

Rivista mensile - Anno VII, Numero 8

novembre
2017

MEDIA APPALTI

RUP e verifica dell'anomalia nelle nuove linee guida n. 3 dell'ANAC adeguate alle modifiche del decreto legislativo n. 56/2017

Le procedure negoziate sopra soglia nel nuovo Codice

L'indagine di mercato: profili sostanziali e problemi di giurisdizione



“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**

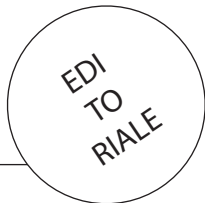




**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

////
**Uno strumento utile
per muoversi
nel complesso
e delicato
mondo degli
appalti pubblici**

**novembre
2017**



Ritardi Digitali

Le aziende innovative hanno più probabilità di vincere la concorrenza, di avere un futuro.

Gli imprenditori che scommettono sull'innovazione guardano al futuro come qualcosa che sta già accadendo, si sporgono in avanti, non aspettano. Vogliono essere protagonisti della trasformazione.

L'industria 4.0 è un'industria digitalizzata. Ogni fase del proprio funzionamento è digitale. Risultato: aumenta l'efficienza produttiva e gestionale. Anche le Pubbliche Amministrazioni dovrebbero far parte di questo processo evolutivo del lavoro. Lo stato dell'arte è stato oggetto di studio della Commissione parlamentare d'inchiesta sul livello di digitalizzazione della PA che a fine ottobre, dopo un anno di attività, ha presentato i dati della propria indagine.

Emerge che le istituzioni pubbliche sono poco digitali. Dall'avvento di internet (1991) ad oggi è stato fatto poco per informatizzare le Amministrazioni. "25 anni di occasioni sprecate con una visione del digitale antiquata", commenta il Presidente della Commissione Paolo Coppola.

Il settore degli appalti pubblici sarebbe tra quelli che maggiormente risente di questo ritardo. L'85% delle gare d'appalto per l'acquisto software, servizi telefonici, piattaforme di trasmissione dati, manutenzione, viene assegnata all'unico partecipante che risponde al bando.

Come ricorda Fabio Tonacci su Repubblica.it, citando la Commissione d'inchiesta, "si utilizzano per lo più metodi di aggiudicazione che non prevedono concorrenza, come la procedura negoziata senza pubblicazione (29%), l'affidamento diretto (20%), la procedura negoziata senza gara (13%)". Non essendoci concorrenza, non ci sono ribassi d'asta, e le Pubbliche Amministrazioni spendono di più.

Il secondo problema che deriva dalla scarsa digitalizzazione riguarda i tempi di aggiudicazione dell'appalto. In media, tra pubblicazione del bando e aggiudicazione, dovrebbero trascorrere 63 giorni. Sono diffusi in tutta Italia realtà nelle quali questi tempi dilagano fino al caso estremo dei 722 giorni registrato nel Comune di Fiesole.

Uno scenario che, secondo la Commissione, è reso possibile dalla diffusa assenza di competenze digitali nel personale delle Pubbliche Amministrazioni. Ad ogni livello. Per Coppola "è desolante la completa mancanza di competenze specifiche dei dirigenti in materia di informatica". Il Parlamento prevedeva di introdurre tali competenze sin dal 1993.

La digitalizzazione del lavoro ci rende più efficaci, più veloci e precisi, apre nuove opportunità, ci dà la possibilità di esprimere le nostre competenze in ambiti più vasti. "Si calcola che nel 2020 il 90% degli impieghi richiederà competenze

digitali" afferma la Commissaria UE per l'Economia e la Società Digitale Mariya Gabriel intervistata su Il Sole 24 Ore da Beda Romano. La previsione è allarmante perché al di là dei pionieri dell'industria 4.0, la realtà è quella di un paese con scarse capacità informatiche. Secondo i dati a disposizione di Gabriel solo il 44% della popolazione italiana ha competenze digitali.

Tali dati dimostrano che la scarsa digitalizzazione non è un problema circoscritto alle Pubbliche Amministrazioni. Riguarda anche il privato. Oggi potremmo dotarci delle tecnologie più sofisticate, sono sempre più a basso costo e si può accedere a finanziamenti e incentivi. Ma investire negli strumenti non è sufficiente. E' nelle persone che devono fare funzionare questi strumenti che si deve investire con la formazione tecnica e con percorsi di motivazione al cambiamento. Con la diffusione di una cultura dell'innovazione per superare la diffidenza nei confronti del digitale; la paura che possa portare via il lavoro umano. In realtà la tecnologia sta cambiando il lavoro. Non lo sta estinguendo. Si deve familiarizzare con l'innovazione. E' un'opportunità non una condanna alla disoccupazione. Da condannare è invece un'ulteriore perdita di tempo. 25 anni di ritardo sono già troppi.

di Enzo de Gennaro

sommario

Editoriale

Ritardi Digitali

4

In evidenza

Ulteriori riflessioni sul principio di corrispondenza tra quote di qualificazione ed esecuzione negli appalti di servizi. Sull'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Cons. St., sez. III, ord., 21 settembre 2017, n. 4403. Un tema ancora aperto.

7

Sotto la lente

RUP e verifica dell'anomalia nelle nuove linee guida n. 3 dell'ANAC adeguate alle modifiche del decreto legislativo n. 56/2017

14

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

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

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa
presso la Regione Sardegna

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Il Punto

Le procedure negoziate sopra soglia nel nuovo Codice

25

L'indagine di mercato: profili sostanziali e problemi di giurisdizione

35

Incarichi professionali a titolo gratuito

42

L'autotutela decisoria della p.a. nelle procedure di gara

51

Pareri & Sentenze

56

A Domanda Rispondiamo

62

In pillole

65

Ulteriori riflessioni sul principio di corrispondenza tra quote di qualificazione ed esecuzione negli appalti di servizi. Sull'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Cons. St., sez. III, ord., 21 settembre 2017, n. 4403. Un tema ancora aperto.

IN
EVIDENZA

di Giuseppe Totino

Premessa

Con la Sentenza n. 27 del 2014 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sembrava che il tema delle modalità applicative agli appalti di servizi del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, partecipazione al raggruppamento temporaneo di imprese e relative quote di esecuzione fosse giunto a completa maturazione (in breve "Principio di Corrispondenza") nel suo percorso di esegesi ermeneutica.

La richiamata Decisione del supremo Consesso Amministrativo, in via nomofilattica, enunciava sul punto il seguente principio di diritto: "*per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, **fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara***".

L'approdo ermeneutico anzi rammentato traeva origine da un mutato assetto normativo frutto di un percorso legislativo che ha condotto il legislatore a depennare dall'ordinamento giuridico giuspubblicistico l'espresso obbligo di che trattasi.

Tale scelta di politica legislativa del legislatore appare come una inversione di tendenza di non indifferente rilevanza. La superfetazione normativa, in questo caso, lascia il passo alla semplificazione, non di facciata – spesso capace solo di incrementare il numero di norme senza ottenere l’esito auspicato – questa volta di sostanza, eliminando una norma ritenuta superflua poiché “doppione” di principi *aliunde* ritraibili.

In un tale contesto normativo, non intaccato da alcuna novella rintracciabile sul punto nel Nuovo Codice dei Contratti del 2016, il Consiglio di Stato, sez. III, con l’ordinanza del 21 settembre 2017, n. 4403, ha ritenuto che fosse giunto il momento di un definitivo mutamento interpretativo del Principio di Corrispondenza alla luce della *ratio* che permea sia l’istituto dell’associazione temporanea di impresa che dell’avalimento.

L’accostamento del principio ispiratore dei due istituti anzi richiamati, sarebbero capaci – secondo la Sezione remittente – di illuminare il Principio di Corrispondenza, liberandolo completamente – per gli appalti di servizi e di forniture - dalla matrice lavoristica da cui ha mutuato la propria ragion d’essere.

1. Le origini dell’istituto: dagli appalti di lavori ai servizi

Il Principio di Corrispondenza, infatti, trova le proprie fondamenta specificamente nella disciplina degli appalti pubblici di lavori.

Le prime applicazioni del Principio in esame si avvertono a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 13 della Legge Quadro sui Lavori Pubblici (L. 109/94).

Per quanto non fosse espressamente previsto dal

dettato normativo dell’art. 13, la giurisprudenza ha da subito individuato i cardini di uno dei principi ormai immanenti nei lavori pubblici: l’obbligo di totale simmetria (*rectius*: corrispondenza) tra le quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo di imprese e quote di esecuzione dei lavori.

Pre-condizione rispetto alla simmetria sopra espressa è la necessità che le attestazioni di qualificazione spese da ogni singolo membro dell’ATI siano sufficienti a legittimare lo stesso all’esecuzione della propria quota di lavori, come indicata nell’accordo associativo tra i

membri dell’ATI stessa.

La *ratio* del principio in esame esprime la necessità di evitare le c.d. partecipazioni fittizie o “di comodo” da parte delle imprese maggiormente qualificate (ma non intenzionate ad eseguire concretamente i lavori), fin dalla fase di celebrazione della gara e non nel solo momento esecutivo, come spesso avveniva nella comune esperienza prima dell’entrata in vigore dell’art. 13 della L. n. 109/94 (cfr. C.G.A., 31 marzo 2006, n. 116). Infatti era prassi consolidata quella per cui, a fronte della maggioritaria spendita dei requisiti di qualificazione da parte di uno dei soggetti membri di una ATI, non vi fosse un effettivo interesse, da parte di tale soggetto, ad assumere il corrispondente impegno all’esecuzione della commessa.

Diretta conseguenza di tale prassi, di fatto, era una sovra-esecuzione di quote di lavori da parte delle mandanti del raggruppamento temporaneo, senza che tali soggetti tuttavia possedessero i requisiti sufficienti, in sede di qualificazione alla gara, per tale maggiore esecuzione, con conseguente elusione della normativa sui lavori pubblici.

Sul punto è opportuno evidenziare che proprio l’unitarietà del sistema di qualificazione previsto

Era sancito, ai sensi dell’art. 37 c. 13 del D.Lgs. 163/06 e s.m.i. che: “I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”.



dal legislatore per l'esecuzione di lavori pubblici, aveva condotto la giurisprudenza, seppur in via interpretativa, a farsi carico di fornire alle stazioni appaltanti gli strumenti giuridici idonei a contrastare le citate pratiche elusive dell'assetto qualificatorio tipizzato dalle norme sui lavori.

Le cautele espresse dalla giurisprudenza sul tema sono state successivamente recepite dal legislatore in seno al processo codificatorio del 2006, laddove si era sancito, ai sensi dell'art. 37 c. 13 del D.Lgs. 163/06 e s.m.i. che: *"I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"*.

La giurisprudenza amministrativa, a seguito di tale intervento legislativo, ha quindi confermato l'orientamento sopra espresso, chiarendo che *"in base a quanto affermato dall'art. 37 comma 13, D.Lgs. n. 163 del 2006, deve reputarsi sussistente un principio di «stretta consequenzialità» fra quota di partecipazione della singola impresa al raggruppamento temporaneo, percentuale di esecuzione dei lavori in appalto e qualificazione dell'impresa"* (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3173), parimenti *"dal disposto di cui all'art. 37 comma 6, D.Lgs. n. 163 del 2006, interpretato tenuto conto di quanto previsto dall'art. 93 comma 4, D.P.R. n. 554 del 1999, i singoli partecipanti ad un raggruppamento temporaneo sono tenuti ad indicare espressamente la rispettiva quota di partecipazione, sì che possa essere colto il rapporto esistente tra quote di qualificazione e quote di partecipazione (di cui all'art. 37, D.Lgs. n. 163 del 2006) e quello tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (di cui all'art. 93 comma 4, D.P.R. n. 554 del 1999"*

(Consiglio Stato, Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5787).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è così divenuta nel tempo granitica sul punto, asserendo che: *"costituisce causa di esclusione il mancato adempimento dell'obbligo di dichiarare, in caso di imprese associate in A.T.I., le quote di partecipazione all'interno della compagine; obbligo imposto al fine di assicurare che la stazione appaltante possa in*

concreto verificare il possesso dei requisiti di qualificazione da parte delle singole imprese per l'effettiva parte di lavori che ciascuna deve espletare (ex plurimis fra le più recenti Consiglio Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4627; CdS sez. V 22 dicembre 2008 n. 6493; CdS sez. VI 25 novembre 2008 n. 5787 ;

CdS sez. V 7 maggio 2008 n. 2079 fra le risalenti CdS sez. V 12 ottobre 2004 n. 6586; CGA 13 giugno 2005 n. 358; CdS sez. VI 1 marzo 2007 n. 1001 CdS sez. V 9 ottobre 2007 n. 5260)."

La meritoria esigenza della verifica in ordine alla concreta sussistenza in capo ad ogni membro dell'ATI delle attestazioni sufficienti ad eseguire la porzione di lavori indicati in offerta ed in misura corrispondente alla quota di partecipazione all'ATI è risultato essere presupposto perché la giurisprudenza potesse ritenere applicabile, anche agli appalti di servizi, il Principio di Corrispondenza.

Si era statuito che infatti che: **"Va ritenuta la necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di esecuzione (anche) negli appalti di servizi. Nel senso, quindi, di richiedere che le quote di partecipazione all'ATI siano indicate già in sede di offerta, anche in assenza di una espressa"**

tale obbligo di specificazione troverebbe la sua ratio nella necessità di assicurare alle pp.aa. aggiudicanti la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio, non solo per una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per una previa verifica circa la competenza tecnica dell'esecutore, oltre che per evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione alle gare" (Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 4406/2012).

previsione del bando o della lettera d'invito, e che la singola impresa componente dell'ATI abbia la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente a tale quota di partecipazione, a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione.

Dalla mancata osservanza di tale obbligo discende la conseguenza che l'offerta contrattuale, che provenga da un'associazione di più imprese in termini che non assicurino la predetta, effettiva, corrispondenza, è inammissibile, perché comporta l'esecuzione della prestazione da parte di un'impresa priva (almeno in parte) di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso" (Consiglio di Stato sez. III 16/11/2011 n. 6048).

Come anzi detto: "tale obbligo di specificazione troverebbe la sua ratio nella necessità di assicurare alle pp.aa. aggiudicanti la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio, non solo per una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per una previa verifica circa la competenza tecnica dell'esecutore, oltre che per evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione alle gare" (Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 4406/2012).

La giurisprudenza, però, cominciava a mostrare diverse sensibilità in proposito, rintracciandosi le prime scalfiture nel granitico principio di piena traslazione dai lavori ai servizi del Principio in parola.

Già nel 2013 si interpretava il Principio nel senso che *"nel settore dei servizi e delle forniture, l'art. 37 prevede solo che, in caso di a.t.i. orizzontale, debbano essere specificate nell'offerta le parti del servizio o della fornitura eseguibili dalle singole imprese associate o associande, ma non impone una rigida corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione, essendo rimessa alla stazione appaltante la determinazione dei requisiti di qualificazione con riguardo ad ogni*

singola gara" (cfr. Sez. VI, sent. 10 maggio 2013 n. 2563).

2. I mutamenti legislativi

Come spesso succede, la legge introietta specifiche sensibilità provenienti dalla giurisprudenza, positivizzando gli orientamenti pretori.

In via legislativa, infatti, si è inteso limitare l'applicabilità del Principio ai soli lavori dapprima con una specificazione.

Se originariamente il testo prevedeva che *"I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"*, a seguito dell'apprezzamento di concrete esigenze di differenziazione del trattamento giuridico da applicarsi agli appalti di servizi rispetto a quelli di lavori, il legislatore ha ritenuto di circoscrivere l'ampiezza del portato del Principio di Corrispondenza ai soli appalti di lavori con la novella di cui all'art. 1, comma 2-bis, lett. a), d.l. n. 95 convertito dalla legge 7 agosto 2012 n. 135, statuendo che *"Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"*.

L'Autorità di Vigilanza a tal proposito sottolineava che *"In materia di servizi e forniture, a seguito della modifica apportata dall'art. 1 del D.L. n. 95 del 2012 al comma 13 dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163/2006, il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, quote di qualificazione e quote di esecuzione non costituisce più un principio generale derivante dal Trattato UE. Si è, pertanto, esclusa l'operatività di detto principio per le gare aventi ad oggetto servizi e forniture. Nel caso di specie, ne consegue la disapplicazione del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede a pena d'esclusione che i concorrenti riuniti in ATI debbano eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione, per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione e con l'art. 37*

del D. Lgs. n. 163/2006, nella nuova formulazione temporalmente applicabile alla procedura in esame". (**Parere di Precontenzioso n. 121 del 06/06/2014**).

Ma l'evoluzione legislativa non era arrivata a conclusione.

Legge 23 maggio 2014, n. 80 di Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, recante "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015", a mezzo dell'art. 12 comma 8, ha infatti espunto **t o t a l m e n t e** dall'ordinamento tale principio: "All'articolo 37 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il comma 13 è abrogato", r e s i d u a n d o così, seppur in apparenza, un vuoto normativo.

Legge 23 maggio 2014, n. 80 di Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, recante "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015", a mezzo dell'art. 12 comma 8, ha espunto totalmente dall'ordinamento il Principio di Corrispondenza: "All'articolo 37 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il comma 13 è abrogato"

Quid iuris in caso

di appalto di lavori in relazione alla necessaria corrispondenza tra qualificazione, quote di partecipazione ed esecuzione? Nulla quaestio: nel caso dei lavori, come in premessa ricordato, la normativa generale in tema sistema di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici impone direttamente, senza l'ausilio di una norma intermedia che lo specifichi, che per eseguire tali categorie di opere sia necessario essere qualificato secondo un sistema di attestazioni *ex lege* codificato e che non consente, nemmeno indirettamente, elusioni del Principio di Corrispondenza.

Diversa considerazione merita invece il Principio di Corrispondenza come posto in relazione agli appalti di servizi, settore in cui, al di fuori delle norme che disciplinano quali possano essere i requisiti richiedibili agli operatori economici, l'ordinamento giuridico non prevede un sistema di qualificazione *ex lege* imposto per l'esecuzione degli stessi.

Sono le *lex specialis* di gara che in base alle

esigenze dell'amministrazione e coerentemente con la natura del servizio richiesto al mercato, individuano i requisiti di ammissione degli operatori di mercato alle procedure concorsuali, stabilendo volta per volta, pertanto, un sistema il criterio di accesso al mercato per la singola commessa.

L'Adunanza Plenaria del 2014, investita circa l'applicabilità del Principio agli appalti di servizi a seguito della completa espunzione dall'ordinamento della positivizzazione espressa dello stesso chiariva che "per gli appalti di servizi e forniture

continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere

*anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, **fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara***".

In altre parole, pur liberalizzando la ripartizione delle quote tra i membri dell'ATI, la qualificazione spesa dal singolo componente in gara si atteggia a vincolo massimo di esecuzione.

3. L'ordinanza di rimessione

La Terza Sezione ha ritenuto invece che il Principio possa considerarsi del tutto inapplicabile agli appalti di servizi nel caso di ATI orizzontale, allorché il bando di gara consenta la qualificazione alla gara del RTI attraverso il semplice cumulo dei fatturati di tutti i membri del raggruppamento.

Secondo la Sezione remittente, alla stregua del generale principio del *favor participationis* alle pubbliche gare – corollario dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione ex art. 97 Cost. e di libertà d'iniziativa economica ex art. 43 Cost, oltretutto del principio di concorrenza sancito dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea, ed alla luce della tipica funzione "pro-concorrenziale" dello strumento del raggruppamento temporaneo d'impresa "orizzontale", la circostanza che il diritto dell'Unione Europea preveda l'istituto dell'avvalimento, in base al quale può essere riconosciuta, di regola, la facoltà di ciascuna impresa esecutrice di avvalersi di altre imprese per le quali possa attestare l'idoneità tecnica e

la sussistenza di un vincolo giuridico che garantisca l'impegno a tenere fede all'obbligo assunto ai fini dell'esecuzione della propria prestazione, potrebbe consentire una rivalutazione della funzione dei requisiti tecnico economici di partecipazione alle pubbliche gare, che mediante la serie storica dei fatturati per attività comparabili consentono una ragionevole presunzione circa l'affidabilità tecnico-economica dell'impresa concorrente, senza tuttavia condizionare quest'ultima, di regola, ad eseguire direttamente la prestazione convenuta con le proprie risorse tecniche ed economiche.

Ove tale premessa risulti condivisibile – afferma il Collegio -, ne discende che, in caso di esecutori

plurisoggettivi costituiti in un RTI, può ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese.

L'ordinanza di rimessione afferma che: la circostanza che il diritto dell'Unione Europea preveda l'istituto dell'avvalimento, in base al quale può essere riconosciuta, di regola, la facoltà di ciascuna impresa esecutrice di avvalersi di altre imprese per le quali possa attestare l'idoneità tecnica e la sussistenza di un vincolo giuridico che garantisca l'impegno a tenere fede all'obbligo assunto ai fini dell'esecuzione della propria prestazione, potrebbe consentire una rivalutazione della funzione dei requisiti tecnico economici di partecipazione alle pubbliche gare, che mediante la serie storica dei fatturati per attività comparabili consentono una ragionevole presunzione circa l'affidabilità tecnico-economica dell'impresa concorrente, senza tuttavia condizionare quest'ultima, di regola, ad eseguire direttamente la prestazione convenuta con le proprie risorse tecniche ed economiche

Resterebbe viceversa liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, essendo le stesse legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI, e dovendosi quindi ritenere ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l'avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al

RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio.

4. Conclusioni

La tesi della Sezione remittente appare assai suggestiva e per certi versi pionieristica. Dalla lettura del testo dell'ordinanza si apprezza un tentativo di voler accostare la ratio sottesa al legittimo ricorso all'istituto dell'avvalimento, quale strumento di transito di requisiti e di affidamento di soggetti sprovvisti sulle capacità di terzi per l'esecuzione di commesse pubbliche, allo strumento

dell'associazionismo temporaneo, quale grimaldello per scardinare completamente l'applicabilità ai servizi del Principio di Corrispondenza ai servizi.

Rappresenta la Sezione che, ove sia possibile poter far legittimo affidamento sulle capacità di un terzo per l'esecuzione delle prestazioni attraverso il ricorso all'avvalimento come mezzo di ausilio alla concreta esecuzione contrattuale, non si vede per quale motivo, in seno ad rapporto di mandato quale è quello che associazione di un raggruppamento temporaneo di imprese, un soggetto ipoteticamente non qualificato per eseguire in misura maggiore le prestazioni rispetto ai requisiti spesi in gara, non possa egualmente fare affidamento sulle capacità esecutive dei vari membri, qualora il RTI si sia legittimamente qualificato alla gara tramite il cumulo dei requisiti di tutti membri.

Non si apprezzerrebbe, secondo l'approccio ermeneutico posto al vaglio dell'Adunanza Plenaria, la differenza di *ratio* e di qualità di vincolo giuridico che consentirebbe una diversa valutazione in ordine alla possibilità di poter far affidamento sulle qualità e capacità esecutive di un soggetto terzo rispetto al raggruppamento attraverso il vincolo all'ausilio stabilito da un contratto di avvalimento, rispetto invece al vincolo derivante del rapporto di mandato del associazione temporanea di imprese, posta l'identità di *ratio* sottesa.

A ben vedere, tale orientamento abbraccia, se non addirittura da per scontato, il percorso evolutivo cui la nozione di avvalimento è stata sottoposta negli anni. Da strumento di transito di requisiti su carta tra operatori economici, capace di abbattere le barriere d'accesso al mercato a strumento di concreto prestito di risorse e mezzi per l'esecuzione contrattuale di cui l'ausiliato è carente.

Allo stesso modo, secondo la tesi della Terza Sezione, per poter consentire l'esecuzione ad un membro di prestazioni maggiori rispetto alla propria qualificazione *"può ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese"*, così scardinando

completamente l'obbligo di corrispondenza tra quote di qualificazione ed esecuzione.

Conclusivamente, considera la Sezione, che in un RTI orizzontale quale quello in esame, se non espressamente richiesto dal bando, basta che il RTI nel suo complesso abbia il requisito richiesto, mentre a fini dell'esecuzione nella gara de qua è previsto l'istituto dell'avvalimento, per cui la singola azienda partecipante non deve obbligatoriamente possedere quel requisito (e quindi quelle competenze) per poter erogare il servizio ma può avvalersi delle altre partecipanti al RTI.

E' del tutto ovvio che sia ricorribile l'istituto dell'avvalimento tra i vari membri dell'ATI, a patto che in capo al soggetto ausiliante possa residuare una quota di requisiti minimi necessari per eseguire la propria prestazione.

Ma il passaggio ermeneutico che lueggia la Sezione remittente sembrerebbe utilizzare, in questo caso, il termine avvalimento in senso "atecnico", nel senso di ausilio all'esecuzione tra membri dell'ATI in virtù del vincolo di mandato proprio dell'associazione temporanea di impresa e della connessa responsabilità di esecutore in RTI nei confronti della stazione appaltante.

Non ci resta che attendere di conoscere se la suggestiva tesi propugnata dalla Terza Sezione possa trovare accoglimento da parte della più alta composizione del Consiglio di Stato.

RUP e verifica dell'anomalia nelle nuove linee guida n. 3 dell'ANAC adeguate alle modifiche del decreto legislativo n. 56/2017

di Stefano Usai

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

L'articolo 97 (rubricato: Offerte anormalmente basse) del codice dei contratti, **recepisce l'articolo 69 della direttiva 2014/24/Ue** e attua – pro quota – il criterio direttivo di cui alla lettera ff) dell'articolo 1, comma 1 della legge n. 11 del 2016.

In particolare, l'invito al governo rivolto con la legge delega, era quello di soffermarsi **sulle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale attraverso l'individuazione di criteri che non rendessero facilmente predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala**. Con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie

1. Le giustificazioni

Il primo comma, contiene il richiamo alle giustificazioni (spiegazioni) sul prezzo e/o sugli elementi dell'offerta proposta – su richiesta della stazione appaltante – se questi "appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta".

La disposizione, che sintetizza previsioni già note del decreto legislativo 163/2006, ribadisce **il principio comunitario del contraddittorio** e della partecipazione (obbligatoria) dell'impresa nella fase di verifica della potenziale anomalia dell'offerta.

Il riferimento impersonale, al soggetto che deve richiedere le giustificazioni, viene risolto dalle linee guida sul RUP, sia le linee guida n. 3/2016 sia – e di queste si terrà conto – delle più recenti adottate con la deliberazione dell'ANAC n. 1007/2017 di adeguamento/modifica delle linee guida al decreto legislativo correttivo n. 56/2017.

2. Il procedimento di verifica dell'anomalia nell'appalto da aggiudicare con l'offerta economicamente più vantaggiosa

Secondo quanto già indicato con le precedenti linee guida n. 3/2016, il procedimento di verifica nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'OEPV, doveva essere presidiato dal RUP che decide, semplificando, come strutturare le collaborazioni. In questo caso, nella recente rimodulazione e quindi con le linee guida n. 3/2017, l'ANAC precisa, pur con un novità che la "verifica sulle offerte a normalmente basse è svolta dal RUP con l'eventuale supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice". Se con le linee guida n. 3/2016, il supporto sembrava essere obbligatorio, nella riformulazione – in particolare il riferimento all'eventualità -, la decisione su come coordinare il procedimento è rimessa al responsabile unico del procedimento.

Presumibilmente, tale "correzione" può essere ricondotta all'orientamento giurisprudenziale che configura il RUP, in relazione al procedimento in esame, come *dominus* del procedimento che può decidere come strutturare i passaggi del procedimento giungendo anche a delegarla alla stessa commissione di gara.

Da notare che dalla riformulazione del periodo delle nuove linee guida l'aspetto non sembra, tutto sommato, così pacifico. Non si ritenga superfluo evidenziare che la presenza del RUP nell'effettuazione delle verifiche – e quindi la presenza di un elemento interno alla stazione appaltante anche quando le commissioni verranno costituite attingendo dall'albo dei commissari, finisce per vanificare ciò che ci si è prefissati con la nomina di una commissione direttamente da un albo "super partes".

3. Il procedimento di verifica nell'appalto da aggiudicarsi al ribasso

In relazione all'appalto da aggiudicare al ribasso, nelle nuove linee guida (come detto approvate con la deliberazione ANAC n. 1007/2017) si legge che "nel bando di gara la stazione appaltante indica se, (...), la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc". La scelta dell'autorità anticorruzione – così come quella delle linee guida n. 3/2016 (per cui non si registrano modifiche) – appare anche discutibile considerata l'attenzione forse eccessiva in relazione al tipo di appalto da aggiudicarsi solo sulla base dell'elemento "finanziario".

E' proprio in questo caso che è più logico utilizzare la competenza del RUP mentre nel caso sopra riportato, dell'utilizzo dell'OEPV, sarebbe stato più corretto attribuire tale competenza alla commissione di gara. In ogni caso, per l'appalto da aggiudicare al minor prezzo, la decisione su chi e come condurre la procedura, scaturirà dal confronto tra dirigente/responsabile del servizio e verrà adottata sulla base delle competenze specifiche.

L'indicazione dell'ANAC – sui soggetti che possono essere di ausilio durante il procedimento – deve intendersi come vincolante, quindi nella eventuale commissione ad hoc figureranno specifici esperti mentre non appare chiaro se sia possibile dare un incarico "singolo". Alla luce delle nuove linee guida, prima ancora della nomina di una commissione ad hoc occorrerà valutare la collaborazione dell'ufficio di supporto interno che quindi dovrà essere

La richiesta rivolta al governo con la legge delega, era quello di soffermarsi sulle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale attraverso l'individuazione di criteri che non rendessero facilmente predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala.

organizzato/istituito in via preventiva.

Da notare che il box di sintesi delle linee guida – come già nelle pregresse - sembra sintetizzare qualcosa di differente rispetto alle indicazioni riportate nel documento con la sottolineatura che “nel caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, il RUP si occupa della verifica della congruità delle offerte. La stazione appaltante può prevedere che il RUP possa o debba avvalersi della struttura di supporto o di una commissione nominata ad hoc”.

Per l'appalto da aggiudicare al minor prezzo, la decisione su chi e come condurre la procedura, scaturirà dal confronto tra dirigente/responsabile del servizio e verrà adottata sulla base delle competenze specifiche.



4. Il contenuto delle spiegazioni ed il procedimento

I commi dal 4 al 6 dell'articolo 97, non modificate dal decreto correttivo, si dilungano sul contenuto delle spiegazioni che possono riferirsi (comma 4 dell'art. 97):

- a) all'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi presta-ti o del metodo di costruzione;
- b) alle soluzioni tecniche prescelte o alle condizioni eccezionalmente favore- voli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;
- c) all'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente. La stazione appaltante richiede per iscritto – come nel pregresso –, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione delle spiegazioni.

Pertanto, l'offerta deve essere esclusa solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi predetti o se la stazione appaltante (il RUP) ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

a) l'esclusione deve essere disposta se l'offerta non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3.

Ovvero, se nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici non rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate

nell'allegato X del codice:

- b) l'esclusione viene disposta anche nel caso in cui l'offerta non rispetti gli obblighi di cui all'articolo 105, in tema di subappalto;
- c) allo stesso modo l'estromissione deve essere disposta nell'ipotesi in cui risultino non congrui incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture. Circostanza, questa oggetto di grande dibattito in giurisprudenza soprattutto nel caso in cui la stazione appaltante non abbia indicato nel bando l'obbligo della previa indicazione degli oneri interni.
- d) Ulteriore ipotesi di esclusione è data dal caso in cui costo del personale risulti inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16. Ipotesi diversa dal ribasso effettuato rispetto alle tabelle ministeriali che rappresentano un valore di “media” e che obbligano l'offerente ad una adeguata motivazione.

A completamento (comma 6, dell'art. 97) di questo microsistema normativo si ribadisce come non possano ritenersi ammesse “giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008,81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la

congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa” (come già previsto dal comma 3 dell’articolo 86 del pregresso decreto legislativo 163/2006).

Il sistema si chiude (comma 7, art. 97) – anche in questo caso con replica di norme già note – con la previsione secondo cui qualora la stazione appaltante “accerti che un’offerta è anormalmente bassa in quanto l’offerente ha ottenuto un aiuto

di Stato può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l’offerente e se quest’ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l’aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell’articolo 107 TFUE. La stazione appaltante esclude un’offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea”.

5. Il prezzo più basso e la verifica dell’anomalia

Il decreto legislativo correttivo (con l’articolo 61, comma 1 lett. a) punti 1/6) ha profondamente modificato il meccanismo di verifica dell’anomalia nel caso di utilizzo del criterio del minor prezzo. In termini generali con le modifiche vengono introdotti ulteriori criteri per la valutazione della congruità delle offerte (lettera c) e modificate le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di lavori (lettera e). Ulteriori modifiche sono volte ad apportare correzioni alle norme relative ai criteri per la valutazione della congruità delle offerte connessi agli oneri per la sicurezza e al costo del personale (lettera d).

La prima modifica – di cui alle disposizione sopra

riportate - chiarisce quali siano i soggetti incaricati di effettuare, nei casi di aggiudicazione al prezzo più basso, **il sorteggio del metodo da utilizzare**

per il calcolo della soglia di anomalia dell’offerta. La disposizione in esame affida il citato compito al RUP o alla commissione giudicatrice.

Secondo gli studi degli uffici delle Camere la disposizione in esame è in linea con la recente

giurisprudenza nonché con le linee guida ANAC sui compiti del RUP.

6. Il criterio di calcolo della soglia di cui alla lettera a)

In relazione al primo criterio – rispetto alla pregressa disposizione - viene previsto l’aumento della media dei ribassi (dal 10 al 20% delle offerte a maggior ribasso e di quella a minor ribasso). Vale riportare, sul tema, i chiarimenti forniti **dall’ANAC con il comunicato del 5 ottobre 2016** avente ad oggetto “Indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso”.

Nel caso di specie l’Authority ha cercato di fornire qualche ulteriore indicazione sull’applicazione dei criteri di calcolo per l’individuazione della soglia di anomalia nel caso di appalto da aggiudicarsi al ribasso ai sensi del comma 2 dell’articolo 97 del nuovo codice. Si legge nel comunicato che “sono stati segnalati anche casi di ricorso non corretto alla possibilità offerta dal comma 8 del medesimo articolo, ovvero l’esclusione automatica delle offerte che superano la soglia di anomalia per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di

Con le modifiche apportate dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017, vengono introdotti ulteriori criteri per la valutazione della congruità delle offerte (lettera c) e modificate le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di lavori (lettera e). Ulteriori modifiche sono volte ad apportare correzioni alle norme relative ai criteri per la valutazione della congruità delle offerte connessi agli oneri per la sicurezza e al costo del personale (lettera d).

rilevanza comunitaria, quando vi siano almeno dieci offerte valide". Con l'art. 97, comma 2, il legislatore ha previsto una diversa dinamica circa la scelta del criterio per l'individuazione della soglia di anomalia anche per evitare di "rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia" prevedendo - in relazione all'appalto da aggiudicarsi al

minor prezzo - il sorteggio, in sede di gara, di uno tra i cinque criteri enucleati nelle lettere da a) a e). Da notare - come visto sopra - che la norma risentiva ancora di alcune imprecisioni, non corrette con l'avviso di rettifica di luglio 2016; in particolare il primo comma disponeva sui candidati e non sui partecipanti alla gara e, infine, al punto e) si parlava di commissione giudicatrice.

È noto, ovviamente, che la commissione - salvo autovincolo della stazione appaltante - si impone solamente nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In ogni caso con riferimento al primo criterio, lettera a), l'ANAC correttamente rammenta che il criterio riproduce "quello previsto dall'art. 86, comma 1, d.lgs. 163/2006, tuttavia l'abrogazione dell'art. 121, comma 1, d.P.R. 207/2010, senza che il relativo contenuto sia stato trasposto nel nuovo codice, potrebbe determinare in- certezze interpretative.

La disposizione, infatti, stabiliva che le offerte di uguale valore dovevano essere prese distintamente nei loro singoli valori sia per il calcolo della media aritmetica sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico, qualora nell'effettuare il calcolo" ora del 20% "per cento delle offerte da accantonare

fossero presenti più offerte di eguale valore, le stesse dovevano essere accantonate al fine del successivo calcolo della soglia.

Il comma 8 dell'art. 97, ribadisce le disposizioni contenute negli artt. 122 e 124 relativamente all'esclusione automatica, nonostante il primo paragrafo dell'articolo 69 della direttiva Ue n. 24/2014 - recepita con le direttive 23 e 25 nel nuovo codice - puntualizzi che "le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi".

Poiché è presumibile che diverse stazioni appaltanti continuino ad applicare tale 'regola' per prassi amministrativa, appare importante ribadire che l'art. 121 citato è stato abrogato e che non è più possibile

applicarlo. La scelta del legislatore si giustifica in base alla considerazione che l'accantonamento delle ali costituisce una mera operazione matematica, distinta, come tale dall'effettiva esclusione di concorrenti che superano la soglia di anomalia. Conseguentemente il mancato accantonamento di un'offerta identica a quella presentata da altro concorrente e accantonata per il calcolo della soglia di anomalia non produce discriminazione tra gli operatori economici ammessi alla gara".

7. Il criterio di calcolo della soglia di cui alla lettera b)

In relazione al secondo criterio il decreto correttivo ora chiarisce quale sia la grandezza di riferimento per l'accantonamento - peraltro già chiarito con l'intervento dell'ANAC nella comunicazione di cui si è appena detto.

Maggiori problemi applicativi determinava proprio il metodo di cui alla lettera b). In tema l'ANAC precisava che il criterio "così come formulata, la disposizione **in esame appare priva dell'indicazione della grandezza rispetto alla quale va calcolato il menzionato 10% (ora 20%)**.

Tenendo conto della formulazione degli altri metodi

di calcolo e, in particolare, di quelli descritti alle lettere a) ed e), entrambi recanti la dizione «con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso» **si ritiene che la lacuna in parola possa essere colmata mediante procedimento analogico, facendo riferimento a quanto disposto nelle lettere a) ed e).**

In altri termini la norma dovrebbe essere letta come di seguito indicato: «media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, arrotondato all'unità superiore, con esclusione del dieci (ora 20) per cento, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso».

In secondo luogo, si ricorda che se la prima cifra dopo la virgola è dispari, la media dei ribassi deve essere ridotta percentualmente di un valore pari a tale cifra, mentre non è corretto ridurre tale media di un valore assoluto pari a detta cifra (altrimenti si potrebbe anche correre il rischio di ottenere una soglia di anomalia negativa)».

Da notare che, in generale, sulle modifiche ai criteri nel parere 782/2017 del Consiglio di Stato espresso sullo schema di decreto correttivo, si legge che devono essere "positivamente apprezzate le correzioni che il decreto intende apportare alle lettere b), d) e e) del comma 2, in considerazione delle criticità emerse in sede di prima applicazione, fatte peraltro oggetto anche di esplicita presa di posizione da parte dell'ANAC con comunicazione del presidente 5 ottobre 2016".

8. Il criterio di calcolo della soglia cui alla lettera c)

In relazione al terzo criterio – di non complicata applicazione – la modifica attiene alla riduzione della percentuale di incremento della media delle offerte ammesse.

L'ANAC precisa che vi sarebbe identità tra questo ed il metodo di cui alla lettera d) ora sostituito dal decreto correttivo

9. Il criterio di calcolo cui alla lettera d)

Con il quarto criterio, ora, la soglia è calcolata come media aritmetica dei ribassi in termini percentuali (non assoluti) di tutte le offerte ammesse, incrementata (e non più decurtata) del 20 % (e non più del 10%) – al fine di disporre che il calcolo della media avvenga, appunto, **non in termini assoluti ma sulle percentuali.**

10. Il criterio di calcolo di cui alla lettera e)

Con la modifica il metodo di calcolo di cui alla lettera e) – che prevede, tra l'altro, l'utilizzo di un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice, all'atto del suo insediamento, tra quelli contemplati dalla medesima lettera e) – al fine di precisare che, in caso di mancanza della commissione di gara, il sorteggio del coefficiente citato deve essere effettuato dal RUP.

Ovviando ad una questione che si è posta nella pratica operativa e segnalata dall'ANAC, con il decreto correttivo, opportunamente si inserisce il comma 3-bis secondo cui i calcoli per la verifica dell'eventuale anomalia – con il criterio del prezzo più basso – si effettuano solo "ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque".

In tema, nella comunicazione dell'ANAC appena rammentata si legge che – in relazione ai criteri a) ed e), risultano "necessarie almeno 5 offerte da confrontare per poter calcolare la media e lo scarto medio delle offerte (non accantonate) che superano detta media, in assenza di una previsione normativa analoga a quella contenuta nell'art. 86, comma 4, del d.lgs. 163/2006, è necessario indicare nella documentazione di gara che si procederà alla determinazione della soglia di anomalia mediante ricorso ai metodi di cui all'art. 97, comma 2, del codice solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse".

11. L'esclusione automatica

Il comma 8 dell'art. 97, ribadisce le disposizioni

contenute negli artt. 122 e 124 relativamente all'esclusione automatica, nonostante il primo paragrafo dell'articolo 69 della direttiva Ue n. 24/2014 – recepita con le direttive 23 e 25 nel nuovo codice – puntualizzi che “le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori

economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi”.

Nel parere, sullo schema di codice, n. 855/2016 il Consiglio di Stato, come si è annotato, rilevando l'assenza della previsione sull'esclusione automatica invitava il governo a valutare l'opportunità di “reintrodurre una previsione (simile a quella di cui all'art. 125, comma 8 del previgente codice) in base alla quale negli appalti di servizi e forniture sotto soglia può essere disposta l'esclusione automatica delle offerte anomale (una disposizione di contenuto simile attualmente riguarda gli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro per il caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso – art. 122, comma 9 – del codice vigente)”.

L'inserimento, secondo il Collegio, avrebbe consentito di conseguire “gli obiettivi di semplificazione richiamati dalla legge di delega e va evitato che, attraverso la mancata esclusione automatica delle offerte anomale, si determini un artificioso incremento della media dei ribassi”.

Il governo sembra aver seguito la sottolineatura del Consiglio di Stato valutando positivamente l'opportunità – sempre nell'ambito del sotto soglia comunitario – di ribadire la previsione sull'esclusione automatica che nel pregresso codice inizialmente risultava limitata entro i 100 mila euro per forniture e servizi e, per i lavori, entro il milione di euro. Le pregresse prescrizioni risultano

confermate e ribadite nel comma 8 dell'articolo 97 in cui – con un'unica disposizione per lavori, servizi e forniture – il legislatore ha chiarito definitivamente che, “quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie”

comunitarie, “la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata” secondo una delle modalità indicate ai sensi del comma 2.

Naturalmente, come nella previgente disposizione, “la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”.

Il comma 9, infine, prevede che la cabina di regia di cui all'articolo 212, su richiesta, metta a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni in possesso, quali leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli sul contenuto delle spiegazioni che l'offerente può essere chiamato a fornire.

12. Anomalia e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Se il criterio di aggiudicazione – terzo comma –, secondo quanto già noto, è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano **i punti relativi al prezzo e la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.**

Il Consiglio di Stato ha valutato positivamente l'opportunità – sempre nell'ambito del sotto soglia comunitario – di ribadire la previsione sull'esclusione automatica che nel pregresso codice inizialmente risultava limitata entro i 100 mila euro per forniture e servizi e, per i lavori, entro il milione di euro.

13. Il procedimento di verifica della potenziale anomalia

Come anticipato, il procedimento di verifica della potenziale anomalia – ora riconfermato dalle linee guida 3 ricalibrate con la deliberazione dell'ANAC n. 1007/2017, rispetto al pregresso codice, **perde la sua scomposizione trifasica.**

Il comma 5 – secondo norme che ribadiscono il principio comunitario del contraddittorio (stazione appaltante/impresa) – prevede che il RUP richieda “per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni”.

Il provvedimento di esclusione può essere adottato “solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti”, tenendo conto dei seguenti elementi (di cui al comma 4):

- a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;**
- b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;**
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.**

Il provvedimento di esclusione può essere adottato se il RUP ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto (come già detto):

- non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3;

Il comma appena richiamato precisa – come già evidenziato – che nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici

rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

L'esclusione deve essere disposta nel caso in cui si accerti che l'offerta non rispetta (lett. b)) gli obblighi di cui all'articolo 105 (ovvero le norme in tema di subappalto). L'estromissione dalla competizione è inevitabile (lett. c)) nel caso in cui si accerti l'incongruità relativa agli “oneri aziendali

della sicurezza di cui” – ed il decreto correttivo adegua la norma sostituendo il pregresso riferimento dal comma 9 dell'articolo 95 al comma 10 dell'articolo 95 “rispetto all'entità e alle caratteristiche

dei lavori, dei servizi e delle forniture”.

Altro caso di esclusione (lett. d)) riguarda il caso in cui “il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”. Nel comma 6, sempre norme già note, si ribadisce che sono inaccettabili – ed il RUP non può considerarle – le giustificazioni proposte “in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

Se il RUP accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può proporre l'esclusione di tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver

Se il RUP accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può proporre l'esclusione di tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE.

consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. La stazione appaltante esclude un'offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea.

14. La recente giurisprudenza sul procedimento di verifica della congruità dell'offerta

Recente giurisprudenza ha approfondito alcune questioni specifiche in relazione al procedimento di verifica della congruità dell'offerta. In primo luogo, tra le più rilevanti, si impone la questione della tempistica da rispettare nel procedimento e, in secondo luogo, la questione dei rapporti tra commissione di

gara e RUP. Il Tar Campania, Napoli, VIII, sentenza n. 4884/2017 viene adito per esprimersi su una particolare censura del ricorrente che lamentava la circostanza per cui le giustificazioni erano state valutate dal RUP invece che dalla commissione di gara o "quantomeno, congiuntamente".

Sul tema il giudice rammenta la differenza sostanziale tra nuovo codice e pregresso decreto legislativo 163/2006 in cui (art. 88) si chiariva espressamente la competenza del RUP in relazione alla verifica sulla congruità delle offerte. Si legge in sentenza che, una volta "aperta la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione aggiudicatrice avesse ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte".

Una possibile riconvocazione della commissione, "di regola, sarebbe stata ipotizzabile solo laddove in sede di controllo sulle attività compiute fossero emersi errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni (oltre che nell'ipotesi di regressione della procedura a seguito di annullamento giurisdizionale, come previsto dal comma 12 dell' art. 84 d.lgs. n. 163/2006)". Sulla base di quanto si è ritenuta pacifica e fisiologica la conduzione del procedimento di verifica da parte del RUP che in tale fase interveniva "ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia".

Si deve all'ANAC, con le linee guida n. 3/2016, relative al responsabile del procedimento, il chiarimento – ribadito anche nella recente riformulazione, per cui nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "viene invece previsto che il RUP verifichi la congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice".

Tale chiarezza, sull'individuazione del soggetto competente alla verifica – secondo il giudice -, non emergerebbe dal nuovo codice. Ed in questo senso, l'articolo 97 "non contiene elementi che depongono per il passaggio

delle competenze inerenti alla verifica dell'offerta anomala in capo alla Commissione giudicatrice, di cui all'art. 77 del medesimo D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, e in grado di supportare un mutamento rispetto all'orientamento formatosi in vigenza del "vecchio" codice degli appalti".

La norma, in effetti, si riferisce impersonalmente alla stazione appaltante. Allo stesso modo, la questione della competenza non viene chiarita dall'articolo 31 del codice, norma cardine sul RUP. Si deve all'ANAC, con le linee guida n. 3/2016, relative al responsabile del procedimento, il chiarimento – ribadito anche nella recente riformulazione, per cui nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "viene invece previsto che il RUP verifichi la congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice". Secondo il collegio, l'inciso relativo al supporto non indicherebbe una funzione "servente"

della commissione di gara rispetto al RUP ma, al contrario, segnerebbe l'esigenza di un intervento necessario anche dell'organo che ha esaminato l'offerta nelle sue componenti tecniche.

Il riferimento al "supporto", si legge nella sentenza, "da parte della commissione esaminatrice nella valutazione di anomalia contenuto nelle linee guida ANAC palesa, quindi, l'esigenza che il RUP, prima di assumere le valutazioni definitive in ordine al giudizio di anomalia, chieda il parere non vincolante della Commissione esaminatrice".

Sui rapporti commissione/RUP si esprime il Tar Campania, Napoli, sez. VIII, con la recente sentenza n. 4838/2017.

Una delle questioni di rilievo che affronta il giudice campano ha riguardato la qualificazione – in termini perentori o meno – del termine entro il quale l'appaltatore con offerta "potenzialmente" anomala è tenuto a presentare le proprie giustificazioni. L'articolo 97, comma 5, del nuovo codice, prevede che "la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni". Il termine in argomento non può essere inteso, secondo il giudice, come perentorio "oltre il quale non possano essere ammesse ulteriori interlocuzioni con la ditta offerente".

A quanto, corrisponde l'essenza stessa del procedimento di verifica per cui – da orientamento ampiamente consolidato in giurisprudenza –, "oggetto della verifica di anomalia, e quindi fulcro della motivazione del giudizio che (...) si esprime, non sono le giustificazioni in sé, ma l'offerta nella sua globalità, sebbene attraverso l'esame analitico di sue componenti, per cui giammai l'invocato principio di corrispondenza, ove inteso in senso così puntuale e frazionato, potrebbe costituire parametro di legittimità complessiva e finale dell'azione amministrativa valutativa in casi come quello in esame" (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, n. 1500/2017).

Ad avviso del collegio, il comma citato "non solo in base al criterio di interpretazione letterale, ma anche in base a quello sistematico e teleologico, se letto in combinato disposto con gli altri commi"

della norma, evidenzia come "il procedimento di verifica dell'anomalia sia privo di fasi rigide e preclusive, ad eccezione delle ipotesi" in cui sia stato lo stesso legislatore a fissare delle esclusioni.

Ad esempio nel momento in cui afferma l'inammissibilità di giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili ovvero in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento. Nelle altre circostanze, nell'ambito del procedimento di verifica – che deve essere inteso come un momento "anche" collaborativo tra la stazione appaltante e l'appaltatore collocati in posizione paritaria –, non si può escludere a priori la valutazione che un giudizio di congruità dell'offerta possa emergere anche "in base ad elementi specifici, (...) in assenza di preclusioni di carattere procedimentale e sostanziale".

Il problema di fondo, pertanto, è che la stazione appaltante – e per essa il RUP – non si deve porre in termini "invasivi" con "pregiudizio" rispetto all'offerta ma operare una valutazione sempre rammentando che lo scopo della procedura è quello di non far "perdere" all'amministrazione una offerta valida e competitiva.

15. L'organo competente ad adottare i provvedimenti di esclusione

Il problema dell'organo competente ad adottare il provvedimento di esclusione – nel silenzio del codice e delle linee guida – viene risolto comunque dall'ANAC con gli schemi di bando tipo (nn. 1 e 2) in cui, si legge espressamente, i provvedimenti in merito conseguenti alla verifica della congruità delle offerte vengono adottati dal RUP. In sostanza, si ammette che il RUP non abbia solamente poteri istruttori ma anche poteri di tipo definitivo.

E' probabilmente vero, soprattutto per gli enti locali in cui i poteri gestionali sono prerogativa dei soli dirigenti o dei responsabili di servizio nominati dal capo dell'amministrazione, che in fase di predisposizione del bando di gara/atto omologo il dirigente/responsabile del servizio – nel caso in cui non sia anche RUP – possa articolare

le competenze e strutturare il procedimento attribuendo alcune prerogative di tipo "definitivo" anche nella fase pubblicitica che porta (può portare) all'aggiudicazione dell'appalto. **Si tratterebbe in sostanza di un modello di azione amministrativa che si sovrappone alla legge generale (legge 241/90) che**

attribuisce al responsabile del procedimento solo poteri istruttori (art. 6).

Nulla vieta, a somnesso avviso, che il dirigente/responsabile del servizio avochi a se queste competenze o richieda un "preventivo concerto" prima dell'adozione dei provvedimenti finali.

Le procedure negoziate sopra soglia nel nuovo Codice

di Alessandra Verde

IL
PUN
TO

1. Considerazioni generali

Il nuovo Codice dei contratti pubblici impiega la locuzione "procedure negoziate" sia con riferimento alle procedure semplificate sotto soglia comunitaria, previste e disciplinate dall'art. 36, che con riferimento ad un altro insieme di procedure, utilizzabili - a prescindere dall'importo dell'appalto - in presenza di determinate condizioni tassativamente stabilite dalla legge. Tra queste, assumono particolare rilievo la procedura competitiva con negoziazione di cui all'art. 62 e la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara di cui all'art. 63.

Nel presente contributo affronteremo in particolare tali ultime due procedure, tralasciando completamente le procedure negoziate sotto soglia che meritano una trattazione a sé stante.

Le suddette procedure derivano, pur se con qualche elemento di novità, dalle "vecchie" procedure negoziate previa pubblicazione del bando di gara e senza previa pubblicazione del bando di cui agli artt. 56 e 57 del vecchio D.Lgs. n. 163/2006.

Dal vecchio Codice ad oggi, l'atteggiamento del legislatore nei confronti delle procedure negoziate è molto cambiato. Dalla diffidenza con cui tali forme di affidamento erano guardate nel precedente ordinamento si è passati ad un loro

"sdoganamento" ad opera, prima di tutti, del legislatore europeo.

Nella Direttiva 2014/24/UE che ha dato origine al nuovo Codice dei contratti, può infatti rivenirsi - se non un *favor* del legislatore - quantomeno una apertura verso tali tipi di procedure, motivata dal fatto che ci si è resi conto che, applicando esclusivamente le procedure aperte (o ristrette), non sempre si ha la garanzia di una effettiva e piena soddisfazione delle esigenze della stazione appaltante.

Si legge infatti nel Considerando 42 della Direttiva: <<è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di **maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione**. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri (...). È opportuno che gli Stati membri abbiano **la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti**. (...) (Il dialogo competitivo, *ndr*) si è rivelato utile nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò

che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche. Tale situazione può presentarsi in particolare **per i progetti innovativi, per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche o di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato (...)>>**.

La Direttiva prima e il nuovo Codice poi, ampliano altresì il numero delle procedure negoziate introducendo, accanto al dialogo competitivo già presente nel vecchio impianto, il nuovo strumento del partenariato per l'innovazione. Di tali ultime tipologie di procedura, tuttavia, non ci occuperemo in questa sede. Basti dire che il Codice fornisce una definizione generale di procedura negoziata, contenuta nell'art.

3, c. 1 lett. uuu): in esso vengono qualificate tali <<le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto>>.

2. I caratteri essenziali delle procedure negoziate: la tassatività, l'obbligo di motivazione e la negoziazione

Tutte le procedure negoziate hanno in comune un elemento essenziale: la **tassatività** dei presupposti per la loro applicazione.

L'art. 59 del Codice sancisce infatti che la regola generale è l'impiego delle procedure aperte o ristrette. Il ricorso alle procedure negoziate è ammesso solo e soltanto in presenza di una serie di presupposti **tassativamente previsti** dalla legge e differenti da procedura a procedura¹.

Compito delle stazioni appaltanti sarà dunque preliminarmente quello di verificare l'effettiva sussistenza dei presupposti di legge per avviare una procedura negoziata anziché una procedura aperta o ristretta. Ovviamente, l'impiego di tali procedure resta facoltativo, perciò, anche in presenza dei

presupposti, la stazione appaltante potrà sempre decidere di avviare una procedura aperta o ristretta. Appare evidente come la scelta di utilizzare uno degli strumenti di negoziazione offerti dal Codice sarà motivata da ragioni di

maggior celerità o dalla necessità di rispondere a particolari esigenze che le procedure ordinarie non sarebbero in grado di soddisfare adeguatamente.

La **motivazione** assume particolare rilievo nell'utilizzo delle procedure negoziate. Quando la stazione appaltante sceglie di avviare una di queste procedure deve adeguatamente motivare tale scelta, da un lato dando conto della sussistenza di tutti i necessari presupposti di legge, e dall'altro esplicitando le ragioni della convenienza ed opportunità dell'impiego di tale procedura rispetto alle procedure ordinarie, posto che la prima costituisce, come detto, un'eccezione alla regola.

Il legislatore comunitario ha ampliato la possibilità per le stazioni appaltanti di utilizzare le procedure negoziate, al fine di meglio rispondere a peculiari esigenze dell'amministrazione, non adeguatamente soddisfabili attraverso le procedure ordinarie. Si tratta, in ogni caso, di procedure di natura eccezionale rispetto alla regola, costituita dalle procedure ordinarie.

1. Si veda Cons. Stato sez. V, sent. 28.07.2014 n. 3997: <<Il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando di cui all'art. 57 comma 2, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, "con la conseguenza che **i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva**" (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2255)>>.

Altro aspetto fondamentale è che la motivazione sia contenuta nel primo atto della procedura, la determina a contrarre o altro provvedimento che avvia la medesima.

La stazione appaltante deve giustificare l'utilizzo di una procedura eccezionale ponderando adeguatamente

la sussistenza dei presupposti non c'è l'opportunità del suo impiego sin dal primo momento.

A nulla varrebbe motivare tale scelta nel successivo contratto o in altro atto, comunque

a posteriori. Quand'anche i presupposti di legge per la scelta di una procedura negoziata fossero in concreto presenti, una motivazione postuma della scelta di impiego di tale procedura darebbe comunque luogo ad un possibile annullamento della procedura in fase giudiziale, per carenza di motivazione.

L'obbligo di motivazione nel primo atto della procedura è invero espressamente previsto all'art. 63, comma 1, solo per la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

Ciononostante, a parere di chi scrive, si tratta di un obbligo esteso a tutti i tipi di procedura negoziata, perchè rispondente non soltanto alla generale regola dell'obbligo di motivare tutti i provvedimenti amministrativi ma in quanto insito nel carattere eccezionale delle suddette procedure.

Poiché l'impiego di tali forme procedimentali costituisce un'eccezione, attivabile solo in presenza di determinati, precisi presupposti, la stazione appaltante deve dar conto della loro sussistenza e di spiegare l'iter logico che l'ha portata a ritenere più conveniente l'avvio di una procedura negoziata

Le procedure negoziate sono utilizzabili esclusivamente nei casi tassativamente stabiliti dal Codice; richiedono una adeguata, preventiva motivazione e contemplano, salva differente previsione del bando, la necessità di una negoziazione, da svolgersi per fasi successive per la definizione delle condizioni dell'appalto.



– e quale procedura – piuttosto che una procedura ordinaria, per soddisfare al meglio le sue esigenze. Infine, un terzo aspetto comune a tutti i tipi di procedura negoziata – direttamente rilevabile dal tenore letterale della definizione che la norma dà di tale strumento – è il fatto che **occorre negoziare**.

Può sembrare un dato scontato ma in realtà non lo è. Nel prosieguo della trattazione vedremo come la procedura negoziata, sia previa pubblicazione di un bando che senza, potrebbe indifferentemente svolgersi mediante molteplici fasi di negoziazione

tra stazione appaltante e operatori economici ovvero attraverso modalità in tutto simili ad una procedura aperta: presentazione delle offerte, apertura e valutazione delle stesse e infine attribuzione di un punteggio e scelta del futuro contraente coincidente con il miglior offerente. Poiché però la norma prevede espressamente che le procedure negoziate siano quelle in cui stazione appaltante negozia con gli operatori economici le condizioni dell'appalto, ne deriva che, salvo espressa indicazione contraria del bando o dell'avviso che stabilisce le modalità di svolgimento della procedura, la stazione appaltante è tenuta a negoziare.

Di questo tenore è anche l'espressa previsione del comma 8 dell'art. 62, attinente alla procedura competitiva². Tale scelta normativa appare d'altro canto logica se si ha riguardo alla principale *ratio* cui è finalizzata tale procedura. Come già detto, tali procedure hanno lo scopo di consentire alla stazione appaltante di soddisfare al meglio le proprie esigenze nei casi in cui queste, evidentemente, non possano essere adeguatamente soddisfatte con una procedura ordinaria, ossia nei casi in

2. Art. 62, comma 8 D. Lgs. n. 50/2016: <<Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali **senza negoziazione se previsto nel bando di gara** o nell'invito a confermare interesse>>.

cui la stessa stazione appaltante non sa con esattezza che cosa le serve o non sa che cosa offra il mercato in un determinato ambito, magari innovativo e poco conosciuto. La negoziazione ha proprio lo scopo di delineare con precisione, attraverso un lavoro graduale di definizione da svolgersi per fasi successive, gli esatti contenuti o condizioni dell'appalto così da renderlo pienamente rispondente ai bisogni dell'amministrazione.

La procedura negoziata è attivabile, tra l'altro, nei casi in cui, in esito a una procedura aperta o ristretta, siano state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili. Sull'interpretazione da dare in concreto alle ipotesi di irregolarità o inammissibilità delle offerte occorre prestare particolare attenzione, al fine di evitare di usare lo strumento della procedura negoziata in carenza dei presupposti di legge.

3. I presupposti per l'avvio di una procedura competitiva con negoziazione di cui all'art. 62

La procedura in esame viene suggerita dalla stessa Direttiva europea in caso di progetti innovativi o appalti particolarmente complessi. I presupposti per il suo utilizzo sono elencati nell'art. 59, comma 2.

La lettera a) del comma 2 si riferisce a tutti i settori - lavori, servizi e forniture - e prevede che debbano sussistere una o più delle seguenti condizioni:

- 1) le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;
- 2) implicano progettazione o soluzioni innovative;
- 3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;
- 4) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico.

Si tratta, per la verità, di condizioni descritte in

modo piuttosto vago, suscettibili di interpretazioni molto differenti.

I primi due punti possono essere facilmente ricondotti ad appalti dall'oggetto innovativo o comunque la cui complessità impone una elaborazione più sofisticata dell'oggetto o delle condizioni dell'appalto, non potendo trarre

spunto da ciò che già esiste sul mercato perché non perfettamente calzante. Si pensi a infrastrutture tecnologiche di particolare complessità o del tutto innovative, per cui la stessa stazione appaltante ha ben chiaro il risultato da raggiungere ma non sa esattamente come realizzarlo o con quali tipi di soluzioni tecniche, forniture specifiche o servizi particolari, in quanto sul mercato non esiste un "pacchetto preconfezionato" che fornisca tali infrastrutture.

Tale appalto complesso andrà costruito per fasi, attraverso la partecipazione dei vari operatori economici del settore e la negoziazione con essi dei contenuti specifici e delle condizioni dell'appalto.

Più ambigua è, tuttavia, la condizione di cui al punto 3, alla quale le stazioni appaltanti potrebbero tentare di ricondurre le situazioni più diverse. Non è chiaro infatti che cosa il legislatore intenda per "circostanze particolari" connesse alla natura, alla complessità e all'impostazione dell'oggetto dell'appalto.

D'altra parte, non esistono per ora neppure Linee guida ANAC sul tema, utili ad indirizzare gli interpreti. La giurisprudenza sino ad ora espressasi ha d'altro canto seguito una linea di assoluto rigore e cautela: la sussistenza dei presupposti va interpretata in modo restrittivo, eventuali forzature nella motivazione o situazioni poco chiare, non corrispondenti con evidenza alle condizioni stabilite dalla legge, vengono viste con sospetto

dai giudici e possono condurre ad annullamenti in sede giudiziale.

La lettera b) del comma 2 attiene invece alle ipotesi in cui, sempre con riferimento a contratti di lavori, forniture o servizi, in esito a una procedura aperta o ristretta, siano state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili. In tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero altresì procedere non con procedura competitiva con negoziazione ma con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando laddove includano nella ulteriore procedura tutti - e soltanto loro - gli offerenti in possesso dei requisiti di carattere generale e di idoneità professionale, capacità economica, finanziaria e tecnico-professionale che, nella procedura aperta o ristretta precedente, abbiano presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

Tale ipotesi richiede la contemporanea sussistenza di molteplici condizioni: in primo luogo, ci deve essere stata una procedura aperta o ristretta già espletata e conclusasi senza aggiudicazione in quanto tutte le offerte presentate sono state dichiarate irregolari o inammissibili.

Occorre fare chiarezza su che cosa si intenda per offerta irregolare o inammissibile. Ci aiuta in questo lo stesso art. 59 che, ai commi 3 e 4, ci definisce tali concetti.

Ai sensi del comma 3, sono considerate irregolari le offerte:

- a) che non rispettano i documenti di gara;
- b) che sono state ricevute in ritardo rispetto ai termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara;
- c) che l'amministrazione aggiudicatrice ha giudicato anormalmente basse.

L'irregolarità deve permanere, nonostante l'avvenuta attivazione del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del Codice.

In altri termini, un'offerta è e resta irregolare laddove presenti, ad esempio, un'irregolarità essenziale nella domanda di partecipazione e l'offerente, pur invitato a sanare tale irregolarità mediante la procedura di soccorso istruttorio, non vi abbia provveduto.

La formulazione di cui alla lett. a) relativa al mancato rispetto dei documenti di gara lascia spazio, per la sua vaghezza, a interpretazioni differenti. Probabilmente, rientrano in tali ipotesi offerte che non rispettano gli elementi formali della *lex specialis* - e che non siano state sanate - sia che non rispettino elementi sostanziali della stessa. A tale conclusione pare plausibile giungere, andando per esclusione rispetto alla casistica - che vedremo tra breve - dei vizi che classificano l'offerta come inammissibile. Va detto, comunque, che occorre molta cautela nel cercare di capire se tale presupposto sia effettivamente sussistente, perchè dall'interpretazione che si dà al caso concreto discende la legittimità del ricorso alla procedura negoziata.

Ancora, il legislatore definisce irrimediabilmente irregolari le offerte pervenute fuori termine e quelle dichiarate anormalmente basse.

Il comma 4 invece dà la definizione di offerte inammissibili. Sono tali quelle:

- a) in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi;
- b) che non hanno la qualificazione necessaria;
- c) il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di

La procedura competitiva con negoziazione è preceduta dalla pubblicazione di un bando o da un avviso di preinformazione, cui segue l'invito da parte della stazione appaltante a presentare una prima offerta agli operatori economici che hanno manifestato la loro volontà di partecipare alla procedura. A partire dalle offerte iniziali, prende il via la negoziazione per fasi successive fino alla formulazione delle offerte finali.

gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto (le cosiddette offerte in aumento).

In presenza delle suddette condizioni, l'amministrazione può pubblicare un bando e avviare una procedura competitiva con negoziazione, alla quale potranno partecipare sia coloro che avevano già concorso nella procedura ordinaria andata deserta che altri operatori economici. In alternativa, laddove, come

consente la lett. b) del comma 2, in presenza delle condizioni ivi previste, la stazione appaltante può evitare di pubblicare un bando e procedere ai sensi dell'art. 63. Vedremo più avanti le altre ipotesi in cui è ammessa la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

4. Il procedimento di negoziazione nelle procedure competitive ex art. 62 del Codice

La procedura competitiva con negoziazione prende avvio con la pubblicazione di un bando, ovvero un avviso di preinformazione che, laddove soddisfatti i requisiti dell'art. 70³, varrà come bando di gara.

Tenuto conto dei termini minimi prescritti per la presentazione delle domande di partecipazione prima e delle offerte poi, nonché le differenti fasi del procedimento di negoziazione, la procedura competitiva con negoziazione può durare molto a lungo, soprattutto nei casi in cui la documentazione di gara subisce graduali e successive modifiche al fine di definire in modo più preciso le esigenze della stazione appaltante.

In tale secondo caso, gli operatori economici che abbiano manifestato interesse in seguito alla pubblicazione dell'avviso, saranno successivamente invitati a confermarlo per iscritto, mediante un invito a confermare il proprio interesse.

Si noti che l'impiego di un avviso di preinformazione comporta necessariamente un passaggio in più in quanto ai concorrenti viene richiesta la conferma del proprio interesse a partecipare alla procedura.

Nei documenti di gara la stazione appaltante deve aver individuato l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle proprie esigenze, illustrando le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare, specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto. Devono essere altresì specificati gli elementi della descrizione che definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Le informazioni fornite devono essere sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura.

Qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione (o manifestazione di

3. Art. 70, comma 2 D. Lgs. n. 50/2016: <<Per le procedure ristrette e le procedure competitive con negoziazione, le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c), possono utilizzare un avviso di preinformazione come indizione di gara a norma dell'articolo 59, comma 5, purché l'avviso soddisfi tutte le seguenti condizioni:

- a) si riferisce specificatamente alle forniture, ai lavori o ai servizi che saranno oggetto dell'appalto da aggiudicare;
- b) indica che l'appalto sarà aggiudicato mediante una procedura ristretta o una procedura competitiva con negoziazione senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse;
- c) contiene, oltre alle informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B, sezione B.1, le informazioni di cui al medesimo allegato, sezione B.2;
- d) è stato inviato alla pubblicazione non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di invio dell'invito a confermare interesse di cui all'articolo 75, comma 1>>.

interesse) fornendo le informazioni richieste dalla stazione per la selezione qualitativa.

Il termine per la presentazione delle domande di partecipazione o delle manifestazioni di interesse non deve essere inferiore a trenta giorni dalla pubblicazione del bando o, se è utilizzato come mezzo di indizione della procedura un avviso di preinformazione, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse.

Una volta ricevute le domande di partecipazione (o le conferme di interesse a partecipare), la stazione appaltante procede ad una selezione dei concorrenti verificando il possesso per ciascuno di essi dei requisiti minimi di ammissione richiesti dal bando. La stazione appaltante invita a presentare offerta i soli operatori che passano questa prima fase di selezione.

Laddove essi siano in numero elevato, le amministrazioni aggiudicatrici possono anche limitare il numero di candidati idonei da invitare, ad esempio procedendo ad un sorteggio, da svolgersi in seduta pubblica, oppure applicando il metodo della forcella, di cui all'art. 91.

In tal caso, nel bando o nell'invito a confermare interesse devono essere stati preventivamente indicati i criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità, che si intende applicare per la selezione, il numero minimo dei candidati che occorre invitare, che nella procedura competitiva con negoziazione il numero minimo di candidati non può essere inferiore a tre, e, ove ritenuto opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo.

In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.

Una volta individuati gli operatori economici da invitare a presentare un'offerta iniziale, la stazione appaltante trasmette soltanto ad essi tale invito, concedendo un termine per la presentazione delle offerte iniziali non inferiore a trenta giorni.

A questo punto inizia la fase di negoziazione che può anche durare a lungo. Infatti, salvo che il bando

escluda espressamente la negoziazione, le stazioni appaltanti devono negoziare con i concorrenti le loro offerte iniziali e tutte le successive da essi presentate, per migliorarne il contenuto.

Occorre precisare tuttavia che i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non sono soggetti a negoziazione. Ciò che può essere negoziato sono soltanto gli aspetti migliorativi rispetto ai requisiti minimi, che possono al limite essere aumentati, ma mai ridotti.

Dalla negoziazione può scaturire l'esigenza di apportare modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi. In tal caso, di tali modifiche la stazione appaltante deve dare comunicazione per iscritto a tutti i concorrenti e concedere agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.

Come è ovvio, deve essere garantita la parità di trattamento fra tutti gli offerenti nel corso delle negoziazioni e pari opportunità di accesso alle informazioni utili per la formulazione delle offerte successive alla prima.

E' anche possibile che la stazione appaltante indichi nel bando, se lo ritiene opportuno, la sua volontà di procedere, per fasi successive, a ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione, che devono ovviamente essere predeterminati nella documentazione di gara.

Quando la stazione appaltante decide di concludere le negoziazioni, informa gli offerenti e stabilisce un termine entro il quale possono essere presentate le offerte finali. In tale ultima fase si procederà a verificare la conformità delle offerte finali ai requisiti minimi prescritti, a valutare le offerte finali in base ai criteri di aggiudicazione e, infine, ad aggiudicare l'appalto al miglior offerente.

Certamente non può tacersi il fatto che tale attività di negoziazione possa lasciare un qualche margine di arbitrarietà. Sarebbe opportuno, per evitare rischi, che le stazioni appaltanti si dotassero di un regolamento che disciplini nel dettaglio le modalità di svolgimento della procedura *de qua*.

5. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara di cui all'art. 63 del Codice

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara necessita, anch'essa, in linea generale di un procedimento di comparazione tra più offerenti, attivabile mediante indagine di mercato o selezione da un elenco, se disponibile, di un certo numero di operatori economici (almeno cinque se presenti sul mercato) da mettere a confronto.

L'art. 63 specifica che l'individuazione degli operatori economici da consultare, in possesso dei requisiti di qualificazione

economica e finanziaria e tecniche e professionali necessarie, deve avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione. La negoziazione, poi, avviene per fasi, secondo le stesse modalità della procedura di cui all'art. 62. L'art. 63 contempla una serie di ipotesi in cui tale tipo di procedura è impiegabile, cui si aggiunge l'ipotesi già esaminata di cui alla lett. b) del comma 2 dell'art. 59. Dei vari casi elencati, alcuni richiedono implicitamente lo svolgimento di una procedura comparativa secondo le modalità sopra viste, mentre altri sfociano in un affidamento diretto ad un determinato operatore economico.

Un primo caso in cui la procedura negoziata senza bando deve comunque prevedere una comparazione tra più offerte è quella della lett. a) del comma 2 dell'art. 63: negli appalti di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto

non siano sostanzialmente modificate.

L'ipotesi *sub a)* impone dunque, come nel caso visto sopra per il caso dell'art. 62, comma 2, lett. b), che via sia stata in precedenza una procedura aperta o ristretta e tale procedura si sia conclusa senza aggiudicazione. Questa volta però la gara deve essere andata deserta ovvero devono essere state presentate soltanto offerte ritenute non appropriate dalla stazione appaltante.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara comporta, in linea generale, lo svolgimento di una comparazione tra più offerenti, selezionati mediante indagine di mercato o estratti da un elenco, se disponibile. Tra le varie ipotesi in cui tale procedura è ammessa, tuttavia, alcune sfociano in un affidamento diretto ad un determinato operatore economico.

Secondo la definizione data dallo stesso art. 63, un'offerta non è ritenuta appropriata se <<non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche

sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara>>. Inoltre, una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83>>, cioè i requisiti di capacità di idoneità professionale, economica e finanziaria o tecnico-professionale. In altri termini, tutti concorrenti devono essere stati esclusi per mancato possesso dei requisiti di partecipazione.

Nei casi elencati dalla lett. b) del comma 2, invece, la procedura negoziata sfocia in un affidamento diretto: si tratta dei casi in cui i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

- 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
- 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
- 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di

proprietà intellettuale.

Nel primo caso rientra il classico esempio del concerto di Capodanno organizzato da un Comune, per il quale l'ente stabilisce di contrattualizzare un artista famoso. In questa situazione, non occorre svolgere una procedura comparativa né un'indagine di mercato volta a dimostrare l'inesistenza di altri operatori in grado di eseguire la prestazione. L'unicità della prestazione è, per così dire, *in re ipsa* ed è connessa alla fama e al talento dell'artista. Ciò non toglie che, nella determina a contrarre la stazione appaltante debba adeguatamente motivare perché è stato scelto proprio quell'artista, piuttosto che altri, rispetto alle esigenze che si vogliono soddisfare. Ad esempio, se l'intenzione è quella di attirare un pubblico giovane, la scelta ricadrà sul cantante o sulla *band* del momento, apprezzata da tale fascia di pubblico.

Nelle ipotesi *sub 2)*, ovvero per i beni infungibili, e *sub 3)* cioè per i diritti di esclusiva, è necessario che la stazione appaltante dimostri, motivando adeguatamente in merito nella determinazione a contrarre, che non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

Ciò significa che l'amministrazione deve aver preliminarmente svolto una indagine con cui ha interpellato il mercato sulla presenza di altri operatori economici che offrano un determinato bene o sul fatto che esistano alternative equivalenti per soddisfare le esigenze della PA e tale indagine abbia avuto esito negativo.

Un bene è infungibile quando non esistano soluzioni alternative che rispondano nella stessa misura ai bisogni della stazione appaltante. L'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio deve essere verificata e dimostrata e di essa se ne deve dare puntuale riscontro nel primo atto che avvia la procedura negoziata. Lo stesso dicasi per la sussistenza di un diritto di esclusiva.

Se, tuttavia, una amministrazione si è autovincolata nel tempo, ad esempio acquistando sistemi informatici basati su *software* proprietari, che impongono di rivolgersi, per manutenzione, assistenza tecnica ed aggiornamenti sempre allo stesso operatore economico, a meno di modificare radicalmente tutto il sistema con costi notevoli, l'infungibilità di un bene o di un servizio non discende in questo caso da ragioni oggettive ma da vincoli autoimposti. Tale pratica, definita di *lock in*, per cui si instaura un rapporto di dipendenza tra un cliente ed un fornitore di beni o servizi, tale che il cliente si trova nella condizione di non poter acquistare analoghi beni o servizi da un fornitore differente senza dover sostenere rilevanti costi e rischi per effettuare questo passaggio, non è ammissibile ed è anzi condannata dal legislatore. Le pubbliche amministrazioni devono saper pianificare la realizzazione dei propri sistemi informativi o di altre infrastrutture in modo tale da rendersi autonomi nel medio-lungo periodo da *software* (o qualsivoglia altro bene o servizio) proprietari⁴.

L'ipotesi *sub c)* invece contempla la necessità di una procedura comparativa, da svolgersi, come è ovvio, con modalità compatibili con i ristretti tempi a disposizione. Si tratta del caso in cui, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Va da sé che l'urgenza non possa essere determinata da cause in qualche modo imputabili ad inadempienze o ritardi dell'amministrazione aggiudicatrice.

La procedura negoziata senza bando è inoltre ammissibile:

- 1) qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo;

4. Per un approfondimento sulla tematica dei beni infungibili e sul rischio di lock in, si rinvia alle Linee guida ANAC n. 8 sul tema <<Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili>>.

2) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate.

Questa ipotesi sfocia sostanzialmente in un affidamento diretto al fornitore originario.

La norma tuttavia, impone di non stipulare tali contratti di rinnovo per periodi superiori a tre anni;

3) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;

4) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente

vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure da fallimenti;

5) negli appalti pubblici relativi ai servizi qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e lo stesso debba essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In tal caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare alla negoziazione.

Infine, l'ultimo caso, piuttosto rilevante nella pratica, in cui è ammessa la procedura negoziata senza bando è la fornitura di nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale.

L'infungibilità di un bene o di un servizio deve scaturire da ragioni oggettive e non da vincoli autoimposti. La pratica c.d. di lock in, per cui si instaura un rapporto di dipendenza tra un cliente ed un fornitore, tale che il cliente si trova nella condizione di non poter acquistare analoghi beni o servizi da un fornitore differente senza dover sostenere rilevanti costi e rischi, non è ammissibile e non giustifica il ricorso ad una procedura negoziata ex art. 63.



I presupposti per l'ammissibilità di tale procedura sono tuttavia molteplici e piuttosto stringenti:

a) i lavori o servizi devono essere conformi al progetto a base di gara;

b) tale progetto deve stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1 del Codice;

c) il progetto a base di gara deve indicare l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati;

d) la facoltà di avvalersi della ripetizione di lavori o servizi analoghi deve essere stata indicata sin dall'avvio della prima procedura di affidamento;

e) l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi deve essere stato computato

sin dall'origine per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1 del Codice.

Una volta che ricorrono tutti i suddetti presupposti, di cui la stazione appaltante deve dare puntuale riscontro nella motivazione del provvedimento con cui si avvia tale procedura, è possibile procedere giungendo, in definitiva, a stipulare un affidamento diretto con il contraente originario.

In ogni caso, il legislatore limita il ricorso a questa procedura al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.

L'indagine di mercato: profili sostanziali e problemi di giurisdizione

di Riccardo Gai



IL
PUN
TO

1. L'indagine di mercato tra vecchia e nuova disciplina

L'indagine di mercato rappresenta lo strumento privilegiato messo a disposizione dal legislatore alle Amministrazioni aggiudicatrici per garantire, anche nell'ambito degli affidamenti di lavori, servizi e forniture inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi di trasparenza e massima concorrenzialità pur in un ambito non soggetto alle stringenti regole dell'evidenza pubblica proprie dei contratti sopra soglia

Nella vigenza del "vecchio" codice dei contratti (D.lgs. 163/2006) la disciplina l'indagine di mercato veniva in rilievo all'art. 125, comma 8, a norma del quale "per i lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento". Per quanto concerneva i servizi e le forniture, il successivo comma 11 disponeva che "Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

L'attuale disciplina è tracciata dall'art. 36, comma 2 lett. b), del D.lgs. 50/2016, il quale – a proposito dell'affidamento dei contratti sotto soglia comunitaria - dispone che 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, l'affidamento avvenga "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".

Come si vede, la disciplina sostanziale non è mutata dal vecchio al nuovo codice. Quest'ultimo, tuttavia,

oltre a prevedere l'indagine di mercato quale modalità di selezione preferenziale nell'ambito degli appalti sottosoglia, introduce una nuova "figura" di indagine di mercato, meglio definita quale "consultazione preliminare di mercato" (art. 66, commi 1 e 2, del D.lgs. n. 50/2006) a norma della quale prima dell'avvio di una procedura

di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. A tali fini le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite

nel codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

Il legislatore ha voluto dunque riconoscere all'Amministrazione la possibilità di assumere talune iniziative prodromiche alla scelta dello strumento contrattuale e della procedura di affidamento del contratto, attraverso un preliminare vaglio del mercato, ottenendo quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a

determinati beni o servizi. Le amministrazioni aggiudicatrici possono così acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione da parte di esperti o di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel nuovo codice dei contratti pubblici. Anche nella previsione di recepimento nazionale è previsto l'utilizzo della

Il nuovo codice degli appalti (D.lgs. 50/2016), oltre a prevedere l'indagine di mercato quale modalità di selezione preferenziale nell'ambito degli appalti sottosoglia, introduce una nuova "figura" di indagine di mercato, meglio definita quale "consultazione preliminare di mercato" (art. 66, commi 1 e 2, del D.lgs. n. 50/2006) a norma della quale prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.



documentazione così ottenuta ai fini della pianificazione e per lo svolgimento della successiva ed eventuale procedura di appalto, fatto salvo il rispetto della concorrenza e dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

La consultazione preliminare di mercato, è bene precisarlo, non costituisce una procedura di aggiudicazione di un contratto, quanto piuttosto un'indagine esplorativa che non vincola in alcun

modo l'amministrazione procedente all'eventuale procedura successiva.

In merito alla questione, che rileva sotto il profilo giurisdizionale e che vedremo nel paragrafo 3 che segue, se nell'ambito della consultazione l'amministrazione eserciti discrezionalità, ovvero autonomia contrattuale, sembrerebbe che la giurisprudenza si sia attestata sulla prima opzione, sebbene nella specie possa indubbiamente ravvisarsi una qualche attività contrattuale della pubblica amministrazione.

2. Le linee guida dell'ANAC ed il parere del Consiglio di Stato

I profili differenziali intercorrenti tra l'indagine di mercato prevista nell'art. 36, e la consultazione di mercato delineata invece dall'art. 66 del D.lgs. 50/2016 hanno rappresentato motivo di discussione nelle sedi Istituzionali, in merito alla natura ed alla vincolatività di tali istituti.

Il chiarimento definitivo sulla questione proviene dal Consiglio di Stato, che si è espresso con il parere della Commissione speciale (3 novembre 2016, n. 2284) in merito alle "Linee guida dell'ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili", qualificate comunque come "non vincolanti".

Il Consiglio di Stato ha, nella specie, fornito preziosi elementi distintivi tra i due istituti, spiegando che "le "consultazioni preliminari di mercato" rappresentano uno strumento meramente facoltativo e che, al contrario, l'"indagine di mercato" rappresenta un obbligo nei casi di procedure negoziate senza bando.

Se ne ricava, dunque, che:

1. le consultazioni sono facoltative, le indagini obbligatorie nelle procedure negoziate non precedute da pubblicazione del bando;
2. le consultazioni precedono l'avvio di una procedura di appalto; l'indagine di mercato, invece, è una procedura di

individuazione dei possibili contraenti.

L'Anac nelle linee guida (n. 4) denominate "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" ha inteso che l'indagine di mercato sarebbe "preordinata a conoscere l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti, gli operatori interessati, le relative caratteristiche soggettive, le soluzioni tecniche disponibili, le condizioni economiche praticate, le clausole contrattuali generalmente accettate, al fine di verificarne la rispondenza alle reali esigenze della stazione appaltante. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura".

Tale definizione è, tuttavia, pare poco incline all'orientamento del Consiglio di Stato pocanzi citato, poiché tende ad ingenerare una indebita commistione tra l'indagine di mercato (obbligatoria) con le consultazioni preliminari (facoltative).

Del fatto che l'indagine di mercato non rappresenti tanto uno strumento meramente esplorativo del mercato, ma che rappresenti al contrario una vera e propria procedura di scelta del contraente, si trae dalla piana lettura dell'art. 63, comma 6, del D.lgs. 50/2016, secondo cui "Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione".

La trascritta disposizione traccia un solco ben definito tra l'indagine di mercato e la consultazione, giacché la prima, a differenza della seconda, non

ha lo scopo di conoscere le caratteristiche del mercato e dei prezzi, quanto piuttosto di effettuare già una prima selezione e scrematura dei possibili affidatari dell'appalto che si intende aggiudicare.

L'articolo 63, comma 6, costituisce d'altro canto il corollario dell'articolo 36, comma 2, e si riferisce ad una fase successiva alla determinazione a contrattare (assente nel caso delle mere consultazioni preliminari), nella quale la pubblica amministrazione opera già una scelta nel libero mercato, applicando strumenti di selezione di almeno 5 aziende da consultare, nella quale le stazioni appaltanti possono:

1. estrarre dal mercato i nominativi degli operatori da consultare, sulla base delle analisi di listini, referenze ed esperienze, desunte da estrazioni di informazioni da internet, da contratti già stipulati, da richieste ad altre stazioni appaltanti;
2. estrarre i nominativi da elenchi pubblici propri, oppure tenuti da soggetti aggregatori;
3. estrarre i nominativi per autoselezione, attraverso un avviso per invitare gli operatori interessati a manifestare l'interesse ad un successivo invito, scelta di maggiore apertura possibile verso il mercato.

Unico tratto comune tra indagini preliminari e indagini di mercato è che nella prima fase dell'indagine di mercato, così come nell'indagine preliminare gli operatori economici vengono solo

"consultati", senza essere chiamati a presentare alcuna offerta, che seguirà agli inviti successivi alla consultazione.

L'ANAC, nelle proprie linee guida, ha indicato l'opportunità che le amministrazioni si dotino, nel

rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengono disciplinate:

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo;
- b) le modalità di costituzione dell'elenco dei fornitori, eventualmente distinti per categoria e fascia di importo;
- c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A. o altri strumenti simili gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

Sempre ad avviso dell'ANAC, le indagini di mercato debbono essere svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti, formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e

dell'adozione della determina a contrarre o dell'atto equivalente, avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento. La stazione

appaltante deve comunque tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

A riprova del fatto che l'indagine di mercato si configuri come una vera e propria procedura di

Il Consiglio di Stato ha stabilito che:

1. Le consultazioni sono facoltative, le indagini obbligatorie nelle procedure negoziate non precedute da pubblicazione del bando;

2. Le consultazioni precedono l'avvio di una procedura di appalto; l'indagine di mercato, invece, è una procedura di individuazione dei possibili contraenti.



scelta del contraente, l'ANAC prescrive che l'avviso debba indicare almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali

richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante. Inoltre, nell'avviso di indagine di mercato la

stazione appaltante si può riservare la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia.

3. Problemi di giurisdizione (l'evoluzione della giurisprudenza sino alla sentenza del Consiglio di Stato n. 4297/2017)

La questione concernente il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nell'ambito delle indagini di mercato e degli affidamenti sottosoglia rappresenta una *vexata quaestio* che ha visto la giurisprudenza evolversi e mutare indirizzo nel corso degli anni.

Un primo orientamento prendeva le mosse dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 17635 del 20.11.2003, per la quale in caso di affidamento di appalto inferiore alla soglia comunitaria, in ogni caso – cioè anche in quello per cui l'Ente appaltante abbia liberamente preferito disciplinare con una procedura simile

a quelle di evidenza pubblica (e non in quanto obbligato) le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa e ricadono nella sfera di competenza del giudice ordinario.

Rientra nella giurisdizione del Giudice amministrativo la controversia afferente alla contestazione degli atti inerenti ad una procedura preordinata all'individuazione di un'impresa cui affidare in via esclusiva un servizio (nella specie la pubblicità delle vendite immobiliari inerenti le procedure esecutive e/o fallimentari per un rilevante arco temporale) a prescindere dal fatto che la stazione appaltante abbia qualificato detta procedura come "indagine di mercato" a contenuto non vincolante per l'amministrazione, dovendosi valutare la sostanza dell'affidamento (Cons. di Stato, Sez. V, 12.9.2017).

Tale orientamento ha iniziato a mutare, ed i Giudici a discostarsene, soprattutto dopo il recepimento dei principi comunitari avvenuto con il D.lgs. 163/2006, per cui quando una amministrazione sia comunque obbligata a seguire un procedimento per la scelta del contraente, che – pur non rientrando nelle procedure ordinarie di

evidenza pubblica – debba comunque garantire la trasparenza, l'imparzialità e la par condicio, tale procedura e il provvedimento di aggiudicazione assumono la natura di atti amministrativi che incidono su posizioni di interesse legittimo, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo (Tar Campania, Sez. II, 18.1.2007, n. 2600).

Tale orientamento costituisce la conclusione di un complesso ragionamento attraverso il quale si giunti ad affermare, in pratica, la sussistenza della giurisdizione amministrativa generale di legittimità rispetto a qualsiasi affidamento di contratti pubblici.

Ciò anche in ragione del fatto che il Giudice Ordinario, a differenza del Giudice Amministrativo, non possiede gli strumenti cognitivi necessari a trattare problematiche inerenti le gare di appalto ed a tutelare gli interessi dei concorrenti.

Sicché, nella prassi, si è assistito al rigetto di diverse domande cautelari e – anche in ragione

dei tempi dilatati della giustizia ordinaria rispetto in particolare al rito accelerato l'incapacità di rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia dei concorrenti ha determinato una rinuncia preventiva degli interessati a far valere le proprie ragioni, coincidenti peraltro con l'interesse pubblico alla imparzialità dell'azione amministrativa.

L'orientamento assunto dal Giudice Amministrativo nella citata sentenza, invece, diretto a sostenere l'ascrivibilità alla sfera degli interessi legittimi della procedura quali interessi incidentalmente protetti in ragione del necessario rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e par condicio, ha chiarito i termini e la portata della citata pronuncia della Suprema Corte, per cui, seppure non sussiste la giurisdizione esclusiva (all'epoca introdotta dalla legge n. 205/2000, tuttavia le controversie inerenti l'affidamento di contratti pubblici rientrano comunque nella giurisdizione generale di legittimità del Giudice Amministrativo.

Da ultimo, il Consiglio di Stato, in una recente sentenza (n. 4297 del 12.9.2017), ha aderito ad un approccio del tutto sostanzialistico della problematica, giungendo ad affermare che rientra nella giurisdizione del Giudice amministrativo la controversia afferente alla contestazione degli atti inerenti ad una procedura preordinata all'individuazione di un'impresa cui affidare in via esclusiva un servizio (nella specie la pubblicità delle vendite immobiliari inerenti le procedure esecutive e/o fallimentari per un rilevante arco temporale) a prescindere dal fatto che la stazione appaltante abbia qualificato detta procedura come "indagine di mercato" a contenuto non vincolante per l'amministrazione, dovendosi valutare la sostanza

dell'affidamento.

Infatti, sceverando la questione dagli aspetti formali e qualificatori e riguardandola nei suoi aspetti sostanziali, emerge che se la stazione appaltante non ha soltanto inteso effettuare un'indagine di mercato finalizzata all'individuazione di un certo numero di operatori ai quali limitare il successivo confronto competitivo, ma effettivamente ha individuato una singola impresa cui demandare i servizi, si rientra nelle ipotesi di cui all'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a., quindi comunque in ipotesi di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Si nota, dunque, nella sentenza da ultimo richiamata, l'esito di un percorso giurisprudenziale che, nel corso degli anni, sulla base delle influenze e dei dettami di matrice comunitari, ha fatto transitare la giurisdizione in tema di indagini di mercato ed affidamenti sotto soglia dal Giudice ordinario al Giudice amministrativo, quest'ultimo tra l'altro investito non già e non più di una mera giurisdizione generale di legittimità, bensì della giurisdizione esclusiva.

4. Conclusioni e nodi irrisolti

In conclusione, per quanto detto sinora, risulta evidente come l'ordinamento europeo abbia inciso

in modo evidente sull'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, e che ciò si sia riverberato altresì sui profili di tutela giurisdizionale.

E' palese, infatti, che nonostante le amministrazioni pubbliche godano di piena capacità

giuridica e di un'ampia autonomia negoziale, esse siano soggette al rispetto delle disposizioni e dei dettami dell'ordinamento europeo sovraordinato,

Nonostante le amministrazioni pubbliche godano di piena capacità giuridica e di un'ampia autonomia negoziale, esse siano soggette al rispetto delle disposizioni e dei dettami dell'ordinamento europeo sovraordinato, che influenza la formazione della volontà contrattuale delle amministrazioni, pur volendo garantire a queste ultime la possibilità di utilizzare strumenti flessibili per la scelta del contraente privato

che influenza la formazione della volontà contrattuale delle amministrazioni, pur volendo garantire a queste ultime la possibilità di utilizzare strumenti flessibili per la scelta del contraente privato.

In questo particolare rilievo deve essere attribuito alla consultazione preliminare di mercato, quale strumento di indagine messo a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per raccogliere più informazioni possibili nel mercato, il tutto sotto l'egida della discrezionalità amministrativa (più che dell'autonomia negoziale) e della flessibilità procedurale.

E' sulla base di tali principi che il legislatore nazionale ha voluto concedere alle amministrazioni pubbliche la possibilità di ricorrere a talune iniziative preparatorie alla scelta dello strumento contrattuale e della procedura stessa di affidamento del contratto, che nella prassi amministrativa hanno assunto diverse denominazioni, ma che sostanzialmente hanno il fine unico di consentire all'ente pubblico di svolgere un vaglio del mercato, ottenendo quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

Tale facoltà si tramuta in obbligo, come abbiamo visto, allorché si tratti non già di consultazioni di mercato, ma di "indagini" di mercato prodromiche all'affidamento tramite procedura negoziata, in quanto strumento che non serve soltanto vagliare il mercato, ma piuttosto a operare una vera e propria selezioni tra possibili concorrenti.

In questo senso, risulta ormai pacifico che – per quanto detto in precedenza – che spetti al Giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione esclusiva, vagliare la legittimità delle predette procedure.

In conclusione, tuttavia, sarebbe auspicabile che le stazioni appaltanti – così come suggerito dall'ANAC – si dotassero di una propria chiara disciplina di esecuzione delle indagini di mercato atte a prevenire indebite commistioni tra indagini di mercato e mere consultazioni esplorative, in modo tale da evitare equivoci come quelli ingenerati, e risolti condivisibilmente con approccio sostanzialistico, dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento.

Incarichi professionali a titolo gratuito

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

Una recentissima pronuncia di Palazzo Spada è al centro di un acceso dibattito che sta animando il settore dei professionisti tecnici e, in particolare, i prestatori di servizi di ingegneria ed architettura (S.I.A.).

Si tratta della sentenza del **Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4614 del 3 ottobre 2017** che, pronunciandosi su un bando per l'affidamento di un servizio di progettazione di un piano regolatore per il prezzo simbolico di un euro, ha affermato il principio secondo cui la Pubblica Amministrazione può conferire incarichi professionali a titolo gratuito.

Come anticipato, a seguito della pronuncia di Palazzo Spada si è aperto un ampio dibattito nell'ambito del quale gli operatori del settore hanno manifestato preoccupanti criticità ritenendo che dalla pronuncia in questione potrebbe derivare un pericoloso *vulnus* al principio della libera concorrenza con il rischio di abbassare la qualità delle prestazioni rese dai professionisti alle Pubbliche Amministrazioni.

Per meglio cogliere la portata del dibattito apertosi a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, dopo aver esaminato il caso concreto da cui la stessa trae origine, si passerà ad analizzare i passaggi fondamentali della sentenza in commento.

1. Il caso

I Giudici di Palazzo Spada, riformando la pronuncia del **T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione I, sentenza n. 2435 del 13 dicembre 2016**, hanno affermato che è legittimo un bando di gara per il conferimento di incarichi professionali a titolo gratuito.

Il **caso** da cui trae origine la vicenda processuale riguarda il Comune di Catanzaro che, a fronte di propri atti deliberativi interni e di un parere positivo rilasciato il 29 gennaio 2016 dalla Corte¹ dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Calabria, pubblica il bando relativo alla «procedura

aperta per l'affidamento dell'incarico per la redazione del piano strutturale del Comune di Catanzaro e relativo regolamento urbanistico».

L'affidamento, in particolare, ha ad oggetto la «elaborazione, stesura e redazione integrale del Piano Strutturale del Comune di Catanzaro» e di tutte le norme, discipline, atti, piani, programmi e accordi di governo del territorio, di settore e di

programmazione, comunque correlati.

Già nei propri atti deliberativi propedeutici, il Comune di Catanzaro ha rappresentato la necessità di ricorrere a qualificati soggetti esterni (per assicurare il raggiungimento di determinati obiettivi e/o realizzare specifici progetti), i quali prestino la propria attività professionale gratuitamente stante le dichiarate difficoltà finanziarie dell'ente medesimo, ed in assenza di idonee professionalità interne.

Il bando di gara qualifica l'affidamento dell'incarico alla stregua di un appalto di servizi, e, tra le

«informazioni complementari» (punto VI.3), precisa che «l'appalto è a titolo gratuito. E' prevista una somma totale di

Legittimo il bando per l'affidamento di un servizio di progettazione a compenso zero? Sì per il Consiglio di Stato



€ 250.000,00 comprensiva di IVA a solo titolo di rimborso spese per come indicato nel disciplinare di gara». Il capitolato speciale, all'art. 4, conferma che «si precisa che l'incarico è a titolo gratuito e che l'importo del rimborso di tutte le spese documentate e preventivamente autorizzate dal RUP, di qualunque genere ed in ogni caso dovute relative alle prestazioni da effettuare, sostenute dai

1. Parere della Corte dei Conti Sezione regionale di controllo per la Calabria del 29 gennaio 2016 «... la Sezione preliminarmente rileva che, in tema di tariffe professionali, il Codice degli appalti (citato DLgs n.163/2006) non riporta alcun divieto espresso circa l'inammissibilità di contratti di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, ma prevede solo che le tariffe fisse e minime costituiscano, nell'ambito delle varie tabelle professionali, parametri di riferimento dei compensi professionali, ora non più vincolanti, ma meramente indicativi e derogabili. E' agevole, pertanto, argomentare come l'elemento, normativamente previsto, del corrispettivo costituisca un elemento ritenuto non essenziale, ma naturale (Cass. N. 5472/1999) nel senso che il contratto d'opera si presume oneroso. ... Secondo la consolidata giurisprudenza - formatasi in subjecta materia - sia della Cassazione civile (ex plurimis Sez. III, 30 dicembre 1993, n. 13008; Sez. II, 3 dicembre 1994, n. 10393) nonché della Corte dei conti (Sezione controllo Puglia n. 46/2013), al libero professionista è consentita la prestazione gratuita per i motivi più vari, che possono consistere nell'"affectio", nella "benevolentia", come anche in considerazioni di ordine sociale o di convenienza, nonché persino avuto riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio (Cass. Civ.n. 8787/2000; id. Sez. lav 27/09/2010 n. 20269; etc). La gratuità delle prestazioni professionali e/o la rinuncia al compenso non trovano alcun ostacolo allorché siano fondate su specifici presupposti causali ... stante la primazia della fonte contrattuale, il compenso del professionista, ancorché elemento naturale del contratto di prestazione d'opera intellettuale, può anche essere oggetto di rinuncia da parte del professionista medesimo, per considerazioni di ordine sociale e di convenienza, anche con riguardo ad un suo personale e indiretto vantaggio, a nulla ostando la natura (pubblica o privata) del soggetto destinatario/beneficiario (Cass. Civ. SS.UU. n. 18450 del 2005). La Sezione, pertanto, ritiene, alla luce di quanto sin qui esposto, che l'Amministrazione comunale possa procedere alla indizione di un bando pubblico per il conferimento di incarico gratuito di redazione del nuovo Piano di Sviluppo Comunale, con la previsione del mero rimborso delle spese sostenute. Tuttavia, il bando dovrà integrare tutti gli elementi necessari per l'esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta, onde consentire la valutazione oggettiva degli elaborati tecnici che vengano così prodotti, senza pretesa di corrispettivo, dai tecnici interessati a prestare appunto gratuitamente la propria opera professionale».

professionisti costituenti il Gruppo di progettazione incaricato e dai propri consulenti e collaboratori per lo svolgimento dell'incarico affidato ammonta ad € 250.000,00, finanziati con fondi del bilancio comunale».

Alcuni ordini professionali, quali portatori di interessi collettivi, propongono ricorso chiedendo l'annullamento del bando per violazione di legge con riferimento agli artt. 1655 e 2233 c.c. e plurime norme del D.Lgs. 50/2016 tutte riferibili all'illegittimità del bando nella parte in cui ha previsto la natura gratuita del contratto di appalto di servizi, cui è finalizzata la procedura, avendo il punto 2.1 del bando stimato il valore della prestazione pari ad «1,00 euro» e stabilito che «l'appalto è a titolo gratuito», salva la previsione di una somma di euro 250.000,00 comprensiva di iva a solo titolo di rimborso spese

per come indicato nel disciplinare di gara. Ad avviso dei ricorrenti, la natura essenzialmente onerosa del contratto di appalto è imposta non solo dalla disciplina civilistica (ai sensi dell'art. 1655 c.c.), ma anche dalle regole e principi che reggono gli appalti pubblici, le quali sono articolate sul presupposto della causa onerosa del contratto.

Il T.A.R. Calabria per dirimere la controversia, procede ad una preliminare qualificazione dell'oggetto della gara. In particolare, ritiene che, nel caso di specie, si sia in presenza di un appalto di servizi: tanto è «desumibile dalla natura imprenditoriale che si richiede all'organizzazione delle risorse, soprattutto umane, da parte dell'operatore economico partecipante, in considerazione della peculiare complessità dell'oggetto della specifica organizzazione e dalla predeterminazione della sua durata (cfr. Cons. St., sez. V, 11 maggio 2012, n. 2370 Cons., sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1019)».

Ad avviso del T.A.R. Calabria non è configurabile un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito, atipico rispetto alla disciplina normativa di cui

al D.Lgs. n. 50/2016 di derivazione europea. In particolare, i giudici calabresi evidenziano come «il contratto di appalto sia contraddistinto dalla necessaria onerosità e sinallagmaticità delle prestazioni, essendo connotato sia dalla sussistenza di prestazioni a carico di entrambe le parti che dal rapporto di reciproco scambio tra le stesse»: sul punto, è proprio il D.Lgs. n. 50/2016 ad enunciare che gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso (art. 3, comma 1, lett. ii) e che i servizi di architettura ed ingegneria sono riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi della Direttiva 2005/36/CE (art. 3, comma 1, lett. vvvv). Rileva ancora il T.A.R. Calabria come a tali affidamenti faccia inoltre

riferimento l'art. 95 comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui «i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi

di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro» sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Ancora, ad avviso dei giudici calabresi la necessaria predeterminazione del prezzo dell'appalto garantisce il principio di qualità della prestazione e dell'affidabilità dell'operatore economico.

In sostanza, dunque, il T.A.R. Calabria ha ritenuto non configurabile un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito e dunque (ha ritenuto) illegittima la relativa gara, in quanto non conforme al paradigma normativo dell'art. 3, comma 1, lett. ii) del D.Lgs. n. 50/2016, e inoltre perché inidonea a garantire la qualità dell'offerta e, ancora prima, a consentire una sua effettiva valutazione.

Avverso la sentenza del T.A.R. Calabria n. 2435 del 13 dicembre 2016 propone appello il Comune di Catanzaro ad avviso del quale l'ordinamento in generale non vieta una prestazione d'opera professionale a titolo gratuito a vantaggio di una

Un comune bandisce una gara per l'affidamento dell'incarico per la redazione del piano strutturale a titolo gratuito ma alcuni ordini professionali ritengono illegittimo il bando che preveda la gratuità del servizio



Pubblica Amministrazione, neppure con riguardo al sistema dei contratti pubblici. Con riferimento al bando impugnato, il Comune di Catanzaro evidenzia che la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è avvenuta con la sola esclusione dell'elemento prezzo il quale rappresenta il parametro proprio dell'offerta economica: la selezione è avvenuta su elementi di valutazione diversi da quello della congruità economica delle offerte.

In primo grado il Giudice Amministrativo non ha ritenuto configurabile un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito, atipico rispetto alla disciplina normativa di cui al D.Lgs. n. 50/2016 di derivazione europea



2. La sentenza del Consiglio di Stato

La sentenza del Consiglio di Stato n. 4614/2017 analizza la possibilità o meno per la Pubblica Amministrazione di indire una procedura di gara che preveda la **gratuità dell'offerta**, salvo il rimborso spese, con un ragionamento che parte con il verificare se la legge ammetta la gratuità di un appalto di servizi quale quello alla base della procedura bandita dal Comune di Catanzaro. Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. ii) del D.Lgs. n. 50/2016 (che come visto definisce "appalto pubblico" un contratto a titolo oneroso) è ammesso un contratto di prestazione di servizi per il quale è previsto il solo rimborso delle spese per l'esecuzione della prestazione?

Per rispondere all'interrogativo il Collegio passa ad esaminare la nozione di "**a titolo oneroso**" all'interno della disciplina degli appalti pubblici di cui alle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014 (recepite nel nostro ordinamento con il D.Lgs. n. 50/2016) oltretutto nei principi generali del diritto dell'Unione Europea.

A riguardo il Consiglio di Stato rileva che «... I contratti pubblici debbono perciò formarsi in un mercato concorrenziale e la loro disciplina è improntata alla concorrenza. La caratterizzazione di "onerosità" appare da riferire a questa contestualizzazione al

mercato di matrice europea; sembra muovere dal presupposto che il prezzo corrispettivo dell'appalto

costituisca un elemento strumentale e indefettibile per la serietà dell'offerta, e l'inerente affidabilità dell'offerente nell'esecuzione della prestazione

contrattuale. Al fondamento pare esservi il concetto che un potenziale contraente che si proponga a titolo gratuito, dunque senza curare il proprio interesse economico nell'affare che va a costosamente sostenere, celi inevitabilmente un cattivo e sospettabile contraente per una pubblica Amministrazione».

Sul presupposto che la *par condicio* tra i concorrenti, a tutela della concorrenza, rechi con sé la garanzia di efficienza del mercato, il Collegio arriva a ritenere che «l'espressione "contratti a titolo oneroso" può assumere per il contratto pubblico un significato attenuato o in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale e propria del **mondo interprivato**. In realtà, la ratio di mercato cui si è accennato, di garanzia della serietà dell'offerta e di affidabilità dell'offerente, può essere ragionevolmente assicurata da **altri vantaggi, economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari, potenzialmente derivanti dal contratto**. La garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, infatti, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, che resti comunque a carico della Amministrazione appaltante: ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto».

I Giudici di Palazzo Spada proseguono il ragionamento muovendosi intorno a due filoni: la definizione di "operatore economico" e la natura del contratto predisposto dall'Amministrazione. Sotto il primo profilo, viene ampiamente

argomentato come ai fini della normativa comunitaria, per **“operatore economico”** possa intendersi anche un soggetto che non persegue l’utile di impresa: si tratta, ad esempio, dei soggetti del c.d. “terzo settore”, rispetto ai quali la giurisprudenza ammette pacificamente la possibilità di partecipare alle gare. Da ciò, deduce il Consiglio di Stato, si evidenzia che per la nozione comunitaria di “operatore economico” non occorre necessariamente il perseguimento dell’utile. Di conseguenza per Palazzo Spada un appalto pubblico rimane tale anche se non vi è una necessaria remunerazione dell’appaltatore.

Ritiene infatti il Consiglio di Stato, in ordine alla ammissibilità di operatori del “terzo settore” che «La circostanza che l’offerta senza

prefissione di utile presentata da un siffatto tipo di soggetto non sia presunta, solo per questo, anomala o inaffidabile, e non impedisca il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio stricto sensu economico, dimostra che le finalità ultime per cui un soggetto può essere ammesso a essere parte di un contratto pubblico possono prescindere da una stretta utilità economica».

Il secondo profilo analizzato dal Consiglio di Stato attiene alla circostanza che l’operatore economico possa trovare comunque una **convenienza** nell’assumere l’incarico in modo gratuito, in particolare il ritorno di immagine di cui esso potrebbe beneficiare.

In sostanza, il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato mostra come anche a prescindere dal pagamento di un prezzo il professionista beneficerebbe comunque di un vantaggio: in tal senso viene citato quale esempio la sponsorizzazione, oggetto sempre di una procedura ad evidenza pubblica. Sul punto la V Sezione del Consiglio di Stato rileva che «assume ormai particolare

pregnanza nell’ordinamento, evidenziando il rilievo dell’economia dell’immateriale, la pratica dei contratti di sponsorizzazione ... La sponsorizzazione non è un contratto a titolo gratuito, in quanto alla prestazione dello sponsor in termini di dazione del denaro o di accollo del debito corrisponde l’acquisizione, in favore dello stesso sponsor, del diritto all’uso promozionale dell’immagine della cosa di titolarità pubblica: il motivo che muove quest’ultimo è l’utilità costituita ex novo dall’opportunità di spendita dell’immagine, cioè la creazione di un nuovo bene immateriale. Per

l’Amministrazione è finanziariamente non onerosa – cioè passiva: non comporta un’uscita finanziaria - ma comunque genera un interesse economico attivo per lo sponsor, insito in un prodotto

Per il Consiglio di Stato un bando di gara in cui è prevista la sola copertura dei costi, e non anche il pagamento di un prezzo, è legittimo poiché sotto il profilo causale, il contraente privato ottiene comunque un proprio beneficio dovuto al ritorno di immagine di cui potrebbe beneficiare



immateriale dal valore aggiunto che va a suo vantaggio. In altri termini: la circostanza che vi sia verso lo sponsor una traslazione meramente simbolica, cioè di immagine, della cosa di titolarità pubblica non può essere considerata come vicenda gratuita, ma va posta in stretta relazione, nei termini propri dell’equilibrio sinallagmatico, con il valore della controprestazione, vale a dire della dazione dello sponsor. Con la sponsorizzazione si ha dunque lo scambio di denaro contro un’utilità immateriale, costituita dal ritorno di immagine».

Alla luce delle considerazioni espresse sull’“economicità immateriale” della sponsorizzazione, i Giudici di Palazzo Spada affermano che «L’effetto, indiretto, di potenziale promozione esterna dell’appaltatore, come conseguenza della comunicazione al pubblico dell’esecuzione della prestazione professionale, appare costituire, nella struttura e nella funzione concreta del contratto pubblico, di cui qui si verte, una controprestazione contrattuale anche se a risultato aleatorio, in quanto l’eventuale mancato ritorno (positivo) di immagine (che è naturalmente collegato alla qualità dell’esecuzione della prestazione) non può

dare luogo ad effetti risolutivi o risarcitori».

Sulla base del ragionamento sin qui descritto i Giudici di Palazzo Spada arrivano a ritenere che un bando di gara in cui sia prevista la sola copertura dei costi per l'esecuzione della prestazione, e non anche il pagamento di un prezzo, sia legittimo.

Il contratto continua a rimanere giustificato anche in questo caso, in quanto, sotto il profilo causale, il contraente privato ottiene comunque un proprio beneficio.

3. Le reazioni alla pronuncia del Consiglio di Stato

Evidenti le critiche mosse alla pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada dalle diverse associazioni di categoria le quali non hanno mancato di rilevare come il principio espresso nella sentenza del Consiglio di Stato, secondo cui il corrispettivo del professionista risiederebbe nel ritorno di immagine derivante dall'esecuzione di una prestazione per una Pubblica Amministrazione, possa determinare un *vulnus* nell'ambito degli affidamenti delle prestazioni professionali.

Non sono mancate dichiarazioni rilasciate dai diversi rappresentanti degli ordini e delle associazioni di categoria dei professionisti interessati che hanno definito la pronuncia del Consiglio di Stato "aberrante" (per gli architetti) e "criminogena" (per gli ingegneri)² dovendo la redazione di un piano strutturale quale quello del Comune di Catanzaro far necessariamente riferimento a un incarico lungo, complesso e multidisciplinare da cui scaturiscono le azioni di tutela e sviluppo dell'intero territorio comunale.

La pronuncia del Consiglio di Stato è al centro di un acceso dibattito che sta animando il settore dei professionisti tecnici e, in particolare, i prestatori di servizi di ingegneria ed architettura.

Della questione è stata interessata anche il Governo: rispondendo in Commissione Ambiente e Lavori Pubblici della Camera a una interrogazione, il Sottosegretario Umberto Del Basso De Caro, a nome del Ministero delle Infrastrutture e del Governo ha affermato che «Come chiaramente esplicitato dal Consiglio di Stato con la sentenza del 3 ottobre scorso, n. 4614, anche un affidamento concernente servizi a titolo gratuito configura un contratto a titolo oneroso, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

Infatti, la garanzia di serietà e affidabilità non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, generata dal contratto stesso. In aggiunta, la Corte dei conti ha ritenuto che si possa procedere all'indizione di un bando pubblico per il conferimento di incarico gratuito con la previsione del mero rimborso delle spese sostenute, anche se il bando dovrà integrare tutti gli elementi necessari per l'esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta.

In conclusione, non vi è estraneità sostanziale alla logica concorrenziale che presidia il Codice degli appalti pubblici quando si bandisce una gara in cui l'utilità economica del potenziale contraente non è finanziaria ma è insita tutta nel fatto stesso di

poter eseguire la prestazione contrattuale. Resta comunque l'esigenza della garanzia della par condicio dei potenziali contraenti, che va

assicurata dalla metodologia di scelta tra le offerte. Infatti, il Consiglio di Stato rileva che un contratto pubblico, per quanto gratuito in senso finanziario ma non economico, non può che rimanere nel

2. Quotidiano Edilizia e Territorio del Sole 24Ore, 6 ottobre 2017 "«Sentenza sconcertante»: architetti e ingegneri contro il Consiglio di Stato"- Giuseppe Latour

sistema selettivo del decreto legislativo n. 50 del 2016».

A gran voce le associazioni dei professionisti chiedono che il legislatore approvi nel minor tempo possibile la legge sull'equo compenso per porre limite ad eventuali affidamenti a titolo gratuito legittimati da pronunce giurisprudenziali sul solco della recente sentenza del Consiglio di Stato.

4. L'onerosità degli affidamenti dei servizi di ingegneria e di progettazione

Nei paragrafi che precedono è stata ripercorsa la vicenda su cui il Consiglio di Stato ha espresso le proprie valutazioni fondandosi su un ragionamento con riferimento al quale, tuttavia, pare opportuno evidenziare alcuni aspetti.

Il Consiglio di Stato si è soffermato sul concetto di onerosità riferito agli appalti tra lasciando tuttavia le esplicite disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016

che vietano la gratuità dei servizi di ingegneria e di progettazione quale quello oggetto di causa (in cui era previsto il solo rimborso delle spese del servizio).

Occorre *in primis* richiamare l'**art. 95, comma 3 lettera b) del D.Lgs. n. 50/2016** il quale stabilisce come obbligatorio il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, nell'ipotesi di contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, e degli altri servizi di natura tecnica ed intellettuale, di importo superiore a 40.000 euro.

Da tale esplicita previsione deriva, dunque, la necessità che sia specificato il valore della prestazione richiesta, ovvero che sia previsto come elemento essenziale del contratto il corrispettivo. Con riferimento al corrispettivo è bene evidenziare anche l'**art. 24 del D.Lgs. n. 50/2016** come

da ultimo modificato dall'art. 14, del D.Lgs. n. 56/2017 (cd. Primo correttivo al D.Lgs. n. 50/2016, pubblicato in G.U. n. 103 del 5 maggio 2017). Il comma 8-ter del citato art. 24 del D.Lgs. n. 50/2016 dispone infatti che «Nei contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria e architettura la stazione appaltante non può prevedere quale corrispettivo forme di sponsorizzazione o di rimborso, ad eccezione dei contratti relativi ai beni culturali, secondo quanto previsto dall'articolo 151».

Considerata la portata della norma, appaiono criticabili i rilievi compiuti dal Consiglio di Stato in ordine all' "economicità immateriale" della sponsorizzazione da assimilare alla controprestazione contrattuale nell'ambito di un contratto pubblico.

Il Consiglio di Stato, tra le varie argomentazioni utilizzate per riconoscere la legittimità dell'incarico gratuito, afferma espressamente

Il Consiglio di Stato non ha considerato le esplicite disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 che vietano la gratuità dei servizi di ingegneria e di progettazione?



che nei rapporti contrattuali tra privati e Pubblica Amministrazione l'accezione di contratto oneroso può essere attenuata e non connessa necessariamente alla controprestazione di un pagamento in denaro, visto che lo stesso D.Lgs. n. 50/2016 ammette i contratti di sponsorizzazione. Non è, però, un caso che il Primo correttivo al D.Lgs. n. 50/2016 ammetta, per i servizi di progettazione, la sponsorizzazione solo nel caso degli interventi sui beni culturali: infatti, il ritorno di immagine e, dunque, l'utilità economica della sponsorizzazione è molto più evidente che non rispetto alla realizzazione di un piano regolatore, il quale difficilmente crea utilità immateriali.

Con riferimento, inoltre, all'affidamento gratuito dei servizi di ingegneria e di progettazione in senso contrario militano anche i commi 8 e 8-bis del citato art. 24 del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui «8. Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e

dei trasporti, approva, con proprio decreto, da emanare entro e non oltre sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, le **tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni** e delle attività di cui al presente articolo e all'articolo 31, comma 8. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 6.

8-bis. Le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. Nella convenzione stipulata con il soggetto affidatario sono previste le condizioni e le modalità per il pagamento dei corrispettivi con riferimento a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 della legge 2 marzo 1949, n. 143, e successive modificazioni».

Sulla base dell'espressa previsione normativa, anche se intervenuta successivamente alla pubblicazione del bando del Comune di Catanzaro, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto prendere comunque in considerazione il nuovo comma 8-ter dell'art. 24 citato il quale sancisce l'obbligatorietà dell'uso del Decreto del Ministero della Giustizia 17 giugno 2016 (c.d. "**Decreto Parametri**") per la determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara negli appalti per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura.

Fermo restando quanto sopra, in ordine alla sponsorizzazione pare opportuno ancora chiarire che ai sensi dell'art.19, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 la stessa consiste nella «dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti».

Secondo la definizione riportata, dunque, la sponsorizzazione non consiste in un contratto in cui non è previsto un corrispettivo in quanto questo è solo regolato in maniera difforme rispetto all'usuale versamento in danaro.

A prescindere comunque dai rilievi in ordine all'istituto della sponsorizzazione, le diverse norme coordinate del D.Lgs. n. 50/2016 militano per l'obbligatoria onerosità dei rapporti con la Pubblica Amministrazione, posto che ribassi eccessivi, che giungano fino all'azzeramento dei corrispettivi possono essere causa di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica.

Inoltre, il Consiglio di Stato sembra non aver tenuto conto degli **indirizzi dell'ANAC** espressi nelle linee guida n. 1 e 2 adottate rispettivamente con delibera n. 973 del 14 settembre 2016 e determinazione n. 1005 del 21 settembre 2016. Con linee guida n. 1, recanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*", e dirette a garantire la promozione dell'efficienza, della qualità delle stazioni appaltanti, della omogeneità dei procedimenti amministrativi ex art. 213 comma 2 del D.Lgs. 50/2016, si sottolinea l'esigenza che il corrispettivo degli incarichi e servizi di progettazione ex art. 157 venga determinato secondo criteri fissati dal decreto del Ministero della Giustizia 17 giugno 2016 "*nel rispetto di quanto previsto dall'art. 9 co.2 del decreto 24 gennaio 2012 n.1, convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012 n. 27, così come ulteriormente modificato dall'art. 5 della legge 134/2012*", al fine di garantire anche il controllo da parte dei potenziali concorrenti della congruità della remunerazione.

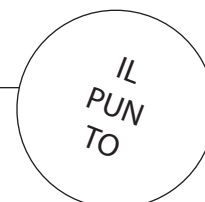
Ancora, con linee guida n. 2 recanti "*Offerta economicamente più vantaggiosa*", si specifica che la valutazione dell'offerta sulla base di un prezzo o costo fisso è ammessa solo entro i limiti rigorosi dell'art. 95 comma 7 del D.Lgs. 50/2016, ovvero o nell'ipotesi in cui esso sia rinvenibile sulla base di "*disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici*", o, in mancanza, "*laddove le stazioni appaltanti decidano di determinare il prezzo dell'affidamento per fattispecie diverse da quelle per le quali vi è una norma di legge che lo preveda, le stesse devono adottare particolari cautele al riguardo, valutando con attenzione le modalità di calcolo o stima del prezzo o costo fisso. Ciò al fine di evitare che il prezzo sia troppo contenuto per*

permettere la partecipazione di imprese "corrette" o troppo elevato, producendo danni per la stazione appaltante». Come chiarisce l'ANAC, in questa ultima ipotesi, vige per la stazione appaltante l'obbligo di un particolare impegno motivazionale dal quale emerga l'iter logico comunque seguito per la determinazione del prezzo fisso, a garanzia della imparzialità della scelta del contraente e in generale dell'obiettivo che la concorrenza si svolga nel rispetto della sostenibilità economica e quindi "serietà" delle offerte.

Con tutta evidenza, dunque, la necessaria predeterminazione del prezzo del servizio oggetto di appalto, anche quando tale componente quantitativa sia valutata unitamente a quella qualitativa, nell'ottica del legislatore sia nazionale che europeo, è funzionale a garantire il principio di qualità della prestazione e della connessa affidabilità dell'operatore economico, rispetto al quale va temperato e per certi versi anche "misurato" il principio generale di economicità, cui solo apparentemente sembra essere coerente il risparmio di spesa indotto dalla natura gratuita del contratto di appalto "atipico".

L'autotutela decisoria della p.a. nelle procedure di gara

di Armando Lamantia



Premesse

Nelle procedure di gara, la p.a. nella veste di stazione appaltante ha il potere di ritirare e/o revocare i propri atti. Il potere "in parola" è espressione di quello che giuridicamente viene definito: *autotutela decisoria* il cui esercizio, come si dirà in avanti, può essere esercitato sia nella fase di gara che, addirittura, nella fase esecutiva del contratto successivamente alla stipula del contratto di appalto.

L'annullamento di un atto di aggiudicazione, normalmente, avviene a seguito di un ricorso giurisdizionale da parte del Tribunale amministrativo territorialmente competente a decidere sulla controversia, ma può avvenire in sede di *autotutela* da parte della stessa stazione appaltante che ha indetto la procedura di gara.

1. Riferimenti normativi

La legge n. 241/90 all'art. 21-quinquies riconosce alla p.a. la possibilità di revoca del provvedimento amministrativo in presenza di presupposti che ne legittimano l'adozione.

Nel novero dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere rientra la circostanza afferente ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario sotteso ad ogni procedura di gara. Pertanto, ove successivamente all'indizione di una procedura di gara, emergesse una nuova valutazione dell'interesse pubblico; ricorrerebbe il presupposto per la revoca del provvedimento amministrativo già adottato.

La p.a. quale stazione appaltante in forza della norma sopra richiamata può revocare l'aggiudicazione definitiva in presenza del presupposto connesso ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Il legislatore della 241/90 da un lato ha riconosciuto siffatti poteri alla p.a., dall'altro, tuttavia, ha posto delle tutele in favore dei soggetti destinatari del "nuovi" provvedimenti adottati nell'esercizio del potere di *autotutela*. Laddove, quindi, la stazione appaltante procedesse in *autotutela* alla revoca dell'aggiudicazione definitiva, all'aggiudicatario è riconosciuto un indennizzo (a compensazione delle spese effettivamente sostenute).

L'esercizio legittimo del potere di revoca fa sorgere l'obbligo indennitario ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/90; cioè a fronte di un provvedimento di revoca *esercitato legittimamente* non sussiste un vero e proprio risarcimento quanto un indennizzo, generalmente, limitato alle spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara oggetto di esercizio del potere di *autotutela*. In sede di un eventuale contenzioso il Giudice competente per materia (TAR) valuterà se si è in presenza di uno dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere di *autotutela*. Il Tribunale, quindi, valuterà se si è in presenza dei presupposti legittimanti l'adozione dei provvedimenti adottati in seguito all'*autotutela* per accertare la fattispecie di esercizio *legittimo* del potere.

Laddove, invece, il Tribunale dovesse rilevare un esercizio *illegittimo* del potere in quanto adottato in carenza dei presupposti legittimanti, si configura la fattispecie di *responsabilità precontrattuale*. Nella giurisprudenza (TAR Lecce 25 gennaio 2012 n.139; Consiglio di Stato 8 settembre 2011 n.5050) il tema della *responsabilità precontrattuale* della p.a. è emerso con forza in connessione con il potere di annullamento d'ufficio quale espressione del potere di *autotutela*.

Le decisioni citate, unitamente ad altre ancora più datate, segnano un passaggio molto importante in quanto hanno riconosciuto applicabile alla materia

degli appalti pubblici il principio della *responsabilità precontrattuale* in capo alla p.a. Il principio della *responsabilità precontrattuale* è mutuato dal diritto comune; l'art. 1337 del codice civile stabilisce: «Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede». Pertanto, laddove, il comportamento della stazione appaltante avesse violato i canoni di *correttezza e buona fede* sanciti dall'art. 1337 del c.c. si configura ipotesi di *responsabilità precontrattuale* a carico della p.a.

Le conseguenze sul piano pratico in caso di *responsabilità precontrattuale* sono sostanzialmente differenti rispetto gli effetti nell'ipotesi diversa di esercizio *legittimo* del potere di *autotutela*. Come specificato, mentre nell'ipotesi di esercizio *legittimo* sussiste solo l'obbligo di indennizzo, circoscritto al ristoro delle spese effettivamente sostenute;

nell'ipotesi di *responsabilità precontrattuale* le conseguenze sono di ben altra natura. L'impresa lesa a seguito di esercizio *illegittimo* del potere di *autotutela* si vedrà riconosciuto, oltre

le spese sostenute, anche il danno da perdita di ulteriori occasioni contrattuali connesso, quest'ultimo, da mancata acquisizione della commessa aggiudicata e poi ritirata.

La *responsabilità precontrattuale* assorbe l'obbligo indennitario estendendosi, oltre al danno emergente (le spese sostenute in vista della stipula contrattuale), anche al lucro cessante ovvero ad una parte di esso riferibile alla perdita di occasioni lavorative escludendo, tuttavia, il mancato utile.

2. Aggiudicazione provvisoria (natura di atto procedimentale)

Un discorso a parte merita il momento dell'aggiudicazione *provvisoria* (oggi sostituita con la proposta di aggiudicazione). Secondo i recenti

Il principio della buona fede «Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede». La regola è sancita dall'art. 1337 del codice civile e vale, anche, in tema di appalti pubblici.

orientamenti giurisprudenziali (ormai conclamatesi nella Decisione n. 1152/2015 del Consiglio di Stato) l'aggiudicazione *provvisoria* è un atto endo-procedimentale e come tale non suscettibile di immediata impugnazione. L'aggiudicazione *provvisoria* costituisce "mera aspettativa" senza tuttavia configurare una posizione giuridicamente tutelabile.

Pertanto non ha diritto ad alcun indennizzo, ai sensi dell'art 21-quinquies della legge n. 241/90, l'aggiudicatario provvisorio laddove non intervenga l'aggiudicazione definitiva per situazioni di carattere oggettivo legate, per esempio, alla carenza di copertura finanziaria. In buona sostanza nella Decisione del Consiglio di Stato (n.1152/2015) non è ravvisabile il diritto all'indennizzo in quanto non si è in presenza di un provvedimento di revoca di aggiudicazione, essendosi la procedura arrestata alla fase dell'aggiudicazione *provvisoria* non essendo mai stato adottato un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole.

3. Recesso (Atto di natura potestativa della p.a.)

Come precisato nelle premesse, l'autotutela decisoria della p.a. può esercitarsi sia in fase di procedura di gara, prima della stipula del contratto di appalto, che successivamente e quindi nella fase esecutiva della commessa attraverso il c.d. *recesso*.

3.1 Riferimenti normativi

L'art. 109 del nuovo codice degli appalti, di cui al D.lgs. n.50/2016, ricalcando quanto già previsto nell'art.134 del vecchio codice, di cui al D.lgs. n.163/2006, consente alla stazione appaltante di *recedere* dal contratto in qualunque momento. È noto che la facoltà di *recedere* trova le sue radici nella (lontana) legge 20 marzo 1865 n.2248 All. F il cui art. 345 disponeva: «è *facoltativo all'amministrazione di risolvere in qualunque momento il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre il decimo dell'importo delle opere non eseguite*».

Si tratta dell'esercizio di un diritto potestativo di *recesso* "ad nutum" cioè esercitabile con atto di natura privatistica. Sul piano pratico il *recesso*, ove esercitato, comporta una pluralità di effetti ed è esercitabile sia nell'appalto di lavori che in quello relativo a servizi e/o forniture.

Esercitato il *recesso*, all'impresa appaltatrice sarà riconosciuto: il pagamento dei lavori eseguiti; il valore dei materiali esistenti in cantiere (se ritenuti utili dalla stazione appaltante) nonché il mancato utile pari alla differenza dei quattro quinti dell'importo a base di gara, depurato dal ribasso d'asta, e l'importo netto dei lavori, servizi, forniture eseguiti.

La procedura che si instaura con il *recesso* prevede un preavviso all'appaltatore con contestuale assegnazione di un termine (di solito 20 giorni) decorso il quale la stazione appaltante prende in consegna i lavori effettuandone il collaudo definitivo. Sulla natura da attribuire al *recesso*, giurisprudenza e dottrina concordano nel ritenere che trattasi di atto c.d. *recettizio* in quanto produce effetti solo quando è portato a conoscenza dell'appaltatore. A fronte del *recesso* esercitato dalla stazione appaltante, sussiste una posizione di *soggezione* da parte dell'appaltatore stante la sua impossibilità di opporvisi.

Se è precluso all'appaltatore fare opposizione, tuttavia, ciò non toglie che non possano nascere contestazioni per quanto attiene a profili economici come per esempio il valore da attribuire ai materiali esistenti in cantiere.

La controversia che eventualmente potrà insorgere, a seguito di *recesso*, rientrerà nella giurisdizione del Giudice ordinario atteso che essa è relativa alla fase esecutiva del contratto e non in quella relativa alla fase della procedura di gara dove sono in gioco interessi (legittimi) e non diritti soggettivi.

Come noto lo spartiacque tra le due giurisdizioni: da un lato la giurisdizione amministrativa (TAR) e dall'altro la giurisdizione ordinaria (Tribunali ordinari) è costituito dal momento in cui si instaura la controversia e cioè se *prima o dopo la stipula del contratto*. Nel primo caso (controversie

insorte prima della stipula del contratto d'appalto) la giurisdizione è dei Tribunali amministrativi regionali; nel secondo caso (controversie insorte dopo la stipula del contratto di appalto) la giurisdizione è dei Tribunali ordinari.

3.2. Orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza è costantemente orientata ad attribuire natura privatistica alla potestà di recesso, in corso di esecuzione del contratto da parte della stazione appaltante, facendo risalire il potere non dal contratto ma dalla legge (Cass. Civ. sez. 1-26 giugno 2003 n.10160; Cass. Civ. sez 1- 12 maggio 2006 n.10994); pertanto le relative controversie, avendo per oggetto diritti soggettivi paritetici inerenti la esecuzione del contratto, appartengono alla giurisdizione ordinaria o arbitrale.

Vi è da evidenziare, tuttavia, che, se da un lato il recesso costituisce atto di natura privatistica, dall'altro la stessa giurisprudenza ha posto l'accento sull'opportunità che il recesso venga preceduto da una delibera interna della p.a. da cui si evincono le ragioni che hanno condotto alla decisione di recedere dal contratto: si potrà trattare di valutazioni di opportunità derivanti da sopravvenienze di fatto o diritto ovvero da una nuova valutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento dell'appalto.

Il Committente pubblico (Cass. Civ. 10 gennaio 2003 n.195) nel maturare la decisione di recedere, nell'ambito della propria autonomia negoziale, non potrebbe pretermettere l'attenta valutazione del proprio interesse come parte e di quello pubblico volto al buon fine della conclusione dell'opera.

Sotto tale profilo sarebbe ipotizzabile un danno erariale a fronte di un recesso ingiustificato con contestuali responsabilità contabili, disciplinari e penali.

E' stato ritenuto perfettamente lecito e giustificato il recesso operato da una stazione appaltante che, in corso di esecuzione dei lavori, e tenuto conto di un fenomeno migratorio crescente dei propri residenti, abbia deciso di sciogliere il vincolo

contrattuale e quindi di recedere dal contratto di appalto che prevedeva una scuola a due piani, limitando l'esecuzione ad un solo piano dei due previsti in origine.

La giustificazione risiede nella <nuova> valutazione di opportunità di proseguire l'opera atteso l'evoluzione dell'interesse pubblico sotteso all'appalto medesimo.

Nella fattispecie, sopra descritta, ci si trova nell'ipotesi di un recesso che sia stato preceduto da una delibera interna dell'amministrazione appaltante che, sulla base di sopravvenienze di fatto, si è determinata di procedere al recesso dal contratto di appalto stante l'affievolimento dell'interesse pubblico sotteso al contratto.

Come ben si può cogliere le ragioni pubblicistiche sottese al recesso (per quanto esso è atto di natura privatistica), non differiscono da quelle che giustificano la revoca e/o il ritiro di un provvedimento amministrativo come avviene laddove si proceda alla revoca dell'atto di aggiudicazione.

3.3 Peculiarità del recesso nell'appalto pubblico

Pur costituendo il recesso atto di natura privatistica, il recesso nell'appalto pubblico ha peculiarità che lo distinguono dal parallelo istituto (recesso) nell'appalto privato.

Nell'appalto pubblico il recesso va comunicato con un preavviso all'appaltatore; la stazione appaltante comunica con preavviso la sua decisione di recedere dal contratto assegnando un periodo, normalmente di gg. 20, per il rilascio del cantiere e la contestuale presa in consegna delle opere realizzate.

Inoltre nell'appalto pubblico non si richiede il consenso dell'altra parte e pertanto si deroga alla regola codicistica dettata dall'art. 1373 del codice civile.

Nell'appalto privato, invece, non sussiste l'obbligo del preavviso e quanto al lucro cessante, in ossequio alla regola dettata dall'art. 1671 del codice civile,

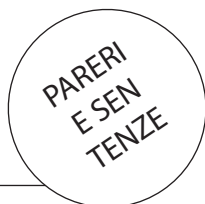
esso è risarcito per intero rapportato al decimo delle opere ancora da realizzarsi diversamente da quanto avviene nell'appalto pubblico dove il lucro cessante è forfetizzato essendo calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo a base di gara, depurato dal ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.

E' di palmare evidenza che le differenze tra il recesso nell'appalto pubblico e quello nell'appalto privato riguardano essenzialmente gli effetti economici essendo l'indennizzo più ampio in ambito privato.

La differenza evidenzia, ancora una volta, che nell'appalto pubblico emerge sempre l'interesse pubblico contrapposto, invece, all'interesse delle <sole> parti nell'appalto privato nel quale sono in gioco interessi di natura privatistica.

Basti pensare che nell'appalto pubblico la p.a., in veste di stazione appaltante, negozia con operatori economici che siano stati, preventivamente, qualificati, da appositi Organismi, all'esecuzione di opere pubbliche per tipologia di lavori ed importi: ciò a maggior garanzia del soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso ad ogni opera pubblica.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 30/10/2017, n. 4969

La facoltà di contemplare ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale deve risultare da inequivoche disposizioni della legge di gara

“Deve pertanto ritenersi che, anche nel nuovo sistema delineato dall’articolo 97, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (al pari di quello delineato dall’articolo 122, comma 9 del decreto legislativo n. 163 del 2006), la facoltà di contemplare ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale – e a prescindere da qualunque verifica in concreto circa l’effettiva sostenibilità delle offerte stesse – rappresenti una facoltà eccezionale che deve pertanto risultare da inequivoche disposizioni della legge di gara.

Si tratta, del resto, di un corollario del più generale principio secondo cui va escluso che una condizione di partecipazione ad una gara pubblica possa determinare l’automatica esclusione del concorrente, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, laddove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo mediante una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale o, comunque, all’esito di una non agevole operazione ermeneutica (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, III, 7 luglio 2017, n. 3364; id., III, 1° marzo 2017, n. 967; id., Ad. Plen. 27 luglio 2016, n. 20).”

TAR Campania, Napoli, Sez. V, 24/10/2017, n. 4995

Appalto di servizi ad alta intensità di manodopera e obbligo di utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa

“Nel merito, il ricorso è fondato per la dedotta violazione del disposto dell’art. 95 D. lgs. 50/2016, articolata in tutti e quattro i motivi di ricorso ed in particolare nel secondo motivo, laddove si deduce che nell’ipotesi di specie non ricorrevano i presupposti per l’affidamento del servizio con il criterio del prezzo più basso, trattandosi di un servizio ad alta densità di manodopera come evincibile dal disposto dell’art. 50 Dlgs. 50/2016, per cui l’unico criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 95 comma 3 Dlgs. 50/2016. Ed invero trattasi di censura di carattere logicamente assorbente, che prescinde dalla disamina del carattere standardizzato del servizio de quo.

6.1. La censura è fondata.

Il Collegio condivide in proposito le conclusioni alle quali è pervenuto il Consiglio di Stato (C.S., III, 2 maggio 2017, n. 2014 cit.) in un caso del tutto analogo:

"È pacifico, nel caso di specie, che trattasi di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera secondo quanto chiarito dall'art. 50 del nuovo codice. Tuttavia l'amministrazione ritiene che ricorra la condizione, assorbente, del servizio caratterizzato da "elevata ripetitività" o, detto altrimenti, del servizio "standard". L'assunto è radicalmente erroneo. Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

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

TAR Sardegna, Sez. I, n. 664, 23/10/2017

"Non necessarietà, nell'ambito delle procedure telematiche, di sedute pubbliche per l'apertura delle offerte"

"...la giurisprudenza amministrativa si è espressa, ormai da tempo, nel senso della non necessarietà, nell'ambito delle procedure telematiche, di sedute pubbliche per l'apertura delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; id., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990).

Come correttamente rilevato dalla difesa della controinteressata, il predetto orientamento è stato trasfuso, a livello normativo, nell'art. 295, comma 7, D.P.R. 207/2010 (e successivamente dall'art. 58 d.lgs. 50/2016 per quanto non applicabile ratione temporis alla fattispecie in esame) che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica.

In definitiva, il principio è che la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura; le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990).

Particolarmente convincente è quanto affermato dalla pronuncia del T.a.r. Lombardia Brescia, 12 gennaio 2016, n. 38 secondo cui "non essendo possibile dubitare, grazie ai vincoli del sistema informatico, della genuinità dei dati che costituiscono le offerte, la sanzione dell'annullamento dell'intera gara sarebbe sproporzionata e priva di utilità, in quanto non ristorerebbe alcun danno, né a vantaggio dell'interesse pubblico né a favore dei singoli concorrenti"..."

TAR Campania, Sez. VIII, n. 4884, 19/10/2017

Sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte e possibilità di richiesta di ulteriori chiarimenti da parte della stazione appaltante

“La circostanza che l'ulteriore fare di confronto procedimentale dopo la presentazione delle giustificazioni non sia più prevista come obbligatoria in ogni caso dalla norma di legge, non esclude infatti che la stazione appaltante non sia tenuta alla richiesta di ulteriori chiarimenti o a una audizione quando le circostanze concrete lo richiedano per l'incompletezza delle giustificazioni. Ciò che la norma ha inteso evitare - per comprensibili ragioni speditezza, economia procedimentale e non aggravio della procedura di gara - è la necessità dell'espletamento di ulteriori fasi procedimentali qualora dalle giustificazioni già risulti l'incongruità sostanziale dell'offerta o la contrarietà con i parametri previsti dal comma 5 lett. a), b), c) e d) dell'art. 97 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50.

La normativa del nuovo codice dei contratti pubblici, infatti, stante la sua diretta derivazione dalle norme comunitarie, deve essere interpretata in coerenza con i superiori principi di riferimento e, in particolare per quanto qui interessa, con l'art. 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui “l'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente”, quindi garantendo il pieno contraddittorio anche, all'occorrenza (se necessario), mediante più passaggi procedimentali, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte; tutto questo anche per le procedure sotto soglia qualora non sussista una disciplina specifica (come, ad es., quella di cui al comma 8 dello stesso art. 97) o emerga l'inequivocabile contrasto con i principi di cui all'art. 30, comma 1, richiamati dall'art. 36, comma 1, del Codice (T.A.R. Marche 23-01-2017, n. 66).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 5/10/2017, n. 4644

Il costo del lavoro inferiore alle tabelle ministeriali non determina ex se l'anomalia dell'offerta

“In base a un orientamento parimenti consolidato - e qui condiviso - non può essere dichiarato il carattere anomalo di un'offerta per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato indicato secondo valori in ipotesi inferiori rispetto a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali i quali - pur assumendo un rilievo ai fini del giudizio di anomalia - non assumono a tal fine un carattere dirimente e non rappresentano parametri inderogabili (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, III, 13 ottobre 2015, n. 4699).”

TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, 4/10/2017, n. 10031

“l'allegazione del documento di identità alla dichiarazione attestante circostanze o fatti o stati determinati è elemento indispensabile perché venga ad esistenza l'autocertificazione stessa, come costruita dall'art. 47 DPR 445/2000. In assenza di tale allegazione, la dichiarazione resa, pur fisicamente presente in atti, è priva del valore legale tipico, ossia quello di autocertificazione, delineato dalla fattispecie normativa, traducendosi in inesistenza giuridica della autocertificazione stessa.” Situazione non regolarizzabile con il soccorso istruttorio.

“Secondo giurisprudenza costante, in sede di partecipazione a gara pubblica, la produzione della fotocopia del documento d'identità del dichiarante deve essere considerata elemento costitutivo dell'autocertificazione e, trattandosi di requisito formale ad substantiam dell'autocertificazione stessa, la sua mancanza non è

regolarizzabile, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, poiché l'allegazione di copia del documento d'identità costituisce adempimento di valore essenziale, volto a garantire l'esatta provenienza di ogni singola documentazione esibita (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 gennaio 2017, n. 85; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 16 gennaio 2015, n. 62; Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2012, n. 1739; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 15 luglio 2014, n. 347; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 19 ottobre 2012, n. 1008).

Osserva il Collegio che ciò che, nel caso di specie, è stato sanzionato con l'esclusione della concorrente dalla gara, non è dunque la mancanza tout court della copia del documento di identità (in ipotesi reperibile altrove o integrabile con il soccorso istruttorio), bensì la mancanza della "dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, presentata ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000" di cui al punto 2 dell'art. 6, ossia di un elemento essenziale dell'offerta tecnica.

Si tratta di una carenza sostanziale e non già di una incompletezza formale, come sostiene la ricorrente; carenza che, per espressa disposizione di legge (art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016), non può essere sanata con il soccorso istruttorio (cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 145) né con "l'utilizzo" del documento depositato nella busta contenente la documentazione amministrativa, come anche opinato dalla ricorrente.

Operazione di "soccorso" quest'ultima che, forse, sebbene forzando il dato normativo, si sarebbe potuta ipotizzare qualora la concorrente avesse almeno inserito, in calce alla dichiarazione de qua, un rinvio espresso al documento depositato nella busta "A".

Nel caso di specie, tuttavia, anche detto rinvio è mancato sicché alla Commissione non restava altra scelta che considerare giuridicamente inesistente la dichiarazione di cui all'art. 6, punto 2 del Disciplinare.

A questa constatazione non poteva non seguire l'esclusione dalla gara, non essendo necessario che la sanzione fosse prevista espressamente dalla disciplina di gara.

Né appare eccessiva o spropositata la richiesta, contenuta nel Disciplinare di gara, di attestare con autocertificazione i fatti da indicare nella dichiarazione in discorso, atteso che non si trattava, come opinato dalla ricorrente, di una mera dichiarazione di volontà negoziale non riconducibile alla fattispecie legale della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi degli artt. 46 e 47 D.P.R. 445/2000 (v. sul punto: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 4 settembre 2017, n. 9536), bensì di una parte essenziale dell'offerta tecnica, suscettibile di valutazione e di attribuzione di punteggio, da attestare con rigorosa assunzione di paternità e di responsabilità penale da parte del dichiarante, esattamente nelle forme prescritte dalla legge."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 533 DEL 17 maggio 2017

PREC 100/17/S

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

"...relativamente alla questione giuridica inerente l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, questa Autorità ha già avuto modo di pronunciarsi sostenendo che l'iscrizione costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti relativi allo svolgimento delle attività di raccolta e smaltimento rifiuti a norma dell'articolo 212 del d.lgs. 152/2006, «dovendo i bandi prevedere una specifica clausola in base alla quale non si procederà alla stipulazione del contratto in caso di mancato possesso della relativa iscrizione»; pertanto, tale requisito non può essere inserito tra le cause di esclusione dei concorrenti, ma deve essere invece richiesto all'aggiudicatario ai fini dell'esecuzione del contratto (cfr., da ultimo, delibera n. 350 del 13 aprile 2017);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 670 DEL 14 giugno 2017
PREC 196/17/S**

"Il mancato rispetto dei minimi tabellari non determina l'automatica esclusione dalla gara. La S.A. può escludere la relativa offerta solo a seguito del contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta"

"...non determina l'automatica esclusione dalla gara il mancato rispetto dei minimi tabellari o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, ma costituisce un importante indice di anomalia dell'offerta che dovrà poi essere verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21.7.2010 n. 4783; sul punto vedasi parere Anac n. 189/2011). Pertanto, perché possa dubitarsi della congruità dell'offerta occorre che la discordanza da quei valori indicati nelle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, sia considerevole e palesemente ingiustificata (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3.7.2015, n.3329)».

La giurisprudenza ha anche evidenziato che le tabelle ministeriali stabiliscono il costo medio orario del lavoro, cosa ben diversa dal trattamento minimo salariale stabilito dalla legge o dalla contrattazione collettiva, al quale solo si riferisce la previsione d'inderogabilità di cui all'art. 97, co. 6 d.lgs. 50/2016 e all'art. 87, comma 3, d. lgs. n. 163/2006" (T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, Sent., 17 marzo 2017, n. 443). E ha quindi rammentato l'orientamento consolidato, anche sotto la vigenza del nuovo codice appalti, per cui "le tabelle ministeriali esprimono un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia (giurisprudenza consolidata Cons. Stato, da ultimo ribadita da Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4989, 2 marzo 2015, n. 1020; IV, 29 febbraio 2016, n. 854; V, 24 luglio 2014, n. 3937)" (Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2017, n. 501). Esprimendo solo una funzione di parametro di riferimento è allora possibile discostarsi da tali costi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa (T.A.R. Puglia Lecce n. 443/2017 cit.).

Dunque, "un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata" (Cons. St., sez. III, 2 luglio 2015, n. 3329; 9 dicembre 2015, n. 5597)."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 674 DEL 14 giugno 2017
PREC 39/17/S**

"In caso di discordanza tra il ribasso percentuale e il prezzo offerto in aumento rispetto alla base d'asta, l'indicazione inequivoca del ribasso percentuale consente di individuare l'effettiva volontà dell'impresa in ordine agli impegni negoziali che si intendevano assumere"

"...la rettifica di eventuali errori è considerata ammissibile a condizione che si tratti di correzione di "errore materiale", necessariamente riconoscibile, e che non si sostanzi in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la par condicio, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza, con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà

dell'offerente (ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889; Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592; TAR Lazio 4 maggio 2016, n. 5060); CONSIDERATO che «l'errore materiale (...) consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere ictu oculi. In definitiva, l'errore materiale non esige alcuna attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare in toto l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione» (Consiglio di Stato, sez. V, 15 febbraio 2016 n. 627) e che esso non ricorre in caso di incertezza assoluta dell'offerta, stante la divergenza tra i dati in essa contenuti e l'impossibilità di una riconduzione ad unità dell'offerta sulla base di una mera correzione di errore materiale (Consiglio di Stato, cit.);...CONSIDERATO che, nel caso in esame, nell'offerta economica di Franeco ricorre un errore, riscontrabile ictu oculi, rappresentato dalla discordanza tra i prezzi offerti per il servizio settennale e decennale e il ribasso percentuale (18,56%) rispetto alla base d'asta indicato per entrambe le voci dell'offerta;...sulla scorta del comma 2 dell'art. 119 del d.P.R. n. 207/2010 («Il prezzo complessivo e il ribasso sono indicati in cifre e in lettere. In caso di discordanza prevale il ribasso percentuale indicato in lettere»), abrogato con l'entrata in vigore del nuovo Codice, la giurisprudenza ha tratto il principio della prevalenza del valore espresso con il ribasso percentuale in lettere rispetto al prezzo offerto nel caso di offerta a prezzi unitari («in caso di discordanza fra i dati indicati nel modulo d'offerta e relativi sia al prezzo che alla percentuale di ribasso, si deve dare prevalenza al ribasso percentuale indicato in lettere, che costituisce il dato decisivo di riferimento per la determinazione dei prezzi unitari, consentendo sia l'identificazione dell'offerta, sia la correzione di eventuali discordanze» - Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2011, n. 5095; sez. V, 1 ottobre 2013 n. 4873);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

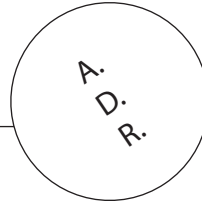
DELIBERA N. 679 DEL 28 giugno 2017 PREC 155/17/S

"la clausola sociale ... perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, è costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost."

"«la clausola sociale dell'obbligo di continuità nell'assunzione è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato nel senso che l'appaltatore subentrante "deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante" mentre "i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali" (v., ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725). Orbene è evidente che la clausola sociale, la quale prevede, secondo numerose disposizioni, "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto", perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, è costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost.»;"

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1 Come visualizzare le imprese che offrono i servizi per i quali non è più previsto l'utilizzo di un catalogo all'interno del Me.Pa.?

Successivamente alla riorganizzazione dei bandi del Mercato Elettronico della Consip, per alcuni servizi non è più possibile, da parte delle imprese, inserire dei prodotti nel catalogo, a differenza di quanto avveniva in precedenza. Se un'amministrazione volesse verificare l'esistenza di imprese che rendono un servizio all'interno della piattaforma, dovrebbe iniziare una procedura di affidamento rdo/td e quindi, arrivare allo step della scelta dei concorrenti/concorrente.

2 Se il presidente della commissione giudicatrice ha redatto e sottoscritto l'avviso di indizione della gara, è legittima la composizione della commissione?

L'art. 77 c. 4. D.lgs 50/2016, prescrive che "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"..; anche per il Presidente si applicano le incompatibilità previste dal citato comma 4, con la conseguenza che questo, per poter assumere la funzione, non deve aver svolto "alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo nell'ambito del medesimo affidamento". Il presidente della commissione giudicatrice, quindi, avendo partecipato alla redazione di atti dell'appalto non potrebbe assumere il ruolo in questione (cfr. TAR Puglia-Lecce n. 1074 de 29.6.2017; TAR Lazio-Latina n. 325 del 23.5.2017; TAR Puglia-Lecce n. 825 del 25.5.2017 - TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 31/10/2017 n. 5100).

3 **Avviando una procedura di gara sul Me.Pa., con criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, è obbligatorio utilizzare i meccanismi automatici di calcolo del punteggio, oppure è ancora necessaria l'attività della commissione di gara?**

Nel mercato elettronico Me.Pa., quando la Stazione Appaltante predispone tutte le fasi di una RDO, con criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, deve necessariamente indicare una serie di informazioni/parametri affinché, in fase di valutazione delle offerte tecniche/economiche pervenute, il sistema possa attribuire i punteggi, così come deciso nella documentazione di gara. Nelle varie opzioni di scelta, è consentito evitare che il sistema attribuisca automaticamente dei punteggi ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica e che calcoli automaticamente il miglior valore economico; in questi casi la commissione svolgerà le sue attività di valutazione, ed inserirà nel sistema il punteggio finale.

4 **Come viene comunicato l'esito del sub procedimento di verifica dell'anomalia?**

All'esito delle operazioni di verifica delle offerte anormalmente basse, la Commissione, in seduta pubblica, comunica l'esito del procedimento di verifica di congruità delle offerte e formula la proposta di aggiudicazione in favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta, chiudendo le operazioni di gara e trasmettendo al RUP tutti gli atti e documenti della gara ai fini degli adempimenti successivi.

5 **Le violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, commesse dagli OE, come e quando vengono valutate dalla Stazione Appaltante?**

Le certificazioni relative alla regolarità tributaria delle imprese partecipanti, emanate dall'Agenzia delle Entrate, si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni. Spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria"; ciò, al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali (Cons. di Stato Ad. Plen. n. 8 del 16.4.2012; Cons. di Stato sez. V, n. 2682 del 17.5.2013 TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 31/10/2017 n. 5100). L'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, inoltre, al comma 6 stabilisce "Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5"; pertanto la norma impone la persistenza dei requisiti durante tutto l'arco della gara (senza soluzione di continuità) sanzionando con l'esclusione l'accertamento, in qualsiasi momento, della perdita di uno di essi.

6 E' legittimo l'affidamento congiunto del servizio assicurativo e del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo?

L'abbinamento indiscriminato dei due servizi, assicurativo e brokeraggio, potrebbe apparire restrittivo della concorrenza in quanto, singolarmente, le singole attività esplicano una funzione autonoma erogabile da soggetti diversi. Nella segnalazione AS623, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato precisa che al broker dovrebbe essere affidata l'attività di consulenza - nel rispetto delle procedure previste dalla vigente normativa - prima della selezione della compagnia di assicurazione.

7 L'appalto gratuito è assoggettabile al D.lgs. 50/2016?

Un contratto pubblico, per quanto "gratuito" in senso finanziario (ma non economico), non può che rimanere nel sistema selettivo del d.lgs. n. 50 del 2016: altrimenti, se ne fosse fuori, l'Amministrazione appaltante potrebbe scegliere il contraente a piacimento, con ciò ingenerando un'evidente lesione della par condicio dei potenziali interessati al contratto proprio per quell'utile immateriale e ledendo gli stessi principi di derivazione eurounitaria del mercato concorrenziale che sono alla base delle commesse pubbliche. Non vi è estraneità sostanziale alla logica concorrenziale che presidia, per la matrice eurounitaria, il codice degli Appalti pubblici quando si bandisce una gara in cui l'utilità economica del potenziale contraente non è finanziaria ma è insita tutta nel fatto stesso di poter eseguire la prestazione contrattuale"(C.S. V Sez. n. 04614 03.10.2017).

8 Esiste l'appalto gratuito, per il quale l'Amministrazione non ha previsto un compenso a base di gara?

L'appalto è definito un contratto a titolo oneroso. L'importo pagato dall'Amministrazione può rappresentare anche una garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre. Bisogna tener presente però, che una prestazione contrattuale, può trovare ristoro infatti, in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto. Quindi si può parlare di "offerte gratuite" ogniqualvolta dall'effettuazione della prestazione contrattuale il contraente possa figurare di trarre un'utilità economica lecita e autonoma, quand'anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall'Amministrazione appaltante. La giurisprudenza da tempo ammette l'abilitazione a partecipare alle gare pubbliche in capo a figure del c.d. "terzo settore", per loro natura prive di finalità lucrative, vale a dire di soggetti che perseguono scopi non di stretto utile economico, bensì sociali o mutualistici; a loro è stato ritenuto non estensibile il principio del c.d. "utile necessario" fondato sull'innaturalità ed inaffidabilità, per un operatore del mercato, di un'offerta in pareggio, perché contro il naturale scopo di lucro (Cons. Stato, V, 20 febbraio 2009, n. 1018 e n. 1030; VI, 16 giugno 2009, n. 3897; V, 10 settembre 2010, n. 6528; V, 13 luglio 2010, n. 4539; V, 26 agosto 2010, n. 5956; III, 9 agosto 2011, n. 4720; III, 20 novembre 2012, n. 5882; VI, 23 gennaio 2013, n. 387; III, 15 aprile 2013, n. 2056; V, 16 gennaio 2015, n. 84; III, 17 novembre 2015, n. 5249; III, 27 luglio 2015, n. 3685; V, 13 settembre 2016, n. 3855).

Accesso agli atti, gli ultimi approdi giurisprudenziali

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Nella periodica disamina e rassegna delle vicende giurisprudenziali, ci si imbatte nel recente periodo, in una serie di pronunce in tema di accesso agli atti che certamente favoriscono l'operatore del settore nel rafforzare punti fermi e/o chiarire aspetti problematici.

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 4784 del 16 ottobre rammenta, muovendo dalla disposizione dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016 e procedendo dal pregresso art. 13 del d.lgs. 163/2006, che tale norma ha carattere eccezionale e la sua portata va limitata sia soggettivamente ad altro concorrente che proponga istanza di accesso alla stazione appaltante, che oggettivamente alla sola tutela in giudizio dei propri interessi (cfr. Cons. giust. amm. Sic., 23 settembre 2016, n. 324 e Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1056), le fattispecie, diverse da quelle ricordate dalla giurisprudenza circa i concorrenti, restano per i terzi disciplinate

dalle disposizioni generali degli articoli 22 e ss. l. 7 agosto 1990, n. 241. La Corte precisa altresì in merito alla discrezionalità dell'Amministrazione che il vaglio di quest'ultima sull'istanza di accesso è per costante giurisprudenza limitato in un perimetro ristretto dalla legge e non contempla alcuna valutazione dell'utilizzo che il privato intenda fare del documento (Cons. Stato, V, 23 marzo 2015 n. 1545; IV, 29 gennaio 2014 n. 461; IV, 19 marzo 2014, n. 1339, ma già Cons. Stato, V, 10 gennaio 2007, n. 55). Precluso insomma ogni tipo di sindacato all'Amministrazione!

L'esame dell'art. 53 del Codice, è proseguito anche da parte del Tar Lazio Roma con la sentenza 10561 del 20 ottobre, nel quale focalizzando l'attenzione sul comma 2 del richiamato art. 53 e sull'immediata impugnabilità dei provvedimenti di ammissione ed esclusione ai sensi dell'art. 120 del codice di procedura amministrativa, si favorisce in tal caso l'accesso agli atti circa i requisiti soggettivi degli altri concorrenti, atti utili e necessari per articolare le difese per tale fattispecie. Differito invece all'aggiudicazione, l'accesso alle offerte tecnico – economiche per le tutele di segreti industriali e commerciali.

Risvolti applicativi dell'istituto in discussione, rimandano altresì alla impugnazione degli atti di gara e alla necessità di scongiurare il rischio di ritrovarsi a sollevare motivi aggiunti in seno ad un ricorso iniziale proposto nei termini, ma con la prospettiva neanche troppo teorica di dover impugnare il provvedimento di aggiudicazione dell'affidamento senza la conoscenza dei motivi di ricorso (Corte di Giust. UE del 08 maggio 2014 causa C-161-13). Il Tar Calabria Catanzaro con la sentenza n. 1601 del 25 ottobre, richiamando un orientamento nazionale consolidatissimo rammenta che il termine per proporre ricorso decorre dal giorno in cui è stato possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura (così, di recente, Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2017 n. 1556; cfr. anche Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 luglio 2016 n. 1545). Emerge insomma il concetto di conoscibilità del contenuto degli atti amministrativi in base al quale: *"... il termine per ricorrere in sede giurisdizionale decorre dalla consapevolezza dell'esistenza del provvedimento e della sua potenziale lesività, mentre l'esistenza di ulteriori vizi o la compiuta conoscenza dei vizi inizialmente riscontrati, acquisita attraverso la conoscenza integrale del provvedimento medesimo o ulteriori atti del procedimento, consente di proporre motivi aggiunti nell'ambito dell'impugnazione già proposta; rispetto all'esigenza di certezza dell'azione amministrativa il termine decadenziale per proporre ricorso è consustanziale, ed è tale da non ammettere dilazioni legate all'eventuale incompletezza della cognizione sugli atti del procedimento e/o sul contenuto integrale del provvedimento impugnato"* (Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2017 n. 2533)".

Segue la sentenza n. 10738 del 26 ottobre a firma del Tar Lazio Roma, nella quale, focalizzando l'attenzione sui commi 5 e 6 dell'art. 53 del Codice si va a circoscrivere i casi di esclusione del diritto di accesso nonché, rispetto alla fattispecie di cui alla lettera a) del richiamato comma 5, l'eccezione alla limitazione qualora *"il concorrente intenda procedere alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"*. La Corte precisa che tale disposizione, (speciale rispetto alla disciplina generale orientata viceversa a favorire la parte interessata a

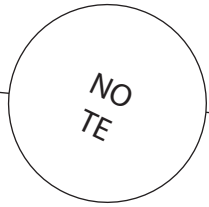
prescindere dalla pendenza o dalla proponibilità di un rimedio giurisdizionale), introduce, nello specifico campo degli appalti pubblici, una speciale figura di "accesso cd. difensivo" il quale prevale sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale solo laddove l'accesso sia azionato *"in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso"*. È il caso in cui si impugnino atti della procedura ai fini di ottenere l'annullamento e il risarcimento del danno (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431).

Allargando un attimo l'indagine alle motivazioni connesse all'accesso a giustificazione della posizione più o meno rilevante dell'istante, appare interessante la pronuncia del Consiglio di Stato n. 4346 del 14 settembre ove si precisa che: *"l'accesso a documenti della pubblica amministrazione deve essere motivato (ex art. 25 l. n. 241 del 1990) con una richiesta rivolta all'ente che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente, indicando i presupposti di fatto e l'interesse specifico, concreto ed attuale che lega il documento alla situazione giuridicamente rilevante (ex multis, Cons. Stato, V, 4 agosto 2010, n. 5226; V, 25 maggio 2010, n. 3309; IV, 3 agosto 2010, n. 5173). 7 Il diritto all'accesso documentale di cui trattasi (cfr. Cons. Stato, IV, 15 settembre 2010, n. 6899), infatti, pur essendo finalizzato ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa ed a favorirne lo svolgimento imparziale, non si configura come un'azione popolare, esercitabile da chiunque, indipendentemente da una posizione differenziata giuridicamente. Ne consegue che l'accesso è consentito soltanto a coloro ai quali gli atti si riferiscono direttamente o indirettamente, e comunque solo laddove questi se ne possano avvalere per tutelare una posizione giuridicamente rilevante. L'onere, per il richiedente, di fornire adeguata motivazione dell'istanza – dalla quale devono emergere senza ambiguità ed incertezze i presupposti di cui si è detto – si giustifica quindi con la necessità di consentire all'amministrazione di verificare l'effettiva sussistenza delle condizioni legittime per l'ostensione: non può quindi pretendere, il richiedente, che sia l'amministrazione richiesta*

a doversi fare parte diligente per individuare, con apposita istruttoria, le eventuali ragioni fondanti l'istanza medesima".

Su un diverso piano si muove invece il c.d. accesso generalizzato che convive col rischio di un utilizzo sovrabbondante e contrario a buona fede dell'istituto, da parte di chi formula in via esplorativa richieste che per quanto teoricamente legittime, ingolfano nella sostanza l'operatività dell'Amministrazione. Si pone in tale ottica la disamina fatta dai Giudici della sezione III del Tar Lombardia Milano che con la pronuncia n. 1951 del 11 ottobre precisano (ferma restando la distinzione finalistica dei commi 1 e 2 dell'art. 5 del d.lgs.

33/2013) che l'istituto, costituisce uno strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa (cfr. art. 1 D.lgs. 33/2013, come modificato dall'art. 2 D.lgs. 97/2016), ma non può, ad avviso del Collegio, essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione. La valutazione dell'utilizzo secondo buona fede va operata caso per caso, al fine di garantire – in un delicato bilanciamento – che, da un lato, non venga obliterata l'applicazione dell'istituto, dall'altro lo stesso non determini una sorta di effetto discorsivo sull'efficienza dell'Amministrazione.



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

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

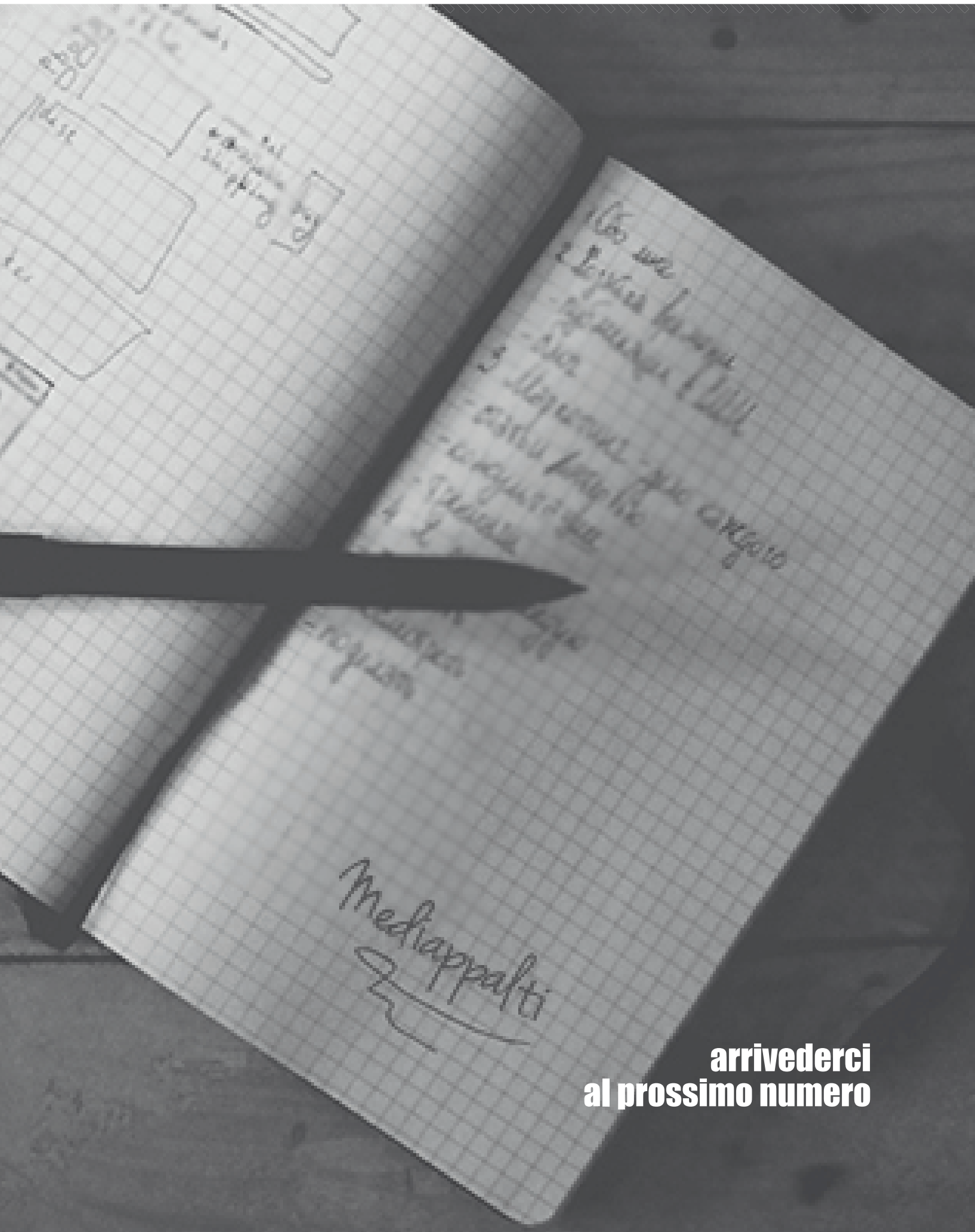
MEDIAAPPALTI

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

Mediagraphic

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





Mediappalti

**arrivederci
al prossimo numero**

i seminari in programma

SEMINARI

APPALTI

Il nuovo Codice dei Contratti alla luce della recente giurisprudenza e del bando tipo Anac: le situazioni più controverse, le scelte più opportune

16 novembre 2017 Bari, 23 novembre 2017 Torino, 28 novembre 2017 Pescara, 05 dicembre 2017 Cagliari.

Gli appalti di forniture e servizi. La documentazione e la procedura di gara: istruzioni operative. Focus sui sottosoglia

30 novembre 2017 Olbia, 12 dicembre 2017 Parma.

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

14 dicembre 2017 Bolzano.

Il Responsabile Unico del Procedimento

14 novembre 2017 Pescara.

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

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

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

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

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

21 novembre 2017 Bolzano, 28 novembre 2017 Roma.

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

30 novembre 2017 Genova, 12 dicembre 2017 Torino.

Corso pratico sull'utilizzo della Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche

16 novembre 2017 Trieste, 05 dicembre 2017 Bari, 17 dicembre 2017 Napoli

CORSI ONLINE AREA APPALTI

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

15 novembre 2017.

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

Formazione a distanza - X edizione
17 novembre 2017, 24 novembre 2017.

AMMINISTRAZIONE

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

16 novembre 2017 Genova.

Privacy e nuovo Regolamento 2016/679.

Cosa cambia e come organizzarsi

21 novembre 2017 Roma, 28 novembre 2017 Bologna, 12 dicembre 2017 Milano.

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

La redazione del Piano triennale anticorruzione 2018-2020

13 novembre 2017, 20 novembre 2017.

PERSONALE

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

09 novembre 2017 Bari, 28 novembre 2017 Trieste.

EDILIZIA E TERRITORIO

Il nuovo Testo Unico sulle terre da scavo

06 dicembre 2017 Bologna, 14 dicembre 2017 Pescara

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!