazione, ai sensi dell'art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010, un'impresa - priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione - può, in via eccezionale, essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell'appalto, in deroga

alla disciplina vigente in tema di qualificazione, sempreché abbia la qualificazione corrispondente alla propria quota di lavori; il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e (contraente) dopo e non presta garanzie; ed infine non può né subappaltare né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori (Cons. Stato, V, 17 marzo 2014, n. 1327).

In line generale, secondo un filone giurisprudenziale abbastanza consolidato³, l'impresa cooptata, una volta designata nella fase dell'offerta "diviene parte integrante del raggruppamento temporaneo d'impresa, anche ai fini dell'assolvimento degli oneri di compilazione dell'offerta imposti dal

la norma, che rappresenta una eccezione ai criteri di ripartizione del possesso dei requisiti nell'ambito delle associazioni ordinarie, consente la partecipazione a gare per l'affidamento di lavori pubblici ad imprese in possesso di una qualsiasi attestazione SOA, anche diversa per categorie e classifiche da quella richiesta dal bando



3. TAR Catania, Sez. I, 23 maggio 2014, n. 1425

bando di gara”, delineando “una vicenda di tipo associativo, che si perfeziona fin dal momento della presentazione dell’offerta, rispetto alla quale non può ritenersi che l’impresa cooptata rimanga estranea alla stregua di un’impresa subappaltatrice”.

Secondo il Consiglio di Stato, Sez. V, 19 marzo 2014, n. 1153, Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012 n. 5749, Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2009 n. 5626 l’associazione per cooptazione “costituisce pur sempre, dal punto di vista strutturale e formale, una peculiare figura di associazione temporanea di imprese”.

In ogni caso, l’istituto della c.d. cooptazione è infatti preordinato a consentire che imprese minori siano associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l’interesse della stazione appaltante attraverso l’imposizione della qualificazione dell’intero valore dell’appalto alle seconde, e cioè le imprese che associano.

Appare quindi logico che le imprese cooptate non possano acquistare lo status di contraente; non possano acquistare alcuna quota di partecipazione all’appalto né rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, dopo; non possano prestare garanzie né possano in alcun modo subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori. Esse infatti non ne sono titolari perché, per definizione, sono prive della attestazione SOA per eseguire il contratto in gara (C.d.S. V, 17 marzo 2014 n. 1327) e non possono quindi in alcun modo rivestire la qualità di “offerente” (TAR Toscana sez. I 13/1/2015 n. 53).

Del pari l’ANAC, con Delibera n. 228 del 1 marzo 2017, ha osservato che l’istituto della cooptazione ha carattere eccezionale e derogatorio, non essendo richiesto alle imprese cooptate di possedere tutti i requisiti di qualificazione richiesti ai concorrenti. In altri termini, «l’impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; essa, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all’appalto e, quindi, non deve (e, in realtà, neppure può) dichiarare la propria quota di partecipazione al raggruppamento

temporaneo» (cfr. ANAC, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, punto 7.1.1). In tal senso è anche l’orientamento prevalente della giurisprudenza, secondo cui «il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all’appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e contraente (dopo) e non presta garanzie; infine non può né subappaltare, né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1492; Sez. V, 17 marzo

2014, n. 1327; Sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; Sez. V, 27 agosto 2013, n. 4278; TAR del Lazio, Roma, Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6922; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2014, n. 12288).

Di recente è stato ribadito che “l’istituto della cooptazione previsto dall’art. 92, comma 5, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 è stato oggetto di ampia elaborazione da parte della giurisprudenza amministrativa: costituisce una forma di cooperazione nell’esecuzione dell’appalto che consente ad imprese di piccole dimensioni di poter operare nel mercato delle commesse pubbliche

un’impresa - priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione - può, in via eccezionale, essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell’appalto, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione, sempreché abbia la qualificazione corrispondente alla propria quota di lavori; il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all’appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e (contraente) dopo e non presta garanzie; ed infine non può né subappaltare né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori



pur in mancanza del possesso dei requisiti economico – finanziari e tecnico - professionali di norma richiesti per la partecipazione come concorrente alle procedure di evidenza pubblica. Si spiega, così, il limite posto dall'art. 92, comma 5, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 per il quale il concorrente può cooptare altra impresa nel limite dell'esecuzione del 20 per cento e sempre che le qualificazioni possedute siano almeno pari all'importo complessivo dei lavori che la cooptata si è impegnata a realizzare. La disposizione pone una regola speciale rispetto alla disciplina della ripartizione dei requisiti di partecipazione nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di impresa dall'art. 92, comma 2, d.P.R. 207 cit., che si giustifica con le particolari caratteristiche dell'istituto della cooptazione. Il Collegio, pertanto, intende dare continuità all'orientamento giurisprudenziale per il quale l'associazione in cooptazione costituisce un particolare modello di collaborazione nell'esecuzione dell'appalto, la cui disciplina è quella dei raggruppamenti temporanei di impresa, salvo specifiche previsioni strettamente correlate alle caratteristiche dell'istituto che si atteggiano, pertanto, a regole speciali, come quella dell'art. 95, comma 5, d.P.R. n. 207 sui requisiti di partecipazione" (Consiglio di Stato sez. V 10/9/2018 n. 5287).

Pertanto, alla luce della ricostruzione dogmatica anzi ripercorsa, il soggetto cooptato, ai sensi dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010, pur non potendo qualificarsi come un estraneo al soggetto aggiudicatario ed esecutore dei lavori, alla stregua di un subappaltatore:

- 1) non può acquisire lo status di concorrente;
- 2) non può acquisire alcuna quota di partecipazione all'appalto;
- 3) non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi;
- 4) non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente;
- 5) non può, in alcun modo, subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, di cui non è titolare, essendo privo della prescritta SOA.

2. L'esperienza tecnica del cooptato

Chi scrive è consapevole della presenza di un filone giurisprudenziale in forza del quale sarebbe ammissibile, per un concorrente che faccia ricorso all'istituto della cooptazione, di far validamente ricorso alla esperienza maturata da quest'ultimo ai fini dell'attribuzione del punteggio in seno al sub procedimento di valutazione delle offerte tecniche.

Si rinviene uno sparuto precedente giurisprudenziale, autorevolmente espresso dal Consiglio di Stato⁴ del 2009, che muovendo da una censura esposta da parte appellante, si interroga proprio in merito al punto che, a mezzo del presente contributo si intende approfondire: *in base a quale dato normativo è possibile pervenire all'affermazione che l'impresa associata (ndr. Cooptata) non concorre a "formare" il punteggio tecnico?*

Continua in tono dubitativo il Collegio: verrebbe fatto di chiedersi perché mai una impresa dovrebbe cooptarne un'altra, "minor", se poi la cooptazione dovesse risultare neutra ai fini dell'attribuzione del punteggio sull'offerta tecnica.

Conclude il Consiglio di Stato, poi, affermando che: la cooptazione quindi non avrebbe utilità quanto ai requisiti qualificativi (punto di partenza dal quale, confortato dalle indicazioni giurisprudenziali, muove l'appellante stesso), e non ne avrebbe neppure sotto il profilo del merito tecnico (anche se non se ne chiarisce il motivo); "servirebbe" alla cooptata (anche questa affermazione è confortata, lo si è visto dianzi, da indicazioni giurisprudenziali), ma non si vede perché la cooptante, che non ne ricaverebbe alcuna utilità, dovrebbe ricorrervi.

I presupposti da cui muove il citato precedente sono due: il primo è relativo al fatto che non vi sarebbero motivi ostativi espressi dalla normativa che possano indurre a ritenere che l'operatore economico associante non possa far ricorso all'esperienza del cooptato ai fini dell'attribuzione del punteggio; il secondo, più di carattere causale,

4. Consiglio di Stato, sez. VI, del 18 settembre 2009 n. 5626

si fonda sull'assunto che, se non fosse possibile far ricorso all'esperienza del cooptato, non si rintraccerebbe l'interesse alla cooptazione.

I presupposti non convincono integralmente.

A parere di chi scrive, gli assunti anzi sinteticamente espressi, potrebbero meritare, a distanza di quasi un decennio dalla loro professione, una rimeditazione.

A ben vedere, il secondo assunto, relativo alla utilità dalla cooptazione rinvenibile – a detta del Collegio -, esclusivamente nella possibilità di vantare in offerta tecnica l'esperienza del cooptato ai fini dell'attribuzione del punteggio, sembrerebbe non tenere in debita considerazione gli aspetti più strettamente operativi ovvero strettamente economici.

La recente giurisprudenza ha sdoganato, ad esempio, la gratuità del contratto di avalimento, con ciò sancendo che l'interesse perseguito dalle parti cooperanti, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, potrebbe non essere rintracciabile in un mero *do ut des*. Sotto altro profilo, non deve sottacersi il profilo prettamente economico; il citato precedente non sembra tenere in considerazione quali possano essere gli accordi economici tra cooptato e cooptante, da cui potrebbe emergere la motivazione alla base della stipula dell'accordo cooptativo.

Il Consiglio di Stato del 2009, a parere di chi scrive, sembra invece escludere che possa rinvenirsi l'interesse economico-sociale sotteso dalle parti in aspetti che esulano da profili più strettamente legati alla partecipazione alla gara, pretendendo, di fatto, di individuare univocamente

le motivazioni alla base degli accordi associativi tra operatori economici in uno scambio tra esecuzione e competenze.

Il primo assunto, invece, di carattere giuridico, sembra invece invertire l'iter logico-argomentativo di regola utilizzato per l'ermeneutica di fattispecie speciali e derogatorie come è l'associazione in cooptazione.

Il principio di specialità, che governa l'assetto ordinamentale degli affidamenti pubblici, avrebbe invero dovuto condurre ad una valutazione diversa circa l'inversione logica deduttiva adottata dal Collegio nel citato precedente del 2009.

Trattandosi di una fattispecie derogatoria che, alla stregua della rassegna giurisprudenziale rammentata, intende la posizione del cooptato come un soggetto nemmeno qualificabile come offerente, tanto è vero che non sottoscrive alcun documento relativo all'offerta, non assumendo alcun tipo di responsabilità vis a vis la stazione appaltante, non si ravvede in forza di quale disposizione espressa – necessaria allorquando si predichi di norma speciale – un concorrente possa fare validamente ricorso all'esperienza di un soggetto cooptato che, non possedendo la qualificazione per la categoria oggetto di affidamento, non può ontologicamente averne acquisita.

In linea con quanto appena asserito, chi scrive, sottolinea un passaggio pretorio costante in

giurisprudenza che evidenzia quale sia la ratio dell'istituto.

Si è affermato infatti che la figura dell'associazione per cooptazione è preordinata a consentire che imprese minori siano associate ad imprese

la figura dell'associazione per cooptazione è preordinata a consentire che imprese minori siano associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto alle seconde e cioè le imprese che associano



maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto alle seconde e cioè le imprese che associano⁵.

Se, pertanto, l'istituto risulta essere orientato, preordinato a far maturare ad imprese di minori dimensioni delle capacità tecniche che non si possiedono e che diversamente non potrebbero essere da esse acquisite stante l'assenza di qualificazioni per una data categoria, non si vede come possa essere consentito di poter apprezzare l'esperienza accumulata dal cooptato che, per antonomasia, non ne possiede in relazione alle categorie oggetto di affidamento.

Verrebbe da chiedersi, al pari del Consiglio di Stato, con tono interrogativo: di quale esperienza si stia parlando?

3. Conclusioni

Quale esperienza potrebbe utilmente vantare un soggetto che non possiede le qualificazioni per le categorie dell'oggetto della gara per cui è stato chiamato in qualità di cooptato?

A ben vedere esiste una ipotesi normativa, del tutto residuale, che contempla tale circostanza. Nulla ha a che vedere, però, con gli argomenti spesi dal Consiglio di Stato.

Come noto, per eseguire lavori pubblici di modeste dimensioni, fino ad un ammontare pari a 150 mila euro, ai sensi dell'art. 90 del DPR 207/2010, è possibile qualificarsi attraverso la produzione in gara di documentazione attestante l'esecuzione di lavori analoghi eseguiti direttamente nel

quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare.

Orbene, è possibile ritenere che un soggetto non idoneamente qualificato per eseguire le categorie di opere come classificate da un dato bando, abbia, nondimeno, maturato delle esperienze nello stesso settore, per importi non superiori a 150 mila euro e che, pertanto, le stesse possano, in ipotesi, essere utili per conseguire un vantaggio premiale in sede di valutazione delle offerte, qualora spese dall'operatore economico cooptante.

Rimane, in ogni caso, da dirimere il punto se le stesse possano essere validamente spendibili in gara da un soggetto che non è qualificabile neanche come concorrente.

Il citato arresto del 2009 del Consiglio di Stato rintraccia il presupposto del proprio avallo nel fatto che non sussistano motivi di ordine normativo che possano escludere la validità della spendita, ai fini dell'attribuzione del punteggio, dell'esperienza maturata dal cooptato.

Tale approccio, antesignano di un orientamento sostanzialistico, non tiene in minima considerazione il dato formale per quale il cooptato non sia da qualificarsi né concorrente né sottoscrittore del contratto, con ciò non assumendo alcun ruolo ovvero responsabilità con l'amministrazione appaltante.

La giurisprudenza che dovesse essere chiamata ad esprimersi nuovamente sul punto dovrà inevitabilmente confrontarsi con tale dato formale, che solo ove superato per il tramite di un argomento giuridico-normativo, potrà effettivamente fornire un indirizzo univoco agli operatori di settore.

5. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1492; Cons. Stato V, 17 marzo 2014 n. 1327; TAR Toscana sez. I 13/1/2015 n. 53

«All'ANAC il potere di impugnare gli atti di gara: in vigore il Regolamento attuativo»

di Francesca Scura

IL
PUN
TO

Premesse

È in vigore dallo scorso agosto il Regolamento con cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha disciplinato l'esercizio dei poteri di impugnazione ad essa attribuiti dal legislatore in relazione agli atti amministrativi ritenuti lesivi delle norme sui contratti pubblici¹.

Il D.lgs. 50/2016 («Codice») riconosce infatti all'Autorità il potere di impugnare in giudizio bandi ed atti di gara illegittimi per violazione delle regole in materia di appalti pubblici. Una legittimazione

peculiare poiché basata su un interesse pubblico e generale alla legalità delle procedure di gara. Ed è lo stesso Codice a prevedere che l'ANAC individui preventivamente, con apposito regolamento, i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercitare i poteri di impugnazione (art. 211, comma 1-quater).

Il Regolamento è stato quindi adottato all'esito di una procedura di consultazione pubblica conclusasi il 24 gennaio scorso e sulla base delle osservazioni rese dal Consiglio di Stato con parere n. 1119 del 4/4/2018.

1. ANAC, Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. in https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=dc6adca10a778042625228e541fc8e («Regolamento»).

