

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 9

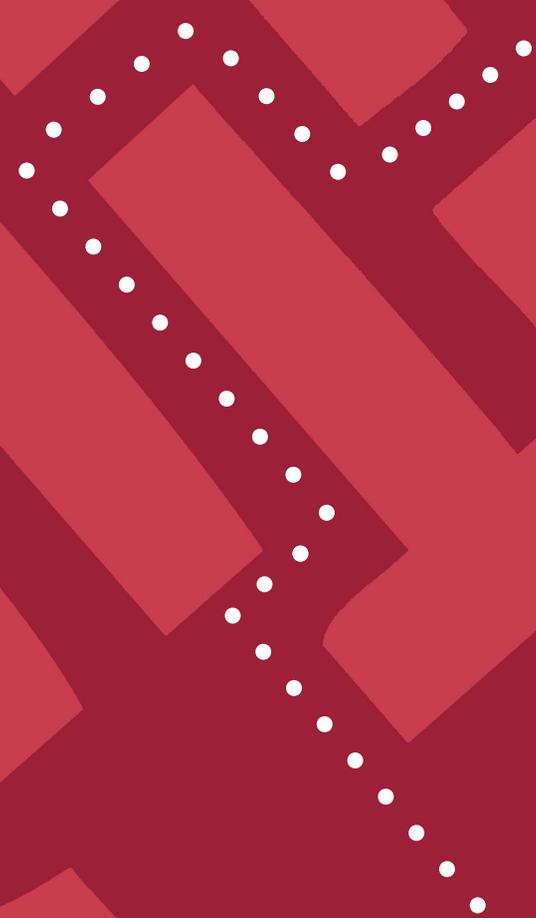
**dicembre
2018**

MEDIA APPALTI

**In consultazione la
bozza di Linee guida
ANAC in tema di
gestione dei conflitti
di interesse nelle
procedure di gara**

**Rassegna su recenti
pareri dell'ANAC in tema
di affidamento diretto,
nomina delle commissioni
di gara, indicazione degli
oneri della sicurezza e
sull'applicazione dell'istituto
dell'anticipazione del prezzo**

**Affidamento dei servizi
legali: l'ANAC pubblica le
Linee Guida**



**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

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

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono
espressione delle libere opinioni degli
autori, unici responsabili dei loro scritti,
configurandosi quali semplici analisi di studio
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di
contrattualistica pubblica da inserire nei
prossimi numeri della rivista Mediappalti.
Il materiale potrà essere inviato al seguente
indirizzo e-mail: redazione@mediappalti.it,
corredato da recapito e qualifica professionale

**Media
Graphic**





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

**dicembre
2018**

Clima

Strade da rifare e porti da ricostruire, argini da ritracciare e ponti da riprogettare. Sono solo alcuni dei lavori da attivare dopo l'ondata di maltempo che ha attraversato l'Italia da nord a sud, tra la fine di ottobre e l'inizio di novembre, lasciandosi dietro distruzione e morti.

I danni provocati da pioggia e vento secondo le prime stime fatte dal Ministro alle Infrastrutture Danilo Toninelli ammonterebbero a 3 miliardi di euro. Un evento eccezionale? Secondo qualcuno non c'è nulla di straordinario, nulla del quale meravigliarsi. Sarebbe la diretta conseguenza del surriscaldamento globale che, come scrive il giornalista olandese Bert Wagendorp, "in Italia sembra manifestarsi con più chiarezza che altrove".

Nei prossimi anni, chissà per quanto tempo, le amministrazioni pubbliche dovranno essere pronte a fronteggiare il rischio sempre più reale e frequente di dover ricostruire infrastrutture e

territori esposti ad ondate di maltempo devastanti. Dovranno avere le idee chiare su quello che potrebbe accadere ed un piano di interventi pronto per essere attivato. Oppure si può lavorare sulla prevenzione. "Dobbiamo agire per uscire dalle continue emergenze e ricominciare ad occuparci quotidianamente della salvaguardia della nostra bella e martoriata Italia" ha detto Toninelli.

Passare dallo stato di emergenza ad una gestione continua del territorio significa operare con una maggiore cognizione su quanto è necessario per evitare che le scene che abbiamo visto nei telegiornali, o peggio, che abbiamo vissuto in prima persona, possano ripetersi con la stessa violenza.

Nell'emergenza si lavora per riparare al danno. E non si ha il tempo per pensare ad interventi più accurati. Si deve al più presto ripristinare lo stato dell'arte. Non si ha la possibilità di approfondire la situazione, di valutare opzioni risolutive. Definitive.

In questo scenario, in questa sfida alla salvaguardia del paese contro gli eccessi meteorologici, dovremmo mettere a punto strategie per salvaguardare le città, le aziende, il patrimonio paesaggistico. Dovremmo immaginare lo sviluppo di un nuovo e specifico settore degli appalti pubblici, quello che si occuperà di realizzare opere che ci difendano dai cambiamenti climatici. Un settore che nasce con il Mose. Sperando in un percorso progettuale e realizzativo meno oneroso in termini di tempi delle barriere che salveranno Venezia dall'acqua alta. Un'opera di cui si sentì la necessità sin dal 1966 e di cui il primo progetto fu presentato nel 1989. Un progetto macchiato dalle vicende giudiziarie del 2013 e 2014. Ora a meno del 6% dei lavori per la sua ultimazione.

Per progettare nuove opere in questo ambito, c'è bisogno di alcuni passaggi preliminari. In primo luogo bisogna rendersi conto che i cambiamenti climatici non sono un'ipotesi. Sono reali e sono già cominciati. Il secondo passo è comprendere quali sono le conseguenze nell'immediato.

Secondo uno studio dell'ENEA pubblicato nel 2017, il livello del mare nell'Adriatico potrebbe aumentare fino 140 centimetri entro il 2100. 5500 metri quadrati del territorio nazionale sarebbero sommersi.

Oltre a questa previsione e lungo termine, abbiamo bisogno di conoscere cosa dobbiamo aspettarci dalla prossima perturbazione e come difenderci. Quali opere pubbliche devono essere progettate e appaltate? Team di meteorologi, scienziati, ingegneri e architetti dovrebbero essere già all'opera per non farci più trovare impreparati. A livello mondiale accade. Ma la voce degli esperti che dimostra come sia diventato già eccessivamente fragile l'equilibrio climatico del nostro pianeta è per lo più ignorata. Visioni apocalittiche vengono pubblicate periodicamente suscitando preoccupazione e allarmismi. Ma tutto si esaurisce nel tempo di pochi mesi se non addirittura settimane o giorno. Dimenticate. Come qualcosa che non ci riguarda. E invece, lo hanno provato sulla propria pelle gli italiani, è qualcosa nella quale siamo già abbondantemente coinvolti. "Non è vero – scrive Bert Wagendorp – che non si stanno prendendo contromisure, ma non lo si fa abbastanza in fretta e con il dovuto rigore".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Clima

4

In evidenza

In consultazione la bozza di Linee guida ANAC in tema di gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di gara.

7

Sotto la lente

Sul principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia.

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale della Sardegna

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Avv. Giuseppe Barone
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

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

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

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Progetto Grafico
Federica Damato

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

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

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Rassegna su recenti pareri dell'ANAC in tema di affidamento diretto, nomina delle commissioni di gara, indicazione degli oneri della sicurezza e sull'applicazione dell'istituto dell'anticipazione del prezzo.

24

«Modifiche sostanziali agli atti di gara e obbligo di pubblicità»

30

Appalti pubblici: prime note sull'obbligo di segnalare le operazioni sospette di riciclaggio

39

Affidamento dei servizi legali: l'ANAC pubblica le Linee Guida

50

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

67

Osservatorio sulla Corte dei Conti

In consultazione la bozza di Linee guida ANAC in tema di gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di gara.

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

Premessa

Sul sito istituzionale dell'ANAC è stato recentemente pubblicato un nuovo documento di consultazione, contenente la bozza di Linee guida recanti "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici". L'emanando provvedimento, da adottarsi ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, avrà natura non vincolante per i destinatari.

Il documento si prefigge di perseguire molteplici obiettivi: agevolare le stazioni appaltanti nell'attività di individuazione, prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse nelle gare mediante la standardizzazione dei comportamenti e la diffusione delle buone pratiche; favorire la regolarità delle procedure di gara garantendo, nel contempo, l'imparzialità, la trasparenza, l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa; garantire i soggetti coinvolti nelle procedure da rischi di responsabilità civile, penale

e disciplinare e, infine, prevedere misure che non comportino, per quanto possibile, l'introduzione di oneri eccessivi per le stazioni appaltanti.

Gli *stakeholders* sono chiamati a esprimere il loro parere e a fornire suggerimenti sulle proposte avanzate dall'Autorità per individuare le migliori soluzioni applicabili alla questione in esame.

L'Autorità Anticorruzione ha pubblicato un nuovo documento di consultazione recante indicazioni per l'individuazione e la gestione dei conflitti di interesse nelle procedure d'appalto. Gli stakeholders sono chiamati a fornire osservazioni e suggerimenti sul documento al fine di individuare le soluzioni più efficaci.

Un aspetto fondamentale, che va messo immediatamente in rilievo - che l'ANAC stessa rammenta in più punti nel documento - è il fatto che la tutela che l'ordinamento intende offrire, dinanzi al rischio che insorga un conflitto di interesse, è **anticipata** in quanto volta ad evitare che sorgano situazioni **anche solo potenziali** di conflitto che potrebbero essere

percepite come una minaccia all'imparzialità della stazione appaltante e, per ciò stesso, comportare un danno all'immagine e al prestigio della pubblica amministrazione.

1. La definizione di conflitto di interesse

Il tema del conflitto di interesse trova già una sua disciplina generale in diverse norme dell'ordinamento. Le stesse Linee guida elencano le differenti disposizioni legislative e regolamentari che normano l'istituto. Si tratta, in particolare, dell'art. 6 *bis* della L. n. 241/1990, che disciplina il conflitto di interessi in generale nell'ambito di un qualunque procedimento amministrativo, la L. 190 del 2012 che istituisce l'Autorità Nazionale Anticorruzione e prevede, tra le altre misure di prevenzione, l'elaborazione del piano triennale, il D. Lgs. n. 39/2013 che detta disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso la PA; il D.P.R. n. 62/2013 che approva il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Le suddette norme delineano, unitamente alle previsioni sui doveri e sui divieti di conferimento di incarichi o di cumulo di incarichi sanciti dal Testo Unico sul pubblico impiego e dal Testo Unico sugli enti locali, la disciplina generale del conflitto di interesse.

Per quanto attiene le procedure di affidamento di contratti pubblici, il Codice introduce una disciplina **speciale** dettata dall'art. 42, che riguarda in maniera specifica i casi in cui il conflitto di interesse insorga nell'ambito di una procedura di gara.

Il comma 2 del citato art. 42 fornisce una definizione ben precisa di conflitto di interesse, individuandone la sussistenza <<quando **il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi** che, anche per conto della stazione appaltante, **interviene** nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni **o può influenzarne**, in qualsiasi modo, **il risultato**, ha, direttamente o indirettamente, **un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza** nel contesto della procedura di appalto o di concessione>>.

I punti su cui soffermare l'attenzione sono molteplici. Condizioni essenziali perché possa profilarsi un conflitto di interesse sono:

a) che il soggetto in questione (dipendente della

stazione appaltante o in altro modo collegato ad essa, come meglio si dirà nel paragrafo che segue) intervenga nella specifica procedura di affidamento o, in ogni caso, rivesta un ruolo tale da poter influenzarne in qualche modo l'esito,

b) che il medesimo soggetto abbia un qualche interesse privatistico - diretto o indiretto - di natura finanziaria, economica o comunque personale in merito a tale procedura.

Deve, in altri termini, venire a crearsi la situazione per cui una decisione deve essere presa o, comunque, può essere influenzata da un soggetto che ha un interesse privato in contrasto con l'interesse pubblico sotteso a quella specifica procedura di affidamento e che, pertanto, potrebbe essere, anche solo potenzialmente, viziata sotto il profilo dell'imparzialità.

Come già accennato, il rischio che si intende evitare è soltanto potenziale e viene valutato *ex ante* rispetto all'azione amministrativa.

La tutela offerta dall'ordinamento scatta **prima** che il conflitto di interesse si verifichi in concreto, in quanto basta che il rischio di decisioni viziate da parzialità di giudizio si paventi anche solo in termini potenziali.

L'Autorità inoltre si sofferma sul fatto che <<le situazioni di conflitto di interesse **non sono individuate dalla norma in modo tassativo**, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite>>.

Per tale ragione, il richiamo alle situazioni di conflitto di interesse di cui all'art. 7, D.P.R. n. 62/2013¹, fatto dall'ultimo periodo dell'art. 42 del Codice, deve intendersi fatto a titolo meramente esemplificativo, in quanto le stesse rappresentano ipotesi predeterminate per le quali la valutazione della possibile sussistenza del rischio di interferenza dell'interesse privato nelle scelte pubbliche è **operato a monte** dal legislatore.

Nonostante la norma citi espressamente "il personale" della stazione appaltante o del prestatore di servizi, l'ANAC si mostra aperta alla possibilità che il conflitto di interessi anche solo potenziale sorga in capo a persone giuridiche e non solo fisiche. È il caso, ad esempio, di una stazione appaltante che abbia collegamenti societari con una delle società partecipanti alla procedura di affidamento, ex art. 2359 c.c. Su tale visione, tuttavia, la giurisprudenza ha assunto posizioni non univoche, come la stessa Autorità si cura di ricordare, chiedendo nel contempo agli *stakeholders* di esprimersi sul punto.

Con una recente pronuncia², il TAR Campania ha infatti sostenuto la tesi dell'ANAC, affermando che il conflitto di interessi può venire in rilievo anche quando vi sia un collegamento societario tra la stazione appaltante ed una società concorrente, tale da rendere possibile che l'ente influenzi in qualche modo le decisioni strategiche della società mediante direttive impartite agli amministratori. Tale commistione anche solo potenziale comporterebbe l'insorgenza di un conflitto di interesse e la conseguente necessità di attivare la tutela di cui all'art. 42.

Di opposto avviso è invece il Consiglio di Stato³, il quale afferma che, considerata la dizione letterale

dell'art. 42, il conflitto di interesse può sorgere solo con riferimento a situazioni ascrivibili al "personale" della stazione appaltante e non alle società controllate o collegate alla stessa. Secondo il Supremo Collegio, la mera partecipazione dell'ente pubblico ad una società concorrente non configura per ciò solo un elemento tale da pregiudicare la regolarità della procedura di affidamento.

2. L'ambito di applicazione dell'art. 42

Per quanto concerne l'ambito oggettivo di applicazione della tutela contro i conflitti di interesse dettata dall'art. 42 del Codice, l'ANAC è chiara nel ritenere che la stessa si applichi a tutte le procedure di affidamento, sopra e sotto soglia comunitaria, ai settori ordinari e a quelli speciali e finanche ai contratti esclusi, in quanto, ai sensi dell'art. 4 del Codice, a tali contratti sono comunque applicabili – tra l'altro – i principi di imparzialità e parità di trattamento di cui la disciplina dettata in materia di conflitto di interesse costituisce una diretta declinazione.

Per quanto attiene invece all'ambito di applicazione soggettivo, poiché la norma parla di "personale" della stazione appaltante, aderendo alla posizione consolidata della giurisprudenza amministrativa sul punto, l'Autorità ritiene che per "personale"

La tutela offerta dall'ordinamento in tema di conflitto di interesse scatta prima che il conflitto si verifichi in concreto, in quanto basta che il rischio di decisioni vizzate da parzialità di giudizio si paventi anche solo in termini potenziali. Si tratta dunque di una tutela anticipata, che si innesca alla presenza di una semplice minaccia all'imparzialità di giudizio e all'indipendenza della stazione appaltante.

1. Art. 7, D.P.R. n. 62/2013: <<Obbligo di astensione. 1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza>>.

2. TAR Campania – Salerno, sent. n. 524 del 6 aprile 2018.

3. Sent. n. 3401 del 5 giugno 2018.

debbano intendersi in primo luogo i dipendenti in senso stretto, ma non solo. Sono da considerarsi tali anche tutti coloro che, in base ad una norma o ad un vincolo contrattuale, sono in grado di impegnare l'ente verso l'esterno o comunque rivestano di fatto un ruolo tale da poterne influenzare in qualche modo l'attività esterna.

Si tratta, come è evidente, di un'accezione molto ampia, a tutela della massima applicabilità della disciplina volta ad evitare il conflitto.

Rientrano in tale accezione i membri degli organi di amministrazione e controllo dell'ente, gli organi di governo dello stesso, gli organi di vigilanza esterni, i componenti e i segretari delle commissioni giudicatrici, nonché tutti coloro che hanno svolto un qualunque ruolo nell'ambito di una qualsiasi delle fasi della procedura, dalla progettazione alla predisposizione degli atti di gara, dall'aggiudicazione alla fase contrattuale e di esecuzione e collaudo.

L'ANAC considera il disposto dell'art. 42 <<una soglia minima di contenuto e tutela>>

e gli attribuisce <<un carattere meramente esemplificativo che ne accentua la portata di **principio generale**>>.

3. I rimedi. Le dichiarazioni sostitutive necessarie

L'ANAC esamina tutti i rimedi introdotti dall'ordinamento volti ad evitare l'insorgere di conflitti di interesse. Considerato che l'ordinamento già prevede una serie di misure, l'Autorità, anche per evitare di incorrere nella violazione del principio del *gold plating*, ritiene sufficiente richiamare la necessità di applicare con rigore i rimedi già esistenti: primi fra tutti, gli obblighi dichiarativi e di comunicazione da assolvere al momento dell'assegnazione di un soggetto ad un ufficio o del conferimento di un incarico.

Tali obblighi di dichiarazione, previsti sia dall'art. 6 *bis* della L. n.

241/1990⁴ che dall'art. 6 del D.P.R. n. 62/2013⁵, impongono al dipendente pubblico di comunicare, all'atto di insediarsi in un ufficio, tutte le situazioni

Secondo l'Autorità, un importante rimedio avverso possibili conflitti di interesse è l'obbligo per ciascun dipendente della stazione appaltante di rendere una dichiarazione in ordine alle situazioni di potenziale conflitto di interessi in cui lo stesso potrebbe trovarsi ogniqualvolta sia assegnato ad un determinato ufficio; atto da ripetere nel momento in cui al dipendente sia assegnato un ruolo nell'ambito di una specifica procedura di gara.



4. Art. 6 bis L. n. 241/1990: <<Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale>>.

5. Art. 6 D.P.R. n. 62/2013: <<1. Fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:

a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;

b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate.

2. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici>>.

che, anche solo potenzialmente, potrebbero dar vita a conflitti di interesse, quali, in particolare, precedenti incarichi svolti per soggetti economici privati, rapporti di collaborazione remunerata con privati, rapporti di parentela o coniugio con soggetti a loro volta collegati da rapporti di collaborazione o interesse con soggetti economici.

L'Autorità, al fine di meglio chiarire quando sorge l'obbligo dichiarativo imposto dall'ordinamento, fa l'esempio del dipendente pubblico preposto all'ufficio gare, il cui figlio sia titolare di un'impresa che opera in un particolare settore e che potrebbe essere aggiudicataria di contratti pubblici. Al momento dell'assegnazione all'ufficio, il funzionario sarà tenuto a dichiarare la sussistenza di un conflitto di interesse, pur se solo potenziale, scaturente dal suddetto rapporto di parentela. Il conflitto di interesse diventerà **attuale** nel momento in cui il dipendente dovesse essere incaricato di svolgere una qualsiasi attività nell'ambito di una gara avente ad oggetto prestazioni rientranti nel settore di attività dell'impresa del figlio. <<In tal caso, - sostiene giustamente l'ANAC - **fin dalle fasi iniziali della procedura**, ancor prima che siano noti i nominativi dei concorrenti, **si configurerebbe l'obbligo di astensione**, atteso che **il rapporto di parentela potrebbe essere percepito come una minaccia all'imparzialità del funzionario**>>.

Secondo l'Autorità, ciascun dipendente, inteso in senso lato come visto in precedenza⁶, dovrebbe poi ripetere l'operazione di rendere la dichiarazione in ordine alle situazioni di conflitto di interessi ogniqualvolta sia in procinto di essere assegnato allo svolgimento di un ruolo nell'ambito di una specifica procedura di gara, facendo evidentemente riferimento alle caratteristiche e all'oggetto di essa.

