

Rivista mensile - Anno VII, Numero 9

dicembre  
2017

# MEDIA APPALTI

---


Le circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice alla luce delle Linee Guida ANAC n. 6/2017

---

Recenti orientamenti in tema di nomina del RUP a commissario di gara

---

La determinazione a contrattare nel nuovo codice dei contratti



"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

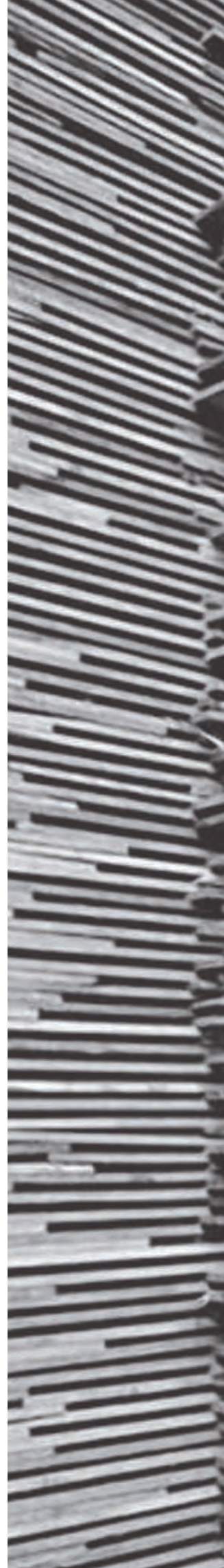
Registrazione presso il  
Tribunale di Trani il 03.02.2011  
al numero 3/2011 del Registro  
dei giornali e periodici.

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](mailto:redazione@mediappalti.it),  
corredato da recapito e qualifica professionale

**Media  
Graphic**





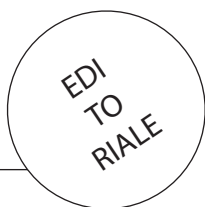


approfondimento  
aggiornamento  
giurisprudenza  
informazione  
consulenza  
normativa

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

dicembre  
2017





# Città

---

Siamo certi del luogo dove siamo nati. Non sappiamo dove vivremo. E dove invecchieremo. Dove andremo a finire? In che città? Ci si muove dalle città più povere a quelle più ricche, dove c'è lavoro. Si prediligono quei posti dove la vita è migliore, dove i servizi sono efficienti, dove si dà importanza all'ambiente e alla mobilità. Dovessimo dover scegliere, potremmo affidarci a Ecosistema Urbano. La classifica delle città vivibili di Legambiente e Ambiente Italia, giunta alla ventiquattresima edizione, suggerisce di trasferirci a Mantova. Una raccolta differenziata che funziona, un'estesa rete di piste ciclabili, un'ampia area di zone pedonalizzate, una vasta quantità di alberi. Sono le quattro carte vincenti della città lombarda. Quattro aspetti nei quali le Pubbliche Amministrazioni devono sapere investire, appaltando lavori e servizi che promuovono occupazione e benessere.

Sfogliando le esperienze delle città capoluogo di provincia, che Ecosistema Urbano mette sotto esame, si notano gli annosi problemi che certe città non riescono ad affrontare e risolvere, ma ci sono anche le storie positive di chi è sempre tra i primi posti e di chi ha fatto importanti passi in avanti. “Agli amministratori vorremmo soprattutto dire: copiatevi”, scrive Rossella Muroi su Il Sole 24 Ore. “Le esperienze positive maturate in questi anni nelle città italiane - aggiunge Muroi - sono replicabili e soprattutto funzionano. Non c’è nulla di male nel copiare, basta saperlo fare”.

Gli Amministratori sono invitati ad essere umili e curiosi. A saper riconoscere i limiti della propria politica urbana e ad indagare sul cosa è stato fatto altrove. Rendere la propria città un posto di alta classifica nelle buone pratiche valutate da Legambiente significa prendersi cura della salute dei propri cittadini e avviare una promozione del territorio che lo renda turisticamente appetibile. Si ha la possibilità di elevare il prestigio di una città e di darle nuove opportunità di ricchezza economica. Serve che al vertice di ogni amministrazione ci siano donne e uomini che amino la propria città, che siano forti nel tramandarne le tradizioni, visionari nell’immaginarne il futuro, lungimiranti nelle scelte, coraggiosi nello sfidare critiche e oppositori, ambiziosi nel trovare nell’innovazione lo strumento per portare gli splendori del passato in un futuro che chiede di essere già presente. L’innovazione è la scelta strategica vincente. Nella raccolta dei rifiuti, nella gestione dell’acqua e dell’energia. Chi ha già investito in questo senso occupa le prime posizioni tra le città più vivibili.

A volte può capitare di cambiare città pur restando nello stesso posto. E’ una città cambiata una che sale dal 73esimo al 31esimo posto. Lo sarà Milano protagonista di questo balzo di 42 posizioni. Un buon piazzamento o una scalata vertiginosa come quella di Milano possono essere merito delle amministrazioni locali. Ma queste non vanno lasciate sole con i loro meriti e le loro medaglie. Devono essere sostenute. “Dalle amministrazioni locali si deve certamente pretendere molto più coraggio - scrive sul quotidiano di Confindustria Alberto Fiorillo - molta più discontinuità e capacità di innovazione, ma nello stesso tempo è tutto il Paese che deve fare un investimento politico ed economico e mettere tra le priorità di governo un piano per traghettare le città, tutte insieme e non una alla volta, al di là delle secche”.

Sappiamo dove siamo stati. Sappiamo dove siamo oggi. Forse sappiamo dove saremo domani. Ma previsioni più lunghe nel tempo sono cosparse di incertezza. Di nuove strade. Nuove città. Il sottoscritto non sta cambiando città, ma dopo sei anni di servizio in qualità di direttore responsabile di questa rivista, sta passando il testimone. Ringrazio l’editore per la bella esperienza concessami. Ringrazio i collaboratori. I lettori.

Auguro a tutti, me compreso, un futuro in città (anche solo metaforiche) sempre migliori.

di Enzo de Gennaro

## sommario

Editoriale **4**

Città

In evidenza  
Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche alla luce delle novità introdotte dal Decreto correttivo **7**

Sotto la lente  
Le circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice alla luce delle Linee Guida ANAC n. 6/2017 **16**

Hanno collaborato a questo numero:

**Dott.ssa Alessandra Verde**  
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

**Avv. Adriana Presti**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Francesca Scura**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

**Avv. Giuseppe Totino**  
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

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

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

**Dott.ssa Lilliana Simeone**  
Esperta in appalti pubblici

**Avv. Mariarosaria di Canio**  
Esperto in contrattualistica pubblica

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Progetto Grafico**  
Federica Damato

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto  
Recenti orientamenti in tema di nomina del RUP a commissario di gara **27**

La determinazione a contrattare nel nuovo codice dei contratti **33**

I vincoli impliciti alla circolazione delle quote di partecipazione della società di progetto affidataria di una concessione in project financing. Primi orientamenti. Nota a margine della sentenza del Consiglio di Stato della Sez. III 15/11/2017 n. 5294 **38**

Genesi delle riserve nel settore degli appalti pubblici di lavori. Riserve contabili ed amministrative. **45**

Le Agenzie di stampa e di informazione. Modalità di individuazione secondo il Codice degli Appalti ed il parere Anac a salvaguardia del pluralismo dell'informazione **50**

Pareri & Sentenze **55**

A Domanda Rispondiamo **61**

In pillole **64**

Osservatorio sulla Corte dei Conti

# Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche alla luce delle novità introdotte dal Decreto correttivo

di Alessandra Verde

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Il D. Lgs. n. 50/2016 attribuisce, come è ormai noto, differente rilievo ai due criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici – il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo -, diversamente da quanto accadeva nel vecchio Codice dei contratti.

Ora il criterio predominante, con valenza generale, è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il criterio del minor prezzo è invece qualificato come criterio di carattere eccezionale, utilizzabile solo nei casi previsti dalla legge e previa adeguata motivazione.

Ciò premesso, occorre subito dire che il Decreto correttivo al nuovo Codice<sup>1</sup> ha apportato sostanziali modifiche all'art. 95, recante disposizioni sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, anche nel senso di ampliare in concreto l'ambito di operatività del criterio del minor prezzo.

Non tratteremo tuttavia in questa sede delle novità apportate dal correttivo in tema di utilizzo del criterio del minor prezzo, rinviando ad un contributo su tale argomento recentemente pubblicato in questa Rivista<sup>2</sup>, ma ci concentreremo esclusivamente sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, focalizzando l'attenzione sugli aspetti più rilevanti, trattati anche dall'Autorità anticorruzione nelle proprie Linee guida<sup>3</sup>, e metteremo in evidenza le novità introdotte dal correttivo.

1. D. Lgs. 19 aprile 2017 n. 56.

2. Si veda Mediappalti, anno VII, n. 7.

3. Si vedano le Linee guida ANAC n. 2 <<Offerta economicamente più vantaggiosa>>, approvate con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016.

**1. Le caratteristiche generali del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

In linea generale, il primo passo che una stazione appaltante deve compiere quando si accinge ad acquisire un nuovo bene, servizio o lavoro è quello di definire in maniera chiara e precisa il criterio di aggiudicazione da utilizzare, nel rispetto dei limiti imposti dalla normativa. Laddove la stazione appaltante giunga alla conclusione di dovere o comunque di voler applicare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve definire con esattezza i criteri di valutazione, avendo cura di evitare formulazioni oscure o ambigue ed assicurando la trasparenza dell'attività amministrativa e la consapevolezza della partecipazione da parte degli operatori economici.

Ogniqualevolta la stazione appaltante decida di applicare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, se ne può dedurre che la stessa intenda porre maggior rilievo sulla qualità del bene, del servizio o del lavoro da acquisire più che sul risparmio dei costi da sostenere per l'acquisizione.

Laddove, invece, si tratti di acquistare beni o servizi per cui il confronto concorrenziale basato sulla valutazione del rapporto qualità/prezzo porterebbe a benefici ridotti o pressochè nulli, la stazione appaltante sceglierà il criterio del minor prezzo.

Ciò accade ad esempio quando le condizioni di offerta siano tali da imporre l'acquisto dei prodotti con condizioni note alla stazione appaltante sin dall'origine (beni, servizi o lavori standardizzati), o quando, per l'esiguità dell'importo dell'appalto, i vantaggi attesi in

termini di qualità siano di fatto trascurabili.

Già in fase di programmazione, le stazioni appaltanti dovranno pertanto definire le caratteristiche dell'appalto in modo tale da verificare la sussistenza delle condizioni per le quali sia obbligatorio o consentito l'utilizzo di un particolare criterio di aggiudicazione.

In fase di progettazione della gara, le stazioni appaltanti formuleranno una prima definizione di massima dei criteri di valutazione e dei relativi punteggi, i quali verranno compiutamente e dettagliatamente definiti al momento dell'elaborazione della documentazione di gara, cioè al concreto avvio della procedura di affidamento.

**2. I criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo**

Le Linee guida ANAC sull'offerta economicamente più vantaggiosa descrivono in modo efficace l'iter logico che una stazione appaltante deve seguire per elaborare i criteri di valutazione all'interno di una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo l'ANAC, la stazione appaltante deve preliminarmente individuare in concreto i

propri obiettivi, conseguentemente attribuire un peso relativo a ciascuno di essi, e, successivamente, <<definire le modalità attraverso cui viene valutato il grado di adeguatezza di ciascuna offerta rispetto al singolo obiettivo, nonché

Ogniqualevolta una stazione appaltante sceglie di aggiudicare una procedura in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, intende porre maggior rilievo sulla qualità del bene, del servizio o del lavoro da acquisire più che sul risparmio dei costi da sostenere per l'acquisizione. Tale criterio ha valenza generale.



sintetizzare le informazioni relative a ciascuna offerta in un unico valore numerico finale>><sup>4</sup>.



4. Si veda nota 3.



In altri termini, i singoli criteri di valutazione prescelti corrispondono al modo attraverso cui, secondo la stazione appaltante, un'offerta possa essere più o meno adeguata a perseguire ciascuno degli obiettivi che la medesima ha stabilito di realizzare con l'affidamento *de quo*.

Prosegue infatti l'ANAC nelle sue Linee guida: <<il primo problema che la stazione appaltante si deve porre nella predisposizione degli atti di gara è, dunque, la definizione degli obiettivi che intende perseguire e l'importanza che intende attribuire a ciascuno di essi. **Ciò si traduce nell'individuazione degli elementi (o criteri) che si intende valutare e del relativo peso o fattore di ponderazione**>>.

Ciò che conta è che sia gli obiettivi individuati che i correlati criteri di valutazione siano chiaramente **misurabili**.

Il comma 6 dell'art. 95 stabilisce che i criteri di valutazione devono essere oggettivi, nel senso che devono riguardare gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

A titolo esemplificativo, la norma enumera una serie di possibili criteri quali:

- a) la qualità, intesa come pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione;
- b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;
- c) il costo di utilizzazione e manutenzione, avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi (inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici) riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio;

- d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra;
- e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;
- f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;
- g) le condizioni di consegna.

I criteri di valutazione dovranno tener conto anche del rispetto dei CAM, ovvero i criteri minimi ambientali adottati con decreto del Ministro dell'ambiente, laddove esistenti, procedendo all'attribuzione di specifici punteggi qualora le offerte presentino condizioni migliorative rispetto alle specifiche di base o alle condizioni di esecuzione minime stabilite dagli stessi CAM.

In generale, i criteri di valutazione devono essere formulati dalla stazione appaltante avendo cura di scegliere quelli effettivamente in grado di evidenziare le caratteristiche migliorative delle diverse offerte e operare una reale distinzione tra le stesse, in base alla loro maggiore o minore capacità di rispondere effettivamente alle esigenze concrete della stazione appaltante in relazione a quello specifico appalto.

L'ANAC ha altresì avuto modo di precisare che i criteri di valutazione <<devono (...) consentire **un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta**, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo>><sup>5</sup>.

Da ciò discende che <<non dovrebbero essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti o le condizioni minime – incluso il prezzo – con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati>>.

L'Autorità anticorruzione non esclude, tuttavia,

---

4. Si veda nota 3.

che i criteri di valutazione possano afferire anche ad aspetti soggettivi dell'offerta purché gli stessi siano volti ad apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o consentano di valorizzare alcune caratteristiche della medesima che siano considerate dalla stazione appaltante particolarmente degne di interesse. Ciò che conta è che tali criteri incidano direttamente sulla qualità della prestazione da rendere e non si sovrappongano - finendo per coincidere con essi - ai requisiti di partecipazione alla gara.

In ultima analisi, i criteri di valutazione dovrebbero essere individuati in modo tale da attribuire un punteggio positivo solo agli aspetti effettivamente migliorativi delle offerte rispetto alle caratteristiche di base richieste dalla documentazione di gara.

### 3. La valutazione dell'elemento economico

I criteri di valutazione sino ad ora esaminati afferiscono agli aspetti tecnici dell'offerta, ovvero alla sua qualità. Nel criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa rileva tuttavia anche l'elemento prezzo, per il quale devono essere svolte alcune considerazioni valevoli ogniqualvolta la stazione appaltante si trovi a valutare l'elemento economico di un'offerta, a prescindere dal criterio di aggiudicazione prescelto (e quindi, in ipotesi anche nel caso di procedure da aggiudicarsi in base al criterio del minor prezzo).

L'Autorità infatti, nelle Linee guida sinora esaminate, pone l'accento su una grande novità introdotta dal nuovo Codice: il concetto di costo del ciclo di vita, cui il Decreto n. 50 dedica un articolo *ad hoc*, il 96.

L'elemento economico di un'offerta può essere

valutato in termini di prezzo o di costo. Il concetto di costo però va ora interpretato secondo l'approccio del costo complessivo del ciclo di vita, che comprende non soltanto i costi diretti di realizzazione di un'opera, o di esecuzione di un servizio o di produzione e/o fornitura di un bene ma anche una serie di costi indiretti e connessi ai primi, quali:

- a) i costi relativi all'acquisizione del bene, servizio o opera;
- b) i costi connessi all'utilizzo (consumo di energia e altre risorse);
- c) i costi di manutenzione successiva;
- d) i costi connessi al momento in cui l'oggetto dell'appalto cesserà di avere una utilità, e quindi i costi di raccolta, smaltimento o riciclo dello stesso;
- e) altri costi indiretti, sostenuti non tanto e non solo dalla stazione appaltante ma dall'intera collettività, quali i costi derivanti dall'inquinamento prodotto, dall'emissione di gas serra, nonché i costi sostenuti per attenuare le ricadute negative sull'ambiente e sul clima. Deve trattarsi, in quest'ultimo caso, ovviamente, di costi che siano comunque misurabili economicamente in modo attendibile.

Degna di nota è la previsione del comma 7 dell'art. 95, secondo cui l'elemento relativo al

costo può assumere la forma di un prezzo o di un costo **fisso**, posto il quale, gli operatori economici competeranno **solo in base a criteri qualitativi**.

A differenza dell'impostazione del vecchio Codice, nel quale l'elemento prezzo non poteva essere del tutto

azzerato, ora è possibile considerare il prezzo/costo come un elemento fisso e immodificabile e disporre che i concorrenti competano tra loro solo sugli aspetti tecnici dell'offerta, ossia sulla qualità. Ovviamente ciò sarà possibile nei casi in cui il

**Secondo l'ANAC, i criteri di valutazione prescelti devono consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento tra le offerte che vanificherebbero l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Non potranno quindi essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione o le condizioni minime di esecuzione richieste dalla *lex specialis*.**



prezzo o costo fisso di una specifica fornitura o della remunerazione di un dato servizio è stabilito da una norma, un regolamento o altra disposizione, ma non solo. La stessa stazione appaltante potrà individuare altre fattispecie concrete in cui stabilire un prezzo fisso e invitare gli operatori a concorrere solo sulla qualità, avendo però cura di determinare tale prezzo fisso in modo oggettivo, a seguito di un'accurata indagine di mercato che si basi anche sull'osservazione dei prezzi praticati in situazioni analoghe, in particolare dalle altre stazioni appaltanti per affidamenti simili. Sarà in ogni caso essenziale che la stazione appaltante motivi adeguatamente e in modo esaustivo le ragioni di tale scelta.

Sicuramente, non si potrà ricorrere ad un affidamento basato su un prezzo o costo fisso, sebbene le imprese praticino prezzi simili tra loro, laddove le soluzioni presenti sul mercato comportino costi di manutenzione o di smaltimento diversificati da impresa a impresa, ovvero altre esternalità ambientali o sociali differenti di cui

le stazioni appaltanti devono comunque tenere conto; ciò, in ragione del fatto che l'elemento economico deve essere valutato, come visto sopra, in una visione più ampia secondo l'approccio del costo complessivo del ciclo di vita.

#### **4. La ponderazione dei punteggi e le novità introdotte dal decreto correttivo**

I punteggi o pesi sono il valore attribuito dalla stazione appaltante a ciascun criterio di valutazione delle offerte, o, se presenti, ai vari sub-criteri.

Il maggiore o minore peso da attribuire a ciascun

criterio rientra nella sfera discrezionale della stazione appaltante, la quale dovrà tener conto della specificità dell'appalto, delle proprie esigenze e degli obiettivi specifici che intende conseguire.

In funzione di tali valutazioni, essa deciderà quali criteri siano più importanti rispetto ad altri e attribuirà il diverso peso a ciascuno di essi proporzionalmente alla loro rilevanza.

Fatto 100 il punteggio complessivo da attribuire all'offerta, complessivamente considerata, la stazione appaltante deciderà quanta parte di punteggio riservare alla qualità - e quindi alla valutazione degli aspetti tecnici dell'offerta - e quanta parte riservare all'elemento prezzo.

**L'elemento economico dell'offerta va valutato secondo l'approccio del costo/prezzo inteso come insieme dei costi del ciclo di vita del bene, opera o servizio oggetto dell'appalto. Tale approccio impone di considerare, oltre ai costi diretti, anche i costi indiretti, connessi all'acquisizione, all'utilizzo e alla manutenzione, allo smaltimento o al riciclo, nonché altri costi quali le esternalità negative ambientali o sociali gravanti sull'intera comunità.**



operatori economici; viceversa si deve attribuire un peso maggiore alla componente prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga>>.

Ad esempio, negli appalti volti a progettare e realizzare sistemi informatici di una certa complessità, gli aspetti tecnici dell'offerta hanno un rilievo decisamente maggiore rispetto all'elemento economico, in quanto è richiesto ai concorrenti uno sforzo in termini di capacità progettuale e di innovatività per soddisfare al meglio le peculiari esigenze della stazione appaltante. In tal caso, si è sempre considerato più che ragionevole attribuire

Nelle sue Linee guida, l'ANAC ha chiarito come <<in generale si deve attribuire un punteggio limitato alla componente prezzo quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta o quando si vogliono scoraggiare ribassi eccessivi che si ritiene difficilmente perseguibili dagli



alla valutazione tecnica 80 punti su 100, riservando al prezzo i restanti 20 punti.

Diversamente, per appalti di forniture o servizi abbastanza standardizzati, per i quali le soluzioni presenti sul mercato abbiano più o meno tutte lo stesso livello di qualità, è di regola apparso altrettanto ragionevole che la stazione appaltante, volendo puntare a mettere in competizione i concorrenti sull'elemento prezzo, attribuisse anche 40 o 50 punti su 100 al prezzo e i restanti punti all'offerta tecnica.

La stessa Autorità suggeriva di attribuire un peso limitato, non superiore a 10 punti, ai criteri di natura soggettiva in quanto meno strettamente connessi al contenuto dell'offerta, salvo che, per la natura delle prestazioni, fosse importante valutare le capacità professionali dell'offerente perché da esse discenderebbe gran parte della qualità dell'offerta. E' il caso, questo, dei servizi di ingegneria e architettura, tanto per fare un esempio.

Il ragionamento finora svolto deve essere in parte rivisto alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto correttivo del Codice, il D. Lgs. n. 56/2017.

Infatti, le Linee guida sono state approvate precedentemente al decreto correttivo, il quale ha introdotto,

come accennato in premessa, alcune sostanziali modifiche alla norma in tema di criteri di aggiudicazione.

In particolare, per quanto concerne la ponderazione dei punteggi da dare ai criteri di valutazione nell'ambito di una procedura da aggiudicare in

base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il correttivo ha introdotto il comma 10-*bis* all'art. 95, che così recita: <<la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

**A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento>>.**

In altri termini, il legislatore ha inteso limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, costringendole a valorizzare sempre e comunque l'elemento qualitativo delle offerte, indipendentemente dalle caratteristiche specifiche dell'appalto, perché ha imposto un valore massimo da attribuire all'elemento prezzo, pari a 30 punti su 100. Conseguentemente, agli aspetti tecnici dell'offerta non potranno essere riservati meno di 70 punti su 100.