1. La nuova disciplina

La titolarità in capo all'ANAC del potere di impugnazione degli atti ritenuti lesivi trova fondamento legislativo nell'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice (commi introdotti dal D.L. 50/2017 come modificato dalla legge di conversione L. 96/2017).

Il «vuoto» da colmare voleva essere quello aperto dal d.lgs. n. 56/2017 con l'abrogazione del comma 2 del citato art. 211 che disciplinava il c.d. potere di «raccomandazione vincolante» dell'ANAC. Una fattispecie che, di fatto, non aveva incontrato il favore del Consiglio di Stato: in più di un parere, il Giudice amministrativo aveva infatti evidenziato le criticità dell'istituto prediligendo, in suo luogo, lo strumento della vigilanza dinamica o collaborativa² mediante potere di impugnazione, modello già utilizzato per le Autorità amministrative indipendenti (in primis per l'Autorità Garante della Concorrenza, dotata del potere di impugnare, previa diffida, gli atti amministrativi ritenuti illegittimi e lesivi delle norme a tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 21-bis, comma 2, della Legge 10 ottobre 1990, n. 287)³.

In sede di conversione del d.l. n. 50/2017 si è andati quindi ben oltre il modello della raccomandazione vincolante, inserendo, in luogo dell'abrogato comma 2 dell'art. 211 del Codice, una disposizione che attribuisce all'ANAC un vero e proprio potere impugnatorio. Il nuovo art. 211 apporta sostanziali modifiche all'istituto della «raccomandazione vincolante», legittimando l'ANAC ad agire in giudizio per l'impugnazione di atti e provvedimenti viziati da violazioni della normativa in materia di contratti pubblici e attribuendo ad essa, altresì, il potere di adottare pareri motivati, qualora reputi che la stazione appaltante abbia adottato

provvedimenti viziati da gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici.

Gli artt. 3 e 4 del Regolamento disciplinano, in particolare, le due diverse fattispecie delineate dai commi 1 bis e 1 ter dell'art. 211, prevedendo nello specifico:

- il «ricorso diretto» (art. 211, comma 1-bis) che legittima l'ANAC ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;

- il «ricorso previo parere motivato» (art. 211, comma 1-ter) in base al quale, qualora la stazione appaltante non si conformi al parere motivato dell'ANAC entro il limite massimo di sessanta giorni dalla trasmissione del parere, l'ANAC ha la facoltà, entro i successivi trenta giorni, di presentare ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

Attenendosi al dettato normativo, che ha codificato due distinti poteri, il Regolamento prevede quindi i) una ipotesi generale di legittimazione al ricorso non subordinata a particolari regole procedurali e che consente di esercitare un potere di impugnazione veloce e snello, e ii) una distinta ipotesi speciale, azionabile nel caso di gravi violazioni e contraddistinta dalla adozione in via prodromica di un parere motivato da parte dell'Autorità.

Su questa base si articolano i quattro Capi del Regolamento, così ripartiti:

- a) Capo I – Disposizioni generali (artt. 1 e 2);
- b) Capo II - Potere di cui all'articolo 211, comma 1-bis - Ricorso diretto (artt. 3,4 e 5);



2. De Nicolis I., «I poteri dell'ANAC dopo il correttivo» in www.giustizia-amministrativa.it

3. L'art. 21-bis della L. n. 287/1990 prevede che: «1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.».

- c) Capo III - Potere di cui all'articolo 211, comma 1-ter - Ricorso previo parere motivato (artt. 6,7,8,9 e 10);
- d) Capo IV- Disposizioni comuni, finali e transitorie (artt. 11,12,13,14,15).

Sul piano costituzionale, come chiarito dal Consiglio di Stato nel citato parere, il Regolamento ha natura mista, essendo, in parte, attuativo della delega legislativa contenuta nel Codice (artt. 3,4,6,7), in parte organizzativo (artt. 5, 8-15), laddove disciplina il procedimento da seguire nell'esercizio dei poteri conferiti dal Codice.

2. Fattispecie legittimanti il «ricorso diretto»

L'art 52-ter della legge n. 96 del 2017, a seguito del c.d. «correttivo appalti», ha introdotto il potere dell'ANAC di impugnare direttamente e autonomamente l'atto amministrativo. L'Autorità è, in altri termini, legittimata ad agire direttamente in giudizio, senza previa interlocuzione con la Stazione appaltante, senza necessità di segnalazione di terzi.

Sul piano procedurale, ciò che occorre ai fini del «ricorso diretto» è una delibera del Consiglio dell'ANAC, su proposta dell'Ufficio competente, nei termini di legge, contenente la motivazione sulla ricorrenza dei presupposti legittimanti il ricorso. In casi di particolare urgenza il ricorso è proposto tramite modalità più snelle, sulla base di una decisione del Presidente dell'ANAC, richiedendosi successivamente la ratifica da parte del Consiglio (art. 5 del Regolamento).

L'impugnazione diretta si esercita solo nei confronti

di atti relativi a contratti che siano «di rilevante impatto» senza necessità che ricorra una grave violazione.

Si intendono «di rilevante impatto», secondo la tipizzazione contenuta nel Regolamento, i contratti:

- 1) che riguardino, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori;
- 2) relativi ad interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, ad interventi disposti a seguito di calamità naturali, di interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche;
- 3) riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti;
- 4) relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale;
- 5) aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro⁴.

Gli atti impugnabili dall'Autorità con «ricorso diretto» sono di due tipologie:

- regolamenti e atti amministrativi di carattere generale, quali bandi, avvisi, sistemi di qualificazione degli operatori economici istituiti dagli enti aggiudicatori nei settori speciali, atti di programmazione, capitolati speciali di appalto, bandi-tipo adottati dalle stazioni appaltanti, atti d'indirizzo e direttive che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali⁵;



4. I tetti fissati sono stati ridotti a seguito di quanto osservato dal Consiglio di Stato: pur condividendo l'impostazione volta a qualificare i contratti di rilevante impatto sia con riferimento all'aspetto qualitativo sia con riferimento a quello quantitativo, il Giudice amministrativo, con riferimento a quest'ultimo aspetto, ha ritenuto che i tetti inizialmente indicati (25 milioni di euro per i lavori e 50 milioni di euro per servizi e forniture) fossero troppo elevati, svuotando di contenuto pratico la stessa previsione regolatoria e limitando la legittimazione straordinaria a situazioni minimali. Si è quindi ritenuto, a seguito di una rivalutazione dei dati a disposizione, di modificare la disposizione prevedendo quali tetti massimi 15 milioni di euro per lavori e 25 milioni di euro per servizi e/o forniture.

5. Il comma 1-bis dell'art. 211, a differenza dell'art. 21-bis L. n. 287/1990 (cd. «Legge Antitrust») che usa l'espressione «atti generali amministrativi», non qualifica ulteriormente la categoria degli atti generali, che è stata dunque intesa dall'ANAC nel suo significato più ampio come comprensiva non solo degli atti generali amministrativi, ma anche degli atti generali normativi sindacabili avanti al giudice amministrativo e quindi dei regolamenti.

- provvedimenti quali delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni dell'operatore economico dalla gara, aggiudicazioni, validazioni e approvazioni della progettazione, nomine del RUP, nomine della commissione giudicatrice, atti afferenti a rinnovo tacito, provvedimenti applicativi della clausola revisione prezzi e dell'adeguamento dei prezzi, autorizzazioni del Responsabile del procedimento e/o approvazioni di varianti o modifiche, affidamenti di lavori, servizi o forniture supplementari.

L'azione può proporsi quindi solo avverso atti autoritativi, rientranti nella procedura di affidamento, e non - si legge nella Relazione illustrativa al Regolamento - avverso comportamenti o atti non provvedimentali della stazione appaltante, in fase esecutiva. L'Autorità non può, cioè, intervenire per denunciare violazioni che incidono sulla fase di esecuzione del contratto e che appartengono alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri. Fanno eccezione gli atti adottati nella fase esecutiva che si traducono in una violazione della normativa sugli appalti, sostanziandosi, di fatto, nell'affidamento di nuovi contratti pubblici in assenza delle garanzie procedurali dell'evidenza pubblica (ad esempio, varianti o affidamento di lavori/servizi supplementari in assenza dei presupposti di legge o rinnovi taciti) qualora sindacabili avanti al giudice amministrativo. Da escludere sono anche «gli atti normativi», non sottoponibili all'esercizio dei poteri (amministrativi) di vigilanza e di controllo dell'Autorità e al connesso esercizio del diritto di azione innanzi al giudice amministrativo.

Il termine per l'esercizio del «ricorso diretto» decorre, per gli atti soggetti a pubblicità legale o notiziale, dalla data di pubblicazione dell'atto stesso; per gli altri atti invece esso decorre dall'acquisizione della notizia, da parte dell'Autorità, dell'emanazione dell'atto.

Ai fini della rapida verifica degli elementi di conoscenza contenuti nella notizia, l'Ufficio competente può chiedere ulteriori informazioni all'amministrazione che ha adottato l'atto. Tale richiesta non sospende i termini per la proposizione del ricorso.

«L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio in via diretta per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture («ricorso diretto»)».



L'ANAC nell'impugnare il provvedimento ritenuto illegittimo dovrà evocare in giudizio l'amministrazione resistente e i controinteressati, trovando applicazione sul piano procedurale il rito di cui all'art. 120 del Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 («codice del processo amministrativo»).

3. Il ricorso «previo parere motivato»

Il comma 1-ter dell'art. 211 del Codice prevede l'ulteriore potere dell'ANAC di ricorrere «in via indiretta», cioè adottando preventivamente un parere motivato cui il destinatario deve adempiere. Il parere in questo contesto va considerato alla stregua di una condizione di procedibilità ai fini dell'impugnazione: il fine - si legge nella Relazione illustrativa cit. - è di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto illegittimo, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento anche in applicazione del principio di leale collaborazione.

L'articolo 6 del Regolamento disciplina l'iter procedurale di questa tipologia di ricorso, che è notevolmente semplificato rispetto alle fasi proprie del procedimento amministrativo di cui alla L. 241/1990, non prevedendosi particolari garanzie partecipative né l'instaurazione di un formale contraddittorio.

Si individuano, in particolare, tre fasi temporalmente successive:

- 1) l'acquisizione della notizia della grave violazione e l'adozione del parere (art. 8);
- 2) la trasmissione del parere alla stazione appaltante (art. 9);
- 3) la decisione in ordine alla proposizione del ricorso (art. 10).

Condizione fondamentale per l'esercizio di tale potere è la gravità della violazione di legge. Il potere di impugnare è previsto, infatti, solo in caso di gravi violazione delle norme in materia di contratti pubblici, che legittimano l'Autorità ad emettere un parere motivato e, solo in caso di esito negativo, a ricorrere al giudice amministrativo.

Sono considerate gravi le seguenti violazioni:

- a. affidamento di contratti pubblici senza previa pubblicazione di bando o avviso nella GUUE, nella GURI, sul profilo di committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'Autorità, laddove tale pubblicazione sia prescritta dal codice;
- b. affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, e quando questo abbia determinato l'omissione di bando o avviso ovvero l'irregolare utilizzo dell'avviso di preinformazione di cui all'articolo 59, comma 5 e all'articolo 70 del codice;
- c. atto afferente a rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;
- d. modifica sostanziale del contratto

che avrebbe richiesto una nuova procedura di gara ai sensi degli articoli 106 e 175 del codice;

- e. mancata o illegittima esclusione di un concorrente nei casi previsti dall'articolo 80 e dall'articolo 83, comma 1, del codice⁶;
- f. contratto affidato in presenza di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'UE in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del TFUE;
- g. mancata risoluzione del contratto nei casi di cui all'articolo 108, comma 2 del codice;
- h. bando o altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica che contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza⁷.

Quanto agli atti impugnabili nell'esercizio di tale potere, si tratta degli stessi atti che possono essere impugnati dall'ANAC con ricorso diretto sopra indicati.

Entro 60 giorni dall'acquisizione della notizia, il Consiglio dell'Autorità, su proposta dell'Ufficio competente, emette un parere motivato, nel quale sono segnalate le violazioni riscontrate e indicati i rimedi da adottare per eliminarle. In caso di urgenza il parere motivato è emesso dal Presidente, salva ratifica del Consiglio.

Il termine ha natura perentoria, nell'ottica di

6. Con riferimento a tale previsione è stato accolto il suggerimento del Consiglio di Stato, teso a dare maggiore coerenza alla disposizione, che prevedeva di estendere l'ipotesi di grave violazione, oltre al caso di mancata esclusione nei casi previsti dall'articolo 80 e dall'articolo 83, comma 1, del codice, anche al caso di illegittima esclusione.

7. Rispetto alla bozza di Regolamento, posta in consultazione, sono state omesse le fattispecie di cui alle lettere da h) a p) ("h) artificioso frazionamento del contratto quando comporti la disapplicazione o elusione della normativa sui contratti pubblici; i) applicazione della clausola revisione prezzi e dell'adeguamento dei prezzi in violazione dei limiti di cui alla normativa vigente; j) ipotesi in cui sia configurato come contratto di partenariato pubblico-privato o di concessione un contratto che non presenti le caratteristiche di trasferimento del rischio operativo sul soggetto privato; k) ipotesi di ricorso alla disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile in contrasto con le disposizioni del Codice; l) affidamenti in house in violazione delle previsioni di cui all'art. 5 co. 1 e 192 del Codice; m) conclusione di accordi tra amministrazioni in mancanza dei presupposti di cui all'art. 5, co. 6 del Codice; n) nomina dei commissari di gara in violazione degli art. 77 e 78 del Codice; o) procedure bandite in violazione degli obblighi di centralizzazione degli acquisti, nonché di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; p) mancato utilizzo dei prezzi di riferimento pubblicati dall'Autorità"), sintetizzate in una nuova formulazione della lettera h). La versione definitiva del Regolamento contiene inoltre un generico riferimento a fattispecie lesive dei principi della partecipazione e della concorrenza (art. 2 del Codice), che non era previsto nella bozza.

garantire certezza ed effettività alla scansione procedimentale⁸.

La seconda fase del procedimento, in un'ottica deflattiva del contenzioso, è preordinata a promuovere la preventiva interlocuzione con la stazione appaltante, allo scopo di stimolarne lo spontaneo adeguamento. Il parere è quindi trasmesso alla stazione appaltante, con contestuale assegnazione del termine, non superiore a sessanta giorni, entro il quale la stessa è invitata a conformarsi alle prescrizioni in esso contenute. Il parere non è invece da trasmettere agli eventuali controinteressati (a differenza di quanto prospettato inizialmente nella bozza di Regolamento). In sintesi il parere, che contiene l'invito a rimuovere i vizi di legittimità riscontrati dall'Autorità, è volto a sollecitare il potere di autotutela della stazione appaltante circa la volontà di conformarsi, totalmente o parzialmente, ovvero di non conformarsi alle prescrizioni dell'Autorità, indicando motivatamente le ragioni del rifiuto. In entrambi i casi, l'amministrazione deve tenere informata l'Anac, entro il termine assegnatole per l'adeguamento, delle azioni che ha intrapreso a seguito della ricezione del parere. In tal senso, la mancata comunicazione della decisione, entro il termine perentorio assegnato, equivale, ai fini della proposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo, alla manifestazione della volontà di non conformarsi al parere (art. 10, comma 2).