La dichiarazione, che dovrebbe avere ad oggetto l'obbligo di comunicare l'insorgenza - durante

la procedura di gara o nella fase esecutiva del contratto - di qualunque situazione anche solo potenzialmente idonea a porre in dubbio l'imparzialità e l'indipendenza del dipendente, dovrebbe richiamare il concetto di conflitto di interesse come previsto dall'art. 42 ed indicare le sanzioni disciplinari, amministrative e penali applicabili in caso di falsa dichiarazione e di inosservanza delle disposizioni di legge.

L'ANAC suggerisce di subordinare la nomina del dipendente all'assunzione di quello specifico ruolo nella procedura alla preventiva acquisizione della dichiarazione sostitutiva sull'assenza di conflitti di interesse; da ciò discende che, in assenza di dichiarazione, il dipendente non potrà essere assegnato a quello specifico incarico. Non solo: laddove il dipendente dovesse dichiarare la sussistenza di un possibile conflitto, l'Amministrazione sarà impossibilitata ad assegnargli un ruolo in quella procedura.

Se lo stesso fosse stato nominato prima dell'insorgenza del conflitto, la stazione appaltante dovrebbe revocargli l'incarico ed assegnarlo ad altro dipendente. Laddove infatti il conflitto di interesse sia sorto successivamente al momento in cui il dipendente ha reso la sua dichiarazione di insussistenza di conflitti, lo stesso deve immediatamente darne comunicazione al RUP o, comunque, al proprio superiore gerarchico, per i conseguenti provvedimenti.

L'omissione di tale comunicazione integra una condotta contraria ai doveri d'ufficio, sanzionabile sotto il profilo penale, civile, amministrativo o contabile del pubblico dipendente nonché sotto il profilo disciplinare⁷.

Delle dichiarazioni rese occorrerà, come è intuibile, tenere traccia mediante protocollazione e conservazione negli archivi della stazione appaltante, nonché - trattandosi di dichiarazioni

6. Ci si riferisce pertanto a ogni soggetto che interviene nella procedura di gara, quale i membri degli organi politici se hanno poteri gestori, il RUP, i membri del collegio tecnico, i membri della commissione di gara e il segretario, il responsabile della sicurezza, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, il direttore dei lavori o dell'esecuzione del contratto, il collaudatore, il soggetto che sottoscrive il contratto per conto della stazione appaltante nonché il soggetto che provvede al pagamento dei corrispettivi e colui che svolge il monitoraggio dell'esecuzione del contratto.

7. Art. 16 D.P.R. n. 62/2013.

sostitutive di atto di notorietà – occorrerà procedere allo svolgimento di verifiche a campione sulla veridicità delle stesse, così come prescritto dal D.P.R. n. 445/2000.

4. (Segue) I rimedi. L'obbligo di astenersi dalla procedura di gara

Il comma 3 dell'art. 42 del Codice sancisce che il personale, che versi in ipotesi di conflitto sussistente al momento del conferimento dell'incarico o sopravvenuto, <<è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, **ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare** a carico del dipendente pubblico>>.

Secondo l'Autorità, il responsabile dell'ufficio di appartenenza del soggetto che ha reso la dichiarazione di sussistenza di un conflitto di interessi o, se tale soggetto è lo stesso dirigente dell'ufficio, il suo superiore gerarchico, dovrà valutare, in contraddittorio con il dichiarante, se la situazione segnalata realizza un conflitto di interessi idoneo a ledere l'imparzialità dell'azione amministrativa. In caso affermativo, il responsabile dovrà necessariamente nominare un sostituto oppure, in carenza di idonee figure professionali, dovrà avocare a sé la funzione.

Considerato che l'astensione di un dipendente comporta l'impossibilità per lo stesso di svolgere un qualunque ruolo nell'ambito della procedura e questo potrebbe comportare gravi difficoltà organizzative negli enti, soprattutto se di piccole dimensioni, la valutazione che il responsabile

dell'ufficio sarà chiamato a compiere dovrà adeguatamente ponderare la gravità della causa di astensione ed il pericolo che ne potrebbe scaturire in merito all'adempimento dei doveri di integrità, indipendenza e imparzialità del dipendente, considerando, altresì, il pregiudizio che potrebbe derivare al decoro e al prestigio dell'amministrazione di appartenenza. In altri termini, dovrà essere adeguatamente valutato l'eventuale "danno all'immagine" della amministrazione che potrebbe derivare dalla mancata astensione, contemperandolo con le esigenze organizzative, talvolta stringenti, dell'ente.

Il discorso è parzialmente differente per i componenti degli organi politici delle stazioni appaltanti, che partecipano alla procedura di gara mediante l'adozione di provvedimenti di autorizzazione o approvazione e che si trovino in posizione di conflitto di interessi: questi potranno limitarsi ad astenersi di volta in volta

dal partecipare alla decisione dell'organo collegiale di cui fanno parte, nel rispetto della normativa vigente.

5. (Segue) I rimedi. L'esclusione del concorrente dalla gara e l'annullamento dell'aggiudicazione

Laddove tutti i rimedi visti finora non appaiano sufficienti a scongiurare l'insorgenza di un concreto conflitto di interesse sarà necessario ricorrere alla soluzione che l'ANAC definisce *l'extrema ratio*, in quanto applicabile soltanto nei casi in cui il conflitto non sia altrimenti risolvibile, ovvero l'esclusione dalla procedura d'appalto del concorrente in riferimento al quale il conflitto è sorto.

A disporre tale rimedio estremo è l'art. 80, comma 5, lettera d) del codice, che appunto prevede

Al momento dell'insorgere di una situazione di conflitto di interessi, il dipendente deve darne immediata comunicazione al superiore. L'omissione di tale comunicazione integra una condotta contraria ai doveri d'ufficio, sanzionabile sotto il profilo penale, civile, amministrativo, contabile e disciplinare.



l'esclusione <<quanto la partecipazione di un operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile>>.

Detta situazione potrebbe, ad esempio, verificarsi quando l'astensione del dipendente che si trova in conflitto di interesse non appaia sufficiente ad escludere il rischio di interferenza, oppure – ed è questo, forse, il caso più frequente – quando, per insuperabili difficoltà organizzative dell'ente, è assolutamente impossibile sia sostituire il funzionario che versa nella situazione di conflitto di interesse che disporre l'avocazione dell'attività da svolgere in capo al responsabile del servizio. In questi casi – come è facile comprendere, considerata la gravità del rimedio – le difficoltà organizzative che hanno giustificato tale scelta dovranno essere adeguatamente motivate⁸.

L'esclusione dalla procedura del concorrente diventa l'unico rimedio anche nell'ipotesi in cui il funzionario in posizione di conflitto di interesse non abbia reso – presumibilmente colpevolmente – la dichiarazione o la comunicazione di cui si è parlato in precedenza ed ha pertanto preso parte alla procedura di gara o alle fasi propedeutiche della stessa condizionandone le scelte o i contenuti. In tale situazione – fatta salva la responsabilità per omessa dichiarazione che potrà insorgere in capo al funzionario – non è ravvisabile alcuna altra soluzione che non sia escludere dalla procedura il concorrente collegato allo stesso.

In tutti questi casi la partecipazione del concorrente

si concreta in un conflitto di interesse che inficia per ciò stesso la regolarità della procedura. La sua esclusione pertanto appare l'unico rimedio possibile.

Laddove una delle situazioni sopra descritte dovessero verificarsi successivamente all'aggiudicazione della gara, il rimedio dell'esclusione del concorrente si tramuterebbe in un necessario provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione o, se la procedura è in fase più avanzata, nella risoluzione del contratto, previa adeguata ponderazione degli interessi coinvolti da parte della stazione appaltante.

6. Le misure di prevenzione. Il PTPC, i protocolli di legalità, i patti di integrità e la formazione del personale

Al di là dei diversi rimedi individuati dal legislatore per eliminare eventuali situazioni di conflitto di interesse che possano insorgere nelle procedure di affidamento, l'ANAC raccomanda di sfruttare appieno tutte le misure preventive che l'ordinamento mette a disposizione, prima fra tutti l'elaborazione ed approvazione del piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC) che le Amministrazioni indicate dalla L. n. 190/2012 sono tenute a redigere. In tale piano devono essere, tra l'altro, individuate preventivamente tutte le possibili situazioni di rischio che possano far emergere,

nelle varie fasi della procedura, conflitti di interesse non dichiarati o non comunicati. Si tenga presente che un conflitto di interessi non eliminato costituisce spesso e volentieri l'anticamera di un

Laddove tutti i rimedi preventivi non appaiano sufficienti a scongiurare l'insorgenza di un concreto conflitto di interesse, sarà necessario ricorrere all'esclusione dalla procedura di gara del concorrente in riferimento al quale sussiste il conflitto, ovvero, nelle fasi più avanzate della procedura, all'annullamento dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto.

8. Ad esempio, l'impossibilità assoluta di sostituire il dipendente potrebbe dipendere dall'elevatissima specializzazione richiesta per lo svolgimento della concreta funzione nell'ambito della procedura di gara, oppure dall'inutilità della sostituzione di un unico soggetto, come nel caso in cui tra la stazione appaltante e un concorrente vi siano collegamenti societari che comportano, di per sé, un rischio di interferenza diffuso all'intera compagine amministrativa.

episodio corruttivo.

Nel PTPC è presente infatti una mappatura dei processi nell'area di rischio "contratti pubblici".

La stessa Autorità suggerisce una serie di ipotesi esemplificative di rischio corruttivo per ciascuna delle fasi delle procedure di gara. Tanto per fare qualche esempio, in fase di progettazione, costituisce una concreta ipotesi di rischio, in cui può incorrere specialmente il RUP o altro progettista, la definizione delle caratteristiche della prestazione o dell'importo a base di gara - da cui scaturiscono scelte precise sia in termini di procedura da adottare che in termini di requisiti di partecipazione da richiedere - in funzione di un particolare operatore economico. O ancora, in fase di pubblicazione del bando, costituisce un'ipotesi di rischio la scelta di modalità di pubblicazione o di termini per la presentazione delle offerte volti deliberatamente a ridurre di fatto la pubblicità e la partecipazione alla procedura.

In fase di selezione del contraente mediante utilizzo di elenchi di fornitori, un'altra situazione di effettivo rischio è, ad esempio, il mancato rispetto del principio di rotazione al di fuori delle ipotesi eccezionali ammesse dall'Autorità⁹.

In fase esecutiva, invece, tra le varie possibili situazioni di rischio segnalate dall'Autorità spicca la mancata o incompleta verifica del corretto adempimento delle prestazioni contrattuali o

del rispetto delle tempistiche stabilite o, ancora, la mancata applicazione delle penali pur se teoricamente dovute.

Il PTPC, oltre ad individuare le possibili situazioni di rischio specifiche per la singola Amministrazione, deve suggerire adeguate misure di contrasto al rischio di conflitti di interesse. Si pensi, ad esempio, alla necessità di far ruotare periodicamente gli incarichi dei funzionari e dirigenti preposti alle unità organizzative che gestiscono procedimenti ad alto rischio corruttivo.

Il Piano deve infine fornire indicazioni su chi deve svolgere un effettivo monitoraggio sulla corretta attuazione di tali misure e con quali modalità.

L'Autorità suggerisce ulteriori accorgimenti volti a prevenire il rischio di conflitti di interesse. Uno di questi è l'inserimento nei bandi di gara - oppure nei

protocolli di legalità o nei patti di integrità che le pubbliche amministrazioni virtuose si siano date - di specifiche prescrizioni a carico dei concorrenti e degli aggiudicatari con cui si richiede la preventiva dichiarazione sostitutiva della sussistenza di possibili conflitti di interesse rispetto ai soggetti che intervengono nella procedura o nella fase esecutiva e la comunicazione di qualsiasi conflitto di interesse che insorga successivamente. Si estende, in tal modo, l'obbligo di comunicazione, previsto legislativamente per i dipendenti della stazione appaltante, anche agli operatori economici che partecipano alle procedure di gara o, a maggior ragione, a quelli che la vincono.

L'ANAC raccomanda alle stazioni appaltanti di sfruttare tutte le misure preventive rinvenibili nell'ordinamento: il piano triennale di prevenzione della corruzione, contenente l'indicazione delle situazioni di rischio specifiche per la singola amministrazione, l'adesione a protocolli di legalità o la stipula di patti di legalità, una capillare azione di formazione e sensibilizzazione del personale volta a rendere noti gli obblighi di comunicazione e astensione e le sanzioni applicabili in caso di violazione degli stessi.



9. Si vedano le Linee guida n. 4 dell'ANAC sulle "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici".

In caso di violazione degli impegni sottoscritti, è importante che sia prevista una qualche sanzione a carico dell'operatore economico, graduata a seconda della gravità della violazione commessa in base al principio di proporzionalità¹⁰.

A corollario dei vari rimedi elencati al fine di scongiurare, per quanto possibile, il sorgere di situazioni di conflitto di interessi, l'ANAC rammenta l'importanza di svolgere una adeguata formazione e sensibilizzazione del personale delle stazioni appaltanti, attraverso iniziative formative *ad hoc*, volte a diffondere la conoscenza degli obblighi di comunicazione e di astensione, delle conseguenze scaturenti dalla loro violazione e dei comportamenti da seguire in caso di conflitto di interesse, nonché sul dovere di vigilanza sul rispetto di tali obblighi in capo ai dirigenti e ai responsabili di unità organizzative.

Fondamentale in tal senso è garantire un'effettiva

conoscenza delle conseguenze negative che potrebbero scaturire dalla violazione degli obblighi di comunicazione e astensione, in presenza di un conflitto di interessi.

Si è già parlato delle responsabilità personali in cui il dipendente potrebbe incorrere, di natura penale, amministrativa o disciplinare.

Oltre a ciò, la violazione delle norme sul conflitto di interessi può avere gravi ripercussioni sulla legittimità e, quindi, sulla sopravvivenza del procedimento amministrativo e del provvedimento finale, posto che tali atti potrebbero risultare viziati da eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della funzione tipica dell'azione amministrativa, ciò che può condurre all'annullamento d'ufficio del provvedimento adottato laddove sia rinvenibile un contrasto attuale e concreto con l'interesse pubblico specifico del procedimento, individuabile nella scelta del contraente più idoneo.

10. Possibili esempi di sanzioni applicabili in caso di violazione degli obblighi assunti aderendo ad un protocollo di legalità o ad un patto di integrità sono: l'esclusione dalla procedura di affidamento oppure la risoluzione di diritto del contratto, o, ancora, l'escussione totale o parziale dei depositi cauzionali o altre garanzie depositate ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento; nei casi più gravi si può giungere fino all'interdizione del concorrente a partecipare ad altre gare indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo di tempo variabile a seconda della gravità della violazione commessa.

Sul principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia.

di Giuseppe Totino e Giuseppe Barone



Premesse

Gli affidamenti (di lavori, servizi e forniture) sotto soglia comunitaria (di seguito, "sotto soglia"), da sempre, movimentano un considerevole volume di spesa¹. Caratterizzati dalla semplificazione delle procedure utilizzate (si suole parlare di "procedure semplificate" per distinguerle dalle "procedure ordinarie"), rappresentano, spesso, terreno fertile ove il fenomeno corruttivo trae alimento.

Principi come quello della rotazione puntano, dunque, a ridurre ai minimi termini l'annidarsi del rischi corruttivo e, per l'effetto, a garantire il rispetto dei principi di correttezza, trasparenza e non discriminazione dell'operato della Pubblica Amministrazione (di seguito, "PA").

Nondimeno, un'applicazione assoluta del principio di rotazione, priva di adeguati contemperamenti, porta con sé la necessità di operare scelte, non di rado, foriere di possibili cecità applicative.

La pretesa del presente contributo è, pertanto, di addivenire ad una corretta interpretazione del principio *de quo*, tracciandone, da un lato, i confini certi e operando, dall'altro, un bilanciamento, sovente difficoltoso, tra le diverse esigenze di cui la PA è portatrice (*i.e.* l'esigenza di garantire un elevato livello di concorrenzialità e quella di semplificare il più possibile il processo di aggiudicazione di contratti di rilievo solo nazionale).

1. Per un'analisi contenente le statistiche dei contratti pubblici cd. perfezionati si rinvia, da ultimo, al "Rapporto quadrimestrale – Primo Quadrimestre Anno 2018" reso dall'A.N.AC. - UFFICIO OSSERVATORIO CONTRATTI PUBBLICI E ANALISI ECONOMICHE.

1. Quadro normativo e tratti evolutivi

Il principio di rotazione è uno dei principi fissati dall'articolo 36² del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito, "Codice dei Contratti Pubblici"), per l'appunto, rubricato "Contratti sotto soglia".

L'ambito oggettivo di applicazione del principio in questione è di facile individuazione, ovverosia l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria³.

Il principio di rotazione serve ad assicurare l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici, evitando che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare, da parte della PA, si traduca in uno strumento di favoritismo ed elusione delle regole della concorrenza.

Non si tratta, tuttavia, di un'applicazione generalizzata a tutte le procedure sotto soglia, ma solo a quelle negoziate (e/o agli affidamenti diretti, ovvero affidamenti senza gara): la rotazione non si applica, difatti, laddove l'affidamento avvenga tramite procedure ordinarie (*i.e.* una procedura aperta) o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole (*rectius*, vincoli) prestabilite dal Codice dei Contratti Pubblici, non operi alcuna limitazione/discriminazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Il principio di rotazione serve ad assicurare l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici, evitando che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare, da parte della PA, si traduca in uno strumento di favoritismo ed elusione delle regole della concorrenza.

Il criterio della rotazione, conseguentemente - è proprio delle procedure negoziate -, nasce dalla necessità di bilanciare il potere di scelta in capo alla PA degli operatori economici da invitare alla negoziazione, con il principio di non discriminazione, onde evitare che la stazione appaltante rispetti solo formalmente l'obbligo di consultare più soggetti, ma sostanzialmente, scegliendo sempre gli stessi soggetti, così consolidando una posizione di vantaggio in capo ad un nucleo determinato di operatori economici.

Più complicata si presenta la ricostruzione organica dei suoi paradigmi normativi, dovendosi incrociare le disposizioni codicistiche con gli atti di *soft law* adottati dall'A.N.AC..

In ordine cronologico, sul principio sono intervenuti:

- il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
- le (prime) Linee Guida n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" approvate con delibera A.N.AC. 26 ottobre 2016, n. 1097⁴;
- il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (di seguito, "Correttivo" al Codice dei Contratti Pubblici);
- le nuove Linee Guida n. 4 aggiornate con delibera A.N.AC. 1° marzo 2018, n. 206.

2. Il principio di rotazione viene declinato, dal comma secondo del medesimo articolo, in termini variegati in relazione al tipo di procedura concretamente utilizzata: i) se la commessa è di valore inferiore ai 40.000, il contratto può essere affidato anche senza alcun confronto concorrenziale e se ciò effettivamente accade il principio di rotazione dovrà essere applicato, esclusivamente, in relazione all'aggiudicazione (articolo 36, co. 2, lett. a del Codice dei Contratti Pubblici); ii) se, invece, la commessa è di valore pari o superiore ai 40.000 e inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno cinque in caso di servizi e forniture) e, in questo caso, il principio di rotazione opera esclusivamente con riferimento alla fase degli inviti (aspetto approfondito infra alla trattazione) (articolo 36, co. 2, lett. b del Codice dei Contratti Pubblici).

3. Cfr. l'articolo 35 del Codice dei Contratti Pubblici.

4. Per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di importo inferiore a 100.000 euro vedasi le Linee Guida n. 1 approvate con delibera A.N.AC. 14 settembre 2016, n. 973, successivamente aggiornate dalla delibera 21 febbraio 2018, n. 138.

Il suddetto principio non rappresenta una novità, essendo rinvenibile già nel previgente Codice dei Contratti Pubblici e, in particolare per quello che ivi interessa, nell'articolo 125 ("Lavori, servizi e forniture in economia")⁵ del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Sennonché, solo con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici acquista una valenza precettiva, il cui mancato rispetto è tale da inficiare gli esiti di una gara già espletata.

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha, difatti, riordinato la relativa disciplina, introducendo alcuni significativi elementi di discontinuità rispetto al passato, che saranno, a seguire, presi in considerazione, di talchè si possano mettere a fuoco gli aspetti principali e insoluti.

Di converso, non ha alcuna derivazione comunitaria⁶: non si rinviene alcun richiamo espresso nella superata direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE né tantomeno nella nuova direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE.

Il principio di rotazione, come si evince dalla formulazione del suindicato articolo 36, è posto a presidio delle microimprese, piccole e medie imprese, in modo da assicurare la possibilità di una loro effettiva partecipazione nel mercato degli appalti pubblici, in armonia con le previsioni di

cui alla legge 11 novembre 2011, n. 180 ("Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese").