**Il peso da attribuire a ciascun criterio rientra nella sfera discrezionale della stazione appaltante, la quale dovrà tener conto della specificità dell'appalto, delle proprie esigenze e degli obiettivi specifici che intende conseguire.**

**Essa dovrà decidere quanta parte di punteggio riservare alla qualità – e quindi alla valutazione degli aspetti tecnici dell'offerta - e quanta parte riservare all'elemento prezzo.**



Tale "imposizione" ha suscitato non poche perplessità tra gli operatori del settore, proprio perché in contrasto con la tanto sbandierata valorizzazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti che, con il nuovo Codice, il legislatore nazionale si era vantato di aver compiuto.

In particolare, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di seguito AGCM, nell'esercizio dei poteri conferiteli dall'art. 21 della L. 287/1990, ha formulato osservazioni<sup>6</sup> molto critiche su tale novella legislativa e ne ha chiesto l'abrogazione.

6. Atto di segnalazione n. AS1422 del 18 agosto 2017, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 32 del 21 agosto 2017.

### **5. L'Atto di segnalazione dell'AGCM e le critiche mosse alle modifiche introdotte dal correttivo**

L'Atto di segnalazione adottato dall'AGCM merita una lettura approfondita per l'acutezza delle osservazioni formulate nonché per la conclusione cui giunge, ovvero la richiesta di abrogazione della norma appena introdotta dal correttivo, in quanto in contrasto con i principi di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento, ovvero quei principi fondamentali che il Codice nel suo complesso avrebbe il precipuo compito di garantire!

Secondo l'AGCM, l'aver imposto il tetto massimo del 30 per cento al punteggio economico appare irragionevole per una serie di ragioni.

In primo luogo, tale limitazione non trova fondamento nella Direttiva europea da cui discende il Codice dei contratti, né da orientamenti giurisprudenziali consolidati.

Al contrario: il legislatore europeo ha posto l'accento sul fatto che debba essere valorizzata la discrezionalità delle stazioni appaltanti nel decidere la ponderazione dei punteggi nella valutazione delle offerte, in quanto le stazioni appaltanti conoscono - esse soltanto - le peculiarità dell'appalto in questione, le esigenze da soddisfare ed il mercato di riferimento.

L'Autorità rammenta che nel primo schema di decreto correttivo non veniva stabilita una soglia predeterminata per il punteggio economico ma vi era soltanto una generica previsione, in virtù della quale il punteggio da attribuire all'elemento economico non dovesse essere talmente prevalente rispetto a quello tecnico da determinare in concreto l'applicazione del minor prezzo e, conseguentemente, eludere la regola dell'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio generale.

Il Consiglio di Stato, da parte sua, nel parere espresso sullo schema di decreto correttivo,

aveva precisato che, per assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, la stazione appaltante avrebbe dovuto valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta e stabilire, a tal fine, un punteggio massimo per l'offerta economica tale da evitare che l'elemento prezzo prevalesse sugli aspetti tecnici.

Non è però mai stato messo in discussione il potere discrezionale della stazione appaltante nel dover stabilire il miglior riparto tra punteggio tecnico e punteggio economico, in base alla conoscenza specifica che la stessa ha dell'appalto e in applicazione dei consueti canoni di ragionevolezza e adeguatezza.

D'altra parte, l'AGCM ha avuto modo di evidenziare gli aspetti positivi e negativi di entrambi i criteri di aggiudicazione. Da un lato, il criterio del minor prezzo consente la rapida conclusione delle procedure di gara e azzera la discrezionalità della stazione appaltante, con conseguente riduzione del rischio di fenomeni corruttivi.

Dall'altro, tuttavia, detto criterio può avere l'effetto negativo di indurre gli operatori economici a ridurre eccessivamente i costi, soprattutto quelli connessi alla manodopera, con conseguenti rischi per i lavoratori e con possibili ricadute negative sulla qualità dei beni o dei servizi offerti.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dal canto suo, garantisce la valorizzazione della qualità dell'offerta, ma contestualmente comporta un appesantimento della procedura a volte eccessivo, impone peculiari competenze in capo alla stazione appaltante e alla commissione giudicatrice e amplia la discrezionalità dell'amministrazione, con tutti i conseguenti rischi in termini di possibili arbitrii o fenomeni corruttivi. L'AGCM rammenta quanto detto dall'Autorità anticorruzione nelle Linee guida in merito alla ponderazione dei punteggi, di cui sopra abbiamo riportato un estratto, nonché i principali arresti giurisprudenziali su tale tematica.

Sia la Corte di Giustizia europea<sup>7</sup> che il Consiglio

---

7. Corte di Giustizia, causa C-247/2002, sentenza 7 ottobre 2004.

di Stato<sup>8</sup> hanno infatti posto l'accento sul fatto che la fissazione di un unico criterio di aggiudicazione o di soglie predeterminate di punteggio priva le stazioni appaltanti della possibilità di valutare e valorizzare adeguatamente le caratteristiche peculiari di ciascun appalto e, conseguentemente, impediscono di scegliere il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e l'individuazione della migliore offerta.

Ciò che conta è che le scelte operate dalla stazione appaltante nella ponderazione dei criteri e dei punteggi siano rispettose del canone della ragionevolezza, tenuto conto delle specificità di ogni singolo appalto. L'AGCM ribadisce pertanto che risponde a criteri di ragionevolezza e

opportunità il valorizzare di volta in volta l'elemento qualitativo o l'elemento prezzo a seconda del tipo di appalto dinanzi al quale ci si trova.

In particolare, la scelta del legislatore di prevedere la soglia massima del 30 per cento da attribuire al punteggio economico <<sembra limitare **eccessivamente e ingiustificatamente** la valorizzazione dell'offerta economica, in particolare in quei mercati dove le forniture possono presentare un elevato grado di omogeneità, conferendo allo stesso tempo un'ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche, **con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza di prezzo tra gli operatori**>>.

Se è vero infatti che il nuovo Codice, in linea con la Direttiva europea, privilegia il criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa come regola generale rispetto al criterio del minor prezzo, ciò non significa tuttavia che costringere le stazioni appaltanti a limitare il peso da attribuire al prezzo sia una scelta appropriata per quegli appalti il cui l'oggetto è costituito da beni o servizi sostanzialmente analoghi, quale che sia il fornitore, e per i quali la componente economica ha di fatto un ruolo preminente.

**Secondo l'AGCM la soglia imposta dal comma 10-bis limita eccessivamente e ingiustificatamente la valorizzazione dell'offerta economica, nei casi in cui le forniture presentano un elevato grado di omogeneità, e attribuisce allo stesso tempo una eccessiva discrezionalità alle stazioni appaltanti, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e alla concorrenza.**



proprio omogenei ma comunque simili o, in ogni caso, agli appalti in cui vi siano condizioni particolarmente stringenti imposte dalla *lex specialis*. O, ancora, ai casi in cui vi siano alcune caratteristiche di realizzazione o di esecuzione standardizzare, per cui, alla fine, la componente economica delle offerte è quella che fa davvero la differenza e che deve essere adeguatamente tenuta in considerazione.

In tali ipotesi, **attribuire un consistente punteggio all'offerta economica**, pur nell'ambito del criterio di aggiudicazione basato sul miglior rapporto qualità/prezzo, avrebbe sicuramente il **pregio di accelerare lo svolgimento della procedura di gara e di limitare la discrezionalità della stazione appaltante, a beneficio della concorrenza.**

Per le considerazioni sin qui sintetizzate, l'Autorità ha chiesto al Parlamento e al Governo di rimettere



8. Cons. Stato, sent. n. 581 del 26.11.2011; Cons. Stato, sent. n. 6837



mano all'art. 95, abrogando il tanto contestato comma 10-*bis*, in quanto tale norma **si pone in contrasto** con i principi di **concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione**, o quantomeno, di rivedere in aumento la soglia massima del 30 per cento al fine di consentire una maggiore valorizzazione della componente economica dell'offerta laddove la stazione appaltante lo ritenga necessario per la tutela della concorrenza e del mercato.

#### **6. Le altre modifiche introdotte dal decreto correttivo all'art. 95 del Codice**

Il D. Lgs. n. 56/2017 ha introdotto altre novità all'art. 95 in tema di criteri di aggiudicazione. A parte il comma 10-*bis* di cui abbiamo ampiamente trattato e al di là dell'ampliamento della casistica degli appalti per cui è possibile utilizzare il criterio del minor prezzo, il decreto correttivo ha apportato alcune altre modifiche che vale la pena di rammentare.

In particolare, è stato modificato radicalmente il comma 10, in tema di costi aziendali e di manodopera da indicare in offerta. A dire il vero, tale disposizione appare mal collocata in quanto non riguarda specificamente i criteri di aggiudicazione quanto, più che altro, il contenuto delle offerte e le

voci di costo di cui tenere necessariamente conto. Ma tant'è. Si segnala che, a seguito del decreto correttivo, ora il comma 10 dell'art. 95 prevede che <<nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza

posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a). Le stazioni appaltanti, relativamente al costo della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'art. 97, comma 5, lett. d)>> cioè, se i costi della manodopera siano inferiori ai minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali.

Il correttivo ha inoltre aggiunto, tra i criteri premiali di cui tener conto per la valutazione della qualità dell'offerta, il *rating* di impresa e l'offerta di beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero.

E' stato infine introdotto un nuovo comma, il 14-*bis*, che stabilisce che <<in caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *ndr*), le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta>>.

**L'AGCM ha proposto l'abrogazione del comma 10-bis dell'art. 95, per contrasto di tale norma con i principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione. In subordine, ha chiesto di rivedere in aumento la soglia massima del 30 per cento al fine di consentire una maggiore valorizzazione della componente economica dell'offerta.**



# Le circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice alla luce delle Linee Guida ANAC n. 6/2017



SOTTO  
LA  
LENTE

di Adriana Presti

## 1. Cenni sul contesto normativo

**1.1.** L'ANAC con deliberazione del Consiglio dell'11 ottobre 2017 n. 1008 ha provveduto ad aggiornare le Linee guida n. 6 (d'ora in poi solo "Linee Guida"), approvate dal con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, recanti "indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei Contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016". Le nuove Linee Guida sono state pubblicate in Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 260 del 7 novembre e sono entrate in vigore il 22 novembre 2017.

L'esigenza di intervenire sul testo delle Linee guida è sorta, tra l'altro, in esito alla modifica del comma 10 dell'art. 80 del Codice, che integra la prima parte della norma.

L'aggiornamento è intervenuto a seguito di una consultazione pubblica che ha visto la partecipazione di amministrazioni e società pubbliche, associazioni di categoria, operatori economici e liberi professionisti. Il documento è stato sottoposto alla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, che si è espressa con Parere in data 25 settembre 2017 n. 2042.

**1.2.** Giova evidenziare che l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "motivi di esclusione", reca l'elenco dei cc.dd. requisiti di carattere generale (o di idoneità morale) che devono possedere sia i concorrenti che i subappaltatori.

Le Linee Guida in esame concernono, in specie, la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), consistente nel "grave illecito professionale".

Tale disposizione prescrive che la stazione appaltante (d'ora in poi, anche, "S.A.") esclude l'operatore economico quando essa "dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico **si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità**". Tra questi rientrano:

1. le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;
2. il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;
3. il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
4. ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Nella previgente disciplina si dava rilevanza, da un lato, alla grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di precedenti contratti con la medesima S.A., e, dall'altro lato, al grave errore professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante, intercorso anche in rapporti contrattuali con diverse S.A. (Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2007 n. 2245).

Nella nuova disciplina di cui al Codice dei Contratti pubblici del 2016 tale fattispecie **ha una portata molto più ampia** rispetto a quella contenuta nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. E ciò perché, il legislatore:

- non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa S.A.;
- non fa riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale - come si riteneva nella disciplina previgente (Cons. St., V, 21.7.2015 n. 3595) -, ma anche in fase di gara (le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante).

Ad onor del vero, già una parte della giurisprudenza, formatasi nella previgente disciplina, aveva dato una lettura allargata dell'"errore professionale", ritenuto comprensivo di qualsiasi comportamento scorretto che incidesse sulla credibilità professionale dell'operatore, e non soltanto delle violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartenesse tale operatore (Cons. St., IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

D'altra parte, l'illecito professionale deve essere di gravità tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità del concorrente.

Il legislatore, come si è accennato, ne ha fornito una prima casistica - da ritenersi esemplificativa e non tassativa - che è stata oggetto di implementazione da parte dell'ANAC.

## 2. I Pareri della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2042/2017 e n. 2286/2016

**2.1.** La Commissione speciale del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi in relazione all'aggiornamento di tali Linee Guida, ha reso il 25 settembre 2017 n. 2042 il proprio Parere in merito. È stata anzitutto ribadita la natura non vincolante di tali Linee Guida.

Il Consiglio di Stato, all'uopo richiamando il proprio precedente Parere n. 2286/2016 sulle medesime Linee Guida, ha osservato che l'art. 80 co. 13

stabilisce che "con linee guida l'ANAC...

**può precisare**, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, **quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione**

**delle circostanze di esclusione** di cui al comma 5, lettera c), ovvero **quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)**".

Siffatta natura giuridica emerge da molteplici dati esegetici:

- a) l'art. 80, co. 5, lett. c), recepisce le previsioni comunitarie in tema di illecito professionale, e, fissando una causa di esclusione dalle gare, reca una disciplina completa e autoesecutiva;
- b) l'art. 80, co. 13, prevede le linee guida come

**Il Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato ha ribadito la natura non vincolante di tali Linee Guida, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti.**





“facoltative”, e dunque quale strumento non necessario per l’operatività della norma primaria, come tale diverso dalle disposizioni di esecuzione o attuazione;

- c) l’art. 80, co. 13 indica con chiarezza la finalità di tali linee guida, che è quella di “garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti”.

**2.2.** È stato altresì osservato che, sotto il profilo contenutistico, l’art. 80 co. 13 individua i confini delle linee guida stabilendo che esse hanno ad oggetto:

- a) l’indicazione casistica delle “significative carenze” nell’esecuzione di un precedente contratto;
- b) quali sono i mezzi di prova “adeguati” per dimostrare le cause di esclusione elencate nel citato art. 80, co. 5, lett. c).

Come testé osservato, l’art. 80, co. 5, lett. c), non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, e le significative carenze nell’esecuzione contrattuale sono solo uno dei molteplici illeciti professionali elencati nella disposizione in modo esemplificativo.

L’art. 80 co. 13 demanda alle linee guida di individuare la casistica non di tutti gli illeciti professionali, ma **solo di quello consistente nella significativa carenza nell’esecuzione di un precedente contratto.**

Per altro verso, la medesima disposizione demanda alle linee guida di **indicare i “mezzi di prova adeguati”**, per dimostrare la sussistenza di qualsivoglia illecito professionale, e non solo di quello consistente nel pregresso significativo inadempimento.

In tal quadro, le Linee Guida elaborate dall’ANAC hanno “consapevolmente” un perimetro più esteso rispetto a quello fissato dall’art. 80, co. 13.

Nella elaborazione delle linee guida, l’ANAC ha ritenuto necessario, al fine di individuare i mezzi di prova adeguati, “specificare e chiarire le fattispecie esemplificative individuate in via generica nella norma e (...) fornire indicazioni interpretative e

operative anche sullo svolgimento delle valutazioni discrezionali rimesse alle stazioni appaltanti”. ... “dette indicazioni, anche se non strettamente richieste ai sensi dell’art. 80, comma 13 (...) si pongono come propedeutiche alla definizione dei mezzi di prova adeguati” (Parere n. 2286/2016).

D’altra parte, il Consiglio di Stato ha osservato che, “sia dalla circostanza che lo stesso Codice fornisce una elencazione esemplificativa di illeciti professionali, sia dalla circostanza che le linee guida in materia hanno natura non vincolante e funzione promozionale di buone prassi, **si evince che le linee guida individuano gli illeciti professionali in modo non tassativo ma solo esemplificativo**” (Parere n. 2286/2016).

In tal senso dispongono espressamente le linee guida, lasciando alle S.A. la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalle linee guida, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale.

In tal quadro, l’ANAC, al fine di pervenire all’individuazione dei mezzi di prova adeguati, ha fornito tramite le suddette Linee Guida indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell’ottica di assicurare l’adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici.

**2.3.** L’art. 80 del Codice, come noto, prevede diverse tipologie di motivi di esclusione. Ed in particolare, il comma 1 dispone l’esclusione automatica, senza alcun tipo di apprezzamento discrezionale, della stazione appaltante in caso di condanna definitiva, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’art. 444 c.p.p., per taluni reati specificamente indicati. In tali casi, come in altre fattispecie descritte nello stesso art. 80, l’attività della stazione appaltante si presenta totalmente vincolata, dovendo la stessa limitarsi ad accertare l’oggettiva presenza del presupposto previsto dalla norma per procedere all’esclusione dell’operatore economico dalla gara.

Diversamente, l'ipotesi di esclusione per "grave illecito professionale", di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), richiede che la sussistenza del presupposto in presenza del quale deve essere disposta **l'esclusione debba essere valutato dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità.**

In altre parole, se l'esclusione per grave illecito professionale costituisce atto vincolato, **l'accertamento del relativo presupposto necessita di una adeguata valutazione e di una congrua motivazione da parte della S.A..**

Infatti, la circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" costituisce un tipico **concetto giuridico indeterminato** che attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto

nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici.

Di conseguenza, è solo tramite la valutazione della stazione

appaltante che si potrà ricondurre la fattispecie concreta nel concetto di grave illecito professionale descritto in astratto dalla norma.

### 3. Ambito di applicazione delle Linee Guida n. 7/2017

**3.1.** La disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice si applica agli appalti e alle

concessioni nei settori ordinari sia sopra che sotto soglia (art. 36, comma 5) e, ai sensi dell'art. 136 del Codice, ai settori speciali quando l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice. I motivi di esclusione individuati dall'art. 80 del Codice e, per quel che qui rileva, il suo, comma 5, lett. c) sono presi in considerazione anche:

- a) ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, comma 4);
- b) ai fini dell'affidamento dei contratti ai subappaltatori e della relativa stipula (art. 80, comma 14);
- c) in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avvalimento (art. 89, comma 3);
- d) ai fini della partecipazione alle gare del contraente generale (art. 198).

**3.2.** Le cause di esclusione ivi previste non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca e affidate a un custode o amministratore giudiziario o finanziario, se verificatesi nel periodo precedente al predetto affidamento (art. 80, comma 11).

**3.3.** I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice (si richiama a tal

**Le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del Codice, mentre le condanne non definitive - in assenza dell'automatismo - devono essere oggetto di valutazione da parte della Stazione appaltante che dovrà valutare se il fatto sia tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico ai fini della permanenza in gara.**



proposito da ultimo il Comunicato del Presidente dell'ANAC 8 novembre 2017 recante "Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 ...").

Sicché ai fini della partecipazione alla gara, la S.A. deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice in capo:

- i. all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica;
- ii. ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche;
- iii. al subappaltatore nei casi previsti dall'art. 105, comma 6, del Codice.

**3.4.** Come si è accennato, rilevano, ai fini della presente disamina, quali cause di esclusione **gli illeciti professionali gravi accertati "con provvedimento esecutivo", tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente**, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Sicché, al ricorrere dei predetti presupposti, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito. Ai sensi del paragrafo § 2.2 delle Linee Guida rilevano in particolare:

- le condanne non definitive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedure di affidamento ai sensi dell'art. 80 del Codice:

- a. abusivo esercizio di una professione;
- b. reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
- c. reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio;
- d. reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del D.P.R. n. 380/2001 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- e. reati previsti dal d.lgs. 231/2001;

- le condanne non definitive per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., **fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del Codice.**

Come osservato dal Consiglio di Stato, va da sé che, nell'ipotesi di condanna non definitiva, la S.A., **in assenza dell'automatismo esistente ove la condanna sia definitiva**, deve valutare se il fatto sia tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico e, in ragione di tale valutazione, deve **motivare adeguatamente l'eventuale esclusione** dalla gara.

**3.5. Quanto alle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto**, il paragrafo § 2.2.1.1 delle Linee specifica la rilevanza ostativa dei provvedimenti di risoluzione anticipata non contestati in giudizio ovvero confermati con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio.

La S.A. deve, infatti, valutare, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, **anche stipulati con altre amministrazioni**, che abbiano comportato, **alternativamente o cumulativamente**:

- a. la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio;
- b. la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

Detti comportamenti rilevano se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali.

In particolare, assumono rilevanza, a titolo esemplificativo:

1. l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;
2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo

- previsto;
3. l'adozione di comportamenti scorretti;
  4. il ritardo nell'adempimento;
  5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;
  6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;
  7. nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante;
  8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante.

Nei casi più gravi, le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto possono configurare i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p. Pertanto, al ricorrere dei presupposti di cui al Paragrafo § 2.1, la S.A. deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati su richiamati, qualora contengano una condanna al risarcimento del danno o uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c).

I provvedimenti di condanna definitivi per detti reati configurano, invece, la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 1, lett. a) del Codice.

**3.6. Quanto ai gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara**, il Paragrafo § 2.1.2.1 delle Linee stabilisce che al ricorrere dei presupposti di cui al § 2.1, la S.A. deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente.

Rilevano, a titolo esemplificativo:

1. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della S.A. in ordine:
  - 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione;
  - 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione;
  - 1.3 all'attribuzione dei punteggi.
2. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio» i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine:
  - 2.1 al nominativo degli altri concorrenti;
  - 2.2 al contenuto delle offerte presentate.

È stata, poi, inserita, rispetto la previgente versione, la specificazione che subordina la rilevanza ostativa di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza alla circostanza che gli stessi siano oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura di gara e debitamente motivati.

**3.7. Quanto alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione»**, rilevano i comportamenti posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio.

La valutazione della sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata tenendo in considerazione la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa e il parametro della colpa professionale.

Fermo restando che in caso di presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalto si applica l'art. 80, comma 1, lett.

f-bis) del Codice, rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo:

1. la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;
2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;
3. l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

Assumono, altresì, secondo l'ANAC rilevanza, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la **mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario** e la conseguente escussione della garanzia.

3.8. Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico, secondo quanto dettato al Paragrafo § 2.2.3.1, al ricorrere dei quali la S.A. deve valutare l'eventuale esclusione del concorrente, sono:

1. i provvedimenti esecutivi dell'AGCM di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.
2. i provvedimenti sanzionatori esecutivi comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 13, del Codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano

fornito informazioni o documenti non veritieri.

È stata, quindi, attribuita rilevanza ostativa ai **provvedimenti esecutivi** dell'AGCM ed ai provvedimenti sanzionatori esecutivi comminati dall'ANAC, **al fine di garantire tempestività, celerità e semplificazione dell'accertamento in ordine alla sussistenza della causa ostativa.**

#### 4. I mezzi di prova adeguati

**4.1.** Le S.A. sono tenute a comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice:

- a. i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice;
- b. i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto non contestati in giudizio o confermati con sentenza esecutiva all'esito di un giudizio e i provvedimenti di escussione delle garanzie;
- c. i provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto;
- d. i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno emessi in sede giudiziale e gli altri provvedimenti idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti, di cui siano venute a conoscenza, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati. L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del Codice.

**4.2.** La sussistenza delle cause di esclusione in esame **deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE.**

La dichiarazione sostitutiva ha ad **oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico.**



È infatti rimesso in via esclusiva alla S.A. il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione.

Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del Codice:

- a) la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice;
- b) la verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. è effettuata mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, del Codice, presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza. La verifica della sussistenza dei carichi pendenti è effettuata dalle S.A. solo nel caso in cui venga dichiarata la presenza di condanne non definitive per i reati di cui agli artt. artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. oppure nel caso in cui sia acquisita in qualsiasi modo notizia della presenza di detti provvedimenti di condanna o vi siano indizi in tal senso.
- Nel caso in cui la S.A. venga messa a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel casellario informatico ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previa idonee verifiche in ordine all'accertamento della veridicità dei fatti.

**4.3.** Le S.A. sono tenute a comunicare all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice i provvedimenti dalle stesse adottati e i provvedimenti emessi in sede giudiziale con riferimento ai contratti dalle stesse affidati idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti.

**La falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del Codice.**

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del Codice. Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità.

## 5. Rilevanza temporale

**5.1.** Quanto alla durata dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento conseguente all'accertamento delle fattispecie di cui al comma 5, lett. c) dell'art. 80 del Codice, la stessa è stabilita ai sensi del comma 10 del predetto articolo, il quale prescrive che essa è pari:

- a cinque anni, se la sentenza penale di condanna non fissa la durata della pena accessoria;
- alla durata della pena principale se questa è di durata inferiore a cinque anni;
- a tre anni, decorrenti dalla data dell'accertamento del fatto individuata ai sensi delle Linee Guida, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna.

Il periodo rilevante deve essere conteggiato a ritroso a partire dalla data di pubblicazione dell'avviso o del bando di gara.

Le Linee Guida, inoltre, rimarcano che **"resta ferma la rilevanza dei fatti commessi tra la pubblicazione dell'avviso o del bando e l'aggiudicazione"**, senza tuttavia specificare quali fattispecie possano assumere rilevanza ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice. Ebbene, il tenore letterale di tale indicazione sembrerebbe tale da attribuire in astratto rilevanza anche ai processi penali in corso. Il che si pone

in aperta antinomia con quanto previsto dal § 2.2 delle Linee Guida, come si è visto, attribuisce rilevanza alle condanne non definitive nei reati ivi contemplati ai fini della valutazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice.

## 6. I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali

**6.1** L'esclusione dalla gara è disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato e la rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che:

- le determinazioni adottate dalla S.A. perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità;
- l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare;
- l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.

**6.2.** Il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della S.A. a contrattare con l'operatore economico interessato. Siffatta valutazione attiene all'esercizio del potere discrezionale della S.A. e deve essere effettuata con riferimento (i) alle circostanze dei fatti, (ii) alla tipologia di violazione, (iii) alle conseguenze sanzionatorie, (iv) al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento ai predetti elementi.

## 7. Le misure di self-cleaning

**7.1.** Ai sensi dell'art. 80, comma 7, del Codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

Le Linee Guida a tal proposito (§ 7.2) specificano che l'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta **entro il termine fissato per la presentazione delle offerte** o, nel caso di attestazione, **entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA**. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate.

**7.2.** Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:

1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;
3. la rinnovazione degli organi societari;
4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;
5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

**7.3.** Le valutazioni della S.A. circa l'idoneità delle misure di self-cleaning sono effettuate in

contraddittorio con l'operatore economico. La S.A. valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192) ha specificato che il ricorso al contraddittorio e, quindi, la valutazione delle misure di self cleaning, presuppone il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, per cui, in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente.

Si legge infatti nella richiamata sentenza che "... il possibile dubbio sugli obblighi dichiarativi derivante dalla recente entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, avrebbe dovuto indurre la concorrente ad una maggiore lealtà (oltre che cautela) - nel rispetto dei principi di buona fede e diligenza - nei confronti della stazione appaltante, tanto più che il nuovo codice prevedeva il ricorso al contraddittorio e la valutazione delle misure di self-cleaning prima dell'esclusione.

La società appellante, invece, ha preferito rendere una dichiarazione non veritiera (e ciò a prescindere dalla connotazione soggettiva della scelta, e dunque dalla colposità o dolosità della condotta, che non rilevano ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara) e comunque incompleta, non consentendo alla stazione appaltante di svolgere le dovute verifiche circa il possesso dei requisiti di moralità professionale.

Nel caso di specie, la violazione degli obblighi di dichiarazione non ha consentito all'amministrazione aggiudicatrice di svolgere i dovuti approfondimenti prima di decretare l'esclusione.

Deve riaffermarsi il principio fondato sulla giurisprudenza formatosi sulla base del vecchio codice degli appalti, e richiamato dal TAR, – secondo cui il concorrente non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara – in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante (cfr. tra le tante, Cons. Stato Sez. V, Sent., 11/04/2016, n. 1412; Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 943; 14 maggio 2013, n. 2610; IV, 4 settembre 2013, n. 4455; III, 5 maggio 2014, n. 2289).

Il contraddittorio previsto nel nuovo codice degli appalti, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, e ribadito nelle Linee Guida dell'ANAC, riguarda i

soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni

**Il ricorso al contraddittorio e quindi la valutazione delle misure di self-cleaning presuppone - quindi – il rispetto del principio di lealtà nei confronti della S.A., e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente**



necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale.

**Solo in questo caso è possibile ipotizzare un vero e proprio contraddittorio tra le parti.**

**Non è certo ammissibile consentire alle concorrenti di nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara, e poi, ove siano state scoperte, pretendere il rispetto del principio del contraddittorio da parte della stazione appaltante** (cfr. Cons. Stato, Sez. V 11 aprile 2016, n. 1412).

Se ciò fosse possibile, si incentiverebbe la condotta "opaca" delle concorrenti, che non avrebbero alcun

interesse a dichiarare fin dall'inizio i "pregiudizi", rendendo possibile la violazione del principio di trasparenza e di lealtà che deve invece permeare tutta la procedura di gara.

**Il ricorso al contraddittorio e quindi la valutazione delle misure di self-cleaning presuppone - quindi - il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente".**

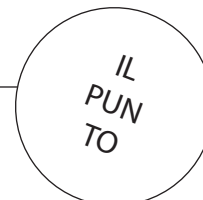
## 8. Conclusioni

Le Linee Guida, le quali lo si rammenta **non hanno carattere vincolante**, forniscono utili indicazioni in ordine alla valutazione della sussistenza o meno di un grave illecito professionale. L'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, come parimenti si è esposto, mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza **ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.**

In definitiva il concetto di grave illecito professionale può ricomprendere, infatti, ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa.

# Recenti orientamenti in tema di nomina del RUP a commissario di gara

di Francesca Scura



## Premesse

Il D.lgs. 56/2017 («Correttivo») modifica la disposizione del D.Lgs. 50/2016 in materia di incompatibilità dei membri della Commissione di gara, inducendo prassi e giurisprudenza a conseguenti adattamenti e chiarimenti con riguardo, in particolare, alle funzioni del RUP e alla compatibilità di tale ruolo rispetto al ruolo di membro della commissione di gara.

Con delibera dell'11 ottobre scorso, l'ANAC difatti abbandona le posizioni radicali assunte sul tema fino a quel momento – nel senso della incompatibilità del ruolo di RUP con quello di commissario di gara - e perviene ad un sostanziale aggiornamento delle Linee guida n. 3/2016<sup>1</sup>; al contempo, recentissime sentenze del TAR Veneto e del Consiglio di Stato si occupano nello specifico del nuovo dettato normativo, lasciando nell'ombra la tesi giurisprudenziale - in verità già minoritaria - che ravvisava nel ruolo del RUP, in quanto tale, una automatica e generale preclusione alla nomina dello stesso come membro della Commissione di gara.

## 1. Le novità del «Correttivo»

Il D.lgs. 56/2017 («Correttivo»), con l'articolo 46, ha modificato la disposizione del D.Lgs. 50/2016 («Codice») in materia di incompatibilità dei membri della Commissione di gara. L'articolo 77 del Codice, in particolare, nel nuovo testo risultante dalle modifiche, in vigore dal 20 maggio 2017, oggi prevede che:

- la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara deve essere valutata da parte della stazione appaltante con riferimento alla singola procedura di gara (periodo aggiunto al comma 4 dell'art. 77 che si limitava a prevedere «*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.*»);
- le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico di componente della commissione giudicatrice, devono accertare l'insussistenza delle cause ostative alla nomina previste dai commi 4, 5 e 6 dell'art. 77, dall'articolo 35-bis del D.Lgs. n. 165/2001 e dall'articolo 42 del Codice (art. 77, comma 9);
- la sussistenza di cause ostative o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati devono essere tempestivamente comunicate dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini dell'eventuale cancellazione dell'esperto dall'albo e della comunicazione di un nuovo esperto (art. 77, comma 9);

1. V. Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», approvate dalla Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 (par. 2).



- le Linee guida dell'ANAC devono disciplinare, altresì, i presupposti e le modalità di nomina del RUP;
- non vi è distinzione tra previsioni con carattere vincolante e previsioni non vincolanti delle Linee guida sicché tutte le disposizioni oggi contenute nelle Linee guida in materia devono ritenersi avere natura vincolante.

Soffermandoci in questa sede sul comma 4 dell'art 77, emerge come il nuovo dettato normativo appaia consentire sostanzialmente la nomina del RUP quale commissario di gara, rimettendo il legislatore alla Stazione appaltante la decisione quanto alla legittimità della nomina medesima: si esclude in questo modo la sussistenza di un divieto aprioristico e «automatico» in merito.

Trattasi di una inversione di tendenza rispetto alla normativa precedente, che aveva visto confrontarsi orientamenti sovente contrapposti (nel senso della incompatibilità, ad esempio, si veda il T.A.R. Lombardia, Brescia, 19/12/2016, n. 1757, che si contrappone al TAR Lazio, Latina, 23/5/2017 n. 325<sup>2</sup>).

Ciò detto, anche con la nuova formulazione del comma 4, resta fermo il principio per cui 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.

Come osservato da subito in giurisprudenza<sup>3</sup>, la *ratio* di tale disposto è ravvisabile nella evidente e generale finalità del legislatore di evitare che uno dei componenti della Commissione, proprio per il fatto di avere svolto in precedenza attività strettamente correlata al contratto del cui affidamento si tratta, non sia in grado di esercitare la delicatissima funzione di giudice della gara in condizione di effettiva imparzialità e di terzietà rispetto agli operatori economici in competizione tra di loro.

**«Ai sensi del nuovo testo dell'art. 77, comma 4 (successivo al Decreto 56/2017) «La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.»»**

Il principio di imparzialità dei componenti del seggio di gara va, in altri termini, declinato nel senso di garantire loro la cd. *virgin mind*,

ossia la totale mancanza di pregiudizio nei riguardi dei partecipanti alla gara stessa (pregiudizio che può essere agevolmente rintracciato allorché la predisposizione, da parte del Presidente della Commissione di gara, addirittura delle c.d. regole del gioco possa influenzare la successiva attività di arbitro della gara).

Questo secondo periodo del comma 4, non interessato dal Correttivo, rappresenta a ben vedere un'evoluzione di quanto previsto dal comma 4 dell'art. 84, del previgente D.lgs. n. 163/2006 in quanto estende al Presidente della Commissione la causa di incompatibilità dello svolgimento di altro incarico o funzione in relazione al contratto oggetto della gara, che il vecchio Codice prevedeva nei soli confronti dei commissari diversi dal Presidente<sup>4</sup>.

2. V. TAR Latina cit.: «La mancata esclusione del presidente dalla regola prevista dall'articolo 77 implica chiaramente che il r.u.p. non possa essere componente della commissione nemmeno quale presidente e quindi il superamento della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del soppresso codice degli appalti; non è d'altro lato condivisibile il rilievo secondo cui la nuova regola del comma 4 sarebbe destinata ad operare solo dopo l'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2, dato che essa è formulata in termini generali ed è pertanto immediatamente efficace anche nel regime transitorio delineato dal comma 12 dell'articolo 77 (con il quale è compatibile); nella fattispecie quindi il r.u.p. – che è il soggetto che ha formulato la *lex specialis* – illegittimamente ha svolto l'ufficio di presidente della commissione;». Nel senso della piena vigenza della norma si veda anche Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 31 ottobre 2017 n. 5100.

3. TAR Puglia Lecce, sez. II, 29/6/2017 n. 1074.

4. Sul punto si veda il Parere A.N.AC. 18/1/2017 n. 27 Commissione di gara - Conflitto di interessi.

## 2. II «dietro front» dell'ANAC

Nell'ambito delle Linee Guida n. 3/2016 (par. 2) – nella versione precedente al Correttivo - l'ANAC aveva ritenuto il ruolo di RUP incompatibile, «di regola», con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice). L'Autorità aveva, tuttavia, sin da allora fatto salve «*le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza*».

In tal modo l'Autorità intendeva smorzare il rigore dello schema iniziale di Linee Guida, in modo da tener conto delle osservazioni della giurisprudenza e – in special modo – del parere del Consiglio di Stato sul detto schema (n. 1767 del 2/8/2016).

Il Supremo Giudice amministrativo, interpellato dalla stessa ANAC, aveva, infatti, rilevato come l'interpretazione iniziale dell'ANAC – secondo cui l'incarico di RUP era da ritenersi incompatibile con quello di commissario - fosse estremamente restrittiva e riproduttiva dell'articolo 84, comma 4 del previgente Codice, in relazione al quale la giurisprudenza aveva già avuto modo di evidenziare l'esigenza di tenere un approccio di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP (in proposito il Consiglio di Stato richiama la sentenza della sezione V, n. 1565/2015)<sup>5</sup>.

E' con l'approvazione del Correttivo e delle richieste di chiarimenti pervenute tuttavia che

**«Le valutazioni richieste sul punto alle stazioni appaltanti dovranno attenersi alle attività effettivamente svolte dal RUP nell'ambito della specifica procedura di gara. Il RUP non può ricoprire il ruolo di Presidente della commissione, essendo tale posizione riservata ad un commissario esterno ex art. 77, comma 8, del Codice».**



l'Autorità abbandona l'orientamento sino ad allora tenuto procedendo - con la delibera dell'11 ottobre 2017 n. 1007 - ad una formale revisione delle menzionate Linee guida n. 3/2016.

Nel nuovo testo (par. 2.2), non compare infatti più la clausola sulla incompatibilità del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara e di presidente della

commissione giudicatrice, invece presente nella versione originaria.

La ragione della omissione è naturalmente da rinvenirsi nell'innovazione introdotta all'art. 77, comma 4, secondo cui, ferma restando l'incompatibilità tra il ruolo di commissario e lo svolgimento di altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto da affidare, la possibilità della nomina del RUP a membro delle commissioni di gara va valutata con riferimento alla singola procedura.

A conferma ed ulteriore precisazione del nuovo orientamento ANAC vale rileggere la Relazione illustrativa alle nuove Linee Guida<sup>6</sup>: «*Le valutazioni richieste sul punto alle stazioni appaltanti dovranno attenersi alle attività effettivamente svolte dal RUP nell'ambito della specifica procedura di gara.*

*Si ribadisce che il RUP non può ricoprire il ruolo di Presidente della commissione, essendo tale posizione riservata ad un commissario esterno per espressa previsione dell'art. 77, comma 8, del codice».*

5. In riferimento al vecchio Codice, la giurisprudenza tendeva ad orientamenti restrittivi nell'interpretare l'art. 84 (cfr. TAR Calabria sez. I 6/4/2017 n. 603; Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 93/2017 del 23.01.2017; Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 1040 del 27 giugno 2016).

6. V. Relazione illustrativa - Linee Guida n. 3/16 Aggiornate al d.lgs. 56/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017 <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/determinazioni/2017/relazione.det.linee.guida.n.3.2017agg.pdf>

### 3. Le prime reazioni della giurisprudenza

Il tema della incompatibilità tra ruolo di RUP e ruolo di commissario di gara è stato di recente affrontato dal TAR Veneto (sentenza del 31/10/2017 n. 973) e dal Consiglio di Stato (sentenza del 22/11/2017 n. 5436).

Il TAR viene adito su iniziativa del concorrente - secondo in graduatoria - il quale contesta la legittimità della aggiudicazione definitiva per presunta

violazione degli articoli 77 e 78 D.Lgs n. 50/2016 e presunta illegittimità della composizione della Commissione di gara.

Al Giudice amministrativo preme innanzitutto sgombrare il campo da ogni possibile equivoca interpretazione del nuovo comma 4, statuendo che, a seguito della modifica intervenuta con il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, la nuova formulazione dell'art. 77, comma 4, del Codice è tale da escludere la figura del RUP dalla generale incompatibilità prevista nel medesimo comma 4 (secondo cui «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.»). Difatti, il legislatore ora prevede, al contrario, che «La nomina del RUP a

membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.».

Alla luce di tale innovazione normativa, evidenzia il TAR, non devono infatti ritenersi più applicabili le Linee Guida adottate dall'ANAC del 26 ottobre 2016 n. 3 cit., che prevedevano l'incompatibilità

nei confronti del RUP sulla base della precedente versione del citato articolo 77, comma 4, del Codice (anteriore al Correttivo) e di un certo orientamento giurisprudenziale.

**«A seguito delle modifiche introdotte all'art. 77 del Codice dal Decreto n. 56/2017, il ruolo del RUP non è da ritenersi ex se incompatibile con quello di commissario di gara: l'eventuale incompatibilità va dimostrata caso per caso dal ricorrente (TAR VENETO n. 973/2017)».**

In ogni caso, - prosegue il Giudice amministrativo -, anche durante il vigore delle citate Linee Guida venivano fatte comunque salve «le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza» tra il ruolo di RUP e quello di commissario o presidente della Commissione giudicatrice (art. 2.2.7) consentendo, quindi, in ultima analisi una possibile nomina del RUP a membro della Commissione di gara.

**«Il Correttivo del 2017 non rende più applicabili le Linee Guida ANAC n. 3 del 26 ottobre 2016 "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni" nella versione originaria che precludeva al RUP la presenza in commissione di gara (TAR VENETO n. 973/2017)».**

Tale clausola di salvezza - osserva il TAR - confermava l'attenzione della Autorità per quel filone giurisprudenziale - richiamato nel citato parere del Consiglio di Stato del 2.8.2016 n. 1767 - secondo

cui occorrerebbe considerare - accanto ai legittimi principi di trasparenza e imparzialità dei procedimenti di gara (che impediscono la presenza nelle commissioni di gara di coloro che abbiano

7. Le Linee Guida cit. prevedevano difatti che "Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza".

svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto<sup>8</sup>) – le circostanze del caso concreto che pongono il RUP di fatto in una situazione di conflitto di interesse.

L'incompatibilità in questa prospettiva dovrebbe riguardare effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta e non potrebbe più riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (è quanto già affermato dal Consiglio di Stato, nelle sentenze 25 luglio 2011, n. 4450 e 28 febbraio 2014, n. 942); al contempo, di tale presunta incompatibilità deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità (Consiglio di Stato, sez. V, 23.3.2015, n. 1565<sup>9</sup>).

Facendo leva su tali basi giurisprudenziali, la recente sentenza del TAR Veneto respinge pertanto la censura del ricorrente fondata sulla presunta

incompatibilità del RUP, rilevando che:  
 - non è stata offerta, nel caso di specie, la concreta dimostrazione dell'incompatibilità, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla Commissione di gara;  
 - non è stata fornita, nel caso di specie, alcuna prova circa gli elementi concreti da cui scaturirebbe una eventuale situazione di incompatibilità, con

riferimento al soggetto in questione, tra i compiti del RUP e quelli di presidente della Commissione di gara, non essendo al riguardo sufficiente la mera circostanza che la medesima persona sia anche direttore dell'ente che ha indetto la procedura d'appalto.

Segue di poco la pronuncia del TAR Veneto quella del Consiglio di Stato (sentenza n. 5436/2017 cit.), a cui viene posta, invece, la questione se vi sia compatibilità tra le funzioni di Presidente della Commissione di gara e quelle di RUP o di dirigente del settore cui

competete approvare gli atti della procedura selettiva: la risposta è positiva.

Il Collegio non si discosta sul punto dal consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui, ai sensi dell'art. 107, comma 3, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, tra le attribuzioni dirigenziali, figurano espressamente anche quelle concernenti: a) «la

presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso»<sup>10</sup>.

Viene respinta così la doglianza prospettata dal ricorrente con cui era stata denunciata l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in quanto assunti da un soggetto che rivestiva sia la qualità di

**«L'incompatibilità del RUP va dimostrata caso per caso, non essendo sufficiente, ad esempio, una mera coincidenza tra il ruolo di RUP e quello di direttore dell'ente che ha indetto la procedura d'appalto»**

**«Vi è compatibilità tra le funzioni di Presidente della Commissione di gara e quelle di RUP o di dirigente del settore cui compete approvare gli atti della procedura selettiva (Consiglio di Stato n. 22/11/2017 n. 5436)».**

8. Consiglio di Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191; 14 giugno 2013, n. 3316; sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438; 29 ottobre 2010, n. 9577.

9. La sentenza richiama, su questo punto, la precedente giurisprudenza del TAR. Veneto (Sez. I, 7 luglio 2017, n. 660).

10. Cfr. Consiglio di Stato, V, 20 novembre 2015, n. 5299; 27 aprile 2012, n. 2445 e 18 settembre 2003, n. 5322.

Presidente della commissione di gara, sia quella di dirigente preposto al settore a cui si riferiva l'appalto, assommando, così, su di sé, la posizione di «controllore» e di «controllato».

Nello stesso senso, e ancora prima nel tempo, è la sentenza del Consiglio di Stato del 21 giugno 2017 n. 3029, che si era addirittura, senza mezzi termini spinta a statuire che *«nessuna disposizione di legge sancisce l'incompatibilità tra la funzione di responsabile unico del procedimento di gara e la presidenza della commissione giudicatrice della stessa ... né l'appellante è stato in grado di individuarne alcuna.»*

#### 4. Conclusioni

Il Decreto Correttivo – se non in via testuale, comunque in forza di una interpretazione logico-sistemica – fornisce valido supporto normativo all'orientamento giurisprudenziale (come quello del TAR Veneto qui commentato) che ritiene compatibili il ruolo di RUP e quello di commissario di gara.

In via cautelativa quindi gli operatori non possono che far riferimento a tale ultima interpretazione che, d'accordo con autorevole dottrina, può definirsi «mediana» tra l'impostazione radicale dell'ANAC – che ha ritenuto il RUP incompatibile – e la corrente giurisprudenziale più «sostanziale», sopra menzionata, che collega l'incompatibilità ad un giudizio da svolgersi caso per caso tenendo conto delle funzioni che effettivamente il RUP viene a gestire<sup>11</sup>.

Il quadro – apparentemente chiaro nel testo delle sentenze più recenti – resta tuttavia basato su una previsione normativa che, sul piano applicativo, potrebbe divenire di complessa attuazione, rimettendo le valutazioni sul punto alle stazioni appaltanti sulla base delle attività effettivamente svolte dal RUP nell'ambito della specifica procedura di gara.