«L'ANAC, se ritiene un provvedimento della stazione appaltante viziato da gravi violazioni del Codice, emette, entro 60 giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a 60 giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi 30 giorni, innanzi al TAR (ricorso «previo parere motivato»)»



La terza fase è finalizzata ad assumere una determinazione in ordine alla proposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo. L'ufficio competente, preso atto delle azioni intraprese dalla stazione appaltante ovvero della mancata conformazione della medesima al parere, rimette al Consiglio dell'Autorità la decisione sulla proposizione del ricorso avverso l'atto che si assume illegittimo.

Il ricorso, previa deliberazione del Consiglio dell'Autorità, è proposto entro 30 giorni dalla ricezione della risposta della stazione appaltante, ovvero, in caso di mancata risposta, dallo scadere del termine di cui all'articolo 9, comma 1 (il *dies a quo*

coincide con il giorno della comunicazione, da parte della stazione appaltante, della volontà di non conformazione o conformazione in misura parziale al parere, ove questo sia precedente allo spirare del termine di 60 giorni assegnato alla stazione appaltante). In caso di urgenza il ricorso è proposto previa decisione del Presidente, salva ratifica del Consiglio.

4. Differenze rispetto al parere di precontenzioso

Il Regolamento lascia fermo l'ampio potere consultivo dell'ANAC che si concreta nell'adozione di pareri (vincolanti o non vincolanti). L'adozione da parte dell'ANAC di pareri con carattere vincolante

8. Quanto all'individuazione del *dies a quo*, si è ritenuto di accogliere il rilievo formulato dal Consiglio di Stato in ordine alla opportunità che il termine per l'emissione del parere decorra, per gli atti soggetti a pubblicità legale o notiziale, dalla data della pubblicazione, mentre per gli altri atti dall'acquisizione della notizia dell'emanazione dell'atto. Ciò al fine di evitare di spostare in un tempo indefinito l'emissione del parere e, conseguentemente, la proposizione del ricorso giurisdizionale, in contrasto con i principi di certezza che devono sovraintendere alle procedure ad evidenza pubblica.

trova fondamento normativo nel comma 1 dell'art. 211 del Codice che attribuisce all'ANAC il compito di esprimere parere vincolante, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti e previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara.

Con il nuovo Codice la proposta di soluzione emessa dall'ANAC - da atto di mera *moral suasion* - diventa atto con valore vincolante qualora le parti vi acconsentano e viene introdotto il termine di 30 giorni dalla ricezione della richiesta affinché l'Autorità si pronunci sulla questione sottoposta a parere. In tali ipotesi l'Autorità, in qualità di terzo rispetto alle parti litiganti, esercita una funzione conciliativa di *Alternative Dispute Resolution*, su base volontaria, alternativa al ricorso giurisdizionale, preordinata all'emissione di un parere che tramite, il vincolo facoltativo a conformarsi a quanto in esso disposto, è in grado di incidere efficacemente sull'illegittimità eventualmente riscontrata.

Modalità di presentazione dell'istanza (singola o congiunta), ordine di trattazione delle istanze, istruttoria, riesame e modalità di non adeguamento sono fissate dal Regolamento emanato dall'ANAC il 5 ottobre 2016⁹.

Le parti che hanno optato per l'emissione del parere sono, in altri termini, tenute ad attenervisi, fatto salvo il potere di impugnativa giurisdizionale

ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo. Da un lato, pertanto, il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il vincolo non riguarda, certo, eventuali altri concorrenti (che si porrebbero come controinteressati), che potrebbero avere interesse a opporsi alla soluzione precontenziosa tra la stazione appaltante e un solo concorrente. Dall'altro lato, il parere vincolante è impugnabile innanzi ai Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 120 cit. che riguarda per l'appunto la speciale procedura di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento, ivi compresi i provvedimenti dell'ANAC ad essi riferiti.

Come ribadito in giurisprudenza il parere di precontenzioso, quando abbia effetti vincolanti, deve essere impugnato nel termine decadenziale di trenta giorni soltanto dalle parti che abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi ad esso poiché è nei loro confronti che il parere assume un contenuto predecisorio immediatamente lesivo.

Viceversa il concorrente che non abbia accettato di vincolarsi alla pronuncia dell'Autorità non è tenuto ad impugnare in via immediata il parere di precontenzioso nel termine

decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione, bensì può chiederne al giudice amministrativo l'annullamento unitamente al provvedimento applicativo della stazione appaltante, ove da questo riceva un effettivo pregiudizio¹⁰.

«Resta fermo il potere dell'ANAC di adottare parere vincolante in funzione precontenziosa, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta (art. 211, comma 1, del Codice)»



9. Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (G.U. Serie Generale n. 245 del 19-10-2016) su www.anticorruzione.it

10. Cfr. Tar Piemonte, sez. II, n. 483/2018 secondo cui tale conclusione risponde ad esigenze sistematiche ed innanzitutto al principio di effettività della tutela nella materia degli appalti, che porta ad escludere interpretazioni delle norme processuali da cui scaturiscono per le imprese concorrenti oneri di impugnazione eccessivamente gravosi e sproporzionati rispetto alle finalità perseguite dal rito accelerato (si noti che il parere di precontenzioso dell'ANAC nel caso di specie era giunto a quasi un anno dall'istanza della parte, sicché sarebbe risultato del

Per rafforzare l'impegno delle parti al rispetto del parere a cui esse stesse abbiano preventivamente acconsentito e scongiurare liti temerarie è previsto che, in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice è tenuto a valutare il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del citato codice del processo amministrativo, riguardante le spese di lite¹¹.

«Quando è chiamata ad esprimere parere vincolante di precontenzioso relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (art. 211, comma 1, del Codice), l'ANAC non può esercitare il potere di impugnazione né direttamente né previo parere motivato»



Il parere previsto dal primo comma dell'art. 211 va distinto da quello previsto dal comma 1-ter dello stesso articolo, sopra analizzato. Solo in quest'ultimo caso infatti l'ANAC ha la facoltà di agire autonomamente e rilasciare un parere motivato (ove ritenga che la stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da "gravi" violazioni del codice).

Resta altresì confermata la generale funzione che l'ANAC svolgeva anche nel vigore del precedente Codice, prevista dall'art. 6 comma 7 lett. n del

D.lgs. 163/2006¹². La giurisprudenza ha infatti più volte evidenziato che l'Autorità, oltre alle funzioni sanzionatorie, è munita di un generale potere di vigilanza sui contratti pubblici, che si esplica anche in atti, di carattere non provvedimentale, indirizzate ai vari soggetti interessati, nell'ambito dei contratti pubblici, sia operatori economici che amministrazioni (atti che assumono la natura di pareri e raccomandazioni)¹³.

5. Norme comuni.

5.1 L'acquisizione della notizia della violazione

Il Regolamento dedica un capo specifico (IV) alle disposizioni comuni alle due fattispecie di ricorso. Il primo comma dell'art. 11 circoscrive l'oggetto della notizia della violazione, precisando che la

tutto irragionevole esigere dall'impresa interessata la proposizione del ricorso avverso il parere entro il termine breve di trenta giorni); inoltre, secondo il TAR, il parere di precontenzioso conserva il carattere di atto endoprocedimentale privo di immediata lesività, così da escludere la necessità che ne sia proposta impugnazione autonoma a pena d'inammissibilità, poiché la stazione appaltante ben potrebbe, in astratto, adottare provvedimenti differenti (ad esempio, sulla base di fatti sopravvenuti nel corso della procedura, ovvero in considerazione di elementi che non erano ancora stati valutati al momento della richiesta di parere), incidendo in via autoritativa sulla prosecuzione o sull'esito della gara, senza tuttavia prendere in considerazione il responso dell'Autorità.

11. V. art. 26 cit.: «Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2. In ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati.

2. Il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Nelle controversie in materia di appalti di cui agli articoli 119, lettera a), e 120 l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite. ...».

12. Oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l'Autorità: «..... n) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;». V. Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n), del D.lgs. n. 163/2006.

13. TAR Lazio Roma, sez. III, 12/1/2012 n. 280 secondo cui «Quale organismo di regolazione del sistema dei contratti pubblici, la detta Autorità, oltre gli atti tipici previsti dalla normativa, può adottare anche atti di «moral suasion», i quali pur non corrispondendo ad una specifica potestà attribuita dalla legge, sono espressivi della stessa posizione che l'Autorità riveste nell'ambito dell'ordinamento di settore (cfr. altresì Consiglio di stato, sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5317)».

stessa deve contenere elementi di fatto e ragioni di diritto tali da consentire all'Autorità di rinvenire i vizi dell'atto e valutare la sussistenza del requisito del rilevante impatto del contratto e la gravità della violazione riscontrata.

L'acquisizione della notizia di un atto illegittimo avviene di regola d'ufficio da parte dell'Autorità, nell'esercizio della propria attività istituzionale ed esiste una priorità nella valutazione, in ragione del soggetto che trasmette la notizia (articolo 11, comma 2). Ciò – si legge nella cit. Relazione illustrativa - al fine di scongiurare rischi di strumentalizzazione da parte di operatori economici direttamente lesi dall'atto oggetto di censura in un'ottica deflattiva del contenzioso, accogliendo il suggerimento del Consiglio di Stato.

L'ANAC può però assumere la decisione di ricorrere a seguito di segnalazioni pervenute da parte di soggetti qualificati quali giudici amministrativi, P.M., Avvocatura di Stato, altre amministrazioni o autorità pubbliche (compresa le magistrature contabile e ordinaria); in quel caso la segnalazione viene valutata con priorità. È questo il caso delle segnalazioni trasmesse dai soggetti elencati al comma 3 dell'articolo 11 quali:

a) autorità giudiziaria amministrativa, ai sensi dell'art. 1, comma 32 -bis, della legge 6 novembre 2012, n. 190; b) pubblico ministero, ai sensi dell'art. 129, comma 3, delle disp. att. c.p.p.; c) Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 19, comma 5, lettera a -bis) del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90; d) ogni altra amministrazione o autorità pubblica, ivi compresa quella giudiziaria ordinaria e contabile.

Vengono infine in rilievo le segnalazioni di terzi o di privati, le quali tuttavia possono essere valutate solo in considerazione delle risorse disponibili, tenendo conto in via prioritaria della gravità delle violazioni e della rilevanza degli interessi coinvolti dall'appalto. La disposizione – non prevista in sede di consultazione - è volta chiaramente ad evitare il proliferare di segnalazioni che rischierebbero di ingessare l'attività dell'ANAC e l'efficacia dell'azione.

5.2 I rapporti con gli altri procedimenti

L'articolo 12 regola i rapporti con altri procedimenti di ANAC, disponendo che l'esercizio dei poteri di cui agli articoli 3 (ricorso diretto) e 6 (ricorso previo parere motivato) determina la sospensione dei procedimenti di vigilanza nonché dei procedimenti di precontenzioso preordinati all'emissione di pareri non vincolanti in corso presso gli Uffici dell'Autorità, aventi il medesimo oggetto. La ratio della norma è da rinvenirsi nella maggiore incisività del potere di impugnazione e dei suoi effetti rispetto alla più limitata efficacia del potere di raccomandazione non vincolante. La sospensione prende a decorrere:

- dalla notifica del ricorso nel caso di «ricorso diretto»; - dall'emanazione del parere di precontenzioso e si protrae per tutta la durata del processo (amministrativo).

Diversa è l'ipotesi in cui ANAC sia chiamata, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, a esprimere parere vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara: l'Autorità in tal caso non può dunque né impugnare direttamente ai sensi del comma 1-bis né emettere un parere di precontenzioso ai sensi del comma 1-ter dell'art. 211.

La *ratio* risiede nella sostanziale inutilità del ricorso da parte dell'ANAC ai poteri di impugnazione quando il soggetto avverso i cui atti si dovrebbero esercitare i detti poteri è comunque obbligato ad attenersi al parere (vincolante) dell'Autorità.

5.3 Pubblicità

Le decisioni assunte dall'Autorità, sia in merito alla possibilità di agire direttamente in giudizio ex art. 5, comma 1, sia in merito alla decisione assunta a seguito del mancato adeguamento da parte della stazione appaltante, vengano portate nell'immediato a conoscenza degli interessati.

L'immediata conoscenza è, altresì, garantita, relativamente alla delibera del Consiglio dell'Autorità con la quale viene disposto il ricorso ex art. 11, comma 2. Di tali atti è data pubblicazione

in una apposita sezione del sito dell'Autorità.

Scompare, invece, dal testo finale del Regolamento l'articolo sull'accesso agli atti, a norma del quale l'accesso di cui alla L. n. 241/90 e D.L. n. 33/2013, poteva essere differito fino all'adozione della delibera con la quale viene disposto il ricorso ed eventualmente, per tutta la durata della fase processuale nella misura in cui fosse necessario ai fini della tutela del diritto alla difesa in giudizio dell'Autorità.

5.4 Norme transitorie

Ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento, l'ANAC avvierà i procedimenti relativi al ricorso diretto e a quello previo parere motivato sulla base delle notizie acquisite alla data del 1 agosto 2018, utili ai fini dell'adozione degli atti impugnabili con tali ricorsi. Il 1 agosto 2018 è la data di entrata in vigore del Regolamento, quindici giorni dopo la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 17 luglio 2018.

L'applicabilità del soccorso istruttorio ai vizi della cauzione provvisoria

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

Il D.Lgs. n. 50/2016 ("Nuovo Codice"), come già in precedenza il D.Lgs. n. 163/2006, opera la distinzione tra le garanzie e le coperture assicurative richieste per la fase di aggiudicazione e quelle per la fase di esecuzione dell'appalto.

Scopo della cd. **cauzione provvisoria** disciplinata oggi all'**art. 93 del Nuovo Codice** – che ricalca di massima i contenuti dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 ma introduce anche una serie di rilevanti novità - è quello di garantire la serietà e la congruenza dell'offerta e, quindi, di evitare che per fatto riconducibile all'affidatario non si giunga alla sottoscrizione del contratto. Sarà solo al momento della stipula del contratto, quindi, che si procederà al suo svincolo. In particolare, l'art. 93 del Nuovo Codice al comma 1 stabilisce che «L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" ...»¹.

La problematica della natura della cauzione provvisoria richiesta in una gara d'appalto e della possibilità, o meno, di sanatoria di eventuali irregolarità, determina diversi casi di contenzioso

La problematica della natura della cauzione provvisoria richiesta in una gara d'appalto e della possibilità, o meno, di sanatoria di eventuali irregolarità, determina diversi casi di contenzioso sui quali si sta pronunciando la giurisprudenza stante la disciplina del **soccorso istruttorio** che ai sensi dell'**art. 83 del Nuovo Codice** – come avremo modo di meglio approfondire – ha in linea generale la finalità di far integrare la documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dal seggio di gara incompleta o semplicemente irregolare sotto un profilo formale, non anche di

consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Nel prosieguo del presente contributo, dopo aver brevemente esaminato la finalità della cauzione provvisoria e la disciplina del soccorso istruttorio e,

si passerà a delineare una casistica di vizi della cauzione provvisoria sanabili tramite il soccorso istruttorio.

1. Già l'**art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006** prevedeva che «L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente ...».

1. Sulla costituzione della cauzione provvisoria

È argomento controverso in ambito giurisprudenziale la obbligatorietà o meno della costituzione della cauzione provvisoria sin dal momento della presentazione dell'offerta e, di conseguenza, sulla sanzione applicabile in caso di omissione. Detta incertezza è dovuto al fatto che il Nuovo Codice - come anche il D.Lgs. n. 163/2006 - non stabilisce una sanzione specifica per l'omissione di tale adempimento, limitandosi a affermare che «*l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria*» (art. 93, comma 1 Nuovo Codice, già art. 75 D.Lgs. n. 163/2006).

Sul punto, già sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 diverse pronunce hanno ritenuto che la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara (il quale deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte) ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 6 aprile 2016 n. 13779; TAR Sicilia-Catania, sez. I, 12 aprile 2018 n. 752).

Per contro, sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 la **giurisprudenza maggioritaria** (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24.11.2011 n. 6239; Consiglio di Stato, sez. V, 09.11.2010 n. 7963; Consiglio di Stato, sez. V, 05.08.2011 n. 4712; Consiglio di Stato, sez. V, 12.06.2009, n. 3746; Consiglio di Stato, sez. V, 08.09.2008, n. 4267; Consiglio di Stato, sez. V, 09.12.2002 n. 6768) nonché le Autorità di settore (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 1/2010), così come richiamati e condivisi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 34 del 10 dicembre 2014, avevano già ritenuto

Per la giurisprudenza maggioritaria la cauzione provvisoria costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa



che la **cauzione costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa**; sicché essa si pone come strumento di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta che vincola le imprese partecipanti ad una gara pubblica all'osservanza dell'impegno assunto a rispettarne le regole, responsabilizzandole, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti; l'escussione della cauzione provvisoria si profila quindi come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica. Discende da ciò (cfr. Determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1 dell'8 gennaio 2015 e successivo Comunicato del Presidente del 1 luglio 2015) che, **pur ritenendosi sanabili** (dopo l'entrata in vigore del combinato disposto dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. n. 163/2006) **le ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, ciò è escluso qualora quest'ultima non sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta** e non rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006.

Sotto la vigenza dell'art. 83 del Nuovo Codice si segnala, in senso conforme, la pronuncia Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2018 n. 2181 (secondo cui la cauzione costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa) e ancora TAR Lazio-Roma, sez. II, 14 giugno 2018 n. 6655 secondo cui «*nel caso di specie, il provvedimento di esclusione è legittimo poiché, a mezzo del soccorso istruttorio, è stato acclarato che la cauzione provvisoria è stata stipulata successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle domande...*, sicché una regolarizzazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta mancante ab initio avrebbe concretizzato una disparità di trattamento rispetto alle altre imprese partecipanti alla procedura di gara, le quali si sono attenute al predetto termine di scadenza previsto dalla lex specialis di gara per il rilascio della cauzione provvisoria».

Per completezza di trattazione si segnala che anche dopo l'entrata in vigore del Nuovo Codice si sono registrate pronunce – sebbene minoritarie – volte a ritenere che la costituzione della cauzione provvisoria non debba essere già avvenuta alla data di presentazione dell'offerta perché si possa applicare il soccorso istruttorio tale che «non possono essere escluse dalla gara gli offerenti che hanno stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell'offerta e/o dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, quando il periodo di 180 giorni della sua efficacia retroagisce dalla data di presentazione dell'offerta ... in quanto la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione alla gara» (cfr. TAR Basilicata-Potenza, sez. I, 27 luglio 2017 n. 531).

2. Soccorso istruttorio

La ratio dell'istituto è quella di limitare le ipotesi di esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara

ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, per l'effetto ampliando la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del *favor participationis*.

Nel D.Lgs. n. 163/2006 l'istituto era originariamente disciplinato dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter² (commi introdotti dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 convertito nella L. n. 114/2014), come una sorta di sanatoria a pagamento, il cui ambito di applicazione ha suscitato molte perplessità tanto da far scaturire diverse pronunce giurisprudenziali con cui è stato meglio delineato l'ambito di applicazione.

Con l'entrata in vigore del Nuovo Codice la disciplina del soccorso istruttorio è stata così modificata sotto diversi profili, nella speranza di superare le questioni più problematiche e dibattute, ed inserita nell'art. 83 comma 9 nell'ambito dei criteri di selezione.

A quasi un anno dall'entrata in vigore del Nuovo Codice, la disciplina del soccorso istruttorio è stata oggetto di modifica da parte del Legislatore il quale con l'art. 52 comma 1 lett. d) del D.Lgs. n. 56/2017 (cd. **Correttivo**) ha eliminato l'onerosità del soccorso istruttorio: gli operatori economici avranno la facoltà di regolarizzare e/o integrare le dichiarazioni e i documenti incompleti e/o irregolari senza dover sostenere alcun onere finanziario³. La riscrittura della norma di cui all'art. 83, comma

2. In particolare il D.Lgs. n. 163/2006 disponeva:

- all'art. 38, comma 2-bis che «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»;

- all'art. 46, comma 1-ter che «1-ter. Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

3. Si segnala che l'introduzione del soccorso istruttorio gratuito riporta coerenza tra l'istituto e la legge delega n. 11/2016 per la predisposizione del nuovo codice degli appalti che (all'art. 1, comma 1, lett. z) prescriveva la «riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta ...».

9, oltre ad eliminare l'onerosità dell'istituto, ha superato la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, con la conseguenza che gli operatori economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica.

Testualmente l'art. 83, comma 9 del Nuovo Codice⁴ oggi vigente dispone che «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

Il Nuovo Codice contiene dunque rilevanti novità in merito al soccorso istruttorio rispetto alla precedente disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 163/2006: dalla lettura dell'art. 83, comma 9 del Nuovo Codice emergono, infatti, una serie di DIFFERENZE e NOVITA' rispetto alla

disciplina contenuta nel D.Lgs. 163/2006.

Da un punto di vista sostanziale la Direttiva 24/2014/UE e lo stesso art. 83, comma 9 del Nuovo Codice si contraddistinguono per aver ampliato il novero delle fattispecie "regolarizzabili", nell'ottica di privilegiare, al fine di favorire la massima partecipazione alle gare, gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale (cfr. TAR, Campania-Salerno, sez. I, 31 gennaio 2017 n. 194).

Da tale previsione è disceso che l'attuale soccorso istruttorio può mirare sia a completare o precisare meglio dichiarazioni carenti o mancanti che ad integrare documenti mancanti, purché tale integrazione abbia lo scopo di correggere errori materiali o refusi e non sia volta a completare offerte parziali o dal contenuto

Il D.Lgs. n. 50/2016 contiene dunque rilevanti novità in merito al soccorso istruttorio rispetto alla precedente disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 163/2006



poco chiaro: l'art. 83 del Nuovo Codice «consente sia sanata la mancanza essenziale di elementi formali - rectius: la mancanza di elementi essenziali-, purchè non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente» (cfr. TAR Lazio-Roma, sez. III bis 6 novembre 2017, n. 11031).

Il Correttivo ha inoltre confermato la sanabilità delle sole carenze "formali" degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo (D.G.U.E.) ma non anche delle carenze "sostanziali" dei requisiti di partecipazione (pertanto è emendabile l'errore materiale della mancata allegazione della dichiarazione attestante il possesso del requisito

4. Norma con cui è stata recepita nel nostro ordinamento la disposizione dell'art. 56, paragrafo 3 della Direttiva 24/2014/UE (direttiva appalti), ai sensi del quale «Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza».

essenziale di partecipazione o commesso nella dichiarazione concernente il requisito essenziale di partecipazione ma non la carenza del requisito entro il termine di partecipazione stabilito dal bando).

Sono invece escluse dal soccorso istruttorio le carenze (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità) dell'offerta tecnica ed economica. Detta previsione, frutto del recepimento a livello normativo di un indirizzo interpretativo che si era già consolidato sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006) era stata condivisa anche dall'ANAC (Determinazione n. 1/2015) al fine di evitare violazioni del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Sono inoltre insanabili le irregolarità essenziali rappresentate da carenza della documentazione (relativa ai requisiti richiesti a pena di esclusione) tale da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione stessa (in conformità alla precisazione fornita dall'ANAC nella Determinazione n. 1/2015).

Il Nuovo Codice, in sintesi, circoscrive la portata dello strumento del soccorso istruttorio il quale non trova applicazione di fronte a carenze insanabili, provvedendo a chiarire che devono intendersi per **IRREGOLARITA' ESSENZIALI INSANABILI** le carenze concernenti l'offerta tecnica ed economica e, più genericamente, le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Ai sensi del Nuovo Codice è pertanto autorizzato l'espletamento della procedura di soccorso istruttorio per sanare «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda», ma **non è contemplata l'ipotesi di integrazione delle offerte o degli elementi a corredo delle stesse.** Alla luce della nuova disposizione, non può infatti utilizzarsi il soccorso istruttorio, sia contestuale che postumo, per consentire la produzione tardiva di un requisito sostanziale (o richiesto a corredo/garanzia dell'offerta) inesistente al momento di deposito dell'offerta presso la stazione appaltante (cfr. *Consiglio di Stato, sez. V, 27.12.2017 n.*

6078; Consiglio di Stato, sez. V, 11.12.2017 n. 5826), come è la cauzione provvisoria.

Un significativo ausilio interpretativo all'istituto nella sua nuova versione successiva all'aggiornamento delle Direttive europee del 2014 è dato dalla sentenza della Corte giustizia UE, sez. VIII, 28 febbraio 2018 n. 523. I giudici comunitari dopo aver evidenziato che il soccorso istruttorio di cui all'art. 51 della direttiva 2004/18 si limita a prevedere la semplice possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di invitare coloro che presentano un'offerta nell'ambito di una procedura di gara d'appalto a integrare o a chiarire la documentazione da fornire in sede di valutazione delle condizioni di ricevibilità della loro offerta e dopo aver precisato che la Direttiva non specifica le modalità o le condizioni in base alle quali una siffatta regolarizzazione può avvenire, al paragrafo 48 chiariscono che «quando si avvalgono della facoltà prevista all'art. 51 della direttiva 2004/18, gli Stati membri devono fare in modo di non compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e di non pregiudicare né l'effetto utile delle sue disposizioni né le altre disposizioni e gli altri principi pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità». I Giudici comunitari proseguono poi al paragrafo 49 della citata sentenza specificando che «l'articolo 51 della direttiva 2004/18 non può essere interpretato nel senso di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica o omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente (sentenze del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 46, e del 10 novembre 2016, *Ciclat*, C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30)».

3. I vizi della cauzione provvisoria al vaglio del giudice amministrativo

In linea con la nuova tipologia di soccorso istruttorio regolamentata dal Nuovo Codice, il campo applicativo dell'istituto ai vizi della cauzione

provvisoria si è molto ristretto e circoscritto ai vizi formali.

Nell'ambito della casistica passata al vaglio dei giudici amministrativi, si evidenzia l'ipotesi della **mancata allegazione del foglio recante l'autentica notarile della sottoscrizione della cauzione provvisoria** presentata da un concorrente (cfr. TAR Campania-Napoli, sez. III, 27.07.2017 n. 3990). Nel caso di specie il disciplinare di gara, fra i documenti da presentare per la partecipazione alla gara, prevedeva una garanzia provvisoria emessa, pena l'esclusione dalla gara, a favore della stazione appaltante, prestata mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa, debitamente compilata e sottoscritta in originale con firma autenticata, tramite notaio, dell'agente del quale siano altresì accertati i poteri. La garanzia fideiussoria presentata a corredo dell'offerta dal concorrente non recava l'autentica notarile della firma del procuratore, essendo stata invece allegata l'autentica riferita alla firma di un soggetto differente, nella qualità di agente generale di altra compagnia di assicurazione. Nella specie il TAR Campania ha rilevato che «è certamente da escludere che il vizio riscontrato nella cauzione provvisoria (attinente all'allegazione del foglio recante l'autentica notarile) rientri tra i suddetti vizi non sanabili, per cui la procedura di soccorso istruttorio risulta senz'altro ammissibile (cfr. Cons. St., sez. V, 26/7/2016, n. 3372)».

Altra questione sottoposta al vaglio del giudice amministrativo riguarda l'ipotesi di **cauzione prestata da intermediari non iscritti o cancellati dall'albo di cui all'art. 106 TUB**.

Sul punto il comma 3 dell'art. 93 del Nuovo Codice specifica che «La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta

nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa».

In tali casi, come confermato da diversi interventi giurisprudenziali, da ultimo TAR Campania-Napoli, sez. IV, 28.08.2018 n. 5292, non è possibile procedere al soccorso istruttorio in quanto «*attualmente, la disciplina del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 co. 9 d.lgs. 50/2016 non giustifica, come già detto, regolarizzazioni postume che non abbiano carattere meramente formale, sì che in caso di omessa prestazione della cauzione provvisoria o di allegazione di una cauzione invalida nessun rimedio postumo è esercitabile, e l'esclusione dell'impresa inadempiente dalla gara è l'unica soluzione possibile per la stazione appaltante*». E ancora, nella medesima pronuncia viene rilevato che «*il caso oggetto del presente giudizio non avrebbe potuto essere oggetto di soccorso istruttorio processuale neppure sotto la vigenza del d.lgs. 163 del 2006, in quanto la cauzione provvisoria rilasciata da un operatore non abilitato equivale a cauzione provvisoria mancante e, come tale, non può in alcun modo essere sanata alla stregua di una mera irregolarità documentale, trattandosi di una precisa carenza degli elementi a corredo dell'offerta, prevista a pena di esclusione dalla lex specialis. Ritenere che il soccorso istruttorio postumo si risolva nella produzione di un documento nuovo.. tradisce non solo il dettato normativo e lo spirito dell'istituto, ma incorre nel marchiano errore di considerarlo alla stregua di una irregolarità documentale, intesa come vizio di forma di un documento già esistente anche se non prodotto e comunque riferibile a una situazione anch'essa esistente e attestabile ex post, assimilabile alla produzione di un documento formato ex novo che in realtà è solo il simulacro formale di un elemento sostanziale dell'offerta che la parte non possedeva al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse. In sintesi, non può utilizzarsi il soccorso istruttorio, sia contestuale che postumo, per consentire la produzione tardiva di un requisito sostanziale (o richiesto a corredo/garanzia dell'offerta) inesistente al momento di deposito dell'offerta presso la stazione appaltante (vedi Cons. St.,*

sez. V, 27 dicembre 2017 n. 6078; Id., Sez. V, 11 dicembre 2017 n. 5826)».

Diverso è, invece, il caso di **mancanza o irregolarità della dichiarazione di impegno da parte di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l'esecuzione del contratto**, di cui al comma 8⁵ dell'art. 93 del Nuovo Codice.

In tale specifico caso la giurisprudenza ha negato la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio. In particolare, il TAR Sardegna-Cagliari, sez. I, 21 aprile 2017, n. 275 ha affermato che «L'omessa produzione, in violazione dell'art. 93, comma 8, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, della garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario non consente il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50, trattandosi di elemento richiesto a pena di esclusione». Il TAR, infatti (condividendo l'orientamento del TAR Lazio-Roma Sezione I-ter, n. 878 del 18 gennaio 2017), ha osservato che «l'art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016 stabilisce, al comma 1, che "l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria" e che, "in caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo". Sempre il citato art. 93, al comma 8, prevede che "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 105, qualora l'offerente risultasse affidatario". Dalle norme

In linea con la nuova tipologia di soccorso istruttorio regolamentata dal D.Lgs. n. 50/2016, il campo applicativo dell'istituto ai vizi della cauzione provvisoria si è molto ristretto e circoscritto ai vizi formali.

di cui alla richiamata disposizione normativa si desume innanzi tutto che rispetto all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione».

Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, l'elemento richiesto a pena di esclusione, ovvero l'impegno di un istituto fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto, risultava mancante. Il TAR, dunque, ha statuito che in detto caso la stazione appaltante non può dare applicazione al soccorso istruttorio in quanto l'elemento di cui trattasi è richiesto dalla legge a pena di esclusione, mentre il soccorso istruttorio può trovare applicazione solo per "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda".

Secondo i giudici l'art. 93, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 è dunque una «disposizione in cui il nuovo Codice ha previsto esplicitamente la sanzione dell'esclusione in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute».

Si evidenzia tuttavia un rilevante mutamento giurisprudenziale dovuto alla decisione del TAR Lombardia- Milano, sez. IV, sentenza 19 maggio 2017 n. 1125 in tema di conseguenza nel caso di omissione dell'impegno

a produrre la cauzione definitiva. Impegno, che secondo l'art. 93, comma 8 del Nuovo Codice deve essere espresso già in fase di partecipazione alla gara «a pena di esclusione». A differenza della recente giurisprudenza (TAR Sardegna-Cagliari, sez. I, sentenza n. 275/2017) i giudici milanesi rilevano che «la norma dell'art. 93, comma 8, che

5. Art. 93 comma 8 del Nuovo Codice «L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario. Il presente comma non si applica alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese».

pure contiene l'inciso "a pena di esclusione", deve essere letta alla luce dell'ulteriore disposizione dell'art. 83, comma 9, che prevede (nel testo applicabile ratione temporis alla presente fattispecie) il soccorso istruttorio con pagamento di una sanzione pecuniaria, in caso di incompletezza, di mancanza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi della domanda, "con esclusione di quelli afferenti all'offerta tecnica ed economica"». Nel caso di specie, prosegue il giudice – ribaltando un orientamento che appariva condivisibile anche alla luce del chiaro testo normativo che sancisce l'esclusione in caso di omissione del predetto impegno - «l'impegno di un terzo – vale a dire il fideiussore – al rilascio della garanzia per l'esecuzione del contratto non costituisce certamente un elemento dell'offerta tecnica o economica, bensì un differente elemento della domanda di partecipazione, riguardante il regime delle cauzioni da rilasciarsi da parte degli operatori, ma non incide sul concreto contenuto dell'offerta tecnica o economica da valutarsi da parte della stazione appaltante ai fini dell'attribuzione del punteggio ai partecipanti alla procedura di gara». L'applicazione, anche in questo caso, del soccorso istruttorio integrativo non violerebbe pertanto il principio della par condicio tra concorrenti per confermare, anzi, l'approccio sostanziale che deve tenere la stazione appaltante evitando di escludere

«per difetto di un elemento meramente formale». Inoltre, tale applicabilità – sempre secondo il giudice adito – risulterebbero confermate dalla circostanza che «l'evoluzione legislativa è nel senso dell'ampliamento degli spazi del soccorso istruttorio, per evitare l'esclusione dalle pubbliche gare per omissioni meramente formali e prive di sostanziale rilevanza (cfr. il nuovo testo dell'art. 83, comma 9, così come introdotto dal Dlgs 56/2017 di correzione del Dlgs 50/2016)». Alla luce di quanto, evidentemente, il provvedimento di esclusione è stato ritenuto illegittimo.

4. Conclusioni

La questione della possibilità, o meno, di sanatoria di eventuali irregolarità della cauzione provvisoria è di interesse e riguarda il cuore delle gare d'appalto con particolare riguardo all'affidabilità dei concorrenti e, in misura non secondaria, il principio della par condicio fra i concorrenti alla gara medesima.

Sarà interessante osservare come si svilupperà la giurisprudenza sul punto e valutare se i principi sin qui affermati saranno definitivamente consolidati oltreché capire come verranno risolti i contrasti giurisprudenziali oggi in essere.

Software per la Gestione on line Albo Fornitori e Gare Telematiche



La digitalizzazione delle procedure di gara è uno degli obiettivi principali delle disposizioni contenute nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Tutta la nuova produzione normativa, infatti, spinge sempre più le PP. AA. a dotarsi di soluzioni telematiche nelle procedure di gara.

Tra le disposizioni dirette a perseguire la digitalizzazione sono, infatti, rilevanti quelle che impongono alle Stazioni Appaltanti l'obbligo, entro il 18 ottobre 2018, di scambiare informazioni con gli operatori economici avvalendosi di mezzi di comunicazione elettronici nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Scenario normativo: D.lgs. 50/2016 e smi (articoli: art. 40, 52, 38, 44, 56, 58) e Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs n. 82/2005 e smi).

FUNZIONALITA'

- ◆ Gestione albi (beni, servizi, professionisti, Il.pp.)
- ◆ Gestione fornitori (iscrizione, catalogazione, rinnovo, roteazione automatica, ...)
- ◆ Gestione preventivi
- ◆ Gestione gare telematiche (di qualsiasi importo e tipologia)
- ◆ Comunicazioni ANAC

VANTAGGI

- ◆ Semplificazione ed efficienza delle procedure
- ◆ Trasparenza dell'operato delle Stazioni Appaltanti
- ◆ Rispetto della normativa
- ◆ Premialità per la qualificazione delle Stazioni Appaltanti
- ◆ Riduzione di costi di gestione
- ◆ Riduzione dei tempi e controllo dei processi

Possibilità di richiedere una **DEMO GRATUITA** per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. VI, 2/10/2018, n. 5661

Ai sensi dell'art. 29 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l'aggiudicazione, è subordinato alla sola formalità della pubblicazione degli atti della procedura

Secondo il giudice di prime cure... "la semplice pubblicazione della notizia dell'ammissione non produce piena conoscenza, e dunque determina soltanto l'onere per i concorrenti di attivarsi per verificare la sussistenza di eventuali cause di esclusione a carico dei soggetti ammessi. In base all'art. 29 comma 1 del Dlgs. 50/2016 la stazione appaltante è tenuta ad accelerare i tempi di impugnazione mettendo a disposizione immediatamente tutta la documentazione sul proprio sito, tramite accesso riservato. Il medesimo risultato può essere ottenuto rispondendo in modo preciso alle richieste di autotutela, se formulate senza il supporto della documentazione.

Le argomentazioni del TAR non sono condivisibili.

1.2.- Ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale».

Ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari

e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale».

Il richiamato art. 29, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dall'articolo 19, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), stabilisce che: «[a]l fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione [...] Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente».

Dalla lettura delle disposizioni sopra riportate, emerge come l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l'aggiudicazione, sia subordinato alla sola formalità della pubblicazione degli atti della procedura (Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2045 e n. 2079)."

Consiglio di Stato, Sez. III, 28/9/2018, n. 5568

"... l'impugnativa delle ammissioni o delle esclusioni delle offerte tecniche per il mancato rispetto degli standard di natura tecnico-produttivo o funzionale previsti dal Capitolato Speciale di gara non può che essere effettuata, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, ultimo periodo, del c.p.a., con riguardo all'aggiudicazione definitiva."

"Nel caso in esame non sussiste infatti alcuna violazione dell'articolo 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo in quanto l'obbligo di impugnativa nel termine di decadenza di 30 giorni dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29 comma 1, del codice di contratti pubblici, concerne solo ed unicamente le esclusioni e le ammissioni collegate "all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico finanziaria tecnico professionali".

La norma concerne quindi solo ed esclusivamente il profilo soggettivo del concorrente e le sue capacità tecniche, economiche e funzionali.

Per contro, non appartengono affatto alla fase della verifica dei requisiti soggettivi le ammissioni e le esclusioni derivanti dalla non rispondenza tecnica dei progetti o dei prodotti proposti dai partecipanti.

Tale fase concerne infatti il profilo oggettivo dell'offerta, e sono una conseguenza di un giudizio di inadeguatezza o incompatibilità della proposta del concorrente con le prescrizioni del capitolato tecnico.

Si tratta di due momenti proceduralmente separati, successivi e differenti.

In conclusione, secondo le ordinarie regole generali in materia, l'impugnativa delle ammissioni o delle esclusioni delle offerte tecniche per il mancato rispetto degli standard di natura tecnico-produttivo o funzionale previsti dal Capitolato Speciale di gara non può che essere effettuata, ai sensi dell'art.120, comma 2 bis, ultimo periodo, del c.p.a., con riguardo all'aggiudicazione definitiva."

Consiglio di Stato, Sez. V, 28/9/2018, n. 5589

Rimessa alla Corte di giustizia U.E. la questione concernente l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche senza possibilità di soccorso istruttorio

“Considerato che con ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II bis, ha rimesso alla Corte di giustizia U.E. il seguente quesito interpretativo : “se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all’applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale l’omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l’esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l’offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all’uopo resa dalla concorrente”;

Corte di Giustizia Europea, 20/9/2018, n. C-546/16

Soglia di punteggio minima ed esclusione per mancato superamento della stessa

“la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

1) La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d’oneri di una gara d’appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo.

2) L’articolo 66 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d’oneri di una gara d’appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle fasi successive dell’aggiudicazione dell’appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti restanti.”

TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 19/9/2018, n. 2109

Gare telematiche e casi di malfunzionamento del sistema

“Nell’ambito di una procedura ad evidenza pubblica in cui vi è un’unica modalità di presentazione dell’offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, senza margine di scelta per il concorrente, e il cui controllo è sottratto al concorrente stesso, il malfunzionamento del sistema di presentazione dell’offerta non può

andare a danno dell'offerente. Nella logica di leale collaborazione che informa i rapporti tra Amministrazione e amministrato, il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, e la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara.

Pertanto, a fronte di un malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara, deve essere data la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta di modo da garantire la par condicio competitorum."

TAR Valle D'Aosta, 17/09/2018, n. 44

È illegittimo attribuire un punteggio (peraltro rilevante) al solo concorrente che possiede già al momento dell'offerta un ufficio operativo nel raggio di 80 Km dalla sede

"...la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di rilevare il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle clausole dei bandi di gara che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione alla gara o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare o la disponibilità di strutture o uffici operativi prima dell'aggiudicazione della gara (in questo senso, ex plurimis, C. Stato, Sez V, 12 luglio 2004, n. 5049 e T.A.R. Latina, (Lazio), Sez. I, 20/12/2017, n. 637).

Per altro verso, occorre rammentare che non possono ritenersi legittime tutte quelle clausole del bando o del disciplinare di gara che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi da parte di operatori stranieri o che comunque hanno sede in Paesi membri, ma al di fuori dei luoghi indicati nelle regole di gara..."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 442 DEL 9 maggio 2018
PREC 94/18/S**

"La scelta di sottoporre l'offerta a verifica facoltativa di anomalia ai sensi dell'art. 97, co. 6 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è comunque una valutazione ampiamente discrezionale, che non richiede un'espressa motivazione e che risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità"

"... orientamento consolidato della giurisprudenza, secondo cui (Cons. Stato sez. III 9 dicembre 2015, n. 5597) «La scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Le valutazioni sul punto devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; in tal senso anche Parere di precontenzioso n. 84 del 10 aprile 2014). La ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia è, pertanto, quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del

contratto oggetto di affidamento; la scelta di sottoporre l'offerta a verifica facoltativa di anomalia, ai sensi dell'art. 97, co. 6 è una valutazione ampiamente discrezionale, che non richiede un'espressa motivazione e che risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità (TAR Umbria 30 marzo 2018, n. 192; TAR Lombardia 27 ottobre 2017, n. 2048);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 417 DEL 2 maggio 2018 PREC 96/18/L

- il costo della manodopera costituisce una componente essenziale dell'offerta economica e non è pertanto possibile procedere ad alcuna integrazione della stessa in sede di soccorso istruttorio;

- la S.A. può chiedere ai concorrenti esclusi di specificare successivamente, nell'ambito delle offerte economiche già formulate, e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera.

"La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità dell'esclusione, dalla gara in oggetto, degli operatori economici che, in mancanza di un'espressa richiesta in tal senso nel bando, non avevano indicato i costi della manodopera nell'offerta economica.

Ai fini di maggiore completezza, appare opportuno dare conto della giurisprudenza che, in tema di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, distingue tra il caso in cui nell'offerta presentata non sia stata specificata dettagliatamente la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri (c.d. carenza di ordine formale), e quello in cui la stessa sia stata formulata senza considerare tali costi nel prezzo finale (c.d. carenza di ordine sostanziale, insanabile) (TAR Emilia Romagna 16 gennaio 2018, n. 43). Detta interpretazione si fonda sulla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 19/2016 in materia, e richiamata anche dall'Autorità (delibera n. 226 del 1° marzo 2017), laddove si è distinta l'ipotesi «in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati)». Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale.

Da ultimo il TAR Lecce in sede cautelare (ord. caut. 7 febbraio 2018, n. 73) ha affermato che, in assenza di una espressa previsione nella lex specialis di gara che richieda la puntuale indicazione del costo della manodopera, l'operatore che abbia comunque considerato tale costo nell'offerta economica complessiva inizialmente presentata può fornire l'indicazione separata del costo della manodopera successivamente, a seguito di legittima richiesta di chiarimenti in tal senso da parte della stazione appaltante.

Nel caso oggetto del presente parere, a fronte del silenzio del bando, i concorrenti esclusi indicavano gli oneri per la sicurezza e non anche i costi della manodopera, e chiedono che gli venga riconosciuta la possibilità di integrare l'offerta economica.

Tuttavia, alla luce della giurisprudenza sopra evidenziata, si ritiene che il costo della manodopera costituisca una componente essenziale dell'offerta economica, e che non sia pertanto possibile procedere ad alcuna integrazione della stessa in sede di soccorso istruttorio.

Tuttavia si ritiene che la S.A. possa chiedere di specificare successivamente, nell'ambito delle offerte

economiche già formulate e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 416 DEL 2 maggio 2018 PREC 83/18/L

Con riferimento all’art. 80, comma 5, lett. C) del Codice, il concorrente non può operare alcun filtro nell’individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell’ammissione della procedura di gara, in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante

“L’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 dispone che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico quando «dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

Nelle Linee guida n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», adottate in attuazione dell’art. 80, comma 13, d. lgs. n. 50/2016, l’Autorità ha chiarito che «Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l’integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell’attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell’esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell’illecito».

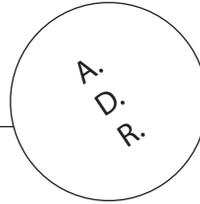
Per potere procedere in tale senso instaurando un procedimento in contraddittorio con l’operatore economico, la stazione appaltante deve essere posta nella condizione di conoscere tutti i fatti astrattamente idonei ad integrare la causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c).

A tal fine, nelle richiamate Linee guida, l’Autorità ha precisato che «La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell’esclusione».

La necessità che la dichiarazione dell’operatore economico sia comprensiva di tutti gli eventi astrattamente riconducibili alla definizione fornita dal legislatore è stata ribadita anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha riaffermato, con riferimento all’art. 80, comma 5, lett. c), il principio fondato sulla giurisprudenza formatasi sulla base del previgente Codice dei contratti, secondo cui il concorrente non può operare alcun filtro nell’individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell’ammissione della procedura di gara, in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante (Consiglio di Stato 5 settembre 2017 n. 4192).”

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1

Le società in house possono risultare affidatarie di appalti indetti dalle amministrazioni da cui sono controllate o sulle quali esercitano un'influenza dominante?

Una recente sentenza del Tar Campania - Salerno, con la sentenza n. 524/2018, ha sancito espressamente che: "si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che interviene nell'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità. I giudici rilevano che questa situazione ricorre quando la stazione appaltante abbia collegamenti societari con un concorrente, come tra la stazione appaltante e la partecipata concorrente, in cui tale relazione determina l'esclusione dalla gara, perché non si può escludere il rischio di distorsioni nell'azione amministrativa e nei poteri esercitati.

2

Una Stazione Appaltante che intende approvvigionarsi di denaro sul mercato dei servizi finanziari come deve individuare l'istituto di credito quale controparte negoziale del contratto di mutuo o di apertura di credito?

I servizi finanziari sono disciplinati dall'art. 17 del D.Lgs. 50/2016 norma dedicata ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice. In particolare, alla lettera f) è prevista l'espressa esclusione dei prestiti "a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari". L'attuale formulazione dell'art. 17 del D.Lgs. 50/2016 dunque, si pone in chiave decisamente evolutiva rispetto alla previgente disciplina. Tuttavia, nonostante la completa fuoriuscita di tutte le tipologie di approvvigionamento di denaro alla formale portata applicativa delle procedure di evidenza pubblica, sia grazie alla specificazione puntuale sul concetto di "prestiti" e sia grazie all'inciso "a prescindere", le stazioni appaltanti nella scelta dell'istituto di credito erogante, saranno comunque obbligate al rispetto generalizzato dei principi di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016 ovvero dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Ciò premesso, appare sicuramente preferibile un approccio cautelativo da parte delle stazioni appaltanti volto al rispetto dei menzionati principi con una volontaria consultazione di operatori.

3 La mancata specificità del contratto di avvalimento determina sempre la nullità dell'atto negoziale e quindi l'esclusione dalla procedura di gara?

La giurisprudenza a tal riguarda sottolinea la distinzione tra avvalimento c.d. di garanzia e avvalimento c.d. tecnico od operativo. Nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria ovvero il proprio fatturato globale o specifico (**avvalimento c.d. di garanzia**), assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità. Diversamente, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto e quindi requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria (**avvalimento c.d. tecnico od operativo**) è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali e le risorse messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto e ciò anche al fine di consentire alla stazione appaltante la puntuale ed obiettiva verifica della effettività ed utilità dell'impegno promesso.

4 La proroga del contratto è sempre consentita?

La proroga della durata di un contratto, costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (T.A.R. Sardegna Cagliari n. 00755/2014, confermata da Consiglio di Stato sez. III n. 01521/2017) ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro. Inoltre come da disposizioni del D.Lgs. 50/2016 art. 106 c.11 deve essere prevista prevista nel bando e nei documenti di gara.

5 Quali condizioni devono ricorrere perchè un appalto possa essere legittimamente suddiviso in lotti?

Affinchè la suddivisione in lotti di un appalto ai sensi dell'art. 51 del codice dei contratti pubblici sia legittima, in primo luogo i lotti devono avere natura "funzionale" ciò significa che ogni singola frazione deve possedere una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata. Inoltre il frazionamento deve essere possibile sul piano tecnico e in particolare la prestazione resa da più operatori dovrà rispettare in ogni caso standard qualitativi maggiori o almeno equivalenti a quelli rinvenibili nella prestazione resa da un unico operatore (Cfr DELIBERA ANAC N. 713 DEL 24 luglio 2018).

6

In una procedura sotto soglia, negoziata, sul Me.Pa., è giustificata la stazione appaltante che invita l'operatore uscente attraverso un invito rivolto a tutti gli operatori iscritti nella specifica categoria?

Come già ribadito dal Consiglio di Stato, il principio di rotazione, deve essere inteso in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia", al fine di tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (C. di St. 2079/2018; C. di St. 5854/2017). Anche l'Anac con le Linee Guida n. 4 del 2016, aggiornate al correttivo del 2017, ha confermato l'obbligo di applicazione del principio in esame e la possibilità di reinvitto del gestore uscente solo con una motivazione in grado di dimostrare le particolari condizioni di mercato che giustificano la deroga, sostenute dall'esecuzione senza criticità del lavoro, servizio o fornitura gestiti in precedenza e dalla dimostrazione della competitività in termini di prezzo dell'operatore economico. Neanche l'elevato numero degli inviti, rivolti, a tutti gli iscritti ad una categoria merceologica del Me.Pa. esonera la stazione appaltante nell'applicazione del principio di rotazione, infatti anche l'Anac ha ammesso, comunque, che la rotazione possa non essere applicata quando il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. L'invito rivolto a tutti gli operatori di una categoria merceologica non è una procedura ordinaria, o "aperta", come si potrebbe facilmente pensare, perchè è comunque rivolta ad uno specifico segmento di mercato, e solo agli operatori iscritti. Non si sono realizzati, dunque, i presupposti per la configurabilità

della concorrenzialità pura, tutelata anche a livello comunitario; l'esigenza della tutela della concorrenza non può essere surrogata invitando un cospicuo numero di operatori economici. (Tar Lecce Sezione I n. 01322 - 04.09.18)

7

Da quando decorrono i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione di un appalto?

Con una recente sentenza del 23/07/2018, n. 4442 il Consiglio di Stato ha chiarito che non è sufficiente la pubblicazione dell'atto di aggiudicazione sugli organi di stampa ufficiali al fine di determinare la decorrenza del termine di impugnazione se, a ciò, non si accompagna anche la comunicazione dell'aggiudicazione a tutti gli interessati. "Pertanto, la presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente nella seduta pubblica nel corso della quale è stata data comunicazione dei punteggi dell'offerta tecnica ottenuti dalle ditte concorrenti, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, è stata stilata la graduatoria finale ed è stato dichiarato che l'offerta classificatasi al primo posto in graduatoria era quella della ditta controinteressata, è affatto irrilevante ai fini della determinazione del dies a quo per la proposizione del ricorso, atteso, appunto, che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione, quale atto conclusivo della procedura selettiva - piena conoscenza che nel caso di specie risulta acquisita dalla ricorrente soltanto a seguito della comunicazione (ex art. 76 del codice dei contratti) del provvedimento adottato dalla stazione appaltante, decorrono i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione."

In una gara telematica, se la piattaforma informatica rallenta la presentazione dell'offerta dell'operatore economico, la Stazione Appaltante è esonerata da ogni responsabilità?

Le piattaforme informatiche adibite alla gestione delle gare tracciano l'attività degli operatori che intervengono sulla stessa, durante una procedura di gara; in questo modo sia l'attività delle Stazioni Appaltanti sia quelle degli Operatori Economici viene tutelata. Nei casi di malfunzionamento quindi, il gestore della piattaforma può sempre identificare se un problema informatico è legato alla funzionalità della piattaforma o a questioni interne della S.A. o dell'O.E. Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica in cui vi è un'unica modalità di presentazione dell'offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, senza margine di scelta per il concorrente, e il cui controllo è sottratto al concorrente stesso, il malfunzionamento del sistema di presentazione dell'offerta non può andare a danno dell'offerente. Nella logica di leale collaborazione che informa i rapporti tra Amministrazione e amministrato, il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, e la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara. Pertanto, a fronte di un malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara, deve essere data la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta di modo da garantire la par condicio competitorum. Né vale sostenere che rientra nella diligenza del concorrente avviare le procedure di caricamento a sistema dell'offerta con congruo anticipo rispetto alla scadenza, al fine di minimizzare i rischi di un malfunzionamento della piattaforma. È infatti palese come la valutazione di "congruità" presenti, almeno di norma, un grado di insuperabile indeterminatezza, tale che si giungerebbe ad una dequotazione del termine

perentorio di presentazione delle offerte (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 4135/2017), con una perdita di certezza delle regole della competizione. (TAR Milano, 19.09.2018 n. 2109)

9 I documenti di stipula, generati sul Me.PA. sono assoggettati all'imposta di bollo?

L'articolo 2 della tariffa, Parte Prima, allegata al DPR 26 ottobre 1972, n. 642, stabilisce l'applicazione dell'imposta di bollo, fin dall'origine, per le "Scritture private contenenti convenzioni o dichiarazioni anche unilaterali con le quali si creano, si modificano, si estinguono, si accertano o si documentano rapporti giuridici di ogni specie, descrizioni, constatazioni e inventari destinati a far prova tra le parti che li hanno sottoscritti". Il documento di stipula con cui si conclude la procedura informatica di acquisto di beni e servizi sul portale del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) contiene l'espressione della volontà delle due parti; l'operatore economico ha sottoscritto l'offerta economica, e la stazione appaltante, la sottoscrive a sua volta (chiaramente dopo la procedura di valutazione prescelta, attraverso i modelli generati automaticamente dal sistema) confermando la sua intenzione all'operatore economico che riceve il "documento di stipula". Il contratto tra la pubblica amministrazione ed un fornitore abilitato è dunque stipulato per scrittura privata. Il documento di stipula contiene tutti i dati essenziali del contratto: amministrazione aggiudicatrice, fornitore aggiudicatario, oggetto della fornitura, dati identificativi, tecnici ed economici dell'oggetto offerto, informazioni per la consegna e fatturazione ecc. e, pertanto, deve essere assoggettato ad imposta di bollo ai sensi del citato articolo 2, della Tariffa, parte prima, allegata al DPR n. 642 del 1972. (Agenzia delle Entrate risoluzione n. 96/E del 16 dicembre 2013)

Archivio AINOP e codice IOP... nuovi adempimenti in vista... la situazione si complica!

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Con l'entrata in vigore del D.L. n. 109 del 28 settembre u.s. (pubblicato in GURI n. 226 del 28/09/2018 e in vigore dal 29 settembre), il Governo ha inteso dettare le regole necessarie per fronteggiare "l'urgenza Genova" derivante dal crollo del viadotto Polcevera del 14 agosto scorso, definendo gli interventi urgenti per il sostegno e la ripresa economica del territorio del Comune di Genova. Per la verità, è stata anche l'occasione propizia per definire regole e adempimenti utili e necessari per proporre anche: misure economiche in favore delle aree terremotate per gli eventi sismici del 2016 e 2017; per la nomina del commissario straordinario; per dettare le disposizioni relative a lavoro e altre emergenze; nonché per le questioni connesse alla sospensione dei termini di notifica delle cartelle di pagamento.

Insomma il solito *clichè italiano*, provvedimento di urgenza che sa di contenitore nel quale trovare un pò di tutto!

Focalizzando l'attenzione sugli articoli 13 e 14 del predetto decreto, emergono nuovi adempimenti a carico delle amministrazioni italiane che si assommano e gravano in modo sempre più rilevante

sull'operatività degli enti, già poveri di risorse e personale in grado di fronteggiare la moltitudine di incombenze informative nei confronti di ANAC, MIT, MEF, BDU, DIPE, SIOPE, ecc. ecc..

Insomma, nella politica operativa dell'emergenza, si è dovuto attendere l'evento luttuoso per pensare di costruire un archivio delle opere pubbliche in vista della programmazione e realizzazione degli interventi manutentivi sulle stesse, corredando il giusto buon proposito, con ulteriori oneri operativi che mal si conciliano con la necessità di celerità che la situazione avrebbe richiesto per il passato e ancor più richiede nel presente.

L'art. 13 istituisce presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti **l'archivio informatico nazionale delle opere pubbliche (AINOP)**, costituito dalle seguenti sezioni: a) ponti, viadotti e cavalcavia stradali; b) ponti, viadotti e cavalcavia ferroviari; c) strade - archivio nazionale delle strade (ANS); d) ferrovie nazionali e regionali - metropolitane; e) aeroporti; f) dighe e acquedotti; g) gallerie ferroviarie e gallerie stradali; h) porti e infrastrutture portuali; i) edilizia pubblica.

Le sezioni predette sono suddivise in sottosezioni, ove sono indicati, per ogni opera pubblica: a) i dati tecnici, progettuali e di posizione con analisi storica del contesto e delle evoluzioni territoriali; b) i dati amministrativi riferiti ai costi sostenuti e da sostenere; c) i dati sulla gestione dell'opera anche sotto il profilo della sicurezza; d) lo stato e il grado di efficienza dell'opera e le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria; e) la collocazione dell'opera rispetto alla classificazione europea; f) i finanziamenti; g) lo stato dei lavori; h) la documentazione fotografica aggiornata; i) il monitoraggio costante dello stato dell'opera anche con applicativi dedicati, sensori in situ e rilevazione satellitare; l) il sistema informativo geografico per la consultazione, l'analisi e la modellistica dei dati relativi all'opera e al contesto territoriale.

Sulla base del principio di unicità dell'invio di cui agli articoli 3 e 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, i dati e le informazioni richieste innanzi e già rilevate dalla banca dati delle amministrazioni pubbliche (BDAP) di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229 e all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, o da altre banche dati pubbliche sono forniti all'AINOP dalla citata BDAP.

Un decreto attuativo del MIT da adottarsi entro 60 giorni dal 29/09/2018, regolerà le modalità di scambio delle informazioni tra i due sistemi.

Soggetti interessati dall'obbligo informativo saranno: Le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, l'ANAS, Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., i concessionari autostradali, i concessionari di derivazioni, i Provveditorati interregionali alle opere pubbliche, l'ente nazionale per l'aviazione civile, le autorità di sistema portuale e logistico, l'Agenzia del demanio e i soggetti che a qualsiasi titolo gestiscono o detengono dati riferiti ad un'opera pubblica o all'esecuzione di lavori pubblici.

Tali soggetti alimentano l'AINOP con i dati in proprio possesso per la redazione di un documento identificativo, contenente i dati tecnici, amministrativi e contabili, relativi a ciascuna opera pubblica presente sul territorio nazionale. Sulla base dei dati forniti, l'AINOP

genera un **codice identificativo della singola opera pubblica (IOP)**, che contraddistingue e identifica in maniera univoca l'opera medesima riportandone le caratteristiche essenziali e distintive quali la tipologia, la localizzazione, l'anno di messa in esercizio e l'inserimento dell'opera nell'infrastruttura. A ciascuna opera pubblica, identificata tramite il Codice IOP, sono riferiti tutti gli interventi di investimento pubblico, realizzativi, manutentivi, conclusi o in fase di programmazione, progettazione, esecuzione, che insistono in tutto o in parte sull'opera stessa, tramite l'indicazione dei rispettivi Codici Unici di Progetto (CUP). L'AINOP, attraverso la relazione istituita fra Codice IOP e CUP, assicura l'interoperabilità con BDAP, istituita presso la Ragioneria Generale dello Stato - Ministero dell'economia e delle finanze.

A decorrere dal 15 dicembre 2018, i soggetti tenuti all'obbligo rendono disponibili i servizi informatici di rispettiva titolarità per la condivisione dei dati e delle informazioni, mediante la cooperazione applicativa tra amministrazioni pubbliche, con le modalità definite con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legge n. 109/2018.

L'inserimento è completato entro e non oltre il 30 aprile 2019 ed è aggiornato in tempo reale.

Gli enti e le amministrazioni che a qualsiasi titolo operano attività di vigilanza sull'opera, effettuano il monitoraggio dello stato di attuazione degli interventi, identificati con i relativi CUP, insistenti sulle opere pubbliche, identificate con il Codice IOP, e delle relative risorse economico-finanziarie assegnate utilizzando le informazioni presenti nella BDAP, che vengono segnalate dai soggetti titolari degli interventi, ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229.

L'AINOP è messo a disposizione ed è consultabile anche in formato open data, prevedendo la possibilità di raccogliere, mediante apposita sezione, segnalazioni da sottoporre agli enti e amministrazioni che a qualsiasi titolo esercitano attività di vigilanza sull'opera.

L'AINOP è sviluppato tenendo in considerazione

la necessità urgente di garantire un costante monitoraggio dello stato e del grado di efficienza delle opere pubbliche, in particolare per i profili riguardanti la sicurezza, anche tramite le informazioni rivenienti dal Sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali. Le informazioni contenute nell'AINOP consentono di pervenire ad una valutazione complessiva sul livello di sicurezza delle opere, per agevolare il processo di programmazione e finanziamento degli interventi di riqualificazione o di manutenzione delle opere stesse e del grado di priorità dei medesimi.

L'art. 14 del medesimo decreto legge n. 109/2018 invece, restringe il campo al sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali in condizioni di criticità e piano straordinario di monitoraggio dei beni culturali immobili. Viene precisato che a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto (29/09/2018), il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sovrintende alla realizzazione e gestione, in via sperimentale, di un sistema di monitoraggio dinamico da applicare a quelle infrastrutture stradali e autostradali, quali ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari, individuate dal Ministero stesso con apposito

decreto e che presentano condizioni di criticità connesse al passaggio di mezzi pesanti.

A tal fine, i soggetti che a qualsiasi titolo gestiscono le infrastrutture stradali e autostradali individuate dal Ministero forniscono al Ministero stesso i dati occorrenti per l'inizializzazione e lo sviluppo del sistema di monitoraggio dinamico, dotandosi degli occorrenti apparati per operare il controllo strumentale costante delle condizioni di sicurezza delle infrastrutture stesse. Il citato Sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali in condizioni di criticità reca l'identificazione delle opere soggette a monitoraggio tramite il Codice IOP.

Al termine del periodo di **sperimentazione di durata pari a dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (29/09/2018)**, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono definiti i termini e le modalità con cui i soggetti che a qualsiasi titolo gestiscono infrastrutture stradali e autostradali forniscono al Ministero stesso i dati occorrenti per l'operatività a regime del sistema di monitoraggio dinamico, attraverso l'utilizzazione degli occorrenti apparati per il controllo strumentale costante delle condizioni di sicurezza delle infrastrutture stesse.

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

i seminari in programma

SEMINARI

PROJECT MANAGEMENT

Corso Base di Project Management per la P.A.

16 ottobre 2018, 17 ottobre 2018 e 18 ottobre 2018 Roma
06 novembre 2018, 07 novembre 2018 e 08 novembre 2018 Cagliari
13 novembre 2018, 14 novembre 2018 e 15 novembre 2018 Palermo
13 novembre 2018, 14 novembre 2018 e 15 novembre 2018 Bari
27 novembre 2018, 28 novembre 2018 e 29 novembre 2018 Verona
04 dicembre 2018, 05 dicembre 2018 e 06 dicembre 2018 Milano

Percorso di Alta Formazione sul Project Management per la P.A.

20 novembre 2018, 21 novembre 2018 e 22 novembre 2018 Roma

La Gestione Efficace delle Relazioni nei Progetti Particolarmente Complessi

04 dicembre 2018 Roma

APPALTI

Le problematiche degli appalti: a domanda rispondiamo

25 ottobre 2018 Torino, 13 novembre 2018 Trieste, 27 novembre 2018 Milano, 29 novembre 2018 Roma

Gli appalti sotto la soglia comunitaria, con focus sugli affidamenti diretti

16 ottobre 2018 Milano, 23 ottobre 2018 Roma, 06 novembre 2018 Torino, 06 novembre 2018 Ancona, 13 novembre 2018 Pescara, 15 novembre 2018 Genova, 20 novembre 2018 Catania, 27 novembre 2018 Bari, 27 novembre 2018 Palermo, 13 dicembre 2018 Bolzano

Esercitazione sulle acquisizioni di beni, servizi e lavori sul nuovo MePA 2018

16 ottobre 2018 Bari, 18 ottobre 2018 Catania, 23 ottobre 2018 Olbia, 30 ottobre 2018 Genova, 13 novembre 2018 Roma, 27 novembre 2018 Torino, 29 novembre 2018 Bolzano, 11 dicembre 2018 Bologna, 13 dicembre 2018 Milano

Esercitazione pratica sugli strumenti telematici di acquisizione Consip: Sistema Dinamico di Acquisizione SDAPA e Accordi Quadro

06 novembre 2018 Verona, 20 novembre 2018 Napoli, 22 novembre 2018 Cagliari, 29 novembre 2018 Trieste

Gli Appalti Pubblici nei settori speciali

16 ottobre 2018 Bologna, 29 novembre 2018 Genova

L'accordo quadro e il sistema dinamico di acquisizione: quale scegliere e come gestirli

06 novembre Bolzano

La gestione della gara attraverso le piattaforme elettroniche Come cambia la gestione delle procedure di gara dal 18 ottobre

25 ottobre 2018 Roma, 08 novembre 2018 Napoli, 13 novembre 2018 Cagliari, 20 novembre 2018 Milano, 27 novembre 2018 Pescara, 04 dicembre Bologna, 06 dicembre 2018 Torino, 11 dicembre 2018 Bari

Il ciclo degli appalti - 2 giornate

22 novembre 2018 e 23 novembre 2018, Bologna

Progettazione, valutazione e direzione dell'esecuzione nei servizi e forniture

30 ottobre 2018 Milano, 20 novembre 2018 Verona

Gli aspetti operativi dell'esecuzione dei contratti pubblici di lavori e il ruolo del Direttore Lavori

18 ottobre 2018 Pescara, 30 ottobre 2018 Trieste

Come gestire l'obbligo del monitoraggio delle Opere Pubbliche tramite l'applicativo MOP-BDAP. Corso pratico

16 ottobre 2018 Genova, 23 ottobre 2018 Napoli, 29 ottobre 2018 Parma, 04 dicembre 2018 Bari, 11 dicembre 2018 Trieste, 12 dicembre 2018 Roma.

La Gara di Servizi step by step - 2 giornate

21 novembre 2018 e 22 novembre 2018 Potenza, 28 novembre 2018 e 29 novembre 2018 Lamezia Terme

La redazione degli atti di Gara

06 dicembre 2018 Savona, 11 dicembre 2018 Palermo

I contratti sotto soglia alla luce delle linee guida n. 4 e della legge regionale

11 dicembre 2018 Olbia

CORSO ON LINE AREA APPALTI

Laboratorio operativo su come gestire i sottosoglia e gli affidamenti diretti

30 ottobre 2018 e 06 novembre 2018

Come acquistare sul MePA 2018 - XII edizione Esercitazioni dalla ricerca su catalogo all'affidamento

13 novembre 2018, 19 novembre 2018 e 26 novembre 2018

AMMINISTRAZIONE

Le regole della privacy nell'attività amministrativa. Come attuare concretamente il Regolamento 679/16 in materia di protezione dei dati personali negli uffici della PPAA

15 novembre 2018 Bologna, 06 dicembre 2018 Milano, 11 dicembre 2018 Torino

TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE

Anticorruzione: aspetti organizzativi e documentazione

18 ottobre 2018 Napoli, 23 ottobre 2018 Bologna, 06 novembre 2018 Milano, 11 dicembre 2018 Roma.

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

Percorso su anticorruzione: norma, documentazione e adempimenti

23 novembre 2018, 30 novembre 2018 e 05 dicembre 2018

CONTABILITÀ E FISCALITÀ

Il bilancio di regioni ed enti locali fra armonizzazione e pareggio di bilancio

04 dicembre 2018 Bologna

SOCIETÀ PARTECIPATE

La partecipazione degli enti pubblici in società, associazioni e fondazioni

15 novembre 2018 Milano, 20 novembre 2018 Bolzano, 06 dicembre 2018 Trieste, 13 dicembre 2018 Torino.

CORSI ONLINE AREA PRIVACY

Il trattamento dei dati personali in applicazione del Regolamento Europeo 2016/679

25 ottobre 2018, 31 ottobre 2018 e 08 novembre 2018

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



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
2018

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

I limiti dell'ente pubblico nell'acquisto di immobili e la locazione passiva (Corte dei Conti, sez. regionale del Piemonte, deliberazione n. 97/2018)

1. L'acquisto di un bene immobile
2. I contratti di acquisto di diritti reali immobiliari
3. Ciò che rileva è l'effetto acquisitivo realizzato
4. I contratti di locazione passiva

3

Ancora sulla questione dei diritti di rogito negli enti privi di figure dirigenziali (Corte dei Conti, sez. reg. Emilia Romagna, deliberazione n. 113/2018)

Premessa

1. Lo status dei segretari comunali
2. La vicenda interpretativa della novella del 2014
3. La revisione dell'iniziale orientamento da parte della Sezione Autonomie

6

Quando l'ente pubblico può pagare la tassa di iscrizione agli albi professionali per i propri dipendenti? (Corte dei Conti sez. regionale della Toscana deliberazione n. 60/2018)

Premessa

1. Il quesito
2. Il riscontro

10

I limiti dell'ente pubblico nell'acquisto di immobili e la locazione passiva

1. L'acquisto di un bene immobile

La sezione regionale per il Piemonte, con la deliberazione n. 97/2018 ritorna sui limiti e sullo "spazio" operativo dell'ente locale in tema di acquisto di beni immobili.

Nel caso di specie il Sindaco istante ha premesso che "l'ente ha la necessità di acquisire un terreno da un soggetto privato allo scopo di realizzare un nuovo impianto sportivo ad uso delle scuole elementari e medie presenti sul territorio" chiedendo quindi un "parere in merito all'ambito di applicazione delle norme che limitano l'acquisto di beni immobili da parte degli enti locali (art. 12 co. 1 ter, d.l. 98/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. 111/2011)", in particolare nel dettaglio i quesiti erano diretti a conoscere:

- "se rientrano nei limiti della normativa, oltre ovviamente al contratto di compravendita, **anche tutti i contratti di acquisto di diritti reali immobiliari** ad es. l'affitto di riscatto, il leasing con opzione di acquisto, la costituzione di un diritto reale di superficie, il c.d. "*rent to buy*", un sinallagma con opzione di acquisto o la procura irrevocabile a gestire (che pure è un trasferimento, di fatto, della proprietà);
- Se la **locazione passiva può essere una alternativa** o se è fatto divieto ai Comuni di stipulare nuovi contratti di locazione passiva (ex art. 3 D.L. 06/07/2012 n. 95 e ss.mm.ii. – Razionalizzazione del patrimonio pubblico e riduzione dei costi per locazioni passive).
- Se nei requisiti di indispensabilità e indilazionabilità è possibile apprezzare la condizione della "mancanza" di un impianto sportivo ad uso esclusivo dei Plessi Scolastici Comunali [...]"

2. I contratti di acquisto di diritti reali immobiliari

Il primo quesito posto attiene ai vincoli che, con la legge 111/2011, sono stati introdotti in relazione all'acquisto di beni immobili da parte delle amministrazioni pubbliche. Secondo la normativa in parola, "a decorrere dal 1° gennaio 2014 al fine di pervenire a risparmi di spesa ulteriori rispetto a quelli previsti dal patto di stabilità interno, gli enti territoriali e gli enti del Servizio sanitario nazionale effettuano operazioni di acquisto di immobili solo ove ne siano comprovate documentalmente l'indispensabilità e l'indilazionabilità attestata dal responsabile del procedimento", inoltre "la congruità del prezzo è attestata dall'Agenzia del demanio".

In sostanza l'acquisto risulta (a differenza della normativa del 2013) tecnicamente non vietato, ma, "in un'ottica di contenimento della spesa pubblica", subordinato all'acquisizione di una previa valutazione da parte del responsabile del servizio interessato circa la sua indispensabilità ed indilazionabilità, "nonché ad una attestazione di congruità del prezzo di acquisto da parte dell'Agenzia del Demanio". In riferimento all'ambito di applicazione della norma, si legge in deliberazione, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza della Corte dei Conti, con l'espressione "operazioni di acquisto di immobili" si intende un riferimento a "tutti i contratti che comportano per la pubblica amministrazione l'acquisto a titolo oneroso della proprietà o di un altro diritto reale su beni immobili (in tal senso Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 164/2013/PAR, n. 220/2013/PAR e n. 299/2014/PAR)".

Il presupposto per la riconduzione dell'acquisto nell'ambito del divieto è che vi sia "una contrattazione tra le parti con specifico riferimento al prezzo" (in tal senso da ultimo Sezione regionale di controllo per il Veneto n. 110/2018/PAR), e ciò, giocoforza, esclude dall'ambito di applicazione della norma "l'acquisto di immobili a seguito di un procedimento di espropriazione per pubblica utilità (Sezione regionale di controllo per il Veneto n. 148/2013/PAR e Sezione regionale di controllo per la Puglia n. 89/2013/PAR)".

Da ciò deriva, conclude l'estensore, che devono ritenersi riconducibili nell'ambito di applicazione della disciplina limitativa del 2011, **tutti i contratti tipici o atipici che comportano l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale su beni immobili dietro pagamento di un prezzo a carico dell'amministrazione pubblica.**

3. Ciò che rileva è l'effetto acquisitivo realizzato

Il collegio prosegue sottolineando che in base ad un consolidato principio della prevalenza della sostanza sulla forma, richiamato sia dalla giurisprudenza, dalle norme nazionali ed internazionali in materia di contabilità (principio contabile 4.2 punto 3.25 allegato al d.lgs. 118/2011, che richiama espressamente il SEC 95, gli IAS 17 e la giurisprudenza consolidata), ciò che rileva ai fini poi della successiva applicazione della norma limitativa degli acquisti non è tanto la "qualificazione giuridica formalmente attribuita dalle parti, ma l'effetto acquisitivo effettivamente realizzato o programmato

con il contratto”.

Con la conseguenza che nel caso di contratti, come il *leasing* traslativo o il *rent to buy*, in cui l'effetto acquisitivo è comunque previsto, anche se spesso in via opzionale, “il corrispettivo del godimento incamera una quota di prezzo (in tal senso *ex multis* per il leasing traslativo Cass. Sez. 5, 29 marzo 2017, n. 8110 e per il *rent to buy* la disciplina legislativa di cui all'art. 23 D.L. 133/2014), che **non può non essere considerata dall'amministrazione nel momento della stipula del contratto** e che implica quelle valutazioni di indispensabilità ed indilazionabilità dell'operazione, nonché di congruità del prezzo previste dall'art. 12 co. 1 ter del d.l. 98/2011”.

4. I contratti di locazione passiva

Con riferimento al secondo quesito, la Sezione puntualizza come non possa esprimere un proprio parere e/o valutazioni circa la concreta utilizzabilità della locazione passiva ma la propria competenza può ritenersi limitata a far conoscere all'ente se la fattispecie possa ritenersi ammessa alla luce dei limiti di acquisti sopra evidenziati.

Sul punto, rammenta la deliberazione, la Sezione si è già pronunciata con deliberazione n. 3 del 2015 evidenziando come “già dal 2014, non sia più vigente la norma imperativa (contenuta nel comma 1 *quater* dell'art. 12 del d.l. 98/2011, così come introdotto dall'art. 1, comma 138, della legge n. 228/2012) che **vietava, nell'anno 2013, oltre l'acquisto di beni immobili anche la stipula di contratti di locazione passiva**”.

Pertanto, in linea di principio la locazione passiva non può dirsi vietata o limitata vero però, si legge ancora nella deliberazione che in base ad un principio classico dell'*agere* amministrativo dell'ente pubblico per “cui trovano applicazione in tali casi le norme vigenti volte ad assicurare risparmi di spesa, fra cui si collocano senz'altro le disposizioni, richiamate anche nella istanza di parere, di cui all'art. 3 del d.l. 95/2012 (in senso analogo anche Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 459/2015/PAR)”.

Ancora sulla questione dei diritti di rogito negli enti privi di figure dirigenziali

Premessa

Ritorna – alla sezione regionale dell’Emilia Romagna – la questione (infinita) dei diritti di rogito ed il problema della spettanza (o meno) al segretario di fascia A e B nei comuni privi di personale con qualifica dirigenziale.

La questione, che già si anticipa viene risolta positivamente anche alla luce dei recenti interventi della Sezione Autonomie, consente al collegio di ribadire il faticoso percorso interpretativo delle disposizioni di legge del 2014 (che limitano la possibilità di erogare il compenso in argomento ma di diversa opinione, come noto, si è pronunciato ripetutamente il giudice del lavoro).

1. Lo status dei segretari comunali

In delibera di rammenta che sulla questione del diritto di rogito dei segretari comunali di fascia A e B nei comuni privi di personale con qualifica dirigenziale si sono espresse, riconoscendo l'ammissibilità della questione, alcune Sezioni regionali di controllo, tra le quali la Sezione dell'Emilia Romagna con la deliberazione n. 105/2015 del 27 maggio 2015, nonché la Sezione delle Autonomie che per due volte, come si vedrà, si è pronunciata in materia, nella sua funzione nomofilattica, riconoscendo anche l'ammissibilità del quesito.

In delibera si rammenta che i Segretari comunali e provinciali sono classificati in tre diverse fasce professionali (C, B e A) cui corrisponde l'idoneità degli stessi alla titolarità di sedi di comuni (e province) differenziate a seconda della consistenza della popolazione amministrata, ed anche il trattamento retributivo è differenziato secondo le suddette fasce: i segretari di fascia A e B sono equiparati alla qualifica dirigenziale quanto a stipendio tabellare e indennità di posizione, mentre i segretari comunali di fascia C, non equiparati a dirigenti, percepiscono stipendio e indennità di importo ridotto.

In considerazione delle funzioni di sovrintendenza e di coordinamento, del segretario comunale nei confronti delle qualifiche dirigenziali, il CCNL ha previsto il principio del cosiddetto "galleggiamento", per effetto del quale l'indennità di posizione del Segretario comunale non può essere "inferiore a quella stabilita per la posizione dirigenziale più elevata nell'ente in base al contratto collettivo dell'area della dirigenza o, in assenza di dirigenti, a quello del personale incaricato della più elevata posizione organizzativa".

Di conseguenza, ai Segretari comunali di fascia A e B spetta, in ogni caso, il trattamento economico equiparato a quello dei dirigenti, mentre per i segretari comunali di fascia C l'equiparazione si realizza soltanto se nella struttura organizzativa del Comune sono presenti dirigenti.

2. La vicenda interpretativa della novella del 2014

Sulla interpretazione della norma prevista dal citato art. 10, comma 2- *bis*, del d.l. n.90 del 2014, è noto, in sede applicativa, il contrasto tra le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in merito alla esclusiva attribuzione dei diritti di rogito al Segretario comunale di fascia C nei comuni dove non siano presenti dipendenti con qualifica dirigenziale.

La Sezione delle Autonomie, con la deliberazione 24 giugno 2015, n.21/SEZAUT/2015/QMIG ha enunciato il principio di diritto con cui si stabilisce l'applicazione dei diritti di rogito esclusivamente ai Segretari comunali di fascia C, e limitatamente ai comuni privi di qualifiche

dirigenziali. A questa statuizione si sono immediatamente adeguate le Amministrazioni locali che hanno respinto le richieste dei Segretari comunali di fascia A e B alla corresponsione della quota dei

diritti di rogito nei comuni privi di personale con qualifica dirigenziale.

Circostanza che ha determinato l'insorgere di molteplici contenziosi – promossi dai segretari comunali - davanti al Giudice Ordinario chiamato *ex lege* (art. 63 d.lgs. n.165 del 2001) a valutare la fondatezza delle richieste economiche nell'ambito di uno specifico rapporto contrattuale di lavoro e a decidere nel concreto delle controversie.

La maggior parte dei contenziosi (anzi probabilmente tutti), e quindi i giudici del lavoro, si sono risolti in posizione contraria a quanto sostenuto dalla sezione autonomie con conseguente riconoscimento del diritto di rogito ai Segretari comunali di fascia A e B, nei comuni privi di qualifiche dirigenziali.

In particolare, sottolinea l'estensore, il giudice del lavoro ha "privilegiato una interpretazione letterale della norma in questione, prescindendo dalla finalità della disposizione e dal contesto normativo e contrattuale proprio della qualifica dirigenziale delle amministrazioni pubbliche, ritenendo che nei comuni privi di qualifica dirigenziale è di fatto esclusa l'applicazione del principio del galleggiamento per i Segretari di fascia A e B, e quindi spettino a questi ultimi i diritti di rogito".

Alle molteplici e costanti decisioni di accoglimento di corresponsione delle richieste dei Segretari comunali di fascia A e B dei diritti di rogito, da parte del Giudice del lavoro, (cfr. Trib. Verona, sez. Lavoro, n. 23 del 2017; Trib. Potenza, sez. lavoro n. 411 del 2017; Trib. Taranto, Sez. Lavoro, 3296 del 2016; Trib. Monza, Sez. Lavoro, n. 46 del 2017; Trib. Milano, Sez.

Lavoro, n. 1539 del 2016, e si veda anche Corte d'Appello di Brescia, Sez. del Lavoro n. 272 del 2017.), si è aggiunta, infine, la decisione della Sezione plenaria della Sezione di controllo della regione autonoma del Friuli Venezia Giulia.

3. La revisione dell'iniziale orientamento da parte della Sezione Autonomie

In tale contesto, e in assenza di una interpretazione autentica del legislatore della disposizione normativa in questione, la Sezione delle Autonomie ha ritenuto, quindi, nel rivedere il proprio precedente orientamento, che la costante giurisprudenza del Giudice del lavoro costituisca un parametro di valutazione con la verifica di compatibilità tra "indirizzo del giudice ordinario, del quale non può non prendersene atto ed orientamento della Corte dei conti. In altri termini il predetto indirizzo assurge anch'esso, come appena ricordato, a sostanziale parametro di riferimento oggettivo, in punto di diritto, nella decisione della questione di massima", ritenendo "maggiormente aderente ai motivati parametri di riferimento, in punto di diritto, accedere ad una interpretazione letterale della norma".

A tal proposito, la Sezione delle Autonomie, quindi, ha enunciato nella deliberazione n. 18/ SEZAUT/2018 del 24 luglio 2018, il principio di diritto per cui, "in riforma del primo principio espresso

nella delibera 21/SEZAUT/2015/QMIG, alla luce della previsione di cui all'art. 10, comma 2-*bis*, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, i diritti di rogito, nei limiti stabiliti dalla legge, competono ai segretari comunali di fascia C nonché ai Segretari comunali appartenenti alle fasce professionali A e B, qualora esercitino le loro funzioni presso enti nei quali siano assenti figure dirigenziali”.

Per effetto di quanto, come detto in premessa, il parere alla richiesta è positivo e la sezione ritiene di conformarsi al principio di diritto enunciato nella predetta deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 18 del 2018, ritenendo “che al Segretario comunale di fascia A, titolare del servizio in convenzione presso il Comune (...) **ferma restando l'autonoma valutazione gestionale dell'Ente**, possa essere corrisposta la quota di diritti di rogito per l'attività prestata presso il predetto Comune in quanto non provvisto di personale con qualifica dirigenziale”.

Infine, sia consentito, incute qualche perplessità il riferimento all'autonomia di valutazione gestionale dell'ente quasi ad evidenziare che i funzionari dell'ente potrebbero anche valutare diversamente. Circostanza, ovviamente, che darebbe luogo al contenzioso innanzi al giudice del lavoro (e che vedrebbe, molto probabilmente, il comune perdente con aggravio di spese).

Quando l'ente pubblico può pagare la tassa di iscrizione agli albi professionali per i propri dipendenti?

Premessa

E' interessante analizzare il quesito in tema di rimborso spese per l'iscrizione all'albo professionale del dipendente (nel caso di specie un architetto) posto alla Sezione regionale della Corte dei Conti Toscana.

La sezione ha dichiarato con propria deliberazione n. 60/2018 il quesito non ammissibile ma sembra importante evidenziare in che termini si sia posta la Corte dei Conti su problemi analoghi e la stessa Cassazione e quindi (provare ad) approntare una risposta.

1. Il quesito

Il Sindaco istante ha inoltrato, per il tramite del Consiglio delle Autonomie Locali, richiesta di parere ex art. 7, comma 8 della l. n. 131/2003, al fine di conoscere se sia dovuto il rimborso delle spese di iscrizione all'albo professionale del dipendente a tempo pieno e indeterminato dell'Ente, avente la qualifica di architetto.

In particolare, nel quesito si evidenzia quanto segue:

- nel momento dell'assunzione il bando di mobilità prevedeva espressamente l'iscrizione all'albo professionale;
- il dipendente svolge funzioni di progettazione, direzione lavori, RUP, collaudi, etc. ai sensi del d.lgs. 50/2016, nonché funzioni connesse all'articolo 16, comma 2, del DPR n. 328/2001 e funzioni in materia urbanistica in generale;
- il dipendente non svolge, se non appositamente autorizzato, attività professionali di tipo privato o per conto di altre amministrazioni.

2. Il riscontro

Come si è evidenziato la sezione ha ritenuto inammissibile il quesito non riscontrando la questione posta.

E' bene evidenziare però che, in passato, sia le sezioni della Corte sia la stessa Cassazione (Corte di Cassazione, sent. n. 7776 del 16 aprile 2015) si sono espresse in senso negativo per cui sull'ente non può gravare il pagamento dell'importo di iscrizione agli albi (se non per i legali assunti per svolgimento della funzione specifica).

In particolare, la Cassazione citata, ha avuto modo di chiarire se l'iscrizione ad un albo costituisce il presupposto indefettibile per esercitare la professione con il **vincolo di esclusività** risultando l'ente pubblico unico beneficiario della prestazione resa dal professionista, allora oggettivamente l'onere economico relativo alla tassa deve gravare sul **datore di lavoro**.

In sostanza il ragionamento che viene espresso è quello fondato sul contratto di mandato per cui *"il mandante è obbligato a tenere indenne il mandatario da ogni diminuzione patrimoniale che questi abbia subito in conseguenza dell'incarico, fornendogli i mezzi patrimoniali necessari"*.

Sulla base di quanto la tassa grava sul datore di lavoro (o su questo grava il rimborso se la tassa viene anticipata dall'interessato).

Di diverso avviso la Corte dei Conti (Corte dei Conti, Sez. Reg. Puglia, deliberazione n. 29/2008) che esclude che il datore pubblico si possa far carico della tassa visto che il vincolo dei benefici non possono essere ritenuti esclusi del solo ente (ma l'iscrizione potrebbe essere utilizzata anche per lo svolgimento di attività private). Pertanto, l'eventuale pagamento costituirebbe danno erariale. Da notare che in tema insistono anche diverse circolari ministeriali (ad esempio per il pagamento delle tasse di iscrizione all'albo delle assistenti sociali che viene mai a carico del datore di lavoro pubblico).