Coerentemente con la formulazione codicistica ante Correttivo, le prime Linee Guida n. 4 individuano la portata soggettiva d'applicazione della rotazione esclusivamente nell'affidamento o nell'invito al contraente uscente.

Con l'intervento del Correttivo, si è passati dal più imprecisato "principio di rotazione" al più puntuale "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti"⁷.

Di guisa che, con tale inciso, si è anticipato il momento in cui la rotazione agisce: dal risultato degli inviti (fase conclusiva del procedimento, cioè l'affidamento) al momento della scelta dei soggetti da invitare (fase prodromica).

In altri termini, il principio di rotazione, come ora contemplato, si riferisce propriamente agli inviti, nell'intento di assicurare una piena

turnazione degli operatori che potrebbero aspirare al contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sono ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari.

il principio di rotazione, come ora contemplato, si riferisce propriamente agli inviti, nell'intento di assicurare una piena turnazione degli operatori che potrebbero aspirare al contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sono ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari.



5. Pertanto, già nel precedente Codice dei Contratti Pubblici si faceva espresso riferimento al principio menzionato, attraverso la cui effettiva applicazione era possibile ottenere l'avvicendamento dei partecipanti alle gare d'appalto. Nella vigenza della precedente normativa, l'A.N.AC. aveva evidenziato che "il criterio di rotazione ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza" (Determinazione del 6 aprile 2011, n. 2).

6. A rigore deve rappresentarsi la diversa ricostruzione delle fonti effettuata dal Consiglio di Stato, con parere del 26 gennaio 2018, n. 361, in forza della quale il principio di rotazione, incardinato nel citato articolo 36, co. 1, del Codice dei Contratti Pubblici ("L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto [...] del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese"), troverebbe, velatamente, la sua fonte anche nell'ordinamento dell'Unione europea e, in particolare, nel tenore letterale del considerando n. 2 della Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE che pone a base della revisione della normativa sugli appalti pubblici l'accrescimento dell'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale".

7. Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 22 marzo 2017, n. 782: "La precedente formulazione, invece, poteva intendersi nel senso che la turnazione si riferisse alla posizione di affidatario del contratto [...]".

A seguito del Correttivo, il Legislatore (articolo 36, co. 7 del Codice dei Contratti Pubblici) ha affidato ad A.N.AC. l'incarico di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

In particolare, le nuove linee guida prevedono l'applicazione del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti (con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti) nei casi in cui l'affidamento in corso abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico del precedente, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi.

Come accennato sopra, il principio *de quo* è dotato sì di portata precettiva, ma non assoluta, potendo sopportare alcune limitate deroghe. È possibile, a determinate condizioni, il reinvio all'affidatario uscente e all'operatore economico invitato ma non affidatario.

A tal proposito, l'A.N.AC. ha differenziato il regime derogatorio:

- la stazione appaltante deve motivare, in modo stringente, l'affidamento o il reinvio al contraente uscente⁸ in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di

mercato di riferimento;

- la motivazione circa l'affidamento o il reinvio al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso⁹.

Fermo quanto sopra, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso ad arbitrari frazionamenti delle commesse, ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto, alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici.

Specularmente, l'applicazione dello stesso non può legittimare, in assenza di valide ragioni, pratiche elusive del divieto di artificioso frazionamento delle commesse¹⁰, previsto ai sensi dell'articolo 35, co. 6 del Codice dei Contratti Pubblici.

2. Quadro giurisprudenziale

Copiosa la giurisprudenza che negli anni ha affrontato il principio *de quo*.

La *ratio* della rotazione rinvenibile dalla giurisprudenza è facilmente identificabile: assurge a criterio funzionale a evitare indebite "posizioni di favore" e inaccettabili "chiusure surrettizie" del mercato.

8. Parafrasando quanto contenuto nella pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142, il contraente uscente, anche se è divenuto affidatario per effetto di una precedente procedura ad evidenza pubblica, non può pretendere di essere invitato nel successivo procedimento semplificato finalizzato ad aggiudicare una commessa uguale o riconducibile allo stesso settore. Indi, la stazione appaltante è tenuta a far prevalere il principio di rotazione, altresì, agli affidatari a seguito di procedure ad evidenza pubblica, onde evitare che, una volta scaduto il rapporto convenzionale, il precedente aggiudicatario possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente a detrimento degli altri operatori economici.

9. Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 26 gennaio 2018, n. 361: "[...] appare ragionevole differenziare [...] il trattamento dell'invitato non affidatario rispetto a quello riservato al gestore uscente; e ciò in quanto le semplici occasioni di partecipazione alla selezione si risolvono, per l'operatore economico, in un mero contatto con la stazione appaltante e non rappresentano certo una occasione per il sorgere o il consolidarsi di legami contrattuali e professionali con la struttura della stessa stazione appaltante. Sotto tale versante prospettico si rivela dunque logica ed equilibrata la previsione di un regime meno rigoroso con riferimento alla posizione dell'operatore economico che, già invitato per una precedente selezione dalla stazione appaltante, non sia risultato aggiudicatario della stessa".

10. Ai sensi dell'articolo 35, co. 6 del Codice, vige il divieto di artificioso frazionamento delle commesse: "Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino".

Nella tassonomia delle questioni portate davanti all’Autorità Giudiziaria devono essere esaminate preliminarmente i) quelle che hanno portato a degli arresti giurisprudenziali sul principio e, solo successivamente, ii) quegli orientamenti che si pongono in chiave critica verso un’applicazione rigida del medesimo, disconoscendolo quale dogma indiscutibile.

2.1 Arresti giurisprudenziali

A seguire un compendio di osservazioni della giurisprudenza amministrativa.

In coerenza con quanto precedentemente affermato con parere 12 febbraio 2018, n. 361, il Consiglio di Stato¹¹ configura il principio di rotazione come servente rispetto al sovraordinato principio della libera concorrenza. Il criterio di rotazione degli affidamenti e degli inviti trova fondamento nella esigenza di evitare la così detta asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) nonché in capo all’operatore invitato nella precedente procedura di selezione dalla stazione appaltante senza che risultasse affidatario (per il quale tuttavia il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - ha dunque il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente è in una posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti (*cf.* Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n.4125).

Tale principio è, dunque, volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.

Pertanto, anche al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l’ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che l’invito all’affidatario uscente rivesta carattere eccezionale (in tal senso, *cf.* Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Consiglio di Stato, sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142).

Concretamente, la stazione appaltante ha solo due possibilità: non invitare il gestore uscente (e/o il candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario) o, in caso contrario, motivare attentamente le ragioni per le quali riteneva di non poter invece prescindere dall’invito. In subordine, il Consiglio di Stato ha ritenuto, altresì, infondata la questione di costituzionalità sollevata sull’articolo 36 del Codice dei Contratti Pubblici, atteso che:

- con riguardo all’articolo 3 della Costituzione, il carattere asimmetrico del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente è in una posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti;
- quanto alla violazione dell’articolo 41 della Costituzione, è dirimente rilevare che il citato articolo 36 contiene una norma pro-competitiva che favorisce l’ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di

11. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079.

trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale – salvo motivate eccezioni – si impone soltanto di “saltare” il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con gli altri concorrenti;

- in relazione all’articolo 97 della Costituzione, l’aumento delle *chances* di partecipazione dei *competitors* “esterni” (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l’efficienza e l’economicità dell’approvvigionamento dei servizi.

2.2 Filone giurisprudenziale critico

Meritevole di segnalazione, in chiave dubitativa, è la recente pronuncia del TAR Campania (TAR Campania Salerno, sez. I, 5 novembre 2018, n. 1574), che intende il principio di rotazione “[...] non già nel senso (auspicato da parte ricorrente) di dover escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un’amministrazione, bensì, soltanto, di non favorirlo, altrimenti risolvendosi esso in una causa di esclusione dalle gare, oltre che non codificata, in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è, invece, imperniato tutto il sistema degli appalti”.

Prosegue, nel senso della recessività della rotazione rispetto al principio di libera concorrenza, attestando che “risulta, infatti, ormai pacifico in giurisprudenza che il principio di rotazione debba considerarsi servente e strumentale rispetto a tale principio di concorrenza e non possa risolversi in un ostacolo ad esso, con la conseguenza che, dunque, il precedente aggiudicatario che abbia ben operato

L’applicazione distorta o cieca del principio potrebbe in ipotesi comportare una lesione del principio di tutela della concorrenza, in cortocircuito con lo stesso principio di cui la rotazione ne è espressione ed attuazione.



potrà partecipare alla gara se ciò rappresenta un’estensione della platea degli offerenti (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 4125/2017, e Sezione V, n. 5854/2017 nonché T.A.R. Veneto, Sezione I, n. 515/2017 e T.A.R. Campania, Napoli, Sezione II, n. 1336/2017)”.
La rotazione ha lo scopo di impedire alle PA di riaffidare la medesima prestazione agli stessi operatori economici, mediante sistemi di selezione che si pongono in contrasto con i principi della trasparenza e concorrenza (i.e. reiterati affidamenti diretti, oppure reiterati inviti in rose ristrette di concorrenti, elaborate *ad hoc* o tratte discrezionalmente da più ampi elenchi generali). Solo in questi casi il riaffidamento può ledere la concorrenza.

Viceversa, se la PA non ha liberamente scelto i soggetti da invitare alla gara bensì aperto al mercato¹², è lesivo della concorrenza estromettere il precedente aggiudicatario (e/o il candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario) dalla possibilità di partecipazione.

3. Conclusioni

Attorno al principio di rotazione emergono tuttora forti criticità, che l’A.N.AC., in forza del mandato conferito dal Legislatore, avrebbe dovuto risolvere, ma che sono rimaste tuttavia insolte. Appare, difatti, di ardua coniugazione dell’obbligo di rotazione con gli altri principi generali, in tema di appalti pubblici, di cui all’articolo 30 del Codice dei Contratti Pubblici (i.e. economicità, efficacia, libera concorrenza, etc...).

12. Nel caso di specie, “[...] rendendo nota, con avviso pubblico, la propria intenzione di acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l’affidamento del servizio in questione [...] e, poi, seguito una procedura idonea ad assicurare, mediante l’estrazione pubblica, l’imparzialità della scelta dei cinque operatori economici (tra gli undici interessati) da invitare a partecipare [...]”.

È tutt'altro che remoto, in assenza di indicazioni puntuali ed equilibrate, che si concretizzi il rischio di un'applicazione indiscriminata del principio, tale da comportare una sostanziale compressione della libertà economica delle imprese e, potenzialmente, generare inefficienze, se non addirittura anti economicità nella gestione degli affidamenti sotto soglia.

Pertanto, il principio della rotazione non deve essere interpretato acriticamente, se sostanzialmente la selezione dell'aggiudicatario passa da una procedura capace di garantire una effettiva apertura del mercato.

Viepiù il suddetto cortocircuito rischia di inverarsi, non essendoci una evidente immanenza del suddetto principio in seno alla direttiva 2014/24/UE, se si pone riguardo al divieto di *gold plating*, cioè il divieto da parte delle norme nazionali di

recepimento delle direttive europee di introdurre oneri a carico degli operatori economici ulteriori a quelli disposti dalle direttive stesse.

Senza dover rimettere in discussione l'impianto generale del principio così come oggi congegnato, sarebbe in ogni caso opportuno ricercare una nuova soluzione complessiva ed equilibrata, che tenga conto di tutti gli *input* provenienti dalla prassi al fine di assicurare l'efficienza nella gestione dei procedimenti selettivi attraverso il bilanciamento di principi soggetti a reciproca interferenza: da un lato, la concorrenzialità e la competitività del sistema (con le ricadute in tema di anticorruzione) e, da un altro, la libertà di iniziativa economica delle imprese, saldamente ancorati ai valori costituzionali del buon andamento (articolo 97 Costituzione) e del diritto di iniziativa economica (articolo 41 Costituzione).

WHISTLEBLOWING

Il software per la segnalazione degli illeciti all'interno delle P. A. Area Software



Le Pubbliche Amministrazioni, nell'ottica di prevenire fenomeni corruttivi e per garantire una adeguata tutela ai propri dipendenti, si stanno dotando di uno strumento informatico che consenta a questi ultimi di segnalare condotte illecite di cui sono venuti a conoscenza.

Scenario normativo: Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 dell'ANAC

FUNZIONALITA'

- ◆ Erogazione del servizio in CLOUD o su server interno all'ente, con accesso all'area riservata via web o tramite rete interna
- ◆ Possibilità di accesso tramite smart card
- ◆ Accessibilità dalle rete internet o esclusivamente dalla intranet
- ◆ Accesso regolamentato a norma privacy (complessità password e cambio password trimestrale)
- ◆ Netta separazione del processo di iscrizione dal processo di segnalazione, per una corretta separazione dei dati, a tutela dell'anonimato del segnalante

Il segnalante o whistleblower può:

- ◆ Accedere in maniera anonima e sicura al sistema
- ◆ Inserire le proprie segnalazioni tramite una procedura intuitiva
- ◆ Comunicare con il Responsabile Anticorruzione in maniera anonima

Il Responsabile Anticorruzione può:

- ◆ Ricevere via email un avviso di presenza di segnalazione nel sistema
- ◆ Accedere ad un'area riservata e prendere visione delle segnalazioni ricevute
- ◆ Interagire con il segnalante e richiedere ulteriori informazioni o documenti
- ◆ Monitorare e gestire la procedura in tutte le fasi

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

Ci contatti per maggiori informazioni

Rassegna su recenti pareri dell'ANAC in tema di affidamento diretto, nomina delle commissioni di gara, indicazione degli oneri della sicurezza e sull'applicazione dell'istituto dell'anticipazione del prezzo.

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premessa

Di recente l'ANAC si è pronunciata, con una serie di pareri, su alcune questioni di estrema attualità e, soprattutto, di grande rilievo pratico/operativo per il RUP.

Appare opportuno, tra i diversi pareri espressi in sede di precontenzioso, analizzare soprattutto gli interventi in tema di dinamiche concrete utilizzabili nell'affidamento diretto, definizione dell'annosa questione dell'omessa dichiarazione degli oneri aziendali interni ed infine sulla fattispecie dell'anticipazione del prezzo in relazione all'ambito operativo di riferimento ovvero se l'istituto risulti applicabile solo nel sopra soglia comunitario o anche nel sotto soglia.

1. L'acquisto fuori MEPA (o mercato elettronico del soggetto aggregatore)

Interessante è la questione – affrontata e risolta con la deliberazione n. 899/2018 – dei rapporti tra affidamento diretto (nella fattispecie di cui all'articolo 36, comma 2, lett. a) del codice dei contratti) e la propedeutica indagine di mercato.

Nel caso di specie, l'appaltatore chiedeva all'Authority "un parere sulla legittimità della procedura di gara segnalando che" la stazione appaltante "non aveva attinto alla piattaforma MEPA per effettuare la selezione; inoltre in violazione delle regole che presiedono l'affidamento diretto **non aveva consultato un elenco di operatori accreditati, né svolto un'indagine di mercato previa pubblicazione di avviso pubblico;** inoltre sottolineava che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta sulla base della valutazione del ribasso più conveniente senza tener conto delle migliori proposte (...) consistenti nell'automazione del cancello del cimitero per motivi di sicurezza".

La prima questione che viene affrontata ha riguardato l'acquisto "fuori" dal MEPA. Raccolte le memorie dalla stazione appaltante, in delibera si evidenzia che l'acquisizione è dovuta avvenire fuori dal sistema disegnato dalla *spending review* per irreperibilità del servizio tra le categorie merceologiche presenti in vetrina.

A tal riguardo, in delibera, rammentato che "ai sensi dell'art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 - tutte le amministrazioni statali, centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a € 1.000 e inferiore alla soglia di rilievo comunitario, sono oggi tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione, si sottolinea - e ciò appare utile per i RUP - che come affermato da costante giurisprudenza "nel caso non siano reperibili i beni o i servizi necessitati, è possibile ricorrere alla procedura in economia al di fuori del mercato elettronico".

Nel caso non siano reperibili i beni o i servizi necessitati nel MEPA, è possibile ricorrere alla procedura in economia al di fuori del mercato elettronico.



2. L'affidamento diretto senza indagine di mercato

Sui rapporti tra affidamento diretto e indagine di mercato, in delibera si ribadisce che per contratti di valore inferiore ai 40.000 è possibile procedere tramite affidamento diretto anche senza alcun confronto competitivo tra due o più imprese, "purché la stazione appaltante adotti una determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove

richiesti (art. 32, comma 2 e art. 36, comma 2, lettera a) d.lgs. n. 50/2016)".

Deve ritenersi corretto secondo l'ANAC, un comportamento della stazione appaltante che pur decidendo di seguire la dinamica dell'affidamento diretto ma anche "non avendo svolto un'indagine di mercato vera e propria" abbia "comunque consultato più operatori".

È altresì corretto il fatto che il RUP - nella sua istruttoria per il responsabile del servizio - non abbia tenuto conto delle "migliorie" ma si sia attenuto al criterio del minor prezzo "privilegiando il maggior ribasso".

La riflessione è molto importante in quanto diretta a chiarire che se la stazione appaltante adotta un procedimento informale non ha particolari vincoli da seguire se non quelli "ovvi" del

procedimento amministrativo in generale. È chiaro che per valutare secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre anche stabilire dei criteri/sottocriteri di valutazione ciò che implica, evidentemente, la formalizzazione di una procedura e quindi la fissazione di regole "a monte" del procedimento.

3. L'obbligo di sottoporre l'offerta a verifica di congruità

Con un secondo parere - riscontrato con la deliberazione n. 898/2018 - l'istante segnala la violazione dell'obbligo "normativo di ricorrere alla verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario nella procedura in oggetto" rilevando, altresì, un comportamento illegittimo da parte della stazione appaltante nella "nomina dei membri della Commissione che non sarebbe avvenuta secondo regole di trasparenza e competenza, preventivamente individuate dalla stazione appaltante e l'illegittimità dei successivi atti della procedura di gara che ne sarebbe derivata".

Dalla documentazione, l'ANAC rileva che

effettivamente l'aggiudicataria si trovava nelle condizioni di cui all'articolo 97, comma 3 ovvero ha raggiunto un punteggio pari o superiore ai 4/5 del punteggio massimo attribuibile. In questo caso, *gioco forza*, il RUP non si può sottrarre dall'obbligo della verifica di congruità che non è affatto "disponibile".

Da notare – secondo il ragionamento espresso dalla stazione appaltante – che il RUP rivendicava una certa discrezionalità nell'operare o meno la verifica.

Queste riflessioni vengono prontamente respinte dall'ANAC che rimarca come un potere discrezionale sulla sottoposizione a verifica riguarda solo il caso dell'assenza di "fumus" ovvero quando non siano rinvenibili "in base ad elementi specifici" concreti sospetti che l'offerta possa essere "anormalmente bassa".

Ed il giudizio della stazione appaltante, è sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità (in questo senso, TAR Umbria 30 marzo 2018, n. 192; TAR Lombardia 27 ottobre 2017, n. 2048).

Negli altri casi, se la fattispecie è inquadrabile, nell'ambito del comma 3 dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016 - che corrisponde al previgente art. 86, comma 2, D.lgs.163/2006 e prevede, per gli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che "sono giudicate anomale le offerte per le quali sia per la componente tecnica che per quella economica realizzino un punteggio pari o superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti nel bando di gara" - l'offerta è sempre considerata anomala se "ottiene un punteggio alto sul piano tecnico e, contemporaneamente, un punteggio alto relativamente all'offerta economica in virtù di un ribasso consistente".

Nel caso di specie insiste un obbligo "non negoziabile" di procedere con la verifica.

4. La nomina della commissione di gara

Sempre nell'ambito della stessa deliberazione, come anticipato, viene analizzata la questione della corretta procedura per la nomina della commissione di gara.

La *querelle* si focalizza sulla circostanza che la stazione appaltante (il RUP) può procedere con la individuazione dei commissari di gara (da comprendersi anche il presidente) solo dopo aver fissato delle regole oggettive di trasparenza e competenza (in questo senso il comma 12, dell'articolo 216 del codice dei contratti).

Secondo l'istante ciò non sarebbe avvenuto. Di diverso avviso l'ANAC che ha rilevato – previa verifica della documentazione fornita dalla stazione appaltante – "che la nomina della commissione nella gara (...) è avvenuta in

attuazione delle disposizioni contenute in apposita convenzione in cui" si "è espressamente previsto che l'ente possa avvalersi di personale degli enti associati".

Da notare che l'ANAC ritiene legittimo tale *modus agendi* considerato che "in attesa dell'attuazione della disciplina relativa all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'art. 78 D.lgs. 50/2016, la stazione appaltante può nominare alcuni componenti interni nel rispetto del principio di rotazione (vd. art. 216, comma 12)".

L'ultimo inciso – ovvero quello della possibilità di nominare solo alcuni componenti interni non sembra, ad ora, trovare conforto nelle norme del codice in quanto necessità postasi solo per il futuro una volta entrato in vigore l'ALBO dei commissari di gara.

L'ANAC rimarca che un potere discrezionale del RUP circa la sottoposizione a verifica riguarda solo il caso dell'assenza di "fumus" ovvero quando non siano rinvenibili "in base ad elementi specifici" concreti sospetti che l'offerta possa essere "anormalmente bassa".



5. L'indicazione degli oneri di sicurezza interni

Altra questione – estremamente attuale (e conflittuale) nel nostro paese – è quella dell'obbligo di indicare (con scorporo rispetto all'offerta) l'ammontare degli oneri di sicurezza interni dell'azienda (al fine della verifica del rispetto della normativa di settore).

Nel caso di specie, l'indicazione è avvenuta ma con un errore rispetto agli anni dell'appalto. In sostanza, l'appaltatore indicava un importo valido per 5 anni anziché 7 relativi alla durata del contratto.

La questione viene affrontata e risolta con la deliberazione n. 1072/2018.

In particolare, l'istante si duole per il fatto che l'impresa era stata ammessa a soccorso istruttorio integrativo "per consentire (...) di integrare la propria offerta economica con ciò violando il principio di immodificabilità dell'offerta".

Secondo l'istante, evidentemente, la stazione appaltante – ai sensi dell'articolo 95, comma 10 del codice -, avrebbe dovuto procedere con l'esclusione dalla gara.

Acquisiti di documenti dall'appaltatore interessato, emerge che lo stesso è incorso in "un mero refuso della dichiarazione con la precisazione che "a ben vedere, di null'altro potrebbe trattarsi, giacché non avrebbe senso alcuno calcolare gli oneri della sicurezza per un quinquennio nell'ambito di una gara settennale, ed essendo l'importo indicato coerente rispetto alla durata complessiva dell'appalto".

6. L'orientamento in materia di previa indicazione degli oneri della sicurezza interni

L' Authority evidenzia, in primo luogo, che in merito ad una gara indetta in vigore del d.lgs. n. 50/2016, nella cui *lex specialis* non era stato previsto specificamente l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza l'amministrazione è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, "nonché secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 novembre 2016, **ovvero previa verifica della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri**".

Nel primo caso, prosegue l'ANAC, il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito, in quanto il concorrente, formulando un'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza, nel sanare la propria offerta, apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta medesima, in violazione dei principi generali in materia dei contratti pubblici.

Nel secondo caso, invece, avendo il concorrente indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, senza tuttavia chiarirne l'importo, l'amministrazione potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente (*cf.*, in termini, pareri n. 423 del 12 aprile 2017; n. 616 del 7 giugno 2017; n. 1081 del 25 ottobre 2017; n. 1354 del 20 dicembre 2017; n. 71 del 24 gennaio 2018).

L' ANAC evidenzia che in merito ad una gara indetta in vigore del d.lgs. n. 50/2016, nella cui lex specialis non era stato previsto specificamente l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza l'amministrazione è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016.



L'orientamento giurisprudenziale recente ha aderito alla tesi sostanzialistica dell'obbligo della dichiarazione di cui all'articolo 95 e "con

specifico riferimento al caso di errata indicazione del costo della manodopera, ha ritenuto che non può essere escluso l'operatore economico che abbia presentato un'offerta economica tenendo in considerazione i costi della manodopera e li abbia indicati separatamente nella propria offerta **commettendo tuttavia un mero errore formale nella indicazione numerica di tale costo**, qualora successivamente, in sede di contraddittorio con la stazione appaltante, tale errore formale venga rilevato come tale a seguito della positiva verifica che i costi della manodopera sono stati debitamente conteggiati dal concorrente nella predisposizione della propria offerta".

Nel caso di mero errore materiale, l'eventuale richiesta di soccorso istruttorio non può essere intesa come "indebita modifica dell'offerta economica (TAR Venezia, 1° ottobre 2018, n. 916, nello stesso anche TAR Piemonte, 7 maggio 2018, n. 523)".

Sa notare che, nel caso di specie, il soccorso che il RUP è tenuto ad attivare è solo quello specificativo e non integrativo.

Nel caso trattato si evidenziava proprio l'errore materiale non avrebbe avuto senso predisporre l'offerta con riferimento al quinquennio visto che la durata prevista del contratto era di 7 anni e, soprattutto, lo stesso aveva previsto (pur pro quota) gli oneri pertanto è parso corretto il comportamento del RUP che ha avviato il procedimento di soccorso istruttorio più che integrativo di mero chiarimento/ specificativo.

7. L'anticipazione del prezzo

Importante chiarimento viene fornito dall'ANAC con la deliberazione n. 1050/2018 in tema di corretta applicazione della fattispecie dell'anticipazione del prezzo ai sensi del comma 18 dell'articolo 35 del codice dei contratti.

Nel caso di specie, l'operatore si rivolge all'autorità anticorruzione per avere cognizione sulla sussistenza o meno "dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere l'anticipazione del prezzo nelle procedure sotto soglia.

La stazione appaltante, nel caso di specie, per l'affidamento dei lavori indicava una procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 D.lgs. 50/2016 il cui capitolato, all'art. 26 prevedeva che "non è dovuta l'anticipazione del prezzo e non trova applicazione l'art. 35 co. 18 del Codice dei Contratti".

Dalle "memorie" raccolte emergeva che secondo la stazione appaltante l'art. 35 - e quindi la previsione dell'anticipazione del prezzo - riguarda solamente "le procedure sopra soglia comunitaria" non trovando applicazione alle procedure - come quella in oggetto - sottosoglia "e quindi disciplinata dal successivo art. 36 in cui dell'anticipazione del prezzo non si fa menzione".

8. La ratio dell'anticipazione del prezzo

La richiesta di parere fornisce l'occasione all'ANAC per chiarire la *ratio* dell'anticipazione. Si tratta di una fattispecie - si legge in delibera - "avente la finalità di consentire all'appaltatore di affrontare le spese iniziali necessarie all'esecuzione del contratto (...) oggetto di numerose modifiche normative.

In un primo tempo l'istituto è rimasto alla "discrezionalità dell'amministrazione, è stato poi ritenuto obbligatorio. In particolare in tutte le procedure di gara (art. 3 L. n.741/1981), come ribadito dall'art. 26, co.1, L. 109/1994.

Successivamente l'anticipazione è stata ridimensionata dal 10% al 5% dell'importo contrattuale dall'art. 2, commi 91 e 92, L. n. 662 del 1996 (finanziaria 1997).

Inoltre, il D.L. del 28 marzo 1997, n. 79, convertito in legge 28 maggio 1997, n. 140, con finalità di contenimento della spesa pubblica, ha disposto "il generale divieto alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici economici di concedere, in qualsiasi forma, anticipazioni del prezzo in materia di appalti di lavori, servizi e forniture, facendo salvi i contratti già aggiudicati alla data di entrata in vigore del decreto medesimo e quelli riguardanti attività oggetto di cofinanziamento comunitario". Dal 2013, si legge ancora in deliberazione, "l'opposta esigenza di favorire gli investimenti

e dare impulso all'imprenditoria, in una fase di stagnazione economica e di crisi del mercato, ha indotto il legislatore a ripristinare temporaneamente l'istituto dell'anticipazione (vd. art. 26-ter DL 21.6.2013, n. 69 cd. *decreto del fare*) fissato prima nell'importo del 10%, poi del 20% (art. 8, co. 3-bis DL 192/2014 e poi art. 7, co.1, D.L. 210/2015)".

9. L'anticipazione nel nuovo codice dei contratti

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti la previsione è stata declinata al comma 18, dell'articolo 35 rubricato "Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia" e viene, perciò, "istituzionalizzata l'anticipazione del 20% calcolata non più sull'importo contrattuale, come nella corrispondente previsione del vecchio regolamento all'art. 140 D.P.R. 207/2010, ma sul valore stimato dell'appalto.

La norma chiarisce altresì, che tale anticipazione deve essere corrisposta all'appaltatore entro quindici giorni "dall'effettivo inizio dei lavori ed è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori".

Secondo l'ANAC, la collocazione della norma nell'ambito dell'art. 35 rubricato "Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti" è stata giudicata "infelice e inconferente" dalla dottrina, mostrandosi come una scelta erronea e non sorretta da adeguata motivazione.

Lo stesso Consiglio di Stato, con il parere 30/03/2017, n. 782 ha osservato che "la sede più corretta della disciplina racchiusa nel comma 18 dell'art. 35 sarebbe il titolo V, relativo all'esecuzione (...), se del caso nell'art. 113-bis, con appropriata modifica della relativa rubrica".

L'intensità dell'obbligo (dell'anticipazione) La portata generale dell'obbligo soddisfa, quindi, la *ratio* che sorregge il principio di anticipazione delle somme erogate dall'amministrazione "al fine di dare impulso all'iniziativa imprenditoriale, assicurando la disponibilità delle stesse nella delicata fase di avvio dei lavori e di perseguire il pubblico interesse alla corretta e tempestiva esecuzione del contratto".

Per effetto di quanto, non avrebbe senso - puntualizza l'ANAC - precludere tale facoltà di accesso all'anticipazione per affidamenti di importo inferiore che spesso vedono protagoniste imprese di dimensioni medio piccole e maggiormente tutelate dal legislatore.

Alla luce di quanto, l'art. 35 del codice dei contratti deve essere considerato come una norma di carattere generale "che detta disposizioni in ordine alle modalità di calcolo del valore dell'appalto e non una norma specifica relativa ai contratti

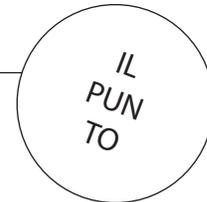
sopra soglia in contrapposizione alla successiva di cui all'art. 36.

Per tali motivi, la disposizione del Capitolato che prevede il diniego all'erogazione dell'anticipazione del prezzo deve ritenersi illegittima in quanto contraria alla normativa di settore".

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti la previsione è stata declinata al comma 18, dell'articolo 35 rubricato "Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia" e viene, perciò, "istituzionalizzata l'anticipazione del 20% calcolata non più sull'importo contrattuale, come nella corrispondente previsione del vecchio Regolamento all'art. 140 D.P.R. 207/2010, ma sul valore stimato dell'appalto.

«Modifiche sostanziali agli atti di gara e obbligo di pubblicità»

di Francesca Scura



Premesse

Il rispetto degli obblighi di pubblicità, nelle procedure di scelta del contraente, oltre a rispondere a basilari esigenze di trasparenza degli atti amministrativi e al principio di «certezza del diritto», è garanzia di concorrenza e imparzialità, limitando il rischio di discriminazioni e favoritismi da parte della stazione appaltante.

In questi casi la «forma» si pone come condizione di legittimità dell'intera procedura ad evidenza pubblica.

Sempre più numerose sono le sentenze che sposano l'orientamento secondo cui la stazione appaltante non può modificare/integrare la *lex*

specialis di gara, se non attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara; nelle ipotesi di modifiche sostanziali della *lex specialis* è poi richiesta dal giudice amministrativo la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

Il tema è affrontato in una recente sentenza dal TAR Veneto, che si sofferma sugli aspetti processuali relativi all'interesse e alla legittimazione a ricorrere del soggetto che non ha potuto partecipare alla gara proprio a causa della iniziale formulazione del bando, contenente una clausola poi rimossa dalla stazione appaltante senza le necessarie formalità previste dalla legge e dalla giurisprudenza per il caso di modifiche sostanziali della *lex specialis*¹.

1. Tar Veneto, sez. I, 12/10/2018 n. 940.

1. Pubblicazione degli atti di gara

Il D.Lgs. n. 50/2016 («Codice»), dopo aver delineato, all'art. 29, i principi in materia di trasparenza degli atti relativi ai contratti pubblici, ove non considerati «riservati» ai sensi dell'art. 53 ovvero «secretati» ai sensi dell'art. 162, elenca, agli artt. 72-73, le modalità di pubblicazione degli atti di gara; in particolare è prevista la pubblicazione:

- in G.U.U.E., G.U.R.I e quotidiani;
- sul profilo del committente della stazione appaltante, sezione "Amministrazione trasparente";
- sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC.

Gli oneri di pubblicità non risparmiano i contratti sottosoglia (v. art. 36 del Codice) né i settori speciali (v. art. 216 del Codice) mentre le linee generali di pubblicazione sono definite nel Decreto del MIT del 2 dicembre 2016, «Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016»².

Dal dettato normativo nonché dal costante insegnamento giurisprudenziale emergono due principi cardine in materia:

- i) le condizioni e i requisiti di gara devono essere pubblicizzati *ex ante* (al momento del bando di gara) in maniera chiara, precisa e univoca;
- ii) la modifica o la proroga degli atti di gara non è libera ma è soggetta al rispetto degli stessi oneri di pubblicità previsti per l'atto da modificare o prorogare.

La violazione delle norme sulla pubblicazione

degli atti di gara è considerata grave e comporta l'inefficacia del contratto concluso dalla stazione appaltante. Difatti, l'art. 121 ss. D.Lgs. n. 104/2010 («codice del processo amministrativo» o «CPA») prevede che il giudice, annullando l'aggiudicazione, dichiari l'inefficacia del contratto, tra gli altri, nei seguenti casi:

- a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella GUUE o nella GURI, quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice;
- b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella GUUE o nella GURI, quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice³.

2. Le modifiche «sostanziali»

La pubblicità non riguarda solo la fase iniziale della procedura ma si estende alle modifiche successive della *lex specialis*. Al riguardo il *discrimen* è tra le modifiche definibili come sostanziali e quelle non sostanziali.

Le modifiche «sostanziali», sono quelle in grado di incidere sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura in modo tale da determinare (anche solo potenzialmente) un ampliamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento dell'appalto. Sono modifiche «sostanziali» - ad esempio - quelle che prevedono l'eliminazione di alcuni dei requisiti di capacità originariamente

2. Il documento è visualizzabile qui http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_dm_02_12.htm

3. Ai sensi dello stesso articolo l'inefficacia del contratto non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

- a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal Codice;
- b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del Codice in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;
- c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

prescritti per la partecipazione alla procedura: l'effetto della modifica, in tal caso, è difatti quello di estendere la platea dei possibili concorrenti comprendendo anche soggetti inizialmente esclusi dalla gara per difetto dei requisiti.

È questo il caso della recente sentenza emessa dal TAR Veneto n. 940/18, ove la ricorrente ha provveduto alla pubblicazione del bando/disciplinare di gara nella G.U.R.I. salvo poi modificare in modo sostanziale il detto bando, eliminando la clausola che richiedeva ai concorrenti il requisito di ordine speciale di capacità economico-finanziaria (nel caso di specie il possesso di un capitale sociale di almeno € 500.000,00). La predetta modifica della *lex specialis* è stata pubblicata dalla stazione appaltante non già con le stesse modalità usate per il bando/disciplinare di gara, ma solo mediante avviso pubblicato nel sito internet del Comune e senza nessuna riapertura né slittamento dei termini di presentazione delle offerte.

Rientra nell'ambito delle modifiche «sostanziali» in esame anche la proroga di una procedura aperta; in quanto tale essa è soggetta agli oneri di pubblicità prescritti dal Codice.

La recente giurisprudenza ha ritenuto di conseguenza inefficace l'avviso di proroga che non sia stato adeguatamente pubblicizzato dalla stazione appaltante. Secondo il giudice amministrativo, l'inefficacia si baserebbe non solo sulla specifica violazione della disposizione codicistica che prescrive la pubblicazione (nel caso di specie l'art. 36, comma 9, del Codice, che prescrive la pubblicazione di bandi e avvisi sul profilo del committente e sulla piattaforma

digitale dei bandi di gara presso l'ANAC), bensì sulla lesione del principio generale della necessaria corrispondenza tra le formalità pubblicitarie del bando e le successive modifiche⁴.

Ad essere lesa è inoltre il principio della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto, nel caso esaminato dal TAR Lazio, la proroga è stata disposta per consentire alle imprese di adeguare le offerte ai chiarimenti adottati in ordine alle disposizioni del capitolato d'appalto. Un corretto ed esaustivo regime pubblicitario del prolungamento dei termini per il deposito delle offerte avrebbe reso tutte

le concorrenti già iscritte consapevoli della possibilità di adeguare e/o modificare, entro la nuova scadenza, le offerte già presentate, ovvero avrebbe consentito ad altre imprese di inserirsi nella gara con la presentazione di proprie offerte nel nuovo termine. Annullata la proroga, il giudice ha disposto l'esclusione di tutte le offerte pervenute dopo il termine originario previsto dalla *lex specialis*.

È passata al vaglio della giurisprudenza anche l'ipotesi di modifiche «sostanziali» introdotte attraverso risposte

della stazione appaltante fornite in relazione a richieste di chiarimenti dei concorrenti. Nessun dubbio sfiora il giudice amministrativo nello statuire che anche tali modifiche sono da ritenersi soggette ai medesimi oneri di pubblicità.⁵

I chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, aventi ad oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati, sono ammissibili solo se e nei limiti in cui non modificano la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo gli stessi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte

«I chiarimenti forniti dalla stazione appaltante sono ammissibili solo se non modificano in via sostanziale la lex specialis, avendo una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara».



4. TAR Lazio Latina, sez. I, 30/10/2018 n. 542.

5. TAR Marche, sez. I, 26/10/2012, n. 684.

dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara⁶.

3. Il principio del «*contrarius actus*» e la riapertura dei termini di offerta

Nel caso sottoposto all'attenzione del TAR Veneto, viene dedotto, come unico motivo di ricorso, oltre alla violazione e falsa applicazione degli articoli del Codice in tema di pubblicazione⁷, la violazione del principio del «*contrarius actus*». La regola del «*contrarius actus*» entra in gioco in relazione alle modifiche «sostanziali» della *lex specialis* di gara sopra descritte (e non in caso di mere rettifiche formali)⁸.

La *ratio* è sempre nella considerazione che la violazione, da parte della stazione appaltante, degli oneri di pubblicità degli atti di gara impedisce o potrebbe impedire, di fatto, la partecipazione dei soggetti aventi un interesse alla gara. In base a tale principio, se la stazione appaltante abbia successivamente operato una modifica «sostanziale» del bando originario, tale modifica deve rispettare le stesse forme di pubblicità osservate in precedenza.

La sentenza in oggetto si allinea a precedenti sentenze che confermano l'orientamento secondo cui le modifiche di natura sostanziale del bando di gara non possono produrre effetti vincolanti *erga omnes* laddove non siano state divulgate mediante le stesse forme di pubblicità richieste dal Codice

per l'indizione della procedura⁹.

Un diverso regime è previsto, invece, per la pubblicazione (in via esclusivamente telematica) delle sole informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive al bando di cui all'art. 73, co. 4, del Codice.

Nel caso di modifiche sostanziali, la giurisprudenza richiede, ai fini della legittimità della procedura, una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario, al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della *par condicio*¹⁰.

La riapertura dei termini, come si evince dalla recente giurisprudenza (TAR Veneto n. 940/18 cit.), va intesa non solo come slittamento del termine per la presentazione delle offerte ma anche come automatica

riapertura degli altri termini eventualmente previsti dalla *lex specialis* (es. il termine per effettuare il sopralluogo).

«Le modifiche sostanziali della lex specialis devono essere soggette, ai fini della legittimità della intera procedura, a pubblicità analoga a quella del bando/ disciplinare oggetto di modifica, nonché essere accompagnate da una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte»

4. L'impugnazione per omessa pubblicità

Come noto, la pubblicazione, nelle forme previste dalla legge, degli atti di gara produce effetti giuridici: la pubblicità determina infatti la cd. «conoscenza legale» o conoscibilità dell'atto amministrativo, consentendo all'interessato di individuare con

6. Consiglio di Stato, sez. V, 17/1/2018, n. 279

7. Tar Veneto cit..

8. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 1/8/2017, n. 1351.

9. TAR Veneto cit.; Consiglio di Stato, sez. V, 23/11/2016, n. 4916; TAR Veneto, sez. III, 26/7/2016, n. 898.

10. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 13 marzo 2017, n. 1445.

certezza il termine per la proposizione dei mezzi di tutela giurisdizionale¹¹. Cosa accade però in caso di mancata pubblicazione del bando?

La fattispecie in oggetto condiziona sensibilmente il regime di impugnazione degli atti di gara. Di regola, infatti, la domanda di partecipazione alla gara è condizione necessaria ai fini dell'impugnazione del relativo bando: nel processo amministrativo la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata e, dunque, meritevole di tutela sicché i soggetti che volontariamente non hanno partecipato alla gara non avrebbero titolo all'impugnativa.

Tale regola però subisce un'eccezione nelle controversie in tema di appalti pubblici nelle quali si faccia questione della mancata pubblicazione del bando. In tale ipotesi, infatti, per essere legittimati ad impugnare i relativi atti è sufficiente allegare la propria condizione di società operante nel settore oggetto della procedura, senza che sia necessario dimostrare, altresì, di possedere tutti i requisiti occorrenti per essere invitati alla gara e risulturne aggiudicatari all'esito¹².

Alla ipotesi di mancata pubblicazione del bando la giurisprudenza assimila quella della mancata pubblicazione di modifiche sostanziali del bando stesso, prevedendo le medesime deroghe ed eccezioni in tema di impugnazione¹³.

Il legislatore, in altri termini, consente di derogare alla disciplina dell'impugnazione degli atti di gara proprio in relazione alla fattispecie di mancata

partecipazione alla gara per violazione da parte della stazione appaltante delle norme sulla pubblicità, tale da impedire la suddetta partecipazione¹⁴.

In questo caso non si contesta la mancata indizione della gara ma la circostanza che la gara sia stata espletata senza il rituale svolgimento delle appropriate procedure di evidenza pubblica. Diventa quindi ammissibile – in via derogatoria – l'impugnativa del bando, nonostante la mancata partecipazione alla gara del soggetto ricorrente e comunque il decorso del termine ordinario di impugnazione delle clausole lesive del bando, in quanto allo stesso concorrente di fatto viene impedita, proprio a causa delle violazioni concernenti le prescrizioni in materia di pubblicità, la partecipazione alla gara.

Così, nel caso sottoposto all'attenzione del TAR Veneto (sentenza n. 940/18 cit.), l'interesse a

ricorrere non viene meno sol perché la clausola di gara, soggetta a modifica «sostanziale», non è stata impugnata (è stata impugnata solo l'aggiudicazione): è, cioè, legittimo che il potenziale concorrente si sia limitato a prendere atto di non possedere il dato requisito previsto dal bando (nella sua formulazione originaria) e abbia deciso – coerentemente – di

non partecipare alla gara. Una volta, però, che detta clausola è eliminata dalla medesima Amministrazione in corso di gara (modifica «sostanziale») sorge l'interesse ad impugnare del soggetto che non ha potuto partecipare proprio a causa del testo iniziale del bando.

«In caso di mancata pubblicità delle modifiche sostanziali, la lex specialis può essere impugnata anche da chi non ha partecipato alla gara, applicandosi lo stesso regime di impugnazione previsto per l'ipotesi di mancata pubblicazione del bando».



11. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 settembre 2018, n. 9145. Sul punto v. M. Lucca, Il ruolo della pubblicità nella scelta del contraente: ogni modifica o proroga richiede il rispetto dell'onere informativo (contrarius actus) in www.appaltiecontratti.it

12. Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, A.P. 7/4/2011, n. 4; id., Sez. IV, 5/4/2006, n. 1789; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4/9/2018, n. 9145).

13. TAR Lazio, Roma, sez. I, 4/9/2018, n. 9145.

14. Consiglio di Stato, Sez. V, 25/1/2016, n. 227; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 13/3/2017, n. 1445

L'eliminazione del requisito stesso, se adeguatamente pubblicizzata, avrebbe potuto comportare l'ampliamento della platea dei concorrenti e tra questi avrebbe potuto esservi il ricorrente, quale operatore del settore. L'effettivo possesso del requisito neppure rileva: a radicare legittimazione ed interesse a ricorrere è sufficiente – secondo il TAR – il mero fatto che il soggetto in questione operi nel settore.

La legittimazione a ricorrere non verrebbe meno neppure nel caso in cui la stazione appaltante si fosse riservata – con apposita clausola inserita nel bando di gara – la facoltà di pubblicare eventuali modifiche degli atti di gara solo ed esclusivamente sul proprio sito.

In una recente controversia, ad esempio, al ricorrente (che lamentava la violazione degli obblighi di pubblicazione delle modifiche «sostanziali» agli atti di gara) viene eccepito da parte resistente il fatto di non aver impugnato per tempo la clausola della *lex specialis* con cui la stazione appaltante avrebbe previsto che tutte le modifiche, anche quelle sostanziali, sarebbero state comunicate solo ed esclusivamente mediante la semplice pubblicazione nel sito internet istituzionale. Secondo la resistente, in altri termini, la mancata impugnazione di detta clausola, unitamente all'autovincolo che ne discende per la P.A., renderebbero il ricorso inammissibile, nonché tardivo, in quanto il concorrente avrebbe avuto a suo tempo piena conoscenza della *lex specialis*, senza impugnarla¹⁵.

Di contrario avviso è però il TAR, che, nel caso suesposto, ha ritenuto del tutto prive di fondamento simili eccezioni: da un lato, infatti, è costante

l'insegnamento giurisprudenziale per cui non è consentito introdurre surrettiziamente modifiche della *lex specialis* di gara; d'altro lato, non può ritenersi che simili clausole di gara abbiano il potere di vincolare la stazione appaltante a non pubblicare

ovvero a pubblicare le modifiche sostanziali della *lex specialis* di gara solo in alcune delle forme obbligatorie previste – in via cumulativa – dal Codice, stante la chiara regola che impone di modificare o integrare la *lex specialis* unicamente attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara.

«Sono irrilevanti - ai fini della legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione - eventuali clausole del bando con cui la stazione appaltante si riserva la facoltà di modifica di condizioni di gara senza rispetto degli obblighi di pubblicità previsti»



La violazione di tale regola porrebbe nel nulla l'intera procedura di gara: clausole di questo tenore vanno dunque interpretate alla luce del principio generale di conservazione degli atti giuridici.

Nel caso indicato, l'interessato aveva avuto notizia delle modifiche «sostanziali» poiché l'ente aveva provveduto ad una qualche forma di pubblicazione (sebbene solo sul sito web e non nelle altre modalità richieste dal Codice). Ma cosa accade in tutti quei casi in cui della modifica sostanziale della *lex specialis* non viene fornita alcuna forma di pubblicità? Spesso la conoscenza avviene a contratto stipulato.

5. La rinegoziazione del contratto

Il tema delle modifiche «sostanziali» merita attenzione anche in riferimento alla fase esecutiva. È qui infatti che – omettendo la necessaria pubblicità – diventa ardua la difesa degli interessi di parità di trattamento e trasparenza dei concorrenti.

15. Viene richiamato, a tal proposito, l'art. 20 del bando/disciplinare di gara, ai sensi del quale «ogni chiarimento, avviso e/o le eventuali ulteriori informazioni sostanziali in merito alla presente fase della procedura saranno pubblicati sul proprio sito internet: www.comune.monselice.padova.it – sezione Amministrazione Trasparente – bandi gara e contratti; pertanto gli operatori economici interessati a presentare offerta devono costantemente monitorare il predetto sito, fino al termine concesso per l'invio dell'offerta.».

A differenza delle modifiche «sostanziali» degli atti di gara, le modifiche «sostanziali» del contratto già aggiudicato rappresentano una delle ipotesi in cui è vietato intervenire sul contenuto contrattuale, indipendentemente dalla pubblicità delle stesse. Non a caso la Corte di Giustizia ha ribadito in proposito l'obbligo di (nuova) gara in caso di modifiche «sostanziali» apportate al contenuto di un appalto pubblico, anche se a seguito di una transazione, facendo salva l'ipotesi in cui la possibilità di adeguamenti sostanziali, in presenza di appalti connotati da elementi peculiari ed aleatori, sia stata prevista in sede di gara e ne siano state predeterminate le modalità applicative¹⁶.

La materia è oggi disciplinata dagli artt. 106 e 175 (quest'ultimo specifico per le concessioni) del Codice.

Le disposizioni citate stabiliscono che la modifica di un contratto durante il periodo della sua efficacia è considerata «sostanziale» (ed è quindi vietata) quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, salve specifiche ipotesi, una modifica è considerata «sostanziale» se una o più delle seguenti condizioni «sintomatiche» sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

- b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal Codice.

Il Codice, agli stessi articoli, individua altre ipotesi in cui, invece, previa autorizzazione del RUP, le modifiche contrattuali sono consentite. In particolare, è possibile modificare il contratto:

- a) se le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi¹⁷;
- b) per lavori, servizi o forniture, supplementari che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:
 - 1) risultati impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
 - 2) comportamenti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;

16. Corte di Giustizia UE, sez. VIII, 7/11/2016, n. C-549/14, Finn Frogne in www.curia.europa.eu: il diritto dell'Unione, si sancisce, non consente «che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale»; «... dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, anche qualora tale modifica costituisca, obiettivamente, una modalità di composizione transattiva comportante rinunce reciproche per entrambe le parti, allo scopo di porre fine a una controversia.»

17. La disposizione (art. 106 comma 1 lett. a) precisa che tali clausole devono fissare la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non devono, inoltre, apportare modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro (in questo il comma si ricollega al concetto – generale - di divieto di modifiche sostanziali esplicitato alla lett. e del comma 1 dell'art. 106 cit.).

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:

- 1) si tratti delle cd. varianti in corso d'opera, per cui la necessità di modifica è determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili per la stazione appaltante (tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti);
- 2) la modifica non altera la natura generale del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in determinate circostanze (una clausola di revisione inequivocabile oppure all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice; o, ancora, nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;).

Nei casi di cui alle lett. b) e c) la stazione appaltante è tenuta ad osservare gli obblighi di pubblicità, dovendo pubblicare uno specifico avviso in GUUE (con le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E), conformemente all'art. 72 cit. (art. 130 per i settori speciali).

Si prevede per le prestazioni supplementari inoltre, la comunicazione della modifica all'ANAC entro trenta giorni dal relativo perfezionamento, pena l'applicazione di una sanzione amministrativa.

Per quanto concerne le varianti in corso d'opera

si prevede, quale ulteriore onere di pubblicità, la comunicazione entro trenta giorni, da parte del RUP che le abbia autorizzate, all'Osservatorio di cui all'art. 231 nel caso di appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Nel caso, invece, di appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria l'obbligo di comunicazione si fa più intenso e circostanziato, prevedendosi che il RUP trasmetta all'ANAC, le varianti eccedenti un dato importo.

I contratti possono poi essere modificati, ai sensi del comma 2 dell'art. 106 cit., senza necessità di una nuova procedura, se il valore della modifica è al di sotto delle soglie previste nel suddetto comma.

In caso di modifica «sostanziale» o comunque di modifica che non rispetti le condizioni di cui all'art. 106, commi 1 e 2, il Codice impone una nuova procedura d'appalto. E difatti la modifica può essere tale da rappresentare un'elusione indiretta dell'obbligo di aggiudicazione con evidenza pubblica in sé, nel caso in cui dette modifiche abbiano ad oggetto prestazioni diverse ed ulteriori, di per sé tanto rilevanti poter essere oggetto di un diverso ed autonomo contratto, da aggiudicarsi tramite l'esperimento di una differente procedura ad evidenza pubblica.

La violazione di tale norma pertanto, essendo assimilabile al caso della mancata procedura ad evidenza pubblica, legittimerebbe il giudice a disporre l'inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121 e 122 CPA.

Il CPA distingue due casi: il giudice ha l'obbligo di disporre l'inefficacia se qualifica la modifica sostanziale come "grave", equiparandola appunto

ad un affidamento diretto, e, cumulativamente, ricorre una delle ipotesi di cui all'art. 121 CPA.

Il giudice ha invece la facoltà di disporre l'inefficacia

«In caso di modifica sostanziale o di modifica che non rispetti le condizioni di cui all'art. 106, commi 1 e 2, il Codice impone l'espletamento di una nuova procedura d'appalto»



del contratto quando ritiene che la violazione non sia "grave" (art. 122 CPA).

Il contratto resta efficace, nonostante la modifica sostanziale, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti (es. per esigenze imprescindibili di carattere

tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale).

La competenza resta in capo al TAR sebbene si sia in fase successiva alla aggiudicazione, posto che la rinegoziazione del contratto aggiudicato viene equiparata ad un nuovo affidamento (diretto)¹⁸.

18. Con la cristallizzazione negli atti di gara delle condizioni del contratto e con la conseguente e coerente conclusione dell'accordo con l'impresa selezionata, l'Ente procedente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già instaurato - che resta inderogabilmente regolato dallo schema approvato con l'indizione della gara - e, quindi, la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale, con conseguente invalidità di accordi di tal fatta (cfr. Consiglio di Stato, V, 14.7.2003, n. 4167). La giurisprudenza è costante nel ritenere che si versi in ipotesi di nullità radicale del contratto per carenza dei poteri di agire da parte della P.A. e per contrarietà a norme imperative, ovvero a quelle norme di fonte comunitaria e nazionale che, per l'affidamento di appalti di opere, servizi o forniture prevedono l'espletamento di procedure di gara, confinano in limiti eccezionali la possibilità di procedere ad affidamenti a trattativa privata (cfr. Consiglio di Stato n. 6281/2002; 4167/2003; 126/2006).

Appalti pubblici: prime note sull'obbligo di segnalare le operazioni sospette di riciclaggio

di Ilenia Filippetti

IL
PUN
TO

Alcune operazioni finanziarie e societarie sono oggetto di una particolare attenzione, da parte del legislatore, per i possibili fenomeni di riciclaggio connesso ad attività di terrorismo ma anche – ed è questo il tema sul quale il presente contributo cercherà di concentrare principalmente l'attenzione – in relazione alle attività di **riciclaggio di denaro da parte della criminalità organizzata**, attività che costituisce una delle principali modalità di infiltrazione delle "imprese mafiose" all'interno del circuito dell'economia legale.

Più in particolare, di seguito si cercherà di esaminare le specifiche attività imprenditoriali che sembrano celare, in realtà, attività di riciclaggio nel **settore degli appalti pubblici**, ed un'attenzione specifica verrà rivolta agli adempimenti che le stazioni appaltanti sono tenute a compiere sia in termini di **controllo**, sia in relazione ai precisi obblighi di **segnalazione** dei fatti sospetti agli organismi preposti alla vigilanza.

Si cercherà in tal modo di mettere a fuoco alcune attività che possono essere sospette di riciclaggio ma che, più in generale, possono essere manifestazione delle modalità di **inquinamento dell'economia legale** da parte delle organizzazioni criminali o essere, in altri casi, manifestazione di fatti corruttivi penalmente sanzionati.

1. Le recenti indicazioni fornite dall'UIF della Banca d'Italia

L'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia istituita presso la Banca d'Italia¹ ha divulgato, con provvedimento del 23 aprile 2018², le proprie dettagliate "Istruzioni sulle comunicazioni di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette da parte degli uffici delle pubbliche amministrazioni", adottate in attuazione di quanto a sua volta disposto dal d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231³.

Le istruzioni UIF in esame si applicano, in particolare, agli uffici delle Pubbliche amministrazioni competenti allo svolgimento di compiti di amministrazione attiva o di controllo, nell'ambito:

- a. dei procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti di autorizzazione o concessione;
- b. delle procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi secondo le disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici;
- c. dei procedimenti di concessione ed erogazione di

sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzioni di vantaggi economici di qualunque genere a persone fisiche ed enti pubblici e privati⁴.

In tale contesto, di seguito si cercherà di esaminare in particolare – come già accennato – le attività che sembrano nascondere attività di riciclaggio nell'ambito dello specifico settore dei **contratti pubblici di appalto e di concessione**.

Va in primo luogo notato come, per quanto concerne il **profilo soggettivo**, le disposizioni adottate dall'UIF si applicano ai seguenti soggetti⁵:

- amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁶;
- enti pubblici nazionali;
- società partecipate dalle predette amministrazioni pubbliche e società controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile⁷;
- soggetti preposti alla riscossione dei tributi nell'ambito della fiscalità nazionale o locale, quale che ne sia la forma giuridica.

1. Si tratta dell'organismo istituito presso la Banca d'Italia dal d.lgs. n. 231/2007, in conformità di regole e criteri internazionali che prevedono la presenza in ciascuno Stato di una Financial Intelligence Unit (FIU), dotata di piena autonomia operativa e gestionale, con funzioni di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. L'Unità di Informazione Finanziaria, nel sistema di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, è l'autorità incaricata di acquisire i flussi finanziari e le informazioni riguardanti ipotesi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo principalmente attraverso le segnalazioni di operazioni sospette trasmesse da intermediari finanziari, professionisti e altri operatori; di tali informazioni l'UIF effettua l'analisi finanziaria, utilizzando l'insieme delle fonti e dei poteri di cui dispone, e ne valuta la rilevanza ai fini della trasmissione agli organi investigativi e della collaborazione con l'autorità giudiziaria, per l'eventuale sviluppo dell'azione di repressione.

2. Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 269 del 19 novembre 2018.

3. Si tratta del decreto legislativo recante disposizioni per l'attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione.

4. Art. 10, comma 1 del d.lgs. n. 231/2007.

5. Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera hh) del d.lgs. n. 231/2007.

6. Ai sensi del d.lgs. n. 165/2001, infatti, "per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

7. Ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, sono considerate società "controllate":

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

(..) Sono considerate "collegate" le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.

La prima osservazione che si può delineare, a tale proposito, è che quello in esame costituisce un ambito soggettivo particolarmente pregnante ed esteso, basti pensare a come le disposizioni in esame **si applicano anche a tutte le società che risultano partecipate** da parte di amministrazioni pubbliche **senza che sia previsto un minimo di "partecipazione pubblica"** al capitale della partecipata che sia indispensabile a far scattare l'obbligo di segnalazione delle anomalie.

Pertanto, le disposizioni in esame non si applicano esclusivamente a soggetti che svolgono l'attività di committenza pubblica, poiché nel novero degli enti obbligati ad effettuare la segnalazione di operazione sospetta rientrano, come si è visto, anche i soggetti preposti alla **riscossione dei tributi** nell'ambito della fiscalità nazionale o locale.

Questa specifica e particolare estensione dell'ambito di applicazione delle disposizioni in esame appare peraltro riconducibile alla necessità di vigilare su tutti gli ambiti che possano evidenziare l'esistenza di operazioni di riciclaggio di denaro di provenienza illecita: ed infatti, al fine di consentire lo svolgimento di analisi finanziarie mirate a far emergere fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, i predetti soggetti **sono tenuti a comunicare all'UIF** i dati e le informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale. Dal proprio canto, la **UIF è tenuta ad individuare con apposite istruzioni** – come quelle oggetto di esame all'interno del presente contributo – i dati e le informazioni da trasmettere nonché le modalità e i termini della relativa comunicazione e gli indicatori per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette⁸.

L'antiriciclaggio mira a contrastare le infiltrazioni criminali nell'economia legale



Dalla formulazione letterale della norma sembra emergere – come meglio si vedrà anche di seguito – che quello posto in capo ai soggetti individuati dalla norma costituisce **un vero e proprio obbligo**, posto che he l'inosservanza delle norme in esame assume rilievo ai fini dell'articolo 21, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 165/2001⁹ in tema di responsabilità dirigenziale: ne consegue che, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata una **colpevole violazione del dovere di vigilanza** sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, la **retribuzione del dirigente di risultato potrà essere decurtata** di una quota fino all'ottanta per cento.

È poi importante sottolineare che gli enti tenuti all'applicazione della norma **sono tenuti ad adottare procedure interne**, proporzionate alle proprie dimensioni organizzative e operative, **idonee a valutare il livello di esposizione** dei propri uffici al rischio e indicano le misure necessarie a mitigarlo¹⁰. I medesimi soggetti adottano, nel quadro dei **programmi di formazione continua del personale**, le misure idonee ad assicurare il riconoscimento, da parte dei propri dipendenti delle fattispecie meritevoli di essere comunicate alla UIF¹¹.

2. L'obbligo di segnalazione

I soggetti tenuti a comunicare all'UIF i dati e le informazioni concernenti le operazioni sospette effettuano la comunicazione **a prescindere dalla rilevanza e dall'importo** dell'operazione sospetta: ciò comporta che l'obbligo di segnalazione dovrà trovare applicazione anche in presenza di operazioni che abbiano ad oggetto **importi**



8. Art. 10, comma 4 del d.lgs. n. 231/2007.
 9. Art. 10, comma 5 del d.lgs. n. 231/2007.
 10. Art. 10, comma 3 del d.lgs. n. 231/2007.
 11. Art. 10, comma 6 del d.lgs. n. 231/2007.

modesti, in quanto ciò che rileva è l'anomalia, di per sé, della singola e specifica operazione, che peraltro potrebbe costituire soltanto un segmento – frazionato – di una più complessa ed estesa attività di riciclaggio.