Valutazioni che restano naturalmente suscettibili di contestazione in giudizio da parte del concorrente che le ritenga lesive dei principi di imparzialità e di assenza di conflitto di interessi nella composizione della commissione di gara, proprio perché non ancorate a criteri oggettivi né a fattispecie univoche e ben identificate dalla normativa e/o dalla prassi.

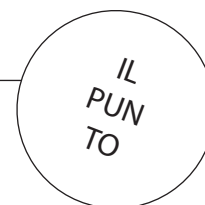
Optare per l'una o per l'altra soluzione (compatibilità o incompatibilità) potrebbe, come ben noto, costare agli operatori l'annullamento dell'intera gara o, comunque, all'annullamento delle relative singole fasi vizzate da una eventuale illegittima composizione della commissione ogni qualvolta il ricorrente sia in grado di provare la incompatibilità del RUP nella specifica procedura. Per tale ragione sarebbe opportuna una migliore formulazione della norma da parte del legislatore o quantomeno – ove si intenda persistere in tale «presunzione» di incompatibilità del RUP – una specificazione dei casi tipici di incompatibilità come guida per le stazioni appaltanti.

11. Cfr. S. USAI, Cautele (e motivazione adeguata) nella nomina del RUP in commissione di gara, La Gazzetta degli Enti Locali 14/11/2017.



# La determinazione a contrattare nel nuovo codice dei contratti

di Stefano Usai



## Premessa

La determinazione a contrattare – richiamata nell'articolo 32, comma 2 del codice dei contratti - costituisce l'atto gestionale propedeutico all'avvio di ogni procedimento di acquisto di beni/lavori/forniture/concessioni etc, di competenza dell'organo burocratico attributario – per status come nel caso del dirigente o per provvedimento sindacale (nei comuni privi di dirigenti) – di poteri dirigenziali che consentono di impegnare l'ente verso l'esterno. Mentre la proposta di determina compete al RUP.

Si tratta di un provvedimento la cui adozione è imposta dalla norma – per gli enti locali vale quanto disposto dall'articolo 192 del decreto legislativo 267/2000 – e di atto che deve

precedere ogni procedimento di impegno di spesa ed in specie, per ciò che in questa sede interessa trattare, di affidamento. Compresa, evidentemente, le procedure derogatorie e le fattispecie semplificate (di cui all'articolo 36 del codice) che hanno preso il posto delle acquisizioni in economia (l'ANAC, in particolare, ritiene che

la determina in parola debba precedere anche l'indagine di mercato).

L'atto in argomento deve essere adottato anche nel caso dell'affidamento diretto con la precisazione che, nel caso di specie, potrà coincidere con la determina di impegno di spesa e di affidamento della commessa.

In questo senso può essere letta la modifica apportata al comma 2, dell'articolo 32 del codice dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017 in tema di determinazione a contrarre semplificata.

**L'adozione della determina a contrattare è imposta dalla norma – per gli enti locali vale quanto disposto dall'articolo 192 del decreto legislativo 267/2000 – che deve precedere ogni procedimento di impegno di spesa.**



Tale fattispecie è ammissibile sempre fatto salvo che il RUP non voglia predisporre due atti, il primo per la prenotazione di impegno di spesa che indica il procedimento da seguire ed i

soggetti e/o il modo con cui verranno espletate le consultazioni mentre il secondo si sostanzierà nell'impegno definitivo e nell'affidamento diretto.

Si deve evidenziare che tale modus operandi, ultimo descritto, è in realtà quello più corretto dal punto di vista contabile.

### 1. La rilevanza della determinazione

La determinazione a contrattare o a contrarre è fondamentale anche, se non soprattutto, perché con la stessa viene "prenotata" la risorsa finanziaria che verrà utilizzata per "pagare" la prestazione/fornitura/lavoro acquisiti. La necessità della determinazione a contrattare si impone, evidentemente, anche nelle procedure telematiche del sotto soglia comunitario od nel caso di adesione al mercato delle convenzioni. In questa fase, l'aspetto peculiare che si pone è quello di comprendere se la determinazione debba essere adottata in fase preventiva all'escussione dei mercati virtuali o si possa procedere alla sua formalizzazione dopo la verifica dell'esperibilità dei procedimenti telematici piuttosto che dell'appalto tradizionale.

Il momento relativo all'atto in parola, pertanto, si pone quale fase ineliminabile del procedimento amministrativo contrattuale e si situa, in specie, nell'ambito della c.d. fase pre-pubblicistica ovvero nella fase tutta interna (alla stazione appaltante) della procedura di affidamento.

Fase che coinvolge la programmazione, da intendersi *in primis* con riferimento agli atti generali classici della contabilità fino agli atti specifici come nel caso dei lavori con i due livelli di programmazione obbligatoria – piano triennale ed annuale esecutivo – e l'introdotta – dal decreto legislativo 50/2016 – programmazione obbligatoria per le forniture e per i servizi ex articolo 21 del nuovo codice. Questa programmazione, come noto, ora rinviata al 2018.

Fase pre-pubblicistica che prosegue con quella pubblicistica vera e propria che, per completezza, continua e si conclude nel momento della stipula del contratto.

Dopo la stipula del contratto prende avvio la fase disciplinata da norme di diritto comune relativa, in specie, a tutta la fase esecutiva del contratto ed al destino di questo.

L'intensità ed il rilievo della determinazione in parola risultano ben evidenti soprattutto negli enti

locali – soggetti al decreto legislativo 267/2000 – in cui l'atto in argomento viene associato alla prenotazione della risorsa necessaria assegnata al responsabile del procedimento di spesa necessaria per la copertura economica dell'acquisizione.

Inoltre, "l'aggancio", attraverso la determina e la prenotazione dell'impegno, alla risorsa finanziaria impone – negli enti locali – il rispetto di altre regole di finanza pubblica quali il nuovo principio del pareggio del bilancio la cui dinamica non può non essere sconosciuta al RUP che si occupa del procedimento dell'affidamento (secondo quanto previsto dal comma 8 dell'articolo 183 del decreto legislativo 267/2000 come modificato dalla decretazione della contabilità armonizzata).

### 2. La funzione della determinazione a contrattare secondo l'Autorità anticorruzione

L'ANAC, anche in seguito a quanto emerso durante le consultazioni sulla linea guida in tema di procedimento di affidamento del contratto nel sotto soglia comunitario, fornisce alcune indicazioni sulla determinazione a contrarre quale atto propedeutico ed indefettibile, a pena di illegittimità del procedimento contrattuale.

La determinazione trova un essenziale riferimento nel comma 2 dell'articolo 32 del nuovo codice dei contratti secondo cui "prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte". Per gli enti locali, il decreto legislativo 267/2000, nell'articolo 192, ne fornisce – come detto – una più chiara definizione come l'atto che, in sintesi, declina il programma e gli elementi del procedimento contrattuale.

Ulteriori precisazioni fornite dall'Autorità anticorruzione riguardano la circostanza che dall'atto in parola – o equivalente a seconda della stazione appaltante – prende avvio la procedura contrattuale il cui contenuto (amministrativo)

minimo è costituito

- a) dall'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare,
- b) dalle caratteristiche delle opere/beni/servizi che si intendono conseguire,
- c) dai criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte,
- d) dall'indicazione dell'importo massimo stimato dell'affidamento e dalla relativa copertura contabile,
- e) nonché dalle principali condizioni contrattuali.

Da notare che con la linea guida definitiva n. 3/2016 si è ulteriormente specificato che nella determinazione deve essere altresì chiarita quale è la procedura che si intenda "seguire con una sintetica indicazione delle ragioni".

**“La determinazione trova un essenziale riferimento nel comma 2 dell’articolo 32 del nuovo codice dei contratti secondo cui “prima dell’avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”.**



### **3. La determinazione a contrattare “semplificata”**

Già nella proposta di linea guida relativa agli acquisti sottosoglia comunitaria, secondo una considerazione che poi ha portato ad una importante modifica dell'articolo 32 ad opera del decreto legislativo correttivo n. 56/2017, si annota che nei casi in cui siano “certi il nominativo del fornitore e l'importo della fornitura, si può procedere a una determina a contrarre o atto equivalente che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta e il possesso dei requisiti di carattere generale”.

Oggettivamente, nel caso dell'affidamento diretto – che il codice consente nell'ambito dei 40 mila euro (art. 36, comma 2, lett. a)) – è sufficiente che il RUP predisponga per il dirigente/responsabile del servizio, per evidenti esigenze di semplificazione e celerità, un unico atto che funge al contempo

da determina di impegno di spesa e contestuale affidamento diretto. Come si anticipava, il comma 2 dell'articolo 32 del codice è stato implementato di un ulteriore periodo in cui il legislatore ora ammette la possibilità del RUP di predisporre una determinazione semplificata con il contenuto indicato dall'ANAC.

Non si ritenga superfluo sottolineare che la previsione, considerato che non modifica le norme della contabilità degli enti – neppure in modo implicito –, non risulta oggettivamente corretta considerato che le disposizioni in tema di impegno impongono la prenotazione ante affidamento anche per evitare eventuali debiti fuori bilancio.

Nel caso della specifica sulla determinazione semplificata, il RUP

è tenuto a procedere prima con l'affidamento (si pensi al procedimento sul MEPA ed anche alla trattativa diretta Consip) per poi, una volta perfezionato il contratto, procedere con l'adozione della determina che, a questo punto, conterrà direttamente un impegno di spesa (e non una semplice “prenotazione”).

A parere di chi scrive la disposizione dovrebbe essere rivista alla luce, appunto, delle norme e dei principi contabili.

### **4. La determina a contrattare per gli acquisti di importo (pari o) superiori ai 40 mila euro**

La necessità della previa adozione della determina a contrattare si pone in modo diverso nel caso in cui – per acquisti sopra i 40 mila euro – il RUP debba necessariamente attivare delle prelieve indagini di mercato finalizzate a compulsare il mercato per poi operare la scelta (anche attraverso il sorteggio)

degli operatori da invitare alla procedura negoziata. Secondo l'ANAC "le indagini di mercato sono 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".

Alla luce di ciò, in modo condivisibile, dovrebbe emergere che la determinazione a contrattare segua l'indagine di mercato, anzi questa appare propedeutica alla sua stessa adozione.

L'aspetto, che può ingenerare equivoci, emerge nel momento in cui nella linea guida vengono indicate le operazioni relative alla scelta degli operatori che concretamente devono essere invitati dal RUP alla competizione vera e propria.

In questo senso, sempre nel documento si legge che "una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto (...) sulla base dei criteri definiti nella determina a contrarre ovvero dell'atto equivalente".

Alla luce del passo riportato, sembra che la determina debba precedere anche l'indagine di mercato. La questione allora esige un chiarimento pratico-operativo nel senso che se l'indagine di mercato viene svolta attraverso un avviso pubblico – come la stessa ANAC suggerisce – è logico ritenere che i criteri di scelta debbano essere previamente conosciuti dagli operatori interessati.

Pertanto, tali criteri di scelta (ad esempio il sorteggio), che il RUP poi utilizzerà per scegliere gli operatori da invitare, dovranno essere indicati già nell'avviso pubblico.

Inoltre, l'avviso dovrà risultare completo dei contenuti che la stessa linea guida ben evidenzia. La determinazione, invece, dovrà essere predisposta ed adottata nel momento in cui il

RUP procederà agli inviti e quindi alla formalizzazione delle regole/requisiti di partecipazione, cause di esclusione, eventuale previsione della verifica dell'anomalia (o esclusione automatica laddove consentito), sistema di aggiudicazione della commessa ed importo dell'affidamento.

#### 5. La determina a contrattare e la motivazione

Secondo l'articolo 3 della legge 241/90, anche la determinazione a contrarre esige un adeguato supporto motivazionale.

Nel caso di specie, della determinazione che avvia un procedimento di acquisizione, la motivazione si desume quasi *in re ipsa* per il fatto stesso di procedere all'acquisizione di una prestazione.

Più delicati sono gli aspetti "motivazionali" in relazione agli obblighi e vincoli procedurali imposti dalla recente legislazione *spending review*.

In tema è bene precisare che l'esigenza della motivazione si impone in modo sostanziale e pregnante nel momento in cui maggiormente ci si discosta dai procedimenti ordinari (sul punto si tornerà più avanti).

Si pensi alla circostanza relativa al rapporto stazione appaltante/convenzioni Consip o delle centrali di committenza.

La determina a contrattare rappresenta, pertanto, l'atto che sintetizza le varie esigenze sottese all'appalto e, soprattutto, contiene l'indicazione chiara della procedura di affidamento suggerita dal RUP nell'ambito di quelle previste dal codice dei contratti.



Nell'acquisizione di servizi e forniture (in specie nel sopra soglia comunitario) gli enti locali non sono obbligati ad aderire alle convenzioni, ma nel caso in cui queste siano presenti i prezzi e le condizioni tecniche devono essere posti a base di gara se la stazione appaltante non intende aderire ai predetti. Quanto detto a pena di nullità ex art. 1, comma 1 della legge 135/2012.

Considerazioni analoghe occorre ribadire in relazione (in questo caso) all'obbligo per la p.a. di procedere con l'acquisizione di beni e servizi nel sottosoglia attraverso il mercato elettronico.

Nel caso in cui non sia reperibile il bene/servizio richiesto, la relativa determina a contrattare che consente l'avvio dell'acquisizione nel mercato tradizionale dovrà essere adeguatamente motivata. E sulla verifica circa la presenza e l'intensità della motivazione, si impone il controllo da parte del responsabile del servizio finanziario, considerato che in assenza – ed in caso di violazione delle disposizioni che impongono l'acquisto presso una delle forme di mercato elettronico – il contratto è nullo.

#### **6. La decisione di adottare una determinata procedura di acquisizione**

La determina a contrattare rappresenta, pertanto, l'atto che sintetizza le varie esigenze sottese all'appalto e, soprattutto, contiene l'indicazione chiara della procedura di affidamento suggerita dal RUP nell'ambito di quelle previste dal codice dei contratti.

Oltre ai vari richiami ben esplicitati anche dall'ANAC, come sopra detto, e nell'articolo 192 del decreto legislativo 267/2000 – valido per gli enti locali

ma tranquillamente utilizzabile da ogni stazione appaltante – la determinazione dirigenziale rappresenta l'atto che approva la legge di gara nel senso che approva i vari atti/documenti classici della procedura.

In particolare il bando, il disciplinare/capitolato ed ogni atto tecnico che si intenda porre in gara.

Tra le particolari indicazioni che l'atto deve contenere importanti sono quelle relative alla suddivisione in lotti dell'appalto (laddove oggettivamente e tecnicamente possibile) e la clausola sociale.

Nel caso in cui queste non risultino utilizzabili, oggettivamente, il RUP dovrà indicare nell'atto in commento adeguata motivazione.

Allo stesso modo occorrerà comportarsi in relazione alla scelta del criterio di aggiudicazione. Come noto, il nuovo codice dei contratti non pone sullo stesso livello il minor ribasso ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma esprime una forte preferenza per quest'ultimo.

Ovviamente insistono casi in cui il criterio del minor prezzo è utilizzabile – si pensi al sotto soglia laddove non sia presente intensa manodopera – ciò nonostante il legislatore pretende che il bando, ma prima ancora la determinazione a contrattare risulti adeguatamente motivata la decisione del RUP di suggerire il criterio del prezzo più basso.

Da ultimo occorre evidenziare la questione della pubblicità. La determinazione a contrarre – o se si preferisce, il contenuto -, dovrà risultare chiaramente "esposto" nella sezione della trasparenza della stazione appaltante (ai sensi dell'articolo 29 del codice dei contratti).



# I vincoli impliciti alla circolazione delle quote di partecipazione della società di progetto **affidataria di una concessione in project financing. Primi orientamenti.**

Nota a margine della sentenza del Consiglio di Stato della Sez. III 15/11/2017 n. 5294

di Giuseppe Totino

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Era il 18 novembre del 1998 quando, con la legge n. 415 recante "Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici", venne introdotto nel tessuto ordinamentale italiano il c.d. project financing all'interno della Legge Quadro sui lavori pubblici c.d. Merloni (L. 109/94).

Da allora si sono susseguiti importanti e cospicui interventi normativi tesi ad armonizzare e conformare al meglio uno strumento giuridico di origine anglosassone il cui scopo è quello di agevolare l'afflusso di capitali privati nel mercato delle infrastrutture di interesse pubblico.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 5294/2017

oggi in commento ha iconicamente sottolineato come *"in linea generale, il tema della finanza di progetto implica la soluzione di questioni molto complesse sul piano giuridico, funzionale, amministrativo, economico e processuale, anche perché solo adesso stanno venendo al pettine molte problematiche finanziarie, gestionali ed operative di precedenti esperimenti di project financing"*.

In altri termini, a distanza di quasi un ventennio, sono ancora molteplici le zone d'ombra, le difficoltà d'interpretazione sistematica di un plesso normativo che, come asserito dallo stesso Consiglio di Stato *"non appare di grande chiarezza sistematica, e si presta ad interessate interpretazioni ondivaghe"*.

Ingeneroso sarebbe, d'altro canto, tacere di

superficialità il legislatore, così scaricando ogni responsabilità sul primo potere dello Stato, dal momento che la disciplina codicistica di tale fenomenologia giuridica, come oggi quasi del tutto inalterata presente anche nel D.Lgs. 50/16, è figlia della necessità di individuare un bilanciamento di interessi e valori tra una duplicità di principi di medesimo rango.

In relazione, poi, alla circolazione delle quote di partecipazione alla società veicolo concessionaria di lavori pubblici, a fronte del generale principio di libera circolazione dei diritti rappresentativi della partecipazione al capitale di società, il legislatore si è trovato ad affrontare il tema dei limiti alla cedibilità delle quote della società di progetto e concessionario pubblico, in un quadro di temperamento di principi generali conformanti la fattispecie: la libertà imprenditoriale di cui la libera circolazione dei titoli ne è espressione derivativa ed il divieto di cessione del contratto pubblico, quale specchio del principio di immodificabilità soggettiva dell'aggiudicatario di un contratto pubblico.

Tale è la lente attraverso la quale andrebbe letta la norma di cui al penultimo ed ultimo periodo del terzo comma dell'art. 184 D.Lgs. 50/2016 (di seguito "Codice"), identica nel suo tenore letterale a quanto stabiliva dapprima l'articolo 37 quinquies della L. 109/94 e dell'art. 156 del vecchio Codice dei

Contatti: secondo cui "Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti

*per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento."*

### 1. Il quadro normativo

In via preliminare appare opportuno fornire una visione complessiva del contesto giuridico-legale in cui si inserisce la disciplina della circolazione delle azioni o quote del concessionario di lavori pubblici badando ai caratteri essenziali della disciplina legale della società di progetto.

Ai sensi dell'art. 184 del Codice la società di progetto è una società all'uopo costituita dall'aggiudicatario, sotto forma di una società

per azioni o a responsabilità limitata anche consortile, che subentra a titolo originario nel contratto pubblico di concessione in virtù di una specifica disposizione di legge, con il precipuo compito di realizzare e/o gestire l'infrastruttura o il servizio di pubblica utilità oggetto dell'affidamento assentito.

Il bando può anche prevedere che la costituzione di tale società sia obbligatoria per l'aggiudicatario. In questo modo la nuova società di progetto così costituita diventa la

**Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento."**



concessionaria dei lavori pubblici oggetto della gara subentrando, quindi, all'aggiudicatario in tutti i suoi rapporti con l'amministrazione concedente senza che ci sia bisogno di un'ulteriore autorizzazione o approvazione da parte della stessa.

La principale peculiarità di tale società risiede nella funzione cui essa è asservita, caratterizzata da uno specifico scopo: quello di poter sviluppare esclusivamente rapporti giuridici ed economici che siano destinati e funzionalmente collegati alla realizzazione del progetto, espressamente indicato nell'oggetto sociale.

La società di progetto diviene quindi "camera di compensazione" delle molteplici attività ed istanze necessarie per la realizzazione del progetto, strumento operativo verso cui si indirizza una canalizzazione dei flussi finanziari (attivi e passivi) dipendenti dal progetto, vincolandoli nella loro destinazione.

In virtù della costituzione di tale società, si attua una separazione societaria del patrimonio degli operatori economici che hanno concorso a fornire i requisiti per l'aggiudicazione della concessione e che in concreto realizzeranno i lavori e gestiranno l'opera, da quello della stessa società di progetto, "scatola vuota" a volte priva di dipendenti. In tal modo si concretizza quel c.d. *ring fencing*, il cui scopo è quello di mantenere distinta l'operazione economico-finanziaria finalizzata alla realizzazione del progetto dalla responsabilità patrimoniale personale dei singoli soci del veicolo societario. Sotto altra ottica, ciò permette, inoltre, di fornire la garanzia principe prestata in favore dei finanziatori del veicolo societario, attraverso la sottoscrizione di specifici impegni assunti dal concessionario con la stipula di appositi documenti finanziari, cioè quella che i ricavi ottenuti dalla gestione del progetto saranno devoluti

La società di progetto diviene quindi "camera di compensazione" delle molteplici attività ed istanze necessarie per la realizzazione del progetto, strumento operativo verso cui si indirizza una canalizzazione dei flussi finanziari (attivi e passivi) dipendenti dal progetto, vincolandoli nella loro destinazione.



prioritariamente al rimborso dei finanziamenti erogati dai finanziatori dell'opera.

Pertanto, se da un lato il veicolo societario si atteggia a strumento giuridico utile per la realizzazione di una operazione economico finanziaria secondo le logiche del *project financing*, dall'altro, la società di progetto è pur sempre un concessionario di lavori pubblici, soggetto titolare di un contratto pubblico, selezionato tramite procedura ad evidenza pubblica, dotato di specifici requisiti di idoneità per eseguire i lavori necessari per la realizzazione dell'opera (e la sua successiva gestione).

E' proprio tale veste "pubblicistica" di cui si ammantava a cagione della natura dell'opera da costruire e gestire che giustifica i limiti alla libera alienabilità delle quote societarie del veicolo previsti dalla legge; è dunque l'affidamento pubblico di cui è portatore che permette la deroga ai principi generali di rango civilistico posti dal terzo comma dell'art. 184 del Codice, in coerenza col principio di specialità che governa il Codice dei Contratti Pubblici, rispetto al Codice Civile.

## 2. L'istituto come delineato nella prassi

Come evidenziato in premessa, il penultimo periodo del terzo comma disciplina la cessione delle quote della società, ai sensi del quale il contratto di concessione ne stabilisce le modalità. Sono posti però alcuni limiti al riguardo dalla norma in esame. Infatti i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione devono in ogni caso continuare a partecipare nella società e "garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario fino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera."

Infine, l'ultimo comma dell'art. 184 del Codice stabilisce che le banche e altri investitori istituzionali che non hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono entrare nel capitale sociale della società o smobilitare le partecipazioni in qualunque momento.

E' necessario premettere che sul tema non si è ancora affermata una interpretazione di rango giurisprudenziale - di cui la sentenza oggi in commento ne è uno primo filone -, tuttavia si rintracciano invece alcuni pareri emanati da parte dell'allora Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

Nella deliberazione del 19 novembre 2009 (AG – 32/09), con riferimento alla cessione delle quote della società di progetto, l'Autorità ha spiegato che uno degli aspetti primari su cui occorre indagare è l'identificazione, a contrario, della categoria dei soci cui è consentita alienare liberamente le proprie azioni anche prima dell'emissione del certificato di collaudo dell'opera, dal momento che l'allora vigente art. 156 del vecchio Codice, vieta espressamente ai soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione (i c.d. soci qualificanti) a cedere le proprie partecipazioni prima di tale data, mentre le banche e gli altri investitori istituzionali possono fare ingresso nel capitale della società in qualunque momento.

La ragione dell'accostamento tra soci minori e istituti finanziari trova fondamento nella circostanza, invero del tutto indimostrata, che i soci minori facciano parte della compagine della società di progetto al solo fine, al pari delle banche, di fornire le fonti di finanziamento essenziali per poter realizzare il progetto.

Ad avviso della dottrina maggioritaria, condivisa dalla stessa Autorità, non essendoci un divieto espresso da parte del legislatore, i soci non qualificanti dovrebbero poter cedere in tutto o in parte le proprie partecipazioni in qualsiasi momento, a meno che non ci sia una diversa previsione contrattuale nella convenzione di concessione.

Di converso, è l'obbligo imposto ai soci qualificanti

di restare nella compagine societaria per tutta la durata dell'esecuzione dei lavori sino all'emissione del certificato di collaudo che funge da garanzia di buono e tempestivo adempimento delle obbligazioni nascenti dalla concessione.

Un secondo punto su cui l'Autorità si è interrogata è quello relativo alla eventuale possibilità per i soci qualificanti di alienare una parte delle loro quote di partecipazione, anche prima dell'emissione del certificato di collaudo.

La formulazione letterale della norma, in effetti, lascia ampi spazi ermeneutici sul punto.

Assume poi rilevanza anche la deliberazione dell'Avcp del 24 ottobre 2012 (AG 20/12) in cui l'Autorità si esprime in ordine alla possibilità di derogare al divieto di cessione delle quote di una società di progetto prima dell'emissione del certificato di collaudo, nel caso in cui tale alienazione sia connessa alla cessione di un ramo d'azienda. Prima di entrare nel merito della questione sottoposta alla sua attenzione, l'Autorità fa notare che in base a due sue precedenti deliberazioni, quella del 17 gennaio 2007 n. 4 e la sopra analizzata AG 32/09, si ritiene violato il divieto di cessione delle quote di partecipazione da parte dei soci qualificanti solo in caso di alienazione integrale, mentre una mera riduzione della quota sarebbe astrattamente percorribile.

In base alle medesime deliberazioni si ribadisce che la *ratio* del divieto in esame è quella di conservare l'interesse dell'amministrazione alla permanenza dei requisiti di qualificazione, che sono la principale assicurazione della buona e tempestiva esecuzione dell'opera pubblica, e ciò spiega anche l'aspetto temporale del divieto che è valido solo fino al collaudo.

Al riguardo si può osservare che il legislatore abbia trovato un cd. punto di caduta nel bilanciamento tra il principio della libera circolazione dei beni e l'interesse dell'amministrazione concedente alla corretta esecuzione, prescrivendo a tal scopo un divieto, che è però limitato sia sotto il profilo soggettivo, perché valido solo per alcune categorie di soci, sia sotto il profilo temporale, dal

momento che esso opera solo fino all'emissione del certificato di collaudo, che, dimostrando il corretto adempimento del contratto, toglie rilevanza all'immodificabilità del socio qualificante.

Una diversa interpretazione della norma di cui all'odierno art. 184 del Codice, che contempra un divieto assoluto della cessione delle quote dei soci qualificanti di una società di progetto, rischierebbe di essere in contrasto non solo con il principio generale del nostro ordinamento della libera circolazione dei beni ma anche con la *ratio* stessa sottesa alla previsione in parola.

### **3. La sentenza del Consiglio di Stato della Sez. III n. 5294 del 2017. Un approccio restrittivo**

In un contesto ermeneutico possibilista che sembrerebbe ammettere una relativa libertà di cessione delle quote, anche prima dell'emissione del certificato di collaudo attraverso l'escamotage del ricorso alla fattispecie della cessione del ramo d'azienda contestuale alla cessione delle quote, il Consiglio di Stato mostra, dal canto suo, di aderire ad una interpretazione maggiormente restrittiva.

Partendo dall'analisi dell'apparato normativo del vigente Codice in tema di modifiche soggettive del concessionario e delle relative norme comunitarie sottolinea come una modifica fin dall'art. 43 Dir. 2014/23/UE, il venir meno dei soci qualificanti e designati a titolo proprio come esecutori delle prestazioni, integra una fattispecie di "modifica soggettiva della concessione" che, tuttavia, non comporta automaticamente l'indizione di una nuova gara per il ri-affidamento della stessa.

Pertanto, secondo il dettato normativo europeo, non è preclusa a priori una modifica soggettiva del concessionario.

L'art. 175, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, tra le differenti ipotesi di modifica successiva della concessione, prevede, tra le altre fattispecie, il caso di cui alla lett. d, n. 2) per cui, al concessionario iniziale possa succedere, anche in via particolare, un nuovo soggetto a seguito di ristrutturazioni

societarie, acquisizioni o insolvenza, "purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente".

Continua il Consiglio di Stato come a chiusura del sistema si prevede al comma 7, lett. d) che, in tutti gli altri casi "se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)" la modifica della concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata "sostanziale", il che implica la sua decadenza e l'espletamento di una nuova procedura.

Pertanto – a detta del Consiglio di Stato – è evidente che, in tale ipotesi, l'autonomia gestionale del concessionario incontra il limite procedimentale del potere-dovere dell'amministrazione concedente di verificare la sussistenza o meno dei predetti presupposti previsti dalla legge sulla base di valutazioni che non sono solo ancorate alla discrezionale considerazione dei profili soggettivi connessi con la situazione, dell'interesse pubblico alla salvaguardia dello standard dei servizi ed al rispetto dei presupposti previsti dalla predetta disciplina comunitaria.

Con la cessione, e l'acquisto delle quote della società di progetto da parte di terzi, non possono infatti aggirarsi i presidi posti dall'Unione europea a tutela della concorrenza e della qualità dei servizi pubblici.

In tale direzione, quindi, l'art. 184, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 (che riprende identicamente le precedenti disposizioni di cui al successivo comma 1-ter dell'art. 37-quinquies della L. n. 109/1994 ed all'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006), non ha affatto introdotto una norma speciale per cui, dopo il collaudo, sarebbe arbitrariamente consentita la modificabilità dei soci selezionati con gara, e quindi autorizzata l'indiscriminata sostituzione degli operatori individuati inizialmente all'esito della procedura di gara per la gestione dei servizi con nuovi soggetti.

Al contrario si tratta di un'ipotesi totalmente



differente come è evidente, all'ultimo periodo con cui si dispone che: "L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento".

Nel contesto complessivo del comma (che concerne la responsabilità solidale, le garanzie bancarie e assicurative, la garanzia finanziaria per il buon adempimento, ecc.) emerge chiaramente che il precetto ha un mero rilievo ai fini esclusivamente finanziari, in quanto autorizza la circolazione dei capitali impiegati dai soci finanziatori, escludendo invece espressamente che - con l'uscita di coloro che avevano concorso a formare i requisiti per la qualificazione tecnica dell'aggiudicatario originario - possano per tale via modificarsi gli assetti societari e l'esecuzione delle prestazioni.

#### 4. Conclusioni

Seppur non esplicitamente, il Consiglio di Stato sottolinea quale sia l'elemento dirimente circa la corretta interpretazione della norma che consente la cessione delle quote dopo l'emissione del certificato di collaudo: la natura dei requisiti che il socio ha conferito per la qualificazione.

Il Consiglio di Stato nell'affermare che la norma in commento "non ha affatto introdotto una norma speciale per cui, dopo il collaudo, sarebbe arbitrariamente consentita la modificabilità dei soci selezionati con gara, e quindi autorizzata l'indiscriminata sostituzione degli operatori

individuati inizialmente all'esito della procedura di gara per la gestione dei servizi con nuovi soggetti", sottolinea come la norma sia riferibile ai soli soci che hanno concorso a formare i requisiti di esecuzione delle opere.

Si asserisce chiaramente che i soggetti che hanno concorso a formare i requisiti con riguardo alla qualificazione per l'erogazione dei servizi oggetto di concessione, non soggiacciono al limite temporale di incedibilità delle proprie quote fino all'emissione del certificato di collaudo, dovendo invece trovare applicazione il principio generale espresso dall'art. 175.

Pertanto, evidenziando la specialità della portata della norma recata al terzo comma dell'art. 184, se per quanto concerne i soci della società di progetto che hanno

concorso a formare i requisiti per eseguire i lavori oggetto di concessione vige il limite dell'emissione del certificato di collaudo, approvato il quale, i soggetti costruttori possono, in totale libertà imprenditoriale, svincolarsi dal contratto pubblico a mezzo di una mera cessione delle quote, atteso che l'interesse pubblico alla corretta esecuzione delle prestazioni di costruzione risulti soddisfatto con il collaudo dell'opera, così ammettendo una deroga al principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente e di cessione del contratto, medesimo ragionamento non appare spendibile per quanto concerne i soggetti che saranno poi deputati all'erogazione dei servizi oggetto di concessione.

Tali soggetti saranno tenuti, al contrario di soci costruttori, a garantire la propria presenza all'interno della compagine della società di progetto per tutta la durata del contratto al fine di garantire la buona e tempestiva esecuzione dei servizi,

L'art. 184, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 (che riprende identicamente le precedenti disposizioni di cui al successivo comma 1-ter dell'art. 37-quinquies della L. n. 109/1994 ed all'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006), non ha affatto introdotto una norma speciale per cui, dopo il collaudo, sarebbe arbitrariamente consentita la **modificabilità dei soci selezionati con gara**, e quindi autorizzata l'indiscriminata sostituzione degli operatori individuati inizialmente all'esito della procedura di gara per la gestione dei servizi con nuovi soggetti.

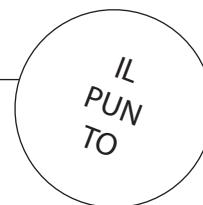


ritrovando, quindi, espansione il principio generale di immodificabilità soggettiva dell'affidatario e del connesso divieto di cessione del contratto, principio derogabile esclusivamente facendo ricorso alla cessione delle quote, anche prima dell'emissione del certificato di collaudo, all'interno di una operazione societaria straordinaria che presuppone la previa verifica della sussistenza dei requisiti previsti in gara da parte della stazione appaltante.

Non sarà di certo l'ultima sentenza sul punto questa oggi in commento dal momento che la stessa, avendo stabilito contestualmente in punto di giurisdizione che spetta al Tribunale Amministrativo la definizione esclusiva della legittimità, o meno, dell'affidamento dell'esecuzione e delle quote a terzi con l'evidenza pubblica, perché non è una questione meramente contrattuale di carattere patrimoniale.

# Genesi delle riserve nel settore degli appalti pubblici di lavori. Riserve contabili ed amministrative

di Armando Lamantia



## Premesse

L'accordo bonario è la procedura, di cui ci si è precedentemente occupato, prevista dall'art. 205 del d.lgs 50/2016 (che in parte ricalca quanto già previsto nel vecchio codice degli appalti ex art. 240 del d.lgs 163/2006), volto a definire in via stragiudiziale le contestazioni sollevate dall'impresa esecutrice dell'appalto nell'esecuzione dei lavori.

Siffatte contestazioni nel campo della contrattualistica degli appalti pubblici di lavori prendono il nome di "Riserve".

## 1. Riferimenti normativi

Già il Regolamento sulla contabilità lavori di al Regio Decreto 25 maggio 1895 n. 350 disciplinava agli artt. 22 e 23 le "riserve" dell'impresa. Nel recente passato la Legge n.109/94 (meglio conosciuta come Legge Merloni) e precisamente l'art. 31-bis disciplinava l'istituto "in parola" dettandone tempi e modalità. Nel contesto attuale si è detto dell'art. 205 del Nuovo Codice; ma tale norma detta la disciplina dell'accordo bonario e quindi della procedura identificando i soggetti coinvolti con i relativi compiti: il Direttore dei lavori unitamente al RUP (ovvero l'Esperto se nominato) da una parte e l'impresa appaltatrice dall'altra.

L'art. 205 impone alle parti di tentare la conciliazione al fine di evitare l'insorgenza di un vero e proprio contenzioso giudiziale. Pertanto l'accordo bonario costituisce uno strumento stragiudiziale di risoluzione delle controversie e tecnicamente costituisce condizione di procedibilità dell'azione legale la quale non può essere promossa se non dopo l'esperimento della via stragiudiziale.

La specifica norma, tutt'ora in vigore, è quella degli artt. 190/191 del d.p.r. n.207/2010 i cui principi cogenti non potranno essere disattesi da alcun atto di regolazione. Il legislatore, sin dal Regio decreto di cui sopra, ha avvertito la necessità di disciplinare tempi e modalità di ogni contestazione che possa insorgere durante la fase esecutiva imponendo, allo stesso tempo, la regola della pregiudizialità della via stragiudiziale rispetto quella giurisdizionale. L'art. 191 del d.p.r. 207/2010 stabilisce: le riserve sono iscritte a pena di decadenza sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'esecutore. In ogni caso, sempre a pena di decadenza, le riserve sono iscritte anche nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole. Le riserve non espressamente confermate sul conto finale si intendono abbandonate.

Prima di entrare nel merito di quelle che sono le cause frequenti di "Riserve" e quindi nella loro classificazione classica di "Riserve contabili" e "Riserve amministrative"; occorre evidenziare gli adempimenti che l'esecutore è tenuto a rispettare al momento in cui decide di formularle.

## 2. Oneri a carico dell'impresa esecutrice

Qualora l'impresa esecutrice dei lavori ravvisasse l'opportunità di iscrivere riserve sugli atti contabili, ha l'onere della c.d. *tempestività* vale a dire, come imposto dalla norma di cui all'art. 191 del d.p.r. n.207/2010, è tenuta a iscrivere le riserve al momento in cui il fatto pregiudizievole si verifica. Così, per esempio, se al momento della firma della contabilità (stato avanzamento lavori), l'impresa intenda contestarne le misure, dovrà farlo immediatamente non potendosi differire al Sal successivo la contestazione pena la decadenza. Il rispetto di siffatte tempistiche determina l'onere della c.d. *tempestività* delle riserve: il che significa che le "riserve" prima che fondate devono essere tempestive. Oltre la tempestività vi è un altro onere a carico dell'impresa esecutrice che è quello di *confermare* sul conto finale (documento contabile che chiude l'appalto) tutte le riserve

già formulate fino a quel momento. Pertanto unitamente al principio della tempestività vi è quello della conferma che va fatta sul conto finale. Ove, infatti l'esecutore, dopo avere iscritto delle riserve durante l'esecuzione dell'appalto, non le confermasse sul conto finale; le riserve verrebbero considerate decadute e quindi abbandonate.

La legge impone all'impresa appaltatrice che ha, per qualunque ragione, formulato delle "Riserve" l'onere di confermarle nella loro interezza sul Conto-fine dell'appalto pena la decadenza; la regola risponde all'esigenza inderogabile di garantire il principio della certezza nei rapporti giuridici tra le parti: la "ratio" è facilmente identificabile e consiste nell'interpretare il silenzio dell'impresa esecutrice come volontà, sia pure implicita, di fare decadere tutte le contestazioni fatte.

## 3. Oneri a carico della stazione appaltante

L'apposizione di "Riserve" non solo impone il rispetto di forme e tempistiche a carico dell'impresa esecutrice dei lavori; il cui mancato rispetto ne determina l'inammissibilità ovvero la decadenza sul piano del diritto vivente. Al tempo stesso la formulazione di "Riserve" fa nascere in capo alla stessa stazione appaltante, in qualità di Committente, alcuni oneri.

In particolare, così come si ricava dalla lettura dell'art. 205 del D.lgs. 50/2016 con specifico riferimento ai ruoli di Direttore dei lavori e di Rup (Responsabile della procedura). Analizziamo, quindi, quali sono gli oneri a carico della stazione appaltante a seguito di iscrizione delle riserve, sia a carico del Direttore dei lavori che a carico del Rup.

Il primo (D.L.) è tenuto sia ad informare il secondo (Rup) della iscrizione di riserve da parte dell'esecutore dei lavori ed ha l'onere di inviare, nel più breve tempo possibile le sue controdeduzioni che tecnicamente vengono chiamate *riservate*; il Rup ha invece l'onere, appena ricevuto la notizia di formulazione di riserve, di valutare l'ammissibilità e fondatezza delle stesse: per la verità, la norma usa un'espressione (un po' infelice) parlando di: ammissibilità e di non manifesta infondatezza.

Pertanto la formulazione di "Riserve" se non fa nascere (come ovvio) l'obbligo, a carico del Committente di accoglierle, fa nascere, invece, il dovere di esaminarle per tentare attraverso la procedura di accordo bonario la loro composizione in via stragiudiziale e ciò al fine di scongiurare l'insorgere di un vero e proprio contenzioso che potrebbe arrecare maggiori oneri economici sia alla stessa stazione appaltante che all'impresa esecutrice.

#### 4. Riserve contabili

Nella prassi è consolidata, nell'ambito delle "Riserve", la suddivisione in: *riserve contabili* e *riserve amministrative*. Per riserve contabili si intendono le riserve che hanno per oggetto la contestazione di misure e classificazione dei lavori; si definiscono *contabili* proprio perché l'impresa contesta le risultanze contabili che il Direttore dei lavori ha predisposto sul singolo stato avanzamento dei lavori.

Così, per esempio, l'impresa potrebbe contestare i mq (metri quadri) di una determinata categoria di lavoro la cui misurazione, a giudizio dell'esecutore dei lavori, non è corretta in quanto non rispondente all'eseguito: Ancora la contestazione può riguardare, non la misurazione, quanto la classificazione della singola categoria. Così, per fare un esempio, l'impresa esecutrice, pur trovandosi d'accordo sulla misurazione, potrebbe, invece, ritenere che sia non corretta la classificazione indicata dal Direttore dei lavori sulla contabilità: per esempio potrebbe obiettare di non trattarsi di scavo a sezione libera ma di altra natura come scavo a sezione obbligata. Ovviamente l'imputazione di una differente categoria di lavoro determinerebbe l'applicazione di un prezzo differente.

Al momento che il Direttore dei lavori presenta la contabilità con indicazione di tutte le lavorazioni eseguite sino a quel momento; l'impresa se accetta firma per accettazione e quindi senza riserva; in caso contrario, ove ritenesse che le misurazioni siano, per esempio, non corrette, firmerà la contabilità con riserva proprio per manifestare il suo dissenso. Nei successivi quindi giorni dalla

data in cui firmi "con riserva" dovrà esplicitare le riserve indicando le cifre e l'importo che ritiene gli siano riconosciuti. Come precisato sopra, sarà compito del Direttore dei lavori informare il Rup dell'esistenza delle riserve, inviandogli nel più tempo possibile, le "riservate" affinché il Rup, possa, a sua volta, procedere ad una disamina delle stesse con un giudizio finale sulla loro fondatezza ovvero infondatezza.

Le "*Riserve contabili*" rappresentano le cause, più frequenti, di riserve in considerazione del fatto che attengono alla contabilità dei lavori e quindi al cuore dell'appalto; esse accedono per lo più laddove l'appalto è "a misura" e cioè in quell'appalto dove il corrispettivo è legato alle quantità effettivamente eseguite in cantiere dall'impresa. Talvolta la contestazione può riguardare la formazione dei c.d. "*nuovi prezzi*"; situazione che si configura laddove, in seguito a varianti, la stazione appaltante decidesse di effettuare nuove lavorazioni non contemplate nel contratto di appalto procedendo, all'uopo, alla formazione di nuovi prezzi.

#### 5. Riserve amministrative

Accanto alle "*riserve contabili*" che, come detto, costituiscono una delle cause frequenti di "riserve", ve ne sono altre che hanno una natura non contabile ma "amministrativa". Le *riserve amministrative*, diversamente da quelle contabili, non investono fatti contabili bensì fatti e/o circostanze temporali che incidono sfavorevolmente sulla conduzione dei lavori. Si pensi, per esempio, alle avverse condizioni meteorologiche; circostanze che nulla hanno a che fare con la contabilità, ma che possono incidere creando un pregiudizio economico all'impresa appaltatrice. Occorre, tuttavia, dire a questo proposito, che nel computare i tempi contrattuali il Committente è tenuto, in sede di progetto, a considerare un quid di giorni di avversità di tipo meteorologico ma ovviamente si tratta di previsioni meramente indicative.

Ma sicuramente nel novero delle "*riserve amministrative*" un fattore importante occupa la sospensione dei lavori; una sospensione dei lavori disposta dalla stazione appaltante, sebbene



sia inizialmente legittima, può, ove si protrae "sine die", diventare illegittima e provocare delle contestazioni. Potrebbe verificarsi che, ove disposta una sospensione dei lavori, alla stessa non faccia seguito in tempi ragionevoli la ripresa dei lavori e pertanto l'impresa in sede di verbale di ripresa dei lavori potrà, eventualmente, formulare delle "riserve amministrative" per chiedere i danni da minore produzione.

Di solito questo tipo di riserve "amministrative" vengono titolate: *riserve per prolungato vincolo contrattuale*. Si pensi al caso di un appalto, la cui durata contrattuale era stata fissata in un anno, e successivamente per effetto di una o più sospensioni, il termine contrattuale venga ad essere dilatato finendo per alterare il programma dei lavori. Ovviamente anche per tali riserve; i danni saranno riconosciuti per intero ovvero in parte, laddove siano ravvisabili "colpe" della stazione appaltante ora riconducibili ad un carente livello progettuale ora, invece, attribuibili ad una scarsa collaborazione con l'impresa esecutrice. Il contratto di appalto è un contratto a prestazioni corrispettive e bilaterali, a fronte del quale la stazione appaltante, quale creditore di ricevere la prestazione a carico dell'impresa esecutrice, è tenuta a creare le condizioni perché a sua volta l'impresa, quale soggetto debitore nel fornire la prestazione, possa adempiere. Il contratto d'appalto non rientra nei contratti c.d. aleatori come i contratti di borsa; tipico contratto finanziario dove il soggetto investitore assume l'alea del rischio dell'evento legato alle oscillazioni del mercato.

L'esperienza ci insegna che, mentre è elevata la percentuale di definizione bonaria delle "riserve contabili", tale percentuale scende sensibilmente con riferimento alle "riserve amministrative". Le prime non necessitano di complesse e delicate indagini istruttorie, potendo risolversi in un più attento riesame della contabilità che va condotta in contraddittorio tra le parti per correggere, per esempio, eventuali errori nella elaborazione della contabilità. Le seconde e cioè le *riserve amministrative* rispetto quelle contabili, richiedono, invece, una complessa e delicata istruttoria e non sempre la sede stragiudiziale può risultare

idonea. Non sempre le stesse Parti in gioco: Direzione dei lavori e Rup da un lato ed impresa esecutrice dall'altro riescono a quadrare i conti in considerazione della peculiarità dell'oggetto del contendere la cui soluzione, spesso, richiede specifiche competenze anche sul piano giuridico in senso stretto. tendenzialmente, quindi, "le riserve amministrative" trovano composizione nella sede giudiziale innanzi ai Tribunali e con l'ausilio di Periti nominati dagli stessi Organi giudiziari: circostanza che attesta, ancor più, la delicatezza della materia del contendere. I Tribunali, infatti, sono soliti nominare Periti (CTU) in considerazione della peculiarità degli argomenti da trattare la cui soluzione richiede, appunto, specifiche quanto elevate competenze tecniche che il Giudice acquisisce facendo ricorso alla nomina di un Perito attraverso CTU (consulenza tecnica di ufficio).

#### 6. Riferimenti Giurisprudenziali

Una Decisione del Tribunale di Roma: n.18077/2014, Sez.2, a fronte di un giudizio promosso contro una stazione appaltante in relazione alla maggiore durata dei tempi contrattuali, accogliendo sia pure in parte le richieste risarcitorie, ha statuito che: *i maggiori oneri conseguenti alla maggiore durata dell'appalto devono essere riconosciuti anche in relazione ai casi, oltre che di negligenza della S.A., in cui la protrazione dei tempi sia riconducibile a ragioni non riferibili all'appaltatore per il fatto stesso che i maggiori tempi vanno ad alterare il sinallagma contrattuale.*

La Sentenza ha riconosciuto una lesione del diritto in presenza di fatti che comportano uno slittamento significativo dell'originario tempo di ultimazione dei lavori e questo non possa essere imputabile all'impresa esecutrice dei lavori.

Le controversie insorte durante la procedura di gara possono essere risolte con il ricorso a ANAC così come previsto dall'art. 211 del Nuovo codice degli appalti che, tuttavia, circoscrive l'ambito alla sole contestazioni *insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara* con esclusione, quindi, di quelle insorte in un momento successivo e cioè nella fase esecutiva della commessa.

La preclusione consistente nell'impossibilità di ricorrere a ANAC anche per le questioni insorte nella fase esecutiva del contratto costituisce, senz'altro, un limite e per alcuni versi una contraddizione "in termini" attesa la funzione ed il ruolo assegnato all'Autorità nel campo degli appalti pubblici: *vigilanza* in primis. Si potrebbe, tuttavia, e con una qualche forzatura di interpretazione, ricorrere a ANAC anche per questa tipologia di controversie, utilizzando lo strumento dell'*esposto*. Attraverso siffatto strumento le parti potrebbero chiedere a ANAC quale sia la corretta procedura da seguire e con quali strumenti tecnici risolvere il conflitto ma l'Autorità potrebbe declinare la propria competenza ritenendosi incompetente in considerazione del *momento* in cui la controversia si è verificata e cioè fuori dalla procedura di gara.

Per dovere di informazione ci sono stati in passato casi in cui AVCP (deliberazione n. 63 Adunanza del 22 giugno 2011) ha ritenuto di dare linee guida alla soluzione delle controversie anche se l'intervento ANAC era stato effettuato con riferimento ad un appalto di grande impatto come la c.d. "nuvola" dell'Architetto Fuksas per la realizzazione del Nuovo Centro Congressi EUR in Roma: un appalto di svariati milioni di euro con committente Eur spa di Roma dove si è registrato un significativo sfioramento dei tempi contrattuali.

In particolare AVCP si era limitata a rilevare come la procedura di definizione del contenzioso fosse risultata non conforme alle disposizioni dell'art. 240, comma 5 del d.lgs. n.163/2006, stante che la procedura era stata definita senza l'acquisizione da parte del Rup delle relazioni *riservate* del Direttore dei lavori. Anche nell'attuale contesto normativo di cui al d.lgs. 50/2016, l'art. 205 prescrive che il Direttore dei lavori, in presenza di riserve iscritte dall'impresa esecutrice qualunque ne sia la causa, trasmetta le c. d. *Riservate* al Rup.

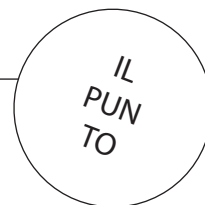
## 7. De jure condendo

Certamente sarebbe auspicabile da parte del legislatore un ripensamento per potere estendere l'istanza di precontenzioso, oggi prevista dall'art. 211 per le sole contestazioni nella fase della procedura di gara, anche alle contestazioni insorte nella fase esecutiva del contratto stante la funzione di Organo regolatore del mercato degli appalti pubblici in capo a ANAC la quale, senza entrare nel merito delle singole "riserve", potrebbe indicare alle parti gli elementi giuridici e normativi sulla scorta dei quali potere dirimere la controversia insorta in costanza di lavori.

Auspichiamo, quindi, che da parte del legislatore vi possa essere un ripensamento o che la stessa ANAC attraverso un proprio regolamento possa aprire la strada in tal senso, sia pure pensiamo nei limiti di cui si è detto; tale possibilità potrebbe costituire un argine, in un'ottica deflattiva del contenzioso, al frequente ricorso innanzi ai Tribunali e le parti, con l'assistenza di legali e tecnici specializzati nella materia, potrebbero risolvere bonariamente la controversia in tempi e con costi contenuti lasciando ai Tribunale la soluzione delle controversie più complesse.

# Le Agenzie di stampa e di informazione. Modalità di individuazione secondo il Codice degli Appalti ed il parere Anac a salvaguardia del pluralismo dell'informazione

di Beatrice Corradi



## **1. Presupposti normativi utilizzati nell'affidamento di servizi giornalistici**

In base alla legge 15 maggio 1954, n. 237 e al disposto dell'art. 55, co. 24 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, l'affidamento dei servizi giornalistici e informativi alle agenzie di stampa è sempre stato disposto, dapprima a trattativa privata (art. 7, co. 2 lett. b) d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157), e in seguito a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara (art. 57, co. 2 lett. b) d.lgs. 12 aprile 2006, n.163).

Infatti il legislatore, ed in ogni caso come inteso dalle Amministrazioni, aveva espressamente ricondotto la fattispecie alla trattativa privata «qualora per motivi di natura tecnica, artistica o per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'esecuzione dei servizi possa venire affidata unicamente a un particolare prestatore di servizi».

Le previsioni normative sopra richiamate hanno costituito la base giuridica di affidamenti disposti a favore di più agenzie di stampa, al fine di garantire il pluralismo dell'informazione.

Le previsioni normative hanno costituito la base giuridica di affidamenti disposti a favore di più agenzie di stampa, al fine di garantire il pluralismo dell'informazione.

Le agenzie sono state per decenni individuate sulla base di criteri quali: l'organizzazione e la dimensione aziendale, il numero di giornalisti e dipendenti impiegati, il numero di sedi sul territorio nazionale, il numero di ore e giorni di trasmissione, eventuali sedi all'estero e rapporti di collaborazione con agenzie estere ed eventuali certificazioni del sistema di qualità.

In base alla legge 15 maggio 1954, n. 237 e al disposto dell'art. 55, co. 24 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, l'affidamento dei servizi giornalistici e informativi alle agenzie di stampa è sempre stato disposto, dapprima a trattativa privata (art. 7, co. 2 lett. b) d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157), e in seguito a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara (art. 57, co. 2 lett. b) d.lgs. 12 aprile 2006, n.163). Infatti il legislatore, ed in ogni caso come inteso dalle Amministrazioni, aveva espressamente ricondotto la fattispecie alla trattativa privata «qualora per motivi di natura tecnica, artistica o per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'esecuzione dei servizi possa venire affidata unicamente a un particolare prestatore di servizi».

I criteri appena elencati sono stati ulteriormente dettagliati per cui, a partire dal 2016, i requisiti minimi richiesti alle agenzie di stampa, dalla Presidenza del Consiglio, sono stati definiti: n. 50 giornalisti a tempo indeterminato, esclusivo e a tempo pieno, n. 3 sedi sul territorio nazionale; n. 15 ore di trasmissione al giorno per sette giorni a settimana; n. 500 lanci giornalieri; abbonamenti a titolo oneroso a 30 testate con copertura di 10 regioni. (Per il 2016 tali requisiti potevano essere posseduti anche in forma associata, mentre dal 2017 per ciascuna agenzia).

Tale ultima direttiva è stata poi oggetto di ricorso da parte della procedura attivata per l'anno 2016.

A partire dal 2016, i requisiti minimi richiesti alle agenzie di stampa dalla Presidenza del Consiglio

sono stati: n. 50 giornalisti a tempo indeterminato, esclusivo e a tempo pieno, n. 3 sedi sul territorio nazionale; n. 15 ore di trasmissione al giorno per sette giorni a settimana; n. 500 lanci giornalieri; abbonamenti a titolo oneroso a 30 testate con copertura di 10 regioni.

## 2. Il Nuovo Codice degli Appalti ed il d.lgs. 50/2016

Il Dlgs.50/2016 all'art. 63 ("Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara"), co. 2 lett. b) prevede che tale sistema è utilizzabile «quando i lavori, le forniture o i servizi potevano 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.

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non era il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto».

La giurisprudenza ha, sull'argomento, assunto un orientamento costante e ha evidenziato che «incombe sull'Amministrazione l'onere di verificare, attraverso un'approfondita ricerca di mercato, l'effettiva unicità della proposta pervenuta» e che «l'affidamento di un servizio a trattativa privata non può giustificarsi solo in virtù del possesso di una privativa industriale, atteso che questa può legittimare una limitazione concorrenziale solo se sia in grado di connotarsi in termini di esclusiva funzionale, e cioè se venga in rilievo un prodotto con caratteristiche tecniche infungibili, non surrogabili da tecnologie alternative in grado di assicurare le medesime funzionalità» (Cons. Stato Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837, che confermava T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 14 gennaio 2011, n. 63; v. anche T.A.R. Liguria Sez.

II, 2 febbraio 2011, n. 191).

Le disposizioni che prevedono affidamenti diretti devono essere correttamente interpretati in senso restrittivo, qualificandosi la norma come eccezione all'obbligo di affidamento secondo procedura concorrenziale, negandola ogni qualvolta sussista spazio per poter esperire procedura comparativa» (T.A.R. Umbria Perugia Sez. I, 4 dicembre 2015, n. 558; T.A.R. Veneto Sez. I, 4 ottobre 2010, n. 5267).

Ciò premesso, appare evidente che i presupposti applicativi delle norme in materia di affidamenti diretti non si conciliano con l'esigenza manifestata dall'Amministrazione richiedente di affidare il servizio necessariamente a più operatori economici, attraverso la definizione di criteri selettivi tesi a selezionare le agenzie idonee allo scopo.

La peculiarità della procedura posta in essere in genere da tutte le Amministrazioni sta proprio nella necessità di garantire il fondamentale principio del pluralismo dell'informazione.

Le Amministrazioni, in particolare il caso della Presidenza del Consiglio, operano da sempre una selezione rivolta a tutte le agenzie a diffusione nazionale. Ciò ha condotto, nella pratica, alla stipula di contratti con numerose agenzie di stampa.

La peculiarità della procedura posta in essere in genere da tutte le Amministrazioni sta proprio nella necessità di garantire il fondamentale principio del pluralismo dell'informazione.

Le Amministrazioni, in particolare il caso della Presidenza del Consiglio, operano una selezione rivolta a tutte le agenzie a diffusione nazionale. Ciò ha condotto alla stipula di contratti con numerose agenzie di stampa.

### 3. La direttiva del 19 giugno 2015 del Sottosegretario di Stato con delega in materia di informazione ed editoria. Le centrali di committenza

La direttiva in argomento nello stabilire i requisiti minimi più stringenti, non fa alcun riferimento a un numero massimo di contraenti: è possibile stipulare contratti con tutti i soggetti in possesso dei requisiti richiesti, sulla base tuttavia di una «valutazione dettagliata dell'offerta giornalistica, per accertarne la congruità in relazione alle esigenze dell'amministrazione».

Si evidenzia infatti che l'art. 3, co.1 lett. i) del d.lgs. 50/2016 definisce centrale di committenza «un'amministrazione aggiudicatrice che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie».

L'art. 37, comma 3 prevede che "le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica".

L'art. 37, co. 7 circoscrive le funzioni delle centrali di committenza alle attività di aggiudicazione degli appalti, stipula ed esecuzione dei contratti per conto delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, stipula di accordi quadro ai quali le stazioni appaltanti qualificate possono ricorrere per l'aggiudicazione dei propri appalti, e gestione di sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici.

**Nell'ambito della funzione di acquisto di servizi giornalistici e informativi delle agenzie di stampa per le Amministrazioni centrali dello Stato, la Presidenza del Consiglio dei ministri, riveste il ruolo di Amministrazione capofila, in quanto acquista i servizi predetti a favore delle Amministrazioni.**



Nell'ambito della funzione di acquisto di servizi giornalistici e informativi delle agenzie di stampa per le Amministrazioni centrali dello Stato, la Presidenza del Consiglio dei ministri, riveste il ruolo



di Amministrazione capofila, in quanto acquista i servizi predetti a favore delle Amministrazioni.

Nell'ambito della funzione di acquisto di servizi giornalistici e informativi delle agenzie di stampa per le Amministrazioni centrali dello Stato, la legge attribuisce alla Presidenza del Consiglio dei ministri il ruolo di Amministrazione capofila, in quanto acquista i servizi predetti a favore delle Amministrazioni.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza cautelare n. 652/2016 nel ricorso proposto dall'agenzia AGV News s.r.l, ha rilevato che: «essa appare carente di motivazione in ordine ai nuovi requisiti, e che questi difettano di ragionevole proporzionalità, e che pertanto la direttiva stessa merita di essere riesaminata e approfondita, ed ha altresì evidenziato che «sussiste l'esigenza di assicurare l'effettività del pluralismo dell'informazione che deve orientare l'acquisto di servizi informativi e giornalistici da parte della P.A.».

#### **4. Il Parere Anac in ordine alla correttezza delle procedure**

Con nota acquisita al prot. n. 89144 del 7 giugno 2016, il Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alla correttezza delle procedure utilizzate al fine di acquisire i servizi indicati in oggetto, in considerazione dell'entrata in vigore del Nuovo Codice degli appalti d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Anac ha affermato, con Delibera n. 853 del 20 luglio 2016, che l'Amministrazione deve valutare se ricorrono i presupposti per far luogo a procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara e, nel caso di specie, il Dipartimento potrà valutare la possibilità di individuare lotti di gara distinti (ad esempio per materia o specializzazione, e utilizzare lo strumento dell'accordo quadro con più operatori economici).

Anac ha affermato, con Delibera n. 853 del 20

luglio 2016, che l'Amministrazione deve valutare se ricorrono i presupposti per far luogo a procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara e, nel caso di specie, il Dipartimento potrà valutare la possibilità di individuare lotti di gara distinti (ad esempio per materia o specializzazione, e utilizzare lo strumento dell'accordo quadro con più operatori economici).

Il Dipartimento individuerà preventivamente, dopo la valutazione dei fabbisogni, il numero massimo degli aggiudicatari; concepirà una procedura recante requisiti di partecipazione proporzionati con criteri di aggiudicazione che consentano la valutazione dettagliata dell'offerta.

L'Autorità nazionale anticorruzione - interpellata quale elemento di garanzia - auspica, inoltre, che nell'individuazione dei singoli lotti di gara sia consentita a tutti gli operatori del settore la più ampia partecipazione, nella doverosa salvaguardia del pluralismo dell'informazione e dei livelli occupazionali.

L'Autorità nazionale anticorruzione - interpellata quale elemento di garanzia - auspica, inoltre, che nell'individuazione dei singoli lotti di gara sia consentita a tutti gli operatori del settore la più ampia partecipazione, nella doverosa salvaguardia del pluralismo dell'informazione e dei livelli occupazionali.

Le imprese editoriali si sono misurate quindi con criteri oggettivi e trasparenti rispetto al mondo dell'informazione.

A salvaguardia del pluralismo dell'informazione ci saranno così, in caso di aggiudicazione di tutti i lotti, più agenzie di stampa fornitrici dei servizi per le amministrazioni dello Stato.

I lotti avranno caratteristiche qualitative e dimensionali differenziate; parimenti i requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti per concorrere per ciascun lotto saranno graduati e individuati in funzione delle caratteristiche dei servizi richiesti.

I requisiti tengono conto anche della necessità di acquisire servizi forniti da operatori con una piena

conoscenza della lingua italiana e del contesto del nostro Paese.

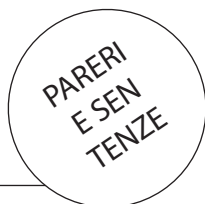
La partecipazione delle imprese di dimensioni minori sarà garantita sia dalla presenza di lotti di valore adeguato alle stesse, sia dalla possibilità di partecipare in forma associata.

La valutazione delle offerte, avverrà con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto quindi, oltre che dal prezzo, anche di aspetti qualitativi relativi alle caratteristiche del servizio offerto, all'esperienza del concorrente e alla composizione del gruppo di lavoro.

A salvaguardia del pluralismo dell'informazione ci saranno così, in caso di aggiudicazione di tutti i lotti, più agenzie di stampa fornitrici dei servizi per le amministrazioni dello Stato. I lotti avranno caratteristiche qualitative e dimensionali differenziate; parimenti i requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti per concorrere per ciascun lotto saranno graduati e individuati in funzione delle caratteristiche dei servizi richiesti.

I requisiti tengono conto anche della necessità di acquisire servizi forniti da operatori con una piena conoscenza della lingua italiana e del contesto del nostro Paese.

## Pareri & Sentenze



### **Consiglio di Stato, Sez. V, 4/12/2017, n. 5690**

*I chiarimenti auto interpretativi della stazione appaltante non possono modificare o integrare la documentazione di gara*

“Le informazioni rilasciate dall’Amministrazione in sede di chiarimenti hanno, quindi, una mera funzione di illustrazione delle regole già formate predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione delle condizioni di gara: sicché le regole della lex specialis vincolano rigidamente l’operato dell’Amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in forza del principio di tutela della par condicio dei concorrenti che sarebbe pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara nel corso della procedura. Sul punto è, invero, pacifico l’orientamento della giurisprudenza amministrativa il quale esclude che l’Amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della lex specialis della procedura. I chiarimenti sono infatti ammissibili soltanto nella misura in cui rivestano una finalità interpretativa, contribuendo, con un’operazione di mera ermeneutica del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la ratio; tale ammissibilità va invece esclusa allorquando, mediante l’attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, così violando il rigoroso principio del rispetto formale della lex specialis, posto a presidio dei principi di par condicio competitorum, nonché di legalità, trasparenza, buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 della Costituzione (in tal senso si veda Cons. St., III, 13 gennaio 2016, n. 74; Cons. St., III, 20 aprile 2015, n. 1993; Id., VI, 15 dicembre 2014, n. 6154). In tema di gare d’appalto le uniche fonti della procedura di gara sono, infatti, costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati...”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 22/11/2017, n. 5429***Avvalimento di garanzia e dichiarazione di impegno finanziario dell'impresa ausiliaria*

"...quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore ("avvalimento di garanzia"), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperenziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032; id., Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5038).

La recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23 ha formulato il principio di diritto secondo cui l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, in relazione all'art. 47, paragr. 2 della direttiva n. 2004/18/CE, vanno interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui una parte dell'oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c...."

**Consiglio di Stato, Sez. VI, 20/11/2017, n. 5331***Sulla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, al fine dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese*

"... la giurisprudenza (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 12/06/2012, n. 3428) ha evidenziato come la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, al fine dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese, si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, poiché esso non è dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimentale e carattere autoritativo, stante peraltro che l'impresa concorrente potrebbe ritenere non pregiudizievole dei propri interessi l'esclusione dalla specifica gara ma lesivi gli effetti connessi all'annotazione nel casellario informatico, non ricorrendone i presupposti di legge. Peraltro, va altresì ricordato come la segnalazione del provvedimento di esclusione all'Autorità di vigilanza e la conseguente annotazione costituiscano atti dovuti (cfr. ex multis sez. VI, 23/05/2012, n. 3002). ..."

**TAR Lombardia, Sez. IV, 10/11/2017, n. 2128***Contratti "ponte" come strumento alternativo all'utilizzo delle proroghe*

"...il comma 550 dell'art. 1 della legge 208/2015, stabilisce che i singoli contratti di approvvigionamento stipulati dal singolo ente non possono essere prorogati oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato

dalla centrale di committenza; si tratta però di una mera facoltà di proroga ("possono"), fra l'altro riferita a contratti in essere.....

Non esiste, quindi, alcuna norma di legge che imponga alle amministrazioni di prorogare i contratti scaduti in attesa dell'esito della gara indetta dalla centrale di committenza (...); si deve anzi ritenere che ogni amministrazione appaltante, nell'ambito della propria discrezionalità, possa provvedere nelle more all'approvvigionamento nelle forme consentite dall'ordinamento; quindi non solo mediante eventuali proroghe, ma anche attraverso la stipula di contratti "ponte" oppure, come nel caso di specie, avvalendosi della clausola di adesione, laddove il servizio o la fornitura risultino ad esempio economicamente più vantaggiosi."

#### **TAR Lazio, Sez. III-bis, 06/11/2017, n. 11031**

*Ammesso pagamento contributo ANAC anche dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte se si è provveduto alla registrazione presso i servizi informatici dell'Anac, AVCPass*

*"...la dimostrazione del pagamento del contributo costituisce, ex se, requisito di partecipazione e la sua mancanza è causa di esclusione, indipendentemente se tale adempimento sia previsto, o meno, nel bando di gara: è noto, infatti, il principio secondo cui le disposizioni imperative, quale quella che impone detto versamento a titolo di onere per la stessa partecipazione ad una pubblica gara, costituiscono parte integrante, anche per quanto attiene alla loro cogenza, del bando di gara, attesa la totale assenza di discrezionalità dell'amministrazione in ordine alla applicabilità ed efficacia"... per la legittima ammissione alla gara, il PassOE può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio), purchè il prerequisite fondamentale (cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'Anac, AVCPass) sia stato perfezionato. In caso contrario, ossia di registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non si ravvisano margini per procedere al soccorso istruttorio, perché non si tratta più di rendere ex novo, ovvero di integrare o regolarizzare ex post, una dichiarazione, ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge. (cfr. Tar Palermo, 15 gennaio 2016, n. 150.); ... nel caso di specie la ditta ricorrente aveva presentato il Passoe e la resistente, verificato il mancato versamento, aveva richiesto copia dell'attestazione, senza alcuna altra precisazione, sicchè a ragione la ricorrente riteneva che ciò estendesse la possibilità di sanatoria non solo alla produzione di un versamento già effettuato, ma anche al versamento stesso, pur se tardivo..."*

#### **Consiglio di Stato, Sez. III, 31/10/2017, n. 5034**

*"non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta"*

"Le questioni giuridiche sulle quali le parti dibattono sono essenzialmente due: 1) se l'art. 31, comma 8, del d.l. 69/2013, conv. in legge 98/2013, e l'art.7 del d.m. ottobre 2007, recanti previsioni inerenti al cosiddetto invito alla regolarizzazione, trovino applicazione anche nel caso in cui il DURC sia richiesto dalla stazione appaltante; 2) se il controllo d'ufficio e storico della regolarità contributiva da parte dell'amministrazione, senza possibilità di regolarizzazione in corso di gara, contrasti con la ratio ed il tenore dell'art. 45 della Direttiva 2004/18...l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 5/2016, ha chiarito



che ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. 69/2013, convertito con modificazioni dalla legge 98/2013, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, e restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, cit., può operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del Codice dei contratti, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto..."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 837 DEL 27 luglio 2017**  
**PREC 134/17/L**

*Sull'inammissibilità dell'avvalimento della certificazione di qualità*

"L'Autorità ha più volte ribadito di ritenere inammissibile l'avvalimento della certificazione di qualità, giacché questa non risulterebbe annoverabile tra i requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnico-organizzativa dell'operatore economico, ma sarebbe, invece, riconducibile a quei requisiti che, pur non essendo elencati nell'art. 38 del Codice (oggi dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016), sono connotati da un'intrinseca natura soggettiva, in quanto acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso (v., da ultimo, Delibera n. 120 del 10 febbraio 2016, nonché l'art. 2, comma 6 della "Proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento"); .... la Stazione appaltante, ancorché abbia escluso la società istante dalla gara de qua in virtù di un presupposto che non sembra trovare conferma nella documentazione acquisita, ovvero a causa di una asserita indeterminatezza del contratto di avvalimento, che, al contrario, appare contenere l'indicazione delle risorse e dei mezzi prestati in modo determinato e specifico, avrebbe comunque dovuto disporre l'esclusione sulla base del diverso presupposto, più sopra menzionato, dell'inammissibilità dell'istituto dell'avvalimento per le certificazioni di qualità"

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 790 DEL 19 luglio 2017**  
**PREC 17/17/S**

*"In caso di gara aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è legittimo l'operato della commissione giudicatrice che delibera di suddividere uno degli elementi di valutazione previsti dal bando in quattro sub-criteri"*

“... l’art. 95, comma 8, d.lgs. n. 50/2015, ai sensi del quale «i documenti di gara (...) elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi (...). Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti ove necessario, sub-criteri o sub-pesi o sub-punteggi»;

«Al fine di permettere ai concorrenti di presentare una proposta consapevole e alla commissione di gara di esprimere una valutazione delle offerte coerente con gli obiettivi della stazione appaltante (...) è assolutamente necessario che vengano indicati - già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento - i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte. Tali criteri devono essere almeno non discriminatori (...), conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese. Come indicato al comma 8 dell’art. 95 del Codice, può essere opportuno, specie qualora il criterio sia caratterizzato da più aspetti da valutare separatamente l’uno dall’altro, che lo stesso sia diviso in più sub criteri, ciascuno con il proprio sub punteggio» (Linee guida n. 2 recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, delibera n. 1005/2016);

«la Commissione giudicatrice, dopo la presentazione delle offerte di gara, non può immettere alcun elemento di specificazione dei criteri generali stabiliti dalla lex specialis ai fini della valutazione delle offerte, nemmeno attraverso una astratta simulazione di un percorso valutativo...è da ritenersi comunque illegittimo l’operato della Commissione giudicatrice che prima dell’apertura delle buste faccia in qualsiasi modo rimando, sia pur nell’intento di rendere più trasparente il giudizio demandatole, ai criteri motivazionali ai quali intenda ancorare il medesimo, se ed in quanto ad essi, sconosciuti alle ditte partecipanti, non è possibile fare riferimento al momento di formulazione delle offerte.

Nel caso di specie, dopo l’apertura delle buste B contenenti l’offerta tecnica, la Commissione ha suddiviso l’elemento di valutazione “A – Proposte miglioramento strutture cimiteriali” (max 20 punti) in quattro sub- criteri, a ciascuno dei quali ha attribuito il sub-punteggio massimo di 5 punti, e ha proceduto alla valutazione delle offerte sulla base di tali sub-criteri e non dell’unico criterio indicato nel disciplinare di gara rappresentato dal valore complessivo dichiarato degli interventi di miglioramento;”

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 684 DEL 28 giugno 2017**

**PREC 190/17/L**

*La previsione del disciplinare che attribuisce punteggio ai requisiti di qualificazione e per l’esecuzione, e quindi al possesso dell’attestazione di qualificazione quale elemento di valutazione dell’offerta, reca una commistione tra le caratteristiche oggettive dell’offerta e i requisiti soggettivi dell’impresa concorrente*

“VISTA la Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, che richiama l’art. 95, comma 6, laddove premette che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all’oggetto dell’appalto, e poi indica, a titolo esemplificativo, i possibili criteri da utilizzare, fra cui “e) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto”; la citata delibera specifica che «Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l’affidabilità dell’offerta o di valorizzare caratteristiche dell’offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell’offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente

la soglia richiesta per la partecipazione alla gara»;

CONSIDERATO che l'art. 95, co. 6 lett. e) d.lgs. 50/2016 prevede che possano essere considerati «le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», e non fa riferimento a personale dipendente;

RITENUTO che, nel caso di specie, la previsione del disciplinare che attribuisce punteggio ai "Requisiti di qualificazione per l'esecuzione delle strutture in legno", e quindi al possesso dell'attestazione di qualificazione nella categoria OS32 quale elemento di valutazione dell'offerta, reca una commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente;"

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 680 DEL 28 giugno 2017**

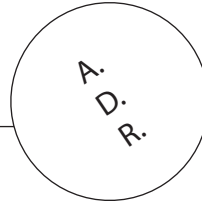
**PREC 165/17/L**

*Le modalità di svolgimento del sopralluogo devono garantire la par condicio ed il favor participationis*

"...rientra nella facoltà dell'amministrazione definire nella lex specialis le modalità di svolgimento del sopralluogo da parte dei concorrenti, al fine di poter organizzare la propria attività e di calendarizzare lo svolgimento delle operazioni di sopralluogo, in considerazione anche delle specifiche esigenze connesse ai luoghi interessati dall'appalto. Tale facoltà deve essere esercitata nel rispetto della par condicio e dell'anonimato dei partecipanti e contemperando i diversi interessi coinvolti: da un lato, assicurare la massima partecipazione alla gara, evitando di fissare date di sopralluogo troppo vicine alla data di pubblicazione del bando e, dall'altro, garantire un lasso di tempo dopo lo svolgimento del sopralluogo che possa considerarsi congruo per la formulazione dell'offerta, evitando di fissare date troppo vicine al termine finale per la presentazione della domanda (cfr. parere n. 153 del 23 settembre 2015);..."

# A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea  
e Liliana Simeone



## 1

**Se nella documentazione di gara la stazione appaltante specifica solo che la cauzione definitiva dovrà essere resa nella misura del 10% dell'importo offerto, come si comporta l'operatore che ha offerto un ribasso percentuale maggiore del 51%?**

Lo scopo della cauzione definitiva è quello di garantire l'adempimento da parte dell'aggiudicatario alle obbligazioni assunte. Mancando ulteriori indicazioni nella documentazione di gara, e assumendo che la procedura sia assoggettata al D.Lgs. 50/2016, l'art. 103 descrive puntualmente come determinare la cauzione definitiva "...Al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione del contratto nei termini e nei modi programmati in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al dieci per cento la garanzia da costituire è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento. Ove il ribasso sia superiore al venti per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al venti per cento..." maggiore è il ribasso percentuale maggiore sarà la cauzione definitiva.

## 2

**Cosa sono gli spazi finanziari e che rapporto hanno con la BDAP e la funzione di monitoraggio che svolge questa banca dati?**

Gli spazi finanziari sono degli strumenti di flessibilità del saldo di finanza pubblica degli enti che consentono di andare in deroga al vincolo di pareggio di bilancio permettendo di utilizzare l'avanzo di amministrazione o di contrarre ulteriore debito per realizzare investimenti sul territorio, senza pregiudicare il saldo annuale di competenza; per utilizzare gli spazi finanziari del 2017 gli enti possono aderire ai patti nazionali verticali o orizzontali, e alle intese regionali, verticali o orizzontali; la disciplina di riferimento è la legge di bilancio 2017, e il DPCM del 21.02.2017 n.21. Al fine di comprendere se l'utilizzo degli spazi finanziari possa produrre i risultati programmati, si è reso necessario monitorare l'impiego di tali risorse aggiuntive. Considerando che una componente significativa della spesa per gli investimenti è dedicata alle opere pubbliche, i cui dati sono ai sensi del D.Lgs 229/2011, già comunicati alla BDAP attraverso l'applicativo MOP, attraverso il medesimo sistema viene monitorato anche l'utilizzo degli spazi finanziari, da parte degli enti beneficiari. La mancata comunicazione dell'utilizzo degli spazi finanziari attraverso la Banca Dati comporterà il divieto di assunzione a tempo indeterminato finché non si porterà a termine la comunicazione.

### **3** Nelle fasi precedenti all'aggiudicazione, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di verificare le dichiarazioni rese dai concorrenti sull'assenza dei motivi di esclusione e sulla presenza delle condizioni di partecipazione alla gara?

Con Comunicato del Presidente del 08/11/2017 l'ANAC ha precisato che, ferma restando l'obbligatorietà del controllo sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto, nelle precedenti fasi della procedura, le stazioni appaltanti sono tenute a verificare i requisiti generali nonché di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando. Le stazioni appaltanti possono procedere al controllo della veridicità di tali autodichiarazioni anche a campione e in tutti i casi in cui ciò si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura.

### **4** Nella partecipazione ad una procedura di gara, è sufficiente che l'operatore inserisca le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti speciali all'interno del DGUE?

Si è sufficiente. Come disciplinato dall'art 85 del D.Lgs. 50/2016 c.1 nel DGUE l'operatore deve dichiarare, a seconda delle prescrizioni contenute nella documentazione di gara che: a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91. La predisposizione da parte della stazione appaltante di ulteriori modelli per rendere le medesime dichiarazioni non comporta alcuna utilità. Ulteriori dichiarazioni sono rese al di fuori del DGUE per ciò che in esso non è espressamente contenuto e dichiarato.

## **5** Quali sono le modalità di affidamento delle opere a scomputo?

L'affidamento di tali tipologie di opere è contemplato dall'art. 36, commi 3 e 4, del codice dei contratti pubblici. A differenza della previgente disciplina, l'affidamento di tali opere prevede l'utilizzo delle procedure ordinarie (aperte o ristrette) anche se di importo inferiore alla soglia (art. 36, comma 3), fatta eccezione per la confermata applicazione dell'esecuzione diretta per le opere di urbanizzazione primaria «funzionali» ai sensi del D.P.R. 380/2001 (art. 36, comma 4).

La realizzazione di opere a scomputo è pertanto ora assoggettata al seguente regime:

1. opere di urbanizzazione primaria:
  - se di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, continua ad essere ammessa l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire senza assoggettamento ad alcuna delle procedure ad evidenza pubblica previste dal D.Lgs. 50/2016, ove si tratti di opere «funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio» ai sensi dell'art. 16, comma 2-bis, del D.P.R. 380/2001, esplicitamente richiamato dal comma 4 dell'art. 36 del D.Lgs. 50/2006;
  - se di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria nonché in caso di opere «non funzionali», seppure di importo inferiore alla soglia, occorre invece applicare le ordinarie procedure aperte o ristrette con pubblicazione di avviso o bando di gara previste dal D.Lgs. 50/2016;
2. opere di urbanizzazione secondaria:
  - occorre in ogni caso fare riferimento alle ordinarie procedure aperte o ristrette previa pubblicazione di un bando o avviso di gara, sia se di importo inferiore che di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

## **6** La prestazione secondaria in un appalto deve necessariamente rientrare nell'oggetto sociale registrato alla CCIAA?

Una delle finalità della richiesta corrispondenza tra l'oggetto sociale e l'oggetto della procedura di affidamento, è filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico, oltre ad attestare il requisito di idoneità professionale dell'operatore. La giurisprudenza ha spesso ribadito che l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953). E' fondamentale considerare l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti ... va temperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l'ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. TAR, Valle d'Aosta, 12 gennaio 2016 n. 2; TAR Catania, sez. III, 6 dicembre 2016, n. 3165). Se anche la documentazione di gara assegna una rilevanza maggiore alla prestazione principale, orientando anche i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, a verificare che l'operatore abbia una significativa capacità nelle attività della prestazione principale, si può ritenere che non è necessaria la presenza della prestazione secondaria nell'oggetto sociale (C.S. III sez. 5170/2017).

## **7** In riferimento all'art. 80 c.4 del D.Lgs. 50/2016 entro quando, l'operatore economico può ottemperare ai suoi obblighi fiscali?

L'art. 80, comma 4, del nuovo Codice dei contratti stabilisce che "... Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purchè il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande". L'assolvimento agli obblighi fiscali rappresenta un dovere che incombe su qualunque contribuente per il solo fatto di essere percettore di reddito; detto adempimento, imposto per legge a scadenze precise, per un operatore economico che intenda contrattare con la Pubblica Amministrazione, non può essere, rimesso a valutazioni di convenienza dell'obbligato. Non può considerarsi regolare la posizione fiscale di un'impresa che, in debito con il fisco, decida di regolarizzare la sua posizione solo dopo essersi assicurata di aver conseguito una commessa pubblica. (TAR Lazio Roma sez. I quater 17/11/2017, n. 11384)



# La cumulabilità delle classi di iscrizione all'albo nazionale gestori ambientali

di Mariarosaria Di Canio

IN  
PIL  
LOLE

Sulla natura del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, si sono avvicendate, nel corso degli ultimi anni interpretazioni controverse.

Una recente delibera dell'Anac (n. 498 del 10/05/2017), conformemente ad un'interpretazione consolidata della medesima Autorità, ha considerato il suddetto requisito di qualificazione professionale quale suscettibile di essere cumulato all'interno dei raggruppamenti, alla pari di quanto generalmente si prevede per i requisiti di natura oggettiva.

Tale conclusione è il risultato dell'interpretazione del combinato disposto dell'art. 212 del D.Lgs. 152/2006 e dell'allora vigente D.P.R. 207/10, ritenendo che tale iscrizione costituisca un requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare, fondando l'assunto sulla considerazione che *"l'iscrizione al predetto Albo costituisce un requisito di natura soggettiva, afferente*

*all'idoneità professionale dei concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica, che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche.*

*Si tratta, quindi, di un'iscrizione basata, oltre che su requisiti di moralità, anche su requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, inerenti la capacità di svolgere un determinato servizio/lavoro in ordine ai suindicati criteri di assegnazione delle classi."*

Pertanto, anche in ossequio alle caratteristiche ed alle finalità dell'istituto del RTI, pur essendo necessario che tutti i componenti del raggruppamento debbano essere in possesso dell'iscrizione all'Albo, quale requisito di natura soggettiva, l'Anac consente alle imprese associate di procedere al cumulo delle "classi" di iscrizione al fine di soddisfare i requisiti di esecuzione richiesti nel bando.

Tale interpretazione rischia, però, di consentire l'accesso alle gare pubbliche, a soggetti non in possesso dell'iscrizione necessaria allo svolgimento dell'attività, relegandola alla mera possibilità di ottenerla prima della sottoscrizione del contratto, contravvenendo così anche ai principi di celerità che deve rispettare la pubblica amministrazione, qualora tale circostanza non si verifichi, ossia, provvedendo alla revoca dell'aggiudicazione, allo scorrimento della graduatoria etc.

Tali perplessità sono state confermate anche dal Consiglio di Stato con sentenza 1825 del 19 aprile 2017, nella quale partendo dallo stesso assunto dell'Anac ossia che l'art. 212, comma 5, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 afferma che «L'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali è requisito per lo svolgimento delle attività, ecc.», finisce poi con l'assimilare l'iscrizione all'Albo ad un **requisito speciale di idoneità professionale, da possedersi già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio.**

In seguito a tali indicazioni, con Comunicato del Presidente del 27/07/2017, l'Anac ha deliberato di modificare la propria posizione interpretativa

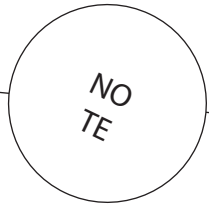
ritenendo, che il requisito di iscrizione all'albo dei gestori ambientali richiesto nelle gare di affidamento dei contratti pubblici, sia un requisito di partecipazione e non di esecuzione.

Da ultimo, da una recente sentenza del Tar Sicilia, conformemente all'interpretazione del Consiglio di Stato a cui si è uniformata anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, emerge che *“la differenziazione tra le classi, all'interno delle categorie previste, non è dipendente da valutazioni legate alle potenzialità tecniche o economiche dell'iscritto, ma esclusivamente all'attività effettivamente già svolta...e al tempo stesso determinando la possibilità, da parte dei componenti di un'A.T.I., di cumulare i requisiti posseduti.”*

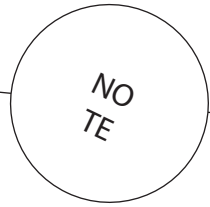
Pertanto, l'iscrizione a determinate classi e categorie dell'Albo dei gestori ambientali, non può che essere considerato nell'ambito della lett. c) dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016.

Di sicuro, tale interpretazione, mostrandosi incline anche al principio del *favor participationis*, consente una maggiore partecipazione alle gare d'appalto da parte delle piccole e medie imprese iscritte all'Albo ed operanti nel settore.

Mediappalti



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



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines in total, arranged in a single column.

*Grazie a tutti Voi  
per averci scelto.*



# 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](http://www.mediappalti.it)

**Pubblicità:** [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)

**Servizio abbonamenti:** [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

Mediagraphic

**Redazione:** Mediagraphic s.r.l.

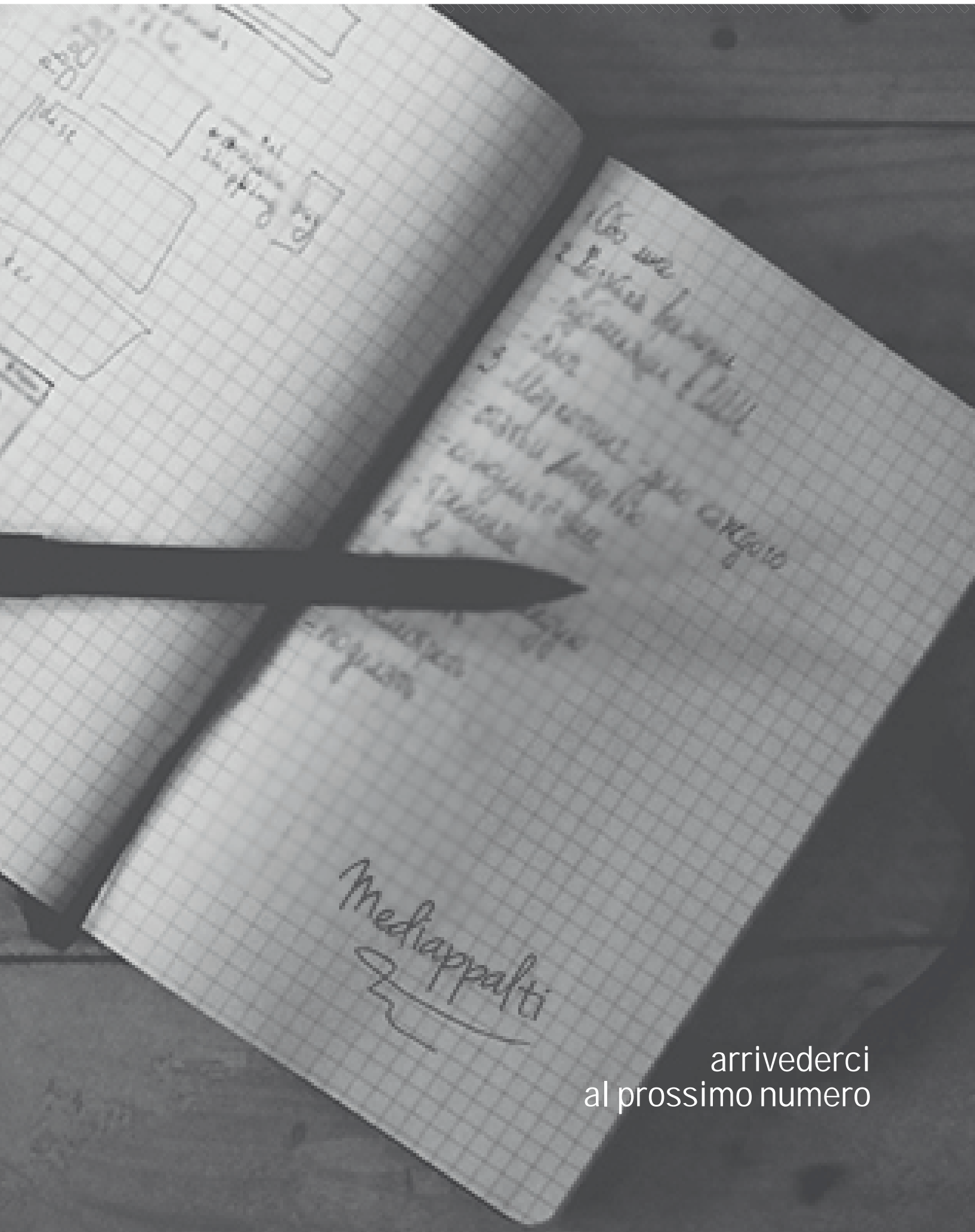
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

**Telefono:** 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

[redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)







Mediappalti

arrivederci  
al prossimo numero

# i seminari in programma

SEMI  
NARI

## APPALTI

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

**I contratti sotto soglia comunitaria alla luce delle modifiche introdotte nel decreto correttivo**  
13 dicembre 2017 Genova.

**Esercitazione sulle acquisizioni di beni, servizi e lavori sul nuovo MePA alla luce dei bandi ripubblicati il 18 Agosto 2017**  
12 dicembre 2017 Trieste, 14 dicembre 2017 Milano.

**Gli adempimenti obbligatori delle Stazioni Appaltanti nei confronti dell'A.N.AC. ed il monitoraggio delle OO.PP.**  
12 dicembre 2017 Torino.

**Corso pratico sull'utilizzo della Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche**  
17 dicembre 2017 Napoli

## AMMINISTRAZIONE

**Privacy e nuovo Regolamento 2016/679. Cosa cambia e come organizzarsi**  
12 dicembre 2017 Milano.

## CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

**L'Anticorruzione dopo la Legge Madia - VIII edizione**  
11 dicembre 2017, 13 dicembre 2017 e 18 dicembre 2017

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



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**



sulla  
**Corte dei Conti**

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

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIAAPPALTI**

Rubrica bimestrale  
a cura di  
**Stefano Usai**

dicembre  
**2017**

allegato alla Rivista mensile  
Mediappalti

## sommario

---

### Danno erariale se l'incarico esterno **viene affidato in via fiduciaria**

(Corte dei conti Campania del 7 novembre 2017 n. 399)

1. Premessa
2. La vicenda
3. I soggetti coinvolti
4. La condanna
5. Il mancato rispetto dei presupposti legali
6. La riduzione del danno

3

---

### Contratto senza forma scritta è fonte di danno erariale

**(Corte dei Conti, sez. Giurisd. Campania, sentenza n. 401/2017)**

1. Premessa
2. La vicenda
3. La colpa grave

6

---

### **Gli incentivi per le funzioni tecniche devono stare "dentro" il tetto del salario accessorio** **(Corte dei Conti, sezione di controllo della regione Friuli Venezia Giulia, deliberazione n. 66/2017)**

1. Premessa
2. La ricostruzione dell'ambito normativo
3. Il rapporto incentivi/fondo sviluppo delle risorse umane (salario accessorio e vari istituti contrattuali)
4. L'ulteriore intervento della Sezione Autonomie
5. Il riscontro

8

---

# Danno erariale se l'incarico esterno viene affidato in via fiduciaria

---

## 1. Premessa

Appare molto rilevante il recente intervento della procura della regione Campania in tema di incarichi esterni affidati in violazione di norme e, in specie, affidati direttamente senza alcuna comparazione. Da notare che la questione posta innanzi al giudice dell'erario ha riguardato incarichi affidati con delibera di giunta piuttosto che con atti gestionali. Circostanza che ha portato alla condanna erariale per amministratori e segretari comunali.

## 2. La vicenda

La Procura regionale esercitava l'azione di responsabilità nei confronti dei membri della Giunta e di due Segretari comunali di un comune campano in ragione di un presunto danno erariale di € 22.470,80 -, oltre a rivalutazione ed interessi legali, originato da un incarico conferito e più volte rinnovato dalla Giunta comunale ad un legale.

In particolare, l'incarico, reiterato più volte nel tempo, si sarebbe posto in contrasto con una serie di consolidati principi normativi e giurisprudenziali in forza dei quali le Pubbliche Amministrazioni possono ricorrere a professionalità esterne solo in presenza di determinati presupposti, fra cui, in particolare,

- a) la rispondenza dell'incarico ad obiettivi specifici e predeterminati dell'amministrazione;
- b) l'inesistenza, all'interno della propria organizzazione, della figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, da accertare per mezzo di una reale ricognizione;
- c) l'indicazione specifica dell'oggetto dell'incarico nonché dei contenuti per il relativo svolgimento;
- d) la temporaneità dell'incarico, connotato da particolare ed elevata professionalità;
- e) l'eccezionalità delle esigenze da soddisfare con l'incarico;
- f) la proporzione tra il compenso corrisposto all'incaricato e l'utilità conseguita dall'amministrazione.

L'incarico affidato pur denominato "di supporto agli organi di staff", integrava, secondo il PM un incarico di consulenza a contenuto generico, per le ordinarie esigenze degli uffici, "in materia di diritto civile, penale e amministrativo, esternata in pareri scritti e orali, a richiesta del sindaco, del segretario e dei funzionari responsabili delle posizioni organizzative".

Le questioni delicate è che, non solo l'incarico durava dal 1994 ma risultava affidato direttamente "senza alcuna selezione comparativa da attuare previa idonea pubblicizzazione. Il compenso, inoltre, era stato stabilito forfettariamente, senza che fosse in alcun modo possibile accertare una qualche proporzione tra il compenso corrisposto all'incaricato e l'utilità conseguita dall'Amministrazione".



### 3. I soggetti coinvolti

Nella vicenda, come detto, venivano coinvolti i componenti giuntali (sindaco e assessori) e il segretario comunale, per il quale si evidenzia che pur partecipando alla seduta non aveva manifestato "in alcun modo il proprio doveroso dissenso sulla illegittimità che si stava consumando, con nocumento per le pubbliche finanze".

L'altra questione che il giudice non si pone è che gli incarichi in ogni caso non possono essere affidati con delibera giuntale trattandosi di atto di tipo gestionale di competenza del dirigente/responsabile del servizio. Pertanto, l'errore poteva anche ritenersi duplice o aggravato. Inoltre, non si sottovaluti, è bene rilevare che le consulenze – oltre ad essere soggette a particolari limiti ed all'invio alla sezione della corte dei conti regionale (nel caso di importo superiore ai 5 mila euro per cui occorre acquisire preventivamente anche il parere del revisore) – esigono un particolare atto programmatico ovvero la redazione del piano delle consulenze che deve essere approvato dall'organo consiliare con il documento unico di programmazione. Atto questo della contabilità armonizzata che sostituisce la relazione previsionale e programmatica della pregressa contabilità finanziaria.

### 4. La condanna

Il collegio campano ha ritenuto l'impianto accusatorio fondato. In particolare, nella sentenza si legge che "in materia di consulenze, ampia e consolidata giurisprudenza di questa Sezione (ex multis sent. n. 1899/2011 e n. 533/2012), ha ricordato che l'acquisizione di professionalità esterne da parte delle pubbliche amministrazioni **in epoca più risalente costituiva fenomeno del tutto occasionale e legato ad esigenze eccezionali, di talché non era oggetto di peculiare e sistematica regolazione, ma di singole norme di settore.** Nel corso del tempo, il tendenziale abuso di tale strumento, anche per eludere il "blocco delle assunzioni" imposto al settore pubblico, ha reso necessaria l'introduzione di una regola generale, che è stata posta dapprima con l'art. 7 del d.lgs. n. 29/1993, e quindi sussunta nell'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 (recante il testo unico delle disposizioni in materia di ordinamento del lavoro dei pubblici dipendenti), statuendosi la possibilità per tutte le amministrazioni pubbliche di conferire incarichi individuali ad esperti di "provata competenza", soltanto "per esigenze cui non possono far fronte con il personale in servizio", e sempre previa determinazione di "durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione" (cfr. Sezione giur. Campania, sent. n. 291 del 2017, cui si rinvia per un più ampio excursus normativo)".

In altre parole, prosegue il giudice, la pubblica amministrazione ha l'obbligo di far fronte alle proprie competenze istituzionali attraverso un più proficuo utilizzo di risorse umane e professionali esistenti nell'ambito delle proprie strutture, "e il ricorso a incarichi professionali esterni, avendo natura eccezionale, può avvenire solo nei casi di necessità e urgenza, nell'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane (ossia la carenza di figure interne aventi professionalità e/o idoneità specifica) (cfr. Terza Sezione giur. centrale di appello, sent. n. 339 del 2012)".

La vicenda del presente giudizio è stata considerata alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che considera evidentemente illegittime, oltre che foriere di danno erariale, tutte quelle consulenze a carattere globale (per rendere i pareri di volta in volta richiesti in una o più materie) a cagione del loro

contenuto inevitabilmente generico e del conseguente difetto del necessario requisito dell'eccezionalità dell'incarico (cfr., ex plurimis, Sezione giur. Friuli Venezia Giulia, sent. n. 228 del 2009, secondo cui "un ente pubblico [può] ritenere opportuno, per la risoluzione di questioni di particolare complessità, il ricorso ad una consulenza giuridica di carattere specialistico. Occorre tuttavia rilevare come la consulenza legale non faccia eccezione ai principi normativi e giurisprudenziali che ammettono la possibilità di ricorrere a tale ausilio solo ove sussistano problematiche ben individuate che non risultino utilmente fronteggiabili mediante l'impiego del personale in servizio. La giurisprudenza di questa Corte, infatti, non ritiene ammissibili le c.d. consulenze globali, e cioè quelle che hanno ad oggetto la generalità delle problematiche giuridiche che possano interessare tutta l'attività istituzionale di un ente pubblico (C.d.C., Sez. III n. 75/2009; id. Sez. III n. 9/2003; id. Sez. Liguria n. 912/2003; id. Sez. Abruzzo n. 679/2004)"; cfr. altresì Sezione giur. Friuli Venezia Giulia, sent. n. 204 del 2011; Sezione giur. Bolzano, sent. n. 32 del 2011; Sezione giur. Lazio, sent., n. 123 del 2015; Prima Sezione giur. centrale di appello, sent. n. 127 del 2014)".

#### **5. Il mancato rispetto dei presupposti legali**

Sempre secondo la sentenza, il mancato rispetto dei presupposti legali per il conferimento incarichi di consulenza non presenta implicanze solo come mero vizio di legittimità dell'azione amministrativa, "ma integra estremi del danno erariale, per l'illiceità della relativa spesa (Sezione giur. Campania, sent. n. 982 del 2013; sent. n. 60 del 2012; Sezione giur. Sicilia, sent. n. 4037 del 2011; Sezione giur. Veneto, sent. n. 284 del 2011)".

Il danno cagionato, inoltre, è risultato maggiore alla luce della "sovrapposizione delle funzioni (con conseguente duplicazione dei costi) e "della menomazione e demotivazione della professionalità del personale interno" (cfr. Sezione giur. Campania, sent. n. 562 del 2013), essendo infatti "opinione condivisa che la creazione di una struttura di consulenza esterna che non risponda ad effettive esigenze di carattere temporaneo ed eccezionale, possa determinare l'effetto deleterio di demotivare e svilire il personale entrato a far parte dell'organico dell'ente a seguito di procedura concorsuale, producendo conseguenze negative sull'intera funzionalità dell'ufficio (cfr. Sez. Abruzzo n. 750/2004)" (cfr. Sezione giur. Friuli Venezia Giulia, sent. n. 41 del 2008).

#### **6. La riduzione del danno**

Nella quantificazione del danno la procura ha tenuto conto, comunque, del vantaggio – in termini di apporto lavorativo – ottenuto dall'incarico pur illegittimo (valutati, equitativamente, intorno al 20% del danno).

E tanto in applicazione del disposto di cui all'art. 1, comma 1-bis, della Legge n. 20/1994 secondo cui "nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità".

# Contratto senza forma scritta è fonte di danno erariale

---

## 1. Premessa

La procura campana affronta, in tempi recenti, anche un altro caso di incarico conferito in modo non rituale e, soprattutto, con prestazioni avviate e conclude (a parte del professionista) senza che venisse stipulato il relativo contratto in forma scritta.

## 2. La vicenda

Il comune campano, procedeva con delibera consiliare n. 72 del 1988, aveva a conferito congiuntamente a due ingegneri "l'incarico di redigere il progetto per l'impianto della rete di distribuzione del gas metano nel territorio comunale, subordinando la liquidazione delle competenze tecniche alla condizione sospensiva dell'avvenuto finanziamento dell'opera nei termini previsti dalla delibera CIPE 11 febbraio 1988".

Nonostante la mancata concessione del finanziamento richiesto il consiglio comunale approvava il progetto redatto dagli ingegneri per partecipare ad un nuovo bando indetto dal Ministero dell'Industria.

In sostanza, semplificando, l'ente non solo procedeva ad utilizzare la prestazione professionale ma non stipulava neppure il contratto con i professionisti incaricati circostanza che – su azione dei diretti interessati – determinava la condanna della pubblica amministrazione per indebito arricchimento (e quindi a pagare prestazioni rese con aggravio di spese e rivalutazione monetaria).

### 3. La colpa grave

La Procura individua la colpa grave dei consiglieri dell'epoca nella "incredibile leggerezza e superficialità" con cui essi conferirono un incarico professionale per la redazione del progetto senza la forma scritta *ad substantiam*, ritenendo irrilevante che "la obbligazione extracontrattuale sia sorta in data antecedente al marzo 1989 (data di entrata in vigore del D.L. n. 66/1989), assumendo che l'esperibilità dell'azione ex art. 2041 non impedisce alla giurisdizione contabile di verificare la legittimità dell'impegno".

Il Collegio ritiene di aderire alla tesi del giudice civile (che ha accolto la domanda di indebito arricchimento formulata da uno dei professionisti incaricati) – peraltro in linea con il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità e di merito – secondo la quale per il contratto d'opera professionale, come per ogni altro contratto in cui sia parte una P.A. e anche quando questa agisca "*iure privatorum*", è richiesta, secondo il disposto di cui agli art. 16 e 17 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, la forma scritta "*ad substantiam*".

La forma scritta, secondo principi notissimi, costituisce lo strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa nell'interesse sia del cittadino sia della collettività, ed è, quindi, espressione dei principi d'imparzialità e buon andamento della P.A. posti dall'art. 97 costituzione. La deliberazione consiliare, con cui venivano affidati gli incarichi, si legge nella sentenza, non avrebbe potuto avere alcun effetto costitutivo dell'incarico professionale, essendo a ciò necessario a pena di nullità la redazione di un apposito documento, sottoscritto dal professionista e dal titolare dell'organo titolare del potere rappresentativo dell'Ente nei confronti dei terzi. Solo dal contratto – in forma scritta – può desumersi la concreta instaurazione del rapporto con le indispensabili determinazioni in ordine alla prestazione da rendere e al compenso da corrispondere.

La conclusione del giudizio civile, condivisa dal giudice dell'erario, è conforme all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la delibera di conferimento dell'incarico professionale "non costituisce una proposta contrattuale nei confronti del professionista, ma un atto con efficacia interna all'Ente che, almeno ai fini considerati, ha solo natura autorizzatoria e quale unico destinatario il diverso organo legittimato ad esprimere la volontà all'esterno" nonché all'orientamento della Suprema Corte, che ha ritenuto "l'irrelevanza dell'esistenza di una deliberazione dell'organo collegiale di un Ente pubblico che abbia autorizzato il conferimento dell'incarico al professionista, ove tale deliberazione non risulti essersi tradotta in atto contrattuale, sottoscritto dal rappresentante esterno dell'Ente stesso e dal professionista" (ex plurimis, Cass. 6182/94; Cass. 1117/97; Cass. 2772/98; Cass. 2619/00; Cass. 8023/00; Cass. 13628/01).

Da notare che nelle memorie difensive – pur non oggetto di considerazione – i convenuti hanno rilevato il fatto che la stipula del contratto non rientra tra le competenze politiche ma tra quelle gestionali. Il giudice non ha considerato degna di interesse questa puntualizzazione considerando nel complesso la vicenda che ha portato all'azione di indebito arricchimento presentata da uno dei professionisti incaricati in modo irrituale.

# **Gli incentivi per le funzioni tecniche**

## devono stare "dentro" il tetto del salario accessorio

---

### **1. Premessa**

La sezione di controllo friuliana ritorna con una recentissima deliberazione sulla questione degli incentivi per funzioni tecniche (art. 113 del codice dei contratti) e sulla esatta configurazione (in relazione al tetto del salario accessorio).

Il sindaco di un comune della regione presentava istanza di motivato avviso alla sezione avente ad oggetto il chiarimento se "gli incentivi tecnici siano da ricomprendere nel fondo per le risorse destinate al trattamento accessorio del personale e anche con riferimento alla possibilità di superare i limiti del tetto di spesa".

### **2. La ricostruzione dell'ambito normativo**

Nella deliberazione si legge che con un precedente intervento (deliberazione n.FVG/55/2017/PAR) la stessa sezione ha affermato "dopo ampia motivazione", che il principio di omnicomprensività della retribuzione valevole per i pubblici dipendenti **non esclude la corresponsione di ulteriori compensi incentivanti previsti espressamente dalla legge.**

In relazione quindi agli incentivi per le funzioni tecniche connesse ad opere pubbliche realizzate, i comuni possono procedere alla corresponsione, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle Amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, nel rispetto delle previsioni contenute nel nuovo codice dei contratti di cui al D.lgs.50/2016 (o delle altre disposizioni applicabili *ratione temporis*).

Come ampiamente noto, i nuovi incentivi per funzioni tecniche trovano la loro attuale disciplina nell'art.113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 (c.d. Codice dei contratti pubblici), come da ultimo integrato e modificato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 19 aprile 2017, n.56.

Nel testo attualmente vigente (non coincidente con quello disciplinante l'incentivo per la progettazione di cui all'abrogato art. 93, comma 7-ter, d.lgs. n. 163/2006), gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio, fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.

Secondo il collegio, di particolare interesse è il secondo comma dell'articolo in commento, a mente del quale a valere sugli stanziamenti di cui sopra, "le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti".

In base al terzo comma dell'art.113, l'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle Amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate sopra, nonché tra i loro collaboratori.

Ulteriori indicazioni di dettaglio, vengono fornite dal prosieguo del comma 3, nonché dai commi 4 e 5, dell'art.113 del d.lgs. n.50/2016.

### **3. Il rapporto incentivi/fondo sviluppo delle risorse umane (salario accessorio e vari istituti contrattuali)**

Nell'affrontare la questione dei rapporti tra gli incentivi ed il fondo per le risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, evidentemente, ha rilievo dirimente la lettura fornita dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti che, con la deliberazione n. 7/SEZAUT/2017/QMIG, che ha provveduto ad esaminare tale problematica sotto il profilo dell'applicabilità, a tali incentivi, del tetto del salario accessorio previsto, all'art. 9, comma 2-bis, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, anche in rapporto al nuovo limite all'ammontare delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale della pubblica Amministrazione, compreso quello di livello dirigenziale, introdotto dall'art. 1, comma 236, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.



Per effetto di tali limitazioni introdotte dalla legge di stabilità per il 2016, in considerazione delle esigenze di finanza pubblica, "a decorrere dal giorno 1 gennaio 2016 l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle Amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, **non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2015 ed è, comunque, automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio, tenendo conto del personale assumibile ai sensi della normativa vigente**".

Come evidenziato nella deliberazione della Sezione delle Autonomie, "la norma si sostanzia in un vincolo alla crescita dei fondi integrativi rispetto ad una annualità di riferimento e nell'automatica riduzione del fondo in misura proporzionale alla contrazione del personale in servizio".

Sempre la Sezione delle Autonomie, inoltre, ha sottolineato che nella legge delega per la redazione del nuovo codice dei contratti (art. 1, comma 1, lett. rr, l. n. 11/2016) si è previsto che tale compenso vada a remunerare specifiche e determinate attività di natura tecnica svolte dai dipendenti pubblici, tra cui quelle della programmazione, predisposizione e controllo delle procedure di gara e dell'esecuzione del contratto "escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione".

Di conseguenza, sono destinate risorse al fondo di cui all'art. 113, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 (nella misura del 2% degli importi a base di gara) "esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti".

Ciò in difformità rispetto a quanto previsto dall'art. 113, comma 1, per "gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento" i quali "fanno carico agli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti".

Alla luce di tali fondamentali premesse, il collegio rammenta che la S.A. ha rimarcato che "nei nuovi incentivi non ricorrono gli elementi che consentano di qualificare la relativa spesa come finalizzata ad investimenti; il fatto che tali emolumenti siano erogabili, con carattere di generalità, anche per gli appalti di servizi e forniture **comporta che gli stessi si configurino, in maniera inequivocabile, come spese di funzionamento e, dunque, come spese correnti (e di personale)**. Nel caso di specie, non si ravvisano poi, gli ulteriori presupposti delineati dalle Sezioni riunite (nella richiamata delibera n. 51/2011), per escludere gli incentivi di cui trattasi dal limite del tetto di spesa per i trattamenti accessori del personale dipendente in quanto essi non vanno a remunerare "prestazioni professionali tipiche di soggetti individuati e individuabili" acquisibili anche attraverso il ricorso a personale esterno alla P.A., come risulta anche dal chiaro disposto dell'art. 113, comma 3, d.lgs. n. 50/2016".

Da qui, il principio di diritto secondo cui: "gli incentivi per funzioni tecniche di cui all'articolo 113, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all'articolo 1, comma 236, l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016)".

Tale importante criterio di orientamento è stato prontamente recepito dalle altre Sezioni regionali di controllo (cfr. le deliberazioni: per le Marche, n.52/2017/PAR; per il Piemonte, n.113/2017/PAR; per la Lombardia, n.185/2017/PAR).

#### **4. L'ulteriore intervento della Sezione Autonomie**

Il collegio friulano rammenta, sul tema, anche il più recente intervento della Sezione Autonomie anche alla luce delle recenti modifiche introdotte dal D.L. 19 aprile 2017, n.56.

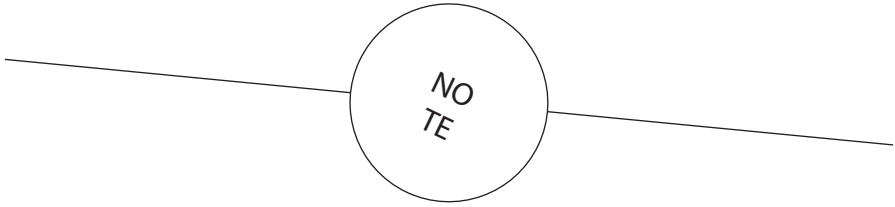
Sul punto, la Sezione centrale ha evidenziato che "le intervenute modifiche, comunque, non hanno inciso sulla risoluzione adottata da questa Sezione ma, anzi, ne hanno avvalorato l'iter argomentativo in relazione alla rilevata difformità della fattispecie introdotta dall'art. 113, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, rispetto all'abrogato istituto degli incentivi alla progettazione".

Ciò posto, la predetta deliberazione ha ulteriormente avuto modo di ribadire che "nel delineato nuovo scenario normativo, gli incentivi per le funzioni tecniche non possono essere assimilati ai compensi per la progettazione e, pertanto, non possono essere esclusi dal perimetro di applicazione delle norme vincolistiche in tema di contenimento della spesa del personale, nell'alveo delle quali si collocano anche le norme limitative delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio, posto che per detti nuovi incentivi non ricorrono – come anche costantemente affermato dalla giurisprudenza contabile (ex multis: SS.RR in sede giurisdizionale, sent. n. 23/99/QM n. 2/2012/QM, n. 54/2015/QM) – per le argomentazioni tutte esposte nella richiamata deliberazione n. 7/SEZAUT/2017 – come anche costantemente affermato dalla giurisprudenza contabile (ex multis: SS.RR in sede giurisdizionale, sent. n. 23/99/QM n. 2/2012/QM, n. 54/2015/QM) – i presupposti legittimanti la loro esclusione dal computo di detta voce di spesa, quali delineati dalle Sezioni riunite con la delibera n. 51/CONTR/2011 (in relazione ai trattamenti accessori del personale) e dalla Sezione delle autonomie con la deliberazione 16/SEZAUT/2009 (in relazione al limite previsto per la spesa di personale ex art. 1, commi 557 e 562, della l. 296/2006)".

#### **5. Il riscontro**

Secondo il collegio friulano, le conclusioni a cui è pervenuta la sezione centrale sono pienamente da condividere.

Alla luce di quanto si rileva che l'art.113, comma 2, del d.lgs. 50/2016 deve essere interpretato come contenente una disciplina dei compensi incentivanti per funzioni tecniche nuova e difforme dall'incentivo per la progettazione di cui all'abrogato art. 93, comma 7-ter, d.lgs. n. 163/2006, con la conseguenza che i "nuovi" incentivi per funzioni tecniche ricadono pienamente nella disciplina vincolistica in materia di salario accessorio, il cui "tetto" erogabile, già previsto dall'art. 9, comma 2-bis, del D.L. n. 78/2010 e reiterato dall'art. 1, comma 236, della legge n. 208/2015, non potrà quindi essere superato.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 lines.