Il sospetto dei soggetti obbligati ad effettuare la segnalazione deve essere basato su una compiuta valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi acquisiti nell'ambito dell'attività istituzionale da essi correntemente svolta: si tratta dunque, a ben vedere, di **un'attività vincolata nell'an**, ma che presuppone in ogni caso, a monte, un'inevitabile attività di **valutazione sul quomodo dell'operazione** e comporta, quindi, una inevitabile cernita e selezione dei fatti da effettivamente segnalare all'UIF.

La comunicazione di dati e informazioni concernenti le operazioni sospette costituisce, inoltre, un atto separato e **distinto rispetto alla necessaria denuncia all'Autorità Giudiziaria** dei fatti penalmente rilevanti, denuncia che continua a rimanere obbligatoria, per la stazione appaltante, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 331 del codice di procedura penale e di cui all'articolo 361 del codice penale.

Le istruzioni UIF precisano che le pubbliche amministrazioni assicurano la massima riservatezza dell'identità delle persone che effettuano la comunicazione e del contenuto della medesima: si tratta di un obbligo volto a tutelare non soltanto il dipendente che effettua la segnalazione – per il quale vige già, in via generale, la disciplina dettata in tema di *whistleblowing*¹² – ma finalizzato anche a proteggere la necessaria segretezza delle indagini, anche di ordine penale, nel corso del relativo svolgimento. Le pubbliche amministrazioni sono quindi tenute ad individuare – mediante l'adozione di un **formale provvedimento interno di carattere organizzativo** – lo specifico soggetto delegato a valutare le operazioni sospette di anomalia e ad effettuare le comunicazioni alla UIF, in quanto tale soggetto costituirà l'unico interlocutore

al quale competeranno le comunicazioni ma anche le relative valutazioni istruttorie.

3. Le anomalie

Gli indicatori di anomalia previsti all'interno delle istruzioni divulgate dall'UIF sono esplicitamente finalizzati a **ridurre i possibili margini di incertezza insita nelle valutazioni soggettive** che presuppongono la stessa attività di segnalazione delle operazioni sospette.

Come accennato, infatti, l'atto di segnalazione costituisce un atto vincolato nell'*an debeat* – la stazione appaltante, una volta appurata l'esistenza di un'operazione sospetta, deve necessariamente procedere all'invio della comunicazione all'UIF – ma che, **a monte, presuppone una preventiva analisi dei contenuti dell'operazione sospetta**, per valutarne (alla luce del *quomodo* relativo allo svolgimento dell'attività esaminata) anche il carattere di operazione realmente significativa. Tale valutazione coinvolge così il tema – non pienamente affrontato all'interno delle istruzioni rilasciate dall'UIF – della necessaria motivazione dell'atto di segnalazione, motivazione sempre indispensabile ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3 della legge n. 241/1990.

Il provvedimento dell'UIF evidenzia, peraltro, come l'elencazione degli indicatori di anomalia in esso contenuta non deve essere considerata come esaustiva, tenuto conto anche della continua evoluzione delle modalità di svolgimento delle operazioni: tale precisazione tiene opportunamente conto delle molteplici modalità di riciclaggio alle quali le organizzazioni criminali possono sempre ricorrere alla luce della quotidiana evoluzione della tecnologia e delle opportunità offerte dal web. Si pensi, ad esempio, alla **nuova frontiera delle "criptovalute"**: la relazione annuale sull'attività svolta dell'UIF nel corso del 2017 aveva già messo in evidenza come la criminalità organizzata sempre più spesso ricorre alle "valute virtuali" per

12. La cui principale fonte risiede all'art. 1, comma 51 della legge n. 190/2012.

il reinserimento dei proventi illeciti “nell’economia regolamentata” ed aveva rilevato come tali valute “si prestano anche a utilizzi illeciti o criminali, oltre ad esporre gli utenti a notevoli rischi di frode e perdite di valore”. Nel 2017 sono dunque emerse oltre 200 segnalazioni di operazioni sospette riferite proprio all’utilizzo di criptovalute (“circa 600 negli ultimi anni”) e, in diversi casi, sono state chiaramente individuate le connessioni con estorsioni *on line*, truffe e schemi piramidali, che hanno anche innescato rilevanti attività investigative.

In alcune situazioni, il ricorso alle criptovalute si inserisce in operazioni complesse, con probabili collegamenti con la criminalità organizzata oppure con connessioni con paradisi fiscali e, in diversi casi, è emersa la presenza di “collettori” che ricevono i fondi destinati alla conversione del denaro in valute virtuali mediante bonifici dall’estero oppure con ricariche di carte prepagate o con altre operazioni, ancorché di importo singolarmente contenuto¹³.

Le istruzioni UIF in commento precisano, per converso, che l’impossibilità di ricondurre operazioni o comportamenti a uno o più degli indicatori in esse riportati non è di per sé sufficiente a escludere che l’operazione sia sospetta e vanno pertanto **valutati con la massima attenzione anche gli ulteriori comportamenti** e le caratteristiche dell’operazione che, sebbene non descritti negli indicatori, siano egualmente sintomatici di profili di sospetto.

Ciò equivale a sottolineare come gli indicatori prospettati dall’UIF devono essere considerati come una casistica delle possibili operazioni sospette, ma che gli esempi contenuti nelle istruzioni in esame non possono essere considerati come esaustivi.

A tale proposito va quindi nuovamente sottolineata la necessità e l’importanza che, in sede di segnalazione, le stazioni appaltanti abbiano cura di esprimere una adeguata motivazione delle ragioni, in fatto ed in diritto, che hanno concitato alla segnalazione.

Nel contempo, **la mera ricorrenza** di operazioni o comportamenti descritti in uno o più indicatori di anomalia **non è motivo di per sé sufficiente** per la qualificazione dell’operazione come sospetta ma è comunque necessario svolgere una specifica analisi, nel concreto, e una valutazione complessiva, avvalendosi di tutte le altre informazioni disponibili:

sembra quindi trattarsi di una presunzione semplice di anomalia – una presunzione *iuris tantum* – che richiede, da parte della stessa stazione appaltante, quella valutazione preliminare all’invio della segnalazione alla quale si è già poc’anzi accennato.

Le istruzioni dell’UIF contengono l’elenco delle “operazioni sospette”



La struttura delle istruzioni UIF in esame è distinta in due parti, nella misura in cui in esso si prevede che le pubbliche amministrazioni – tenuto conto dell’attività istituzionale da esse in concreto svolta – sono tenute ad applicare:

- gli **indicatori di carattere generale**;
- gli **indicatori specifici** dettati dall’UIF per le diverse tipologia attività, tra le quali rientra anche il settore degli appalti pubblici.

Le comunicazioni sono effettate “senza ritardo” alla UIF in via telematica, attraverso il portale INFOSTAT-UIF della Banca d’Italia, con precisazione che, per le segnalazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, le modalità per l’adesione al sistema di comunicazione *on line* e per la trasmissione delle informazioni saranno indicate in un **apposito comunicato che verrà successivamente pubblicato** nel sito *internet* della medesima UIF.

13. Il testo integrale del Rapporto annuale UIF per il 2017, n. 10/2018, è consultabile al seguente link: <https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2018/index.html> .

4. Gli indicatori specifici per il settore dei contratti pubblici

Alcuni dei più rilevanti indicatori specifici per il settore degli appalti previsti all'interno del provvedimento UIF in esame sono, in particolare, i seguenti:

- Partecipazione a gara per la realizzazione di lavori pubblici, specie se non programmati, in assenza dei necessari requisiti (soggettivi, economici, tecnico-realizzativi, organizzativi e gestionali) **con apporto di rilevanti mezzi finanziari privati, specie se di incerta provenienza** o non compatibili con il profilo economico-patrimoniale dell'impresa, ovvero con una forte disponibilità di anticipazioni finanziarie: si pensi, in particolare, alla realizzazione dei contratti con la formula del *project financing* che prevedono di per sé il ricorso a capitali privati e richiedono la disponibilità di anticipazioni finanziarie e che, in caso di *project* ad iniziativa privata di cui all'art. 183, comma 15 d.lgs. n. 50/2016, hanno ad oggetto proprio la realizzazione di contratti non inseriti nell'attività programmatica dell'Amministrazione pubblica;
- **Partecipazione a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture:**
 - in **assenza di qualsivoglia convenienza**

economica all'esecuzione del contratto, anche con riferimento alla dimensione aziendale e alla località di svolgimento della prestazione: si pensi, ad esempio, agli appalti per i quali vengono presentate offerte con un utile pari a zero, di per sé non illegittimo ma che possono comunque costituire il segnale di un possibile interesse ad eseguire la commessa non per perseguire la legittima aspettativa di un giusto corrispettivo;

- da parte di un **raggruppamento temporaneo di imprese costituito da un numero di partecipanti del tutto sproporzionato** in relazione al valore economico e alle prestazioni oggetto del contratto, specie se il singolo partecipante è a sua volta riunito, raggruppato o consorziato: si pensi al fenomeno – anche in questo caso formalmente legittimo – dei raggruppamenti sovrabbondanti, censurato a suo tempo dall'Autorità Garante della Concorrenza sul Mercato¹⁴ ma considerato legittimo da parte della consolidata giurisprudenza amministrativa¹⁵;
- da parte di una **rete di imprese** il cui programma comune non contempla tale partecipazione tra i propri scopi strategici¹⁶;
- mediante ricorso al meccanismo dell'**avalimento plurimo o frazionato**, ai fini del raggiungimento della qualificazione richiesta per l'aggiudicazione della gara, qualora il concorrente non dimostri



14. Sul punto va peraltro ricordato che, nel far seguito alla segnalazione AS880 del 28 settembre 2011, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con successiva comunicazione del 23 dicembre 2014, ha reso ulteriori chiarimenti in merito all'inserimento nei bandi di gara ed alla relativa applicazione da parte delle stazioni appaltanti, di clausole che escludono a monte la partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei di imprese costituiti da due o più imprese che già singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara (c.d. RTI "sovrabbondanti"). Al riguardo, l'Autorità Antitrust ha da ultimo chiarito che l'inserimento nei bandi di gara di tali clausole escludenti è legittimo solo laddove la clausola:

1. espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto;
2. preveda che l'esclusione del RTI non può essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento;
3. disponga che la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del RTI, tenga conto delle giustificazioni – in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto – che le imprese partecipanti al RTI forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante.

15. La giurisprudenza ha infatti avuto modo di chiarire che un raggruppamento sovrabbondante non è vietato in via generale dall'ordinamento, anche in considerazione del favor del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica da parte di soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione: così Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2017, n. 560.

16. Sulle caratteristiche delle reti di impresa e sulle dinamiche della loro partecipazione alle pubbliche gare si veda quando indicato da ANAC (ex Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), con la determinazione n. 3/2013.

- l'effettiva disponibilità dei mezzi facenti capo all'impresa avvalsa, necessari all'esecuzione dell'appalto, ovvero qualora dal contratto di avvalimento o da altri elementi assunti nel corso del procedimento se ne desuma l'eccessiva onerosità ovvero l'irragionevolezza: occorre tuttavia sottolineare, a tale proposito, che le stazioni appaltanti hanno il preciso dovere di eseguire, in corso d'esecuzione, le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. La stazione appaltante trasmette inoltre all'Autorità Anticorruzione tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicandone l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza e per la necessaria pubblicità, pena la risoluzione del contratto d'appalto¹⁷;
- da parte di soggetti che, nel corso dell'espletamento della gara, ovvero della successiva esecuzione, realizzano operazioni di cessione, affitto di azienda o di un suo ramo ovvero di trasformazione, fusione o scissione della società, prive di giustificazione: la previsione è, in tal caso, particolarmente pregnante, nella misura in cui impone, indirettamente, alle imprese di fornire una giustificazione all'attuazione di istituti giuridici nei quali si esplica, in linea teorica, la loro incondizionata "libertà di impresa" tutelata anche costituzionalmente; sarà quindi molto delicato, in tali ipotesi, il concreto esercizio del potere-dovere di valutazione richiesto dalla norma in capo alla stazione appaltante;
- Presentazione di offerta:
 - **con un ribasso sull'importo a base di gara particolarmente elevato** nei casi in cui sia stabilito un criterio di aggiudicazione al prezzo più basso; le istruzioni non indicano una specifica percentuale di ribasso che faccia presumere l'operazione come indice di possibile riciclaggio, ma la disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 97, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale la stazione appaltante può in ogni caso valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa;
 - **che risulta anormalmente bassa sulla base degli elementi specifici** acquisiti dalla stazione appaltante, specie se il contratto è caratterizzato da complessità elevata: non è chiaro, sotto tale profilo, se le offerte valutate come anomale da parte della stazione appaltante, debbano essere sempre e necessariamente segnalate all'UIF;
 - Presentazione di **una sola offerta da parte del medesimo soggetto** nell'ambito di procedure di gara che prevedono:
 - tempi ristretti di presentazione delle offerte: il sospetto, in questo caso, è piuttosto quello di una possibile collusione tra la stessa stazione appaltante e l'unico concorrente partecipante alla gara, il quale potrebbe aver goduto, a tali fini, di informazioni privilegiate indispensabili a consentirgli l'effettiva partecipazione alla gara, in tempi ristretti;
 - **requisiti di partecipazione particolarmente stringenti**: il sospetto, anche in questo caso, concerne possibili forme collusive tra l'amministrazione ed il concorrente sino a giungere al possibile configurarsi del fenomeno dei "bandi fotografia" di cui all'art. 353-bis del codice penale;
 - **costo della documentazione di gara sproporzionato rispetto all'importo del contratto**, specie se il bando di gara

17. Art. 89, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016.

è stato modificato durante il periodo di pubblicazione, ovvero sia soprattutto nei casi in cui il limite all'accesso, costituito dalla necessità di acquisire la documentazione di gara, sia stato raddoppiato, nel corso della procedura, a causa della modifica della medesima documentazione e della conseguente necessità, per i concorrenti, di riacquisirne nuovamente la disponibilità, sostenendone per due volte i costi; la disposizione va tuttavia letta anche alla luce di quanto attualmente disposto all'art. 40 del codice dei contratti pubblici in tema di obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione.

Il provvedimento dell'UIF rappresenta una "mappa" delle possibili modalità di riciclaggio negli appalti pubblici



- **Ripetuti affidamenti a un medesimo soggetto**, non giustificati dalla necessità di evitare soluzioni di continuità di un servizio nelle more della indizione ovvero del completamento della procedura di gara; anche in questo caso il sospetto sembra derivare, soprattutto, da possibili forme di accordi collusivi tra la PA e l'aggiudicatario, risultato beneficiario di proroghe e rinnovi ripetuti nel tempo;
- **Ripetute aggiudicazioni a un medesimo soggetto**, in assenza di giustificazione, specie se in un breve arco temporale, per contratti di importo elevato e mediante affidamenti diretti o con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, oppure a seguito di procedura a evidenza pubblica precedentemente revocata;
- Contratto aggiudicato previo **frazionamento in lotti non giustificato in relazione alla loro funzionalità**, possibilità tecnica o convenienza economica: la disposizione è interessante in quanto – in controtendenza con l'obbligo generale, di derivazione europea, di suddividere l'appalto in lotti – pone in

evidenza i rischi connessi ad una simile suddivisione allorché a stessa sia finalizzata a consentire affidamenti frazionati in violazione, ad esempio, delle disposizioni vigenti per le procedure ordinarie;

- **Modifiche delle condizioni contrattuali in fase di esecuzione**, consistenti in:
 - variazione delle prestazioni originarie; si tratta di una violazione del generale divieto di rinegoziazione del contratto pubblico;
 - allungamento dei termini di ultimazione dei lavori, servizi o forniture; la disposizione sembrerebbe applicarsi, peraltro, a qualunque estensione dei termini di esecuzione contrattuale, anche se tale modifica non comporti oneri economici aggiuntivi a carico della stazione appaltante;
 - rinnovi o proroghe, al di fuori dei casi normativamente previsti;
 - significativo incremento dell'importo contrattuale, con ciò dovendosi intendere, verosimilmente, l'estensione del contratto al di là dell'istituto del c.d. quinto d'obbligo di cui all'art. 106, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016;
- Ricorso al subappalto:
 - **oltre la quota parte subappaltabile;**
 - **in assenza di preventiva indicazione in sede di offerta;**
 - **senza il necessario deposito del contratto** di subappalto presso la stazione appaltante o della documentazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di legge.

Si tratta, in sostanza, di fattispecie che si vanno ad aggiungere all'illecito penale del subappalto non autorizzato, previsto e punito all'art. 21, comma 1, della legge 13 settembre 1982, n. 646, i cui effetti sono stati di recente ampliati con l'adozione delle nuove misure in tema di sicurezza contenute all'interno del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 s.m.i.;

- **Cessioni di crediti** derivanti dall'esecuzione

del contratto, effettuate:

- nei confronti di soggetti diversi da banche e da intermediari finanziari aventi nell'oggetto sociale l'esercizio dell'attività di acquisto dei crediti;
- senza l'osservanza delle prescrizioni di forma e di previa notifica della cessione, fatta salva la preventiva accettazione, da parte della stazione appaltante, contestuale alla stipula del contratto.

Anche in tali ipotesi è utile sottolineare che non si tratta di operazioni di per sé vietate, ma che vanno "attenzionate" in quanto le concrete modalità mediante le quali esse vengono realizzate possono essere idonee a destare il sospetto di riciclaggio;

- Previsione, nei contratti di **concessione o finanza di progetto** di importo superiore alle soglie comunitarie, di un termine di realizzazione di lunga durata, soprattutto se **superiore a 4 anni**, a fronte anche delle anticipazioni finanziarie effettuate dal concessionario o promotore: in queste ipotesi, invero, il possibile sospetto è destato dall'ingenza delle anticipazioni che possano essere disposte dal concessionario a fronte di un periodo di recupero (pari alla durata del contratto) superiore a quattro anni; si tratta, invero, della generalità delle ipotesi dei contratti di concessione e di *project* stipulati dalle pubbliche amministrazioni, posto che, di norma, il periodo di gestione contrattuale necessario a recuperare i costi di investimento non è mai di breve o brevissima durata;
- Esecuzione delle **attività affidate al "contraente generale" direttamente o per mezzo di soggetti terzi** in assenza di adeguata esperienza, qualificazione, capacità organizzativa tecnico-realizzativa e finanziaria: è importante sottolineare, a tale proposito, che l'attuale formulazione del codice dei contratti ha significativamente previsto che per gli appalti pubblici di lavori, aggiudicati con la formula del contraente generale, è istituito

presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di direttore dei lavori e di collaudatore. La relativa nomina nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio effettuato all'interno di una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire¹⁸.

5. Altre anomalie

Da ultimo, le istruzioni divulgate dell'UIF concentrano l'attenzione su ulteriori aspetti ritenuti rilevanti per l'esecuzione degli appalti pubblici, tra i quali vanno ricordati, in particolare, i seguenti:

Indicatori di anomalia connessi con **l'identità o il comportamento del soggetto** cui è riferita l'operazione, in quanto il soggetto cui è riferita l'operazione sospetta:

- risiede in **una zona o un territorio notoriamente considerati a rischio**, in ragione tra l'altro dell'elevato grado di infiltrazione criminale, di economia sommersa o di degrado economico-istituzionale;
- risulta collegato, direttamente o indirettamente, con **soggetti sottoposti a procedimenti penali o a misure di prevenzione patrimoniale** e richiede ovvero effettua operazioni di significativo ammontare con modalità inusuali, in assenza di plausibili ragioni;
- è notoriamente contiguo (ad esempio, **familiare, convivente, associato**) ovvero opera per conto di persone sottoposte a procedimenti penali o a misure di prevenzione patrimoniale o ad altri provvedimenti di sequestro;
- è un'impresa, specie se costituita di recente, partecipata da **soci ovvero con amministratori di cui è nota la sottoposizione a procedimenti penali o a misure di prevenzione**;

18. Art. 196, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016.

- intrattiene **rilevanti rapporti finanziari con fondazioni, associazioni, altre organizzazioni** non profit ovvero organizzazioni non governative, riconducibili a persone sottoposte a procedimenti penali o a misure di prevenzione patrimoniale o a provvedimenti di sequestro;
- risulta collegato con organizzazioni non profit ovvero con organizzazioni non governative che presentano tra loro connessioni non giustificate, quali ad esempio la **condivisione dell'indirizzo, dei rappresentanti o del personale, ovvero la titolarità di molteplici rapporti riconducibili a nominativi ricorrenti**;
- risulta caratterizzato da **assetti proprietari, manageriali e di controllo artificiosamente complessi od opachi** e richiede ovvero effettua operazioni di significativo ammontare con modalità inusuali, in assenza di plausibili ragioni;
- è caratterizzato da **strutture societarie opache (desumibili, ad esempio, da visure nei registri camerali)** ovvero si avvale artificialmente di società caratterizzate da **catene partecipative complesse** nelle quali sono presenti, a titolo esemplificativo, *trust*, fiduciarie, fondazioni, *international business company*;
- è un'impresa caratterizzata da **ripetute e/o improvvise modifiche nell'assetto proprietario e manageriale** (ivi compreso il "direttore tecnico" o di controllo dell'impresa);
- è **un'impresa di recente costituzione che effettua un'intensa operatività finanziaria**, che poi cessa improvvisamente l'attività e viene posta in liquidazione;
- è un'impresa, specie se costituita di recente, **controllata o amministrata da soggetti che appaiono come meri prestanome**;
- è un'impresa che mantiene invariati gli assetti gestionali e/o la propria operatività, nonostante sia **sistematicamente in perdita o comunque in difficoltà finanziaria**;

Indicatori di anomalia connessi con le modalità (di richiesta o esecuzione) delle operazioni:

- Operazioni richieste o effettuate da **più**

soggetti recanti lo stesso indirizzo ovvero la medesima domiciliazione fiscale, specie se tale indirizzo appartiene anche a una società commerciale e ciò appare incoerente rispetto all'attività dichiarata dagli stessi;

- Richiesta di **regolare i pagamenti mediante strumenti incoerenti** rispetto alle ordinarie prassi di mercato, in assenza di ragionevoli motivi legati al tipo di attività esercitata o a particolari condizioni adeguatamente documentate;
- **Offerta di polizze di assicurazione** relative ad attività sanitaria da parte di agenti o *brokers* operanti in nome c/o per conto di **società estere**, anche senza succursali in Italia, a prezzi sensibilmente inferiori rispetto a quelli praticati nel mercato;
- **Frequente ed inconsueto rilascio di deleghe o procure** al fine di evitare contatti diretti ovvero utilizzo di indirizzi, anche postali, diversi dal domicilio, dalla residenza o dalla sede, oppure ricorso ad altre forme di domiciliazione di comodo;
- Operazioni ripetute, di importo significativo, effettuate in contropartita con **società che risultano costituite di recente ed hanno un oggetto sociale generico o incompatibile con l'attività** del soggetto che richiede o esegue l'operazione (ad esempio, nel caso di rapporti ripetuti fra appaltatori e subappaltatori "di comodo");
- **Richiesta di accredito su rapporti bancari o finanziari sempre diversi.**

6. Una strada ancora tutta da percorrere

Di fronte ad un simile provvedimento, così impattante ed innovativo per le amministrazioni che curano i procedimenti di affidamento dei contratti pubblici, quella appena sopra delineata costituisce poco più di una esegesi letterale, delineata al solo scopo di porre l'attenzione sul tema e di sollecitare le stazioni appaltanti ad una riflessione sulla relativa, imminente attuazione.

La vera sfida consisterà, come sempre accade, nell'effettiva implementazione delle norme, la cui efficacia dipenderà dalla reale capacità degli

operatori del settore degli appalti pubblici di dare corpo ed attuazione concreta alle indicazioni di massima fornite dall'organismo della Banca d'Italia.

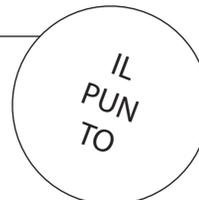
Si tratta forse, di una frontiera particolarmente sfidante e complessa, ma, nel contempo, rappresenta una strada pressoché obbligata per coloro che vogliono realmente contrastare l'ingresso di capitali mafiosi all'interno del circuito dell'economia legale.

Solo il tempo, in ogni caso, potrà dire se tale sfida sarà raccolta, ed in quale misura, dall'Amministrazione pubblica del nostro Paese.

Affidamento dei servizi legali: l'ANAC pubblica le Linee Guida

L'Autorità ha pubblicato le Linee guida n. 12, ma non supera le criticità legate all'affidamento di un servizio caratterizzato da una forte connotazione fiduciaria.

di Emanuela Pellicciotti



1. Le Linee guida n. 12: genesi e natura

Sulla Gazzetta ufficiale del n. 264 del 13 novembre 2018 sono state pubblicate le Linee Guida n. 12 sull'affidamento dei servizi legali, approvate con Delibera dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione n. 907 del 24 ottobre 2018, che "forniscono chiarimenti sulle procedure da seguire per l'affidamento dei servizi legali alla luce della nuova disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50)".

La genesi delle Linee Guida è complessa e si articola in ben due pareri del Consiglio di Stato (n. 2109 del 6 ottobre 2017 e n. 2017 del 3 agosto 2018) e numerosi contributi pervenuti da parte di enti pubblici durante la fase di consultazione on line (tenutasi nell'aprile - maggio 2017): si ricordano, in particolare, quelli del Consiglio Nazionale Forense (con particolare riferimento alla questione dei parametri tabellari per la commisurazione dei corrispettivi), del Ministero della Giustizia (sulla vincolatività delle Linee Guida) e del Dipartimento

Politiche europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri (incentrato sul tema della concorrenza), che testimoniano l'attenzione istituzionale e al contempo la poliedricità di problematiche che caratterizzano questa peculiare tipologia di affidamenti.

L'Autorità si premura di precisare che le Linee guida sono state adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2 D.Lgs. n. 50/2016, con ciò facendo propria l'indicazione contenuta nel parere del Ministero della Giustizia del 5 febbraio 2018; il che, alla luce della recentissima decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026, sembra sminuirne la portata, giacché, "Le linee guida ANAC (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al c. 2 dell'art. 213 del nuovo "Codice dei contratti" d.lgs n. 50/2016) non sono vincolanti, in quanto esse non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara".

Dunque, si tratta di un documento a carattere orientativo ed interpretativo, con una *“funzione eminentemente interpretativa, volta a promuovere una tendenziale uniformità delle procedure di affidamento degli incarichi legali”*¹ e con l’obiettivo di tracciare *“un modus operandi uniforme che garantisca la verificabilità delle scelte operate e, in ragione di ciò, possa indurre al più efficiente impiego del denaro pubblico da parte degli amministratori e ad una maggiore tutela della concorrenza tra i professionisti”*²

L’importanza di tale atto, perciò, non risiede nel potere di *“fissare regole di carattere prescrittivo”*, ma nell’essere uno *“strumento di “regolazione flessibile”, ... volto all’incremento “dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti” ... ricognitivo di principi di carattere generale”*, tuttavia non in grado di controllare le scelte dell’Amministrazione che, infatti, non possano essere censurate in giudizio per il solo fatto di essere in contrasto con le Linee guida, *“se non in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità”*.

Le Linee guida, però, sono costruite con un linguaggio che mal si concilia con tale funzione *“meramente orientativa”*, giacché – soprattutto quando citano principi generali (quali il divieto di frazionamento) – utilizzano termini (quali *“si impone”*) che lasciano poco spazio all’autonomia.

2. L’oggetto delle Linee guida

L’esigenza di formulare Linee guida per l’affidamento di servizi legali nasce, innanzitutto, dalla necessità di definire questa particolare tipologia di *“servizi”*, valutando se essa – anche a causa della caratteristica connotazione fiduciaria – possa effettivamente considerarsi *“esclusa”* dall’alveo di applicazione del Codice dei contratti pubblici (il D.Lgs. n. 50/2016) – ma non esonerata

dal rispetto dei principi generali che regolano gli affidamenti -, così come sembra postulare l’art. 17, comma 1, lett. d) del Codice stesso, letto in combinato disposto con l’art. 4 – ovvero debba essere soggetta a regole di affidamento semplificate, alla stregua degli altri servizi di cui all’Allegato IX, così come disposto dall’art. 140 –.

Sul punto, l’ANAC ricorda che *“L’articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici – rubricato “Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi” – elenca alcune tipologie di servizi legali che esclude dall’ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni codicistiche. A seguito delle perplessità manifestate dagli operatori del settore, l’Autorità ha ritenuto necessario elaborare un atto di regolazione ... finalizzato a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per l’esatta individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell’elenco di cui all’articolo 17 e di quelle rientranti nella categoria di cui all’Allegato IX, e per le modalità di affidamento di tali servizi.”*

Ancor più significativo è il passaggio successivo, in cui l’Autorità inclina verso la definitiva assimilazione dei *“servizi legali”* ai *“servizi tout court”* (e, quindi, parifica gli operatori del settore all’affollata platea degli *“operatori economici”* fornitori di servizi), quasi privandoli della connotazione professionale e fiduciaria che gli è propria e compiendo, così, una parabola assai simile a quella già consolidata nei confronti dei *“servizi tecnici”* e *“di ingegneria”*. Infatti, l’ANAC afferma: *“l’Autorità aderisce all’impostazione palesata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017 del 3 agosto 2018. L’affidamento dei servizi legali costituisce appalto, con conseguente applicabilità dell’allegato IX e degli articoli 140 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico al fornitore nell’unità di tempo considerata (di regola il triennio); l’incarico conferito ad hoc costituisce invece un contratto d’opera”*

1. Così il parere del Ministero della giustizia del 5 febbraio 2018.

2. Così il parere del Consiglio di Stato n. 2109 del 6 ottobre 2017.

professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'articolo 17 (contratti esclusi)." ... e senza dimenticare che le scelte della stazione appaltante devono essere improntate alle esigenze di razionalizzazione e di programmazione che pervadono l'intero Codice, giacché *"Tale ricostruzione ... impone alle stazioni appaltanti la corretta individuazione del fabbisogno, anche allo scopo di evitare il frazionamento artificioso della commessa, vietato ai sensi dell'articolo 51 del Codice dei contratti pubblici."*

Su quest'ultimo punto, l'Autorità ha potuto spendere il positivo giudizio della corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, contenuto nella Delibera n. 4/2018/VSGO del 16.01.2018, in cui – proprio in merito all'affidamento di servizi legali da parte di una ASL - si osserva che *"l'art. 17 richiamato recepisca direttive dell'Unione europea che, com'è noto, accoglie una nozione di appalto più ampia di quella rinvenibile nel nostro codice. Da cui la necessità di garantire la massima partecipazione mediante una procedura di tipo comparativo idonea a permettere a tutti gli aventi diritto di partecipare, in condizioni di parità e uguaglianza, alla scelta del contraente ... sulla base di un principio di rotazione, applicato tenendo conto, nell'individuazione della «rosa» dei soggetti selezionati, dell'importanza della causa e del compenso prevedibile"*.

Dunque, l'ANAC sembra segnare il confine dell'applicazione del codice sulla linea di demarcazione tra i servizi di difesa giudiziale e certificazione, e quelli consulenziali.

Il merito delle Linee guida risiede anche nel tentativo dare ordine alla molteplicità di casistiche in cui normalmente si articolano i "servizi legali" (in cui, vale sottolinearlo, si inseriscono anche i servizi di certificazione tipicamente notarili), "incasellandoli" nelle diverse opzioni indicate dall'art. 17, comma 1, lett. d), nn. da 1 a 5 – in

particolare cercando di definire i "servizi legali strettamente legati all'esercizio di pubblici poteri", di cui al n. 5³ -, al fine di ricondurli all'una o all'altra delle tipologie sopra individuate.

Più concretamente, l'ANAC riconduce alla categoria dei "contratti d'opera professionale", di cui all'articolo 17 del Codice quelli conferiti *ad hoc*, per la trattazione di singole controversie o vicende di pre-contenzioso, mentre assimila ad un vero e proprio "appalto di servizi", disciplinato dall'art. 140 (e soggetto, quanto alle modalità di affidamento, alle "soglie di rilevanza" di cui all'art. 35), l'attribuzione di servizi legali caratterizzati da continuità - ed individuando addirittura una finestra temporale di osservazione (di 3 anni) -.

Tuttavia, su tale qualificazione rimane il dissenso del Consiglio Nazionale Forense⁴, il quale – riferendosi al "considerando" n. 25 della Direttiva 24/2014/UE – ha osservato che *"nel dettare la nuova disciplina, evidentemente, il legislatore europeo ha voluto chiarire proprio quella stessa esigenza che alla prassi era sempre stata manifesta, ossia il fatto che alcuni rapporti tra amministrazione ed avvocato sono ineliminabilmente contrassegnati dall'intuitus personae e dal tratto fiduciario, sicché sono necessariamente aperti alla scelta diretta e non possono essere irrigiditi nell'insieme di regole che, anche nella versione più alleggerita che si voglia immaginare, formano il corpo dei c.d. procedimenti ad evidenza pubblica"*.

3. Le modalità di affidamento delle diverse tipologie di "servizi legali"

L'attenta esegesi compiuta dall'Autorità per distinguere e riordinare le diverse categorie di "servizi legali" trova la sua finalizzazione nel terzo paragrafo delle Linee guida, dedicato alle "Procedure da seguire per l'affidamento dei servizi legali".

3. Precisando che "a titolo esemplificativo, può considerarsi connesso all'esercizio di pubblici poteri l'affidamento del singolo incarico di collaborazione per la redazione di proposte di elaborati normativi, di natura legislativa e regolamentare".

4. Così nel parere del 15 dicembre 2017.

3.1.

Qui, l'Autorità ribadisce che anche i contratti d'opera professionale sono soggetti al rispetto dei principi generali enunciati dall'art. 4 del Codice, cioè, *di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.*

Al momento di declinare nella pratica tali principi, però, le Linee guida si ritraggono ad esprimere concetti molto generali e, solo al paragrafo 3.1.3, suggeriscono in concreto che: *"rientra nelle migliori pratiche per l'affidamento dei servizi legali di cui all'articolo 17 del Codice dei contratti pubblici la costituzione di elenchi di professionisti, eventualmente suddivisi per settore di competenza, previamente costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta, pubblicati sul proprio sito istituzionale".*

Subito dopo, però, quasi a regolamentare ulteriormente la funzione di tali elenchi, si precisa che: *"In ogni caso, la stazione appaltante indica in modo chiaro nell'avviso pubblico per la costituzione degli elenchi i criteri di selezione, il relativo procedimento e gli eventuali limiti al numero di incarichi conferibili."*

Di nuovo, quindi, al paragrafo 3.1.4 e 3.1.5 – rispettivamente con riferimento agli affidamenti diretti ed alla verifica dei cd. "requisiti morali" – l'Autorità si trova in affanno nel dare risposte precise alle domande degli operatori, non riuscendo forse a trovare un denominatore comune alle diversificate prestazioni che sta regolando.

Quindi, in relazione alla legittimità degli affidamenti diretti afferma quasi tautologicamente che è possibile *"nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre."* Con riferimento ai cd. "requisiti morali" (anch'essi difficilmente riscontrabili nei professionisti – peraltro già vincolati dai rispettivi Ordini professionali a mantenere una "specchiata moralità" –) ed alla domanda "se e come" essi

debbano essere dichiarati dai professionisti e verificati dalla Stazione appaltante, l'ANAC si limita a ricordare: *"Il possesso di inderogabili requisiti di moralità da parte dei soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di appalti pubblici rappresenta un fondamentale principio di ordine pubblico, che trova applicazione anche negli affidamenti riguardanti contratti in tutto o in parte esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici. ... Pertanto, per i servizi legali di cui all'articolo 17 del Codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante può non esigere il medesimo rigore formale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e gli stessi vincoli procedurali ma ha comunque l'obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato articolo 80. Nel caso in cui l'amministrazione abbia provveduto alla costituzione di un elenco di professionisti, tale verifica va effettuata in occasione delle specifiche procedure per cui i soggetti iscritti nell'elenco sono interpellati, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80, autocertificati dall'interessato nell'istanza ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre n.445, anche ai fini dell'iscrizione nell'elenco."*

3.2.

Più semplice – forse perché richiama pianamente il Codice – è la parte relativa agli affidamenti degli "appalti di servizi legali", in cui – in un ideale dialogo con il Consiglio Nazionale Forense – si affrontano anche i temi del computo della "base d'asta" (riportandosi – ma solo "a titolo meramente esemplificativo" – ai parametri tabellari) e lo spinoso bilanciamento fra esigenze di "rotazione" e caratteristiche fiduciarie degli incarichi (privilegiando i principi di trasparenza e concorrenzialità e chiedendo una motivazione rafforzata per gli incarichi attribuiti con continuità ai medesimi "fornitori").

Anche per tali affidamenti, così come per gli incarichi "ad hoc" le Linee guida richiedono una preventiva analisi che dimostri l'assenza di professionalità interne alla stazione appaltante

e, quindi, la imprescindibile necessità di acquisire all'esterno "il servizio"; è interessante notare la previsione per cui, nelle stazioni appaltanti che non hanno il patrocinio dell'Avvocatura interna, spetti all'Organo di vigilanza attestare tale necessità.

Il paragrafo 3.2.1, quindi, enuncia il principio generale secondo il quale "per i contratti di valore inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, comma 1, lettera d) e comma 2, lettera c) del Codice dei contratti pubblici i servizi legali di cui all'Allegato IX devono essere affidati secondo quanto previsto per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria dalle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e dalle Linee Guida ANAC n. 4, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici".

Parimenti, ci si riporta al Codice anche per gli incarichi "sopra soglia", come indicato al paragrafo 3.2.2.

Interessante – anche se per certi versi ripetitiva - è, invece, la risposta ai quesiti proposti dagli operatori del settore e dalle stazioni appaltanti in ordine alla verifica dei "requisiti di capacità tecnica" (paragrafo 3.2.4) e dei "servizi analoghi" (paragrafo 3.2.5); il punto di maggiore interesse è proprio nel notare che si postula l'applicazione dei medesimi parametri di verifica utilizzati per gli altri "fornitori di servizi", con poche concessioni alla peculiarità dei "servizi legali" ed alle caratteristiche fiduciarie che connotano tali prestazioni.

Infatti, "In considerazione della natura dei servizi legali, eseguiti per lo più con lavoro prevalentemente proprio del professionista, assumono specifica rilevanza i requisiti di idoneità professionale e i requisiti di capacità tecnica e professionale. Per i primi, la stazione appaltante dovrà richiedere l'iscrizione in Albi o Elenchi laddove necessaria per l'espletamento del servizio legale oggetto di affidamento. Per la capacità tecnica e professionale, da individuare in relazione all'oggetto e all'importo dell'affidamento, le stazioni appaltanti potranno richiedere l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore oggetto dell'incarico."

Ancor più evidente è l'allineamento con gli altri "appalti di servizi" allorché si vadano a verificare i requisiti di "capacità economica", giacché: "Ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria possono essere richiesti livelli minimi di fatturato globale, che devono comunque essere proporzionati al valore dell'affidamento. Anche per consentire la partecipazione alla selezione di giovani professionisti, in alternativa al fatturato, può essere richiesta altra documentazione considerata idonea, quale una copertura assicurativa della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato con condizioni e massimali delle polizze superiori a quelli minimi stabiliti dal Ministero della Giustizia ai sensi dell'articolo 12, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247."

Quanto ai "servizi analoghi", si nota l'attenzione alle "società professionali", ma permane la sensazione di "spersonalizzazione" dei servizi legali e non si affrontano né il tema della "specializzazione" per materie, né quello relativo alle "quote" di partecipazione ed esecuzione nell'ambito dell'esecuzione di servizi legali complessi (salvo l'inciso – relativo, però, alla verifica dei requisiti – "Nel caso in cui le prestazioni siano state svolte in passato da più professionisti congiuntamente e nell'atto di affidamento dell'incarico non sia contenuta alcuna distinzione delle attività affidate a ciascun professionista e questi partecipino separatamente alla procedura di affidamento, entrambi potranno giovare dei servizi analoghi e del fatturato specifico per l'intero. ").

Si prevede, dunque, che: "I requisiti consistenti nell'esecuzione di servizi analoghi e nel possesso di un determinato fatturato sono riferiti, in caso di professionista singolo, alla persona fisica; in caso di associazioni di professionisti, ai professionisti indicati quali esecutori delle prestazioni contrattuali in virtù dell'articolo 34, comma 3, del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96; in caso di società tra avvocati, ai professionisti indicati quali esecutori delle prestazioni contrattuali in virtù dell'articolo 24 del decreto legislativo 2".

Infine, merita un accenno anche il commento dell'Autorità in merito ai criteri di aggiudicazione

- ove si privilegia chiaramente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa -.

Le Linee guida, in tal senso, ai paragrafi 3.2.7 e 3.2.8, offrono interessanti spunti per la predisposizione dei documenti di gara, sciogliendo i molti dubbi palesati dalle Stazioni appaltanti in ordine ai "criteri di valutazione" da applicarsi - tutto sommato - con riguardo a soggetti tenuti ad "obbligazioni di mezzi" e non "di risultato".

Si precisa, dunque, che: *"Alla luce della disposizione del Codice dei contratti pubblici - secondo cui l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto, in cui rientrano anche 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 (articolo 95, comma 6) - i criteri di valutazione delle offerte possono essere individuati nei seguenti: a) professionalità e competenza desunte, ad esempio, dal numero e dalla rilevanza dei servizi svolti dal concorrente affini a quelli oggetto dell'affidamento; b) caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dal progetto globale dei servizi offerti e dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico, in grado di soddisfare al meglio le aspettative della stazione appaltante; c) ribasso percentuale indicato nell'offerta economica; d) titoli accademici o professionali attinenti alla materia oggetto del servizio legale da affidare."*

Certo, per dare concretezza alla precedente enunciazione di criteri, occorre rifarsi alle indicazioni contenute al paragrafo 3.2.8: "Con riferimento ai sub-criteri e sub-pesi sulla base dei quali la commissione giudicatrice può valutare la migliore offerta, si rappresenta, a titolo meramente esemplificativo, che: per il criterio di valutazione individuato alla precedente lettera a) (professionalità e competenza) può farsi riferimento al numero e al valore economico degli incarichi pregressi assunti dal concorrente; per il criterio di valutazione individuato alla precedente lettera

b) (caratteristiche metodologiche dell'offerta) può farsi riferimento anche a proposte di miglioramento e di innovazione dei servizi offerti rispetto a quelli descritti nella documentazione di gara. A ciascun criterio di valutazione devono essere attribuiti, nei documenti di gara, i fattori ponderali secondo un principio di proporzionalità e adeguatezza ...".

Un po' meno chiaro, nella pratica della predisposizione dei documenti di gara è la chiusura del paragrafo, in cui si fa riferimento a: *"il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 95, comma 8, del Codice dei contratti pubblici. Nell'ottica di garantire la qualità della prestazione, i fattori ponderali, per ciascun criterio, devono mantenersi all'interno di parametri da determinarsi anche avendo riguardo al tipo di formula prescelta."*

Ed è proprio in tale formulazione - già complessa con riferimento ai servizi in generale - che sembra perdersi la peculiarità che contraddistingue i "servizi legali": basti pensare alla forte tentazione di attribuire maggior peso alle attività curriculari, rispetto al "progetto" di assistenza (che, invece, è di norma il punto centrale dell'offerta tecnica), proprio per sfuggire all'imbarazzo di dover apprezzare con un punteggio delle non meglio definite "proposte di miglioramento e di innovazione dei servizi offerti rispetto a quelli descritti nella documentazione di gara".

La stessa sensazione di "spersonalizzazione dei servizi" si ha con il conclusivo paragrafo 3.2.9, dedicato alla valutazione dell'offerta economica. Anche in questo caso - spariti, o forse superati, i temi relativi alla commisurazione del compenso ed ai minimi tariffari - l'Autorità prevede molto asetticamente: *"Per quanto riguarda l'offerta economica, fermo restando il rispetto del limite massimo del 30 per cento per il punteggio economico fissato all'articolo 95, comma 10-bis, del Codice dei contratti pubblici, non dovrebbe essere attribuito un punteggio elevato al prezzo nel caso in cui sia previsto l'utilizzo di formule che incentivano molto la competizione sui ribassi percentuali (es. interpolazione lineare) e, viceversa, non dovrebbe essere attribuito un punteggio ridotto nel caso di utilizzo di formule che disincentivano la concorrenza sul prezzo (formule concave, come quella cosiddetta bilineare)"*.

4. Conclusioni

In conclusione, le Linee guida sembrano rispondere ad alcuni dei quesiti "procedurali" più pressanti posti dalle Stazioni appaltanti e dagli operatori del settore, ma non risolvono alcune criticità legate alla peculiare caratteristica fiduciaria dei servizi in questione.

La vera novità è la riqualificazione dell'affidamento dei "servizi legali" come veri e propri "appalti di servizi" (là dove non si era spinta neppure la "modernista" decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730).

In tale ottica, appare pienamente coerente richiamare le norme in materia di affidamento

dei "servizi *tout court*"; però, anche in questo caso, ci si attendeva uno sforzo maggiore che – soprattutto con riferimento alla valutazione dei requisiti professionali ed alla predisposizione dei criteri di valutazione – portasse a fornire indicazioni più coerenti con le specificità dei "servizi" e dei "fornitori" di che trattasi.

O forse, è solo una questione di "angolo visuale": per comprendere appieno la portata delle Linee guida occorrerebbe astrarsi dalla realtà nazionale – condizionata dalle definizioni codicistiche delle "prestazioni d'opera professionale" –, omologandosi alla più ampia prassi euro-unitaria, che va ormai nel senso di parificare i professionisti a "fornitori di servizi" (ad esempio, per quanto concerne l'accesso ai fondi comunitari).

MERCATO ELETTRONICO LOCALE

La soluzione per razionalizzare processi e costi delle P.A.



Nell'ambito dell'acquisto di beni e servizi sottosoglia comunitaria, l'utilizzo di una piattaforma telematica che faciliti l'incontro tra il fornitore e l'ente, è la migliore soluzione dal punto di vista sia dei risparmi economici diretti (confronto concorrenziale tra offerte, scelta tra più fornitori) sia di quelli indiretti (dematerializzazione, risparmio di risorse amministrative).

Sulla base di questa esigenza, da anni, Mediaconsult fornisce soluzioni evolute di e-procurement.

FUNZIONALITA'

- ◆ Accesso a diverse tipologie di albi informatizzati rispondenti alle vere necessità dell'Ente Pubblico
- ◆ Possibilità di generare qualsiasi tipologia di procedura di acquisto
- ◆ Repository documentale fornitori
- ◆ Sistema di rotazione casuale degli invitati a presentare offerta
- ◆ Gestione seduta di gara telematica con verbalizzazione e calcolo automatico della graduatoria, seduta di gara pubblica da remoto, gestione post aggiudicazione

VANTAGGI

- ◆ Autonomia gestionale dell'Ente o Centrale di
- ◆ Acquisto sia di carattere locale che regionale
- ◆ Trasparenza delle procedure e pubblicazione automatizzata dei dati in adempimento alla Legge 190/2012
- ◆ Rispetto della normativa vigente
- ◆ Minor numero di fornitori ma più aderenti ai bisogni dell'Ente e, quindi, offerta più qualificata
- ◆ Recupero dei rapporti con gli operatori del territorio
- ◆ Possibilità per gli operatori economici di avere assistenza

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

Ci contatti per maggiori informazioni

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 27/11/2018, n. 6725

La facoltà di non aggiudicare se nessuna offerta risulti conveniente o idonea deve essere prevista nella lex specialis

"...l'Amministrazione appaltante si è avvalsa della facoltà dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 ("Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito"), prevista espressamente nella lettera d'invito.....La disposizione -che trova il suo antecedente normativo nell'art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 - attribuisce alla stazione appaltante, e non alla commissione giudicatrice, la facoltà di non aggiudicare la gara quando nessuna offerta sia ritenuta, a giudizio discrezionale dell'amministrazione (sul quale si tornerà), "conveniente o idonea", purché tale facoltà sia indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera d'invito."

TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 26/11/2018, n. 310

"... l'informazione relativa all'esistenza del procedimento penale ad esito del quale è stato rinviato a giudizio il legale rappresentante della società controinteressata avrebbe dovuto in ogni caso imporre alla stazione appaltante un approfondimento istruttorio, volto a verificare l'eventuale sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016"

"...sotto questo diverso profilo, sussiste il vizio rilevato dalla ricorrente, da intendersi come difetto di istruttoria su circostanze conoscibili anche solo sulla base della dichiarazione effettuata dalla concorrente, poiché il Collegio ritiene condivisibili le argomentazioni addotte su questione analoga dal Tar Piemonte (sent. n. 119 del 2018) e dal Consiglio di Stato (sent. n. 5142 del 2018), secondo cui le vicende di rilievo pubblicistico coinvolgenti la controinteressata costituita, per la loro rilevanza penale e contrattuale nello stesso ambito di attività oggetto di futuro affidamento (in particolare, il rinvio a giudizio dinanzi al Tribunale di Latina per i reati di cui agli artt. 353 e 640 c.p. di -OMISSIS-e -OMISSIS-) avrebbero senza dubbio meritato di essere approfondite dalla stazione appaltante, per "un più sicuro giudizio sulla integrità e affidabilità del raggruppamento";...In definitiva, pertanto, il provvedimento di ammissione impugnato deve essere annullato in parte qua, e nei limiti della censura accolta, con conseguente obbligo dell'Agenzia convenuta, in relazione alla discrezionalità riservata dal codice dei contratti pubblici, di rivalutare l'impatto delle circostanze emerse, unitamente agli elementi ricavabili dalle sentenze penali definitive subite e dichiarate, sulla integrità e/o affidabilità dell'impresa -OMISSIS-. (e, conseguentemente, del raggruppamento di cui tale società è mandataria), ex art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016."

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/11/2018, n. 6639

Sulla natura non vincolante delle Linee guida ANAC n. 2/2016

"...Non emergono d'altra parte evidenti profili di incompatibilità fra il criterio determinativo prescelto dalla stazione appaltante e le previsioni delle Linee guida dell'ANAC n. 2 del 21 settembre 2016 (sull'offerta economicamente più vantaggiosa); peraltro il testo di queste ultime non assume valenza vincolante (essendo stato adottato ai sensi del comma 2 dell'articolo 213 del nuovo Codice dei contratti), ragione per cui le relative prescrizioni non potrebbero comunque assurgere in via diretta a parametro di legittimità dell'operato della stazione appaltante."

TAR Campania, Napoli, Sez. III, 23/11/2018, n. 6783

Le certificazioni di qualità, attenendo a caratteristiche soggettive del concorrente per valutarne le potenzialità e la qualità delle prestazioni, in casi di RTI devono essere possedute da tutte le imprese componenti il raggruppamento

"...non può essere inteso nel senso di ammettere alla partecipazione gli operatori economici in raggruppamento temporaneo, qualora anche uno solo di essi non sia in possesso dei certificati di gestione ambientale UNI ES 14001 e del Sistema di Gestione della Sicurezza OHSAS 18000.....la mancanza di un'esplicita previsione riguardante i raggruppamenti temporanei di imprese non può indurre a ritenere che i requisiti in parola possano essere posseduti dalla sola mandataria, attenendo a caratteristiche soggettive del concorrente per valutarne le potenzialità e la qualità delle prestazioni, dovendo perciò valere l'opposta

interpretazione del bando (cfr., in analogia fattispecie, Cons. Stato, sez. III, 19/11/2014 n. 5695: "Valga qui rilevare che il disciplinare di gara, nell'art. 4, p. 10, ha incluso tra i requisiti di ammissione il possesso di una "certificazione ISO 9001:2008 settore EA33" e, per quanto nulla abbia previsto espressamente per l'ipotesi di raggruppamento temporaneo di imprese, nemmeno ha espressamente introdotto alcuna deroga, per tale ipotesi, al principio generale – di cui fra breve meglio si dirà – alla stregua del quale i requisiti soggettivi di ammissione devono essere posseduti da ciascuno e tutti degli associati in raggruppamento.");.. le certificazioni di qualità ineriscono difatti alla specifica caratteristica dell'operatore chiamato ad impiegare la propria organizzazione imprenditoriale, valendo ad attribuire una ben determinata posizione qualificante per ogni impresa partecipante che, indipendentemente dal suo apporto al raggruppamento, deve dimostrare di possedere uno specifico status soggettivo in relazione all'oggetto e alla natura dell'appalto (cfr. Cons. Stato, cit.: ""La certificazione di qualità ISO 9001– ha condivisibilmente chiarito l'Autorità nel citato parere –non copre, quindi, il prodotto realizzato o il servizio reso, ma attesta semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi (cfr. AVCP, parere n. 97 del 19.5.2011)""

Consiglio di Stato, Sez. V, 16/11/2018, n. 6461

"Il concorrente è perciò tenuto a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi"

"Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado la giurisprudenza amministrativa va orientandosi, anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, nel senso che le informazioni dovute alla stazione appaltante comprendono ogni addebito subito in pregresse vicende professionali che possa rivelarsi utile all'amministrazione per valutare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico e non solo, dunque, quelle informazioni che potrebbero dar luogo a provvedimenti espulsivi dalla procedura (nei termini cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142, ma già sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; V, 11 giugno 2018, n. 3592 e sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, all'art. 38, comma 1, lett. f), neppure indicava la violazione degli obblighi informativi quale "grave illecito professionale", cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500, ove è detto chiaramente: "Il concorrente è perciò tenuto a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi"; e negli stessi termini, Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628; V, 14 febbraio 2018, n. 956; V, 11 dicembre 2017, n. 5811; V, 4 ottobre 2016, n. 4108; V, 26 luglio 2016, n. 3375; V, 19 maggio 2016, n. 2106)."

TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15/11/2018, n. 863

"nelle procedure telematiche le buste tecniche possono essere aperte in seduta riservata"

"...in relazione alla seduta riservata, è corretto affermare che – nelle procedure telematiche – le buste tecniche possono essere aperte in seduta riservata.

Come noto, il Consiglio di Stato (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388) ha affermato i seguenti principi :

- a). l'utilizzo di gare interamente telematiche comporta la "tracciabilità" di tutte le operazioni modifica anche l'approccio e la soluzione di eventuali commissioni formali-procedimentali;
- b). la correttezza e l'intangibilità risulta, in questo caso, garantita dal sistema, con esclusione di ogni rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni, anche in assenza dei concorrenti;
- c). dunque, l'operato della PA appare complessivamente legittimo."

Consiglio di Stato, Sez. III, 09/11/2018, n. 6326

Sull'applicazione della clausola sociale

"...la giurisprudenza di questa Sezione (da ultimo, 27 settembre 2018, n. 5551), che il Collegio condivide e fa propria, ha affermato che la cd. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto. Corollario obbligato di questa premessa è che tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente (che peraltro nella specie coincide con l'aggiudicataria GPI), nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078). Quindi, secondo questo condivisibile indirizzo la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può essere tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento (Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; id., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; id. 9 dicembre 2015, n. 5598; id. 5 aprile 2013, n. 1896; id., sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242; id., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).... giova ricordare, al fine di rafforzare la legittimità della distrazione di un lavoratore, assunto in virtù della clausola sociale, in altra commessa, che la giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078) ha affermato che i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255)."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 713 DEL 24 luglio 2018
PREC. 25/18/F**

Legittimo il frazionamento in lotti che siano "funzionali" e se tale frazionamento sia possibile sul piano tecnico

"...l'Autorità si è più volte pronunciata sul frazionamento dell'appalto in lotti precisando che è legittimo se sono rispettate alcune condizioni: in primo luogo i lotti devono avere natura "funzionale"(vd. determinazione n. 5 del 9 giugno 2005;AG 18/12 del 13/09/2012; Parere n. 73 del 10 aprile 2014 – Prec. 251/13/S). Ciò significa che ogni singola frazione deve possedere una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata. Inoltre il frazionamento deve essere possibile sul piano tecnico e in particolare la prestazione resa da più operatori dovrà rispettare in ogni caso standard qualitativi maggiori o almeno equivalenti a quelli rinvenibili nella prestazione resa da un unico operatore; RITENUTO che, nel caso di specie, tali condizioni non ricorrano in quanto la stazione appaltante ha dimostrato che l'elemento motore richiesto insieme al trapano elettrico è inscindibile dato che deve essere compatibile con il pezzo principale;"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 683 DEL 18 luglio 2018
PREC 107/18/S**

"...le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante legittimano l'esclusione dalla gara, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto"

"...CONSIDERATO che è precluso, ex art. 83 comma 9 d.lgs. n. 50/2016, il ricorso al soccorso istruttorio per gli elementi afferenti all'offerta tecnica;

CONSIDERATO che la giurisprudenza ha più volte affermato che le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante legittimano l'esclusione dalla gara, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809). Nel caso di specie, la dichiarazione di impegno al rispetto dei CAM in fase di esecuzione non può essere ritenuta sostanzialmente sussistente in quanto desumibile dal contenuto complessivo dell'offerta tecnica, trattandosi di elemento essenziale espressamente richiesto dalla legge di gara;

CONSIDERATO che tale causa di esclusione non si pone in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici, atteso che tale norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti documentali e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione: l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**Delibera n. 610 del 27 giugno 2018
PREC 250/17/S**

E' illegittima "la clausola di lex specialis che fissa al 50% il ribasso massimo ammissibile rispetto alla base d'asta"

"E' ben noto il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui "nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci" (Consiglio di Stato, Sez. V, 12/5/2017, n. 2228).

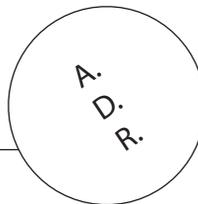
Stante la particolare natura (tecnica) del giudizio (discrezionale) che la legge attribuisce alle Stazioni appaltanti nell'effettuazione della valutazione della congruità o meno dell'offerta, è evidente che tale limite di sindacabilità dell'operato della Stazione appaltante non riguarda solo il giudice amministrativo ma, a maggior ragione, coinvolge anche l'Autorità.

...Specificamente ci si riferisce alla clausola di lex specialis che fissa al 50% il ribasso massimo ammissibile rispetto alla base d'asta.

Il Consiglio di Stato, in merito alla possibilità di fissare una soglia di ribasso massimo sul prezzo, si è espresso in termini negativi, chiarendo che tale clausola – in via generale – è illegittima perché introduce un inammissibile limite alla libertà di concorrenza sull'elemento economico. Secondo il Collegio, infatti, tale norma di gara introduce un'inammissibile limite alla libertà degli operatori economici di formulare la proposta economica sulla base delle proprie capacità organizzative e imprenditoriali, pregiudicando, sino di fatto ad annullarlo, il confronto concorrenziale sull'elemento prezzo (CdS, Sez. V, 28/06/2016 n. 2912)."

A Domanda Rispondiamo

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



1

Nelle procedure di co-progettazione dei servizi sociali di cui all'allegato IX del codice dei contratti pubblici deve essere richiesto il codice identificativo gara?

Il CIG deve essere acquisito in tutti i casi in cui la procedura di co-progettazione abbia carattere selettivo e tenda a individuare un partner che, oltre a fornire un contributo in fase progettuale, sia poi chiamato a gestire un servizio sociale dietro corrispettivo. Diversamente, il CIG non deve essere acquisito quando la procedura **1)** non abbia carattere selettivo, sia quindi aperta a tutti gli operatori che chiedano di partecipare, senza che sia stato previamente individuato un numero o un contingente prefissato; **2)** non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale e non sia quindi finalizzata alla gestione o alla co-gestione a titolo oneroso di un servizio sociale; **3)** miri all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale, ma lo stesso sia svolto a titolo integralmente gratuito ossia in assenza di un corrispettivo (**Cfr. Comunicato Presidente A.N.AC. 21/11/2018**).

2

Quali sono le differenze tra proposte migliorative e varianti nelle gare di appalto?

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 42 del 10 gennaio 2017, ha sottolineato la differenza tra proposte migliorative e varianti in sede di gara precisando che le soluzioni migliorative possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le varianti in sede di gara invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente, costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione".

3

Ai fini delle dichiarazioni di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, gli illeciti professionali hanno una rilevanza temporale?

Il codice dei contratti pubblici attribuisce alle stazioni appaltanti il potere di valutare discrezionalmente l'integrità e l'affidabilità professionale dei concorrenti. Al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere di apprezzamento discrezionale, gli operatori economici devono dichiarare qualunque

circostanza che possa influire sul processo valutativo dell'Amministrazione ovvero tutte le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato una risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio indipendentemente dalla rilevanza temporale. **(Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 19 novembre 2018 n. 6530)**

4 Quali sono le conseguenze su una procedura di gara in caso di cessione di un ramo d'azienda?

Nella fase esecutiva del contratto, ma anche nella fase dell'aggiudicazione dell'appalto, è legittimo il subentro di un altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società, sempre che la modifica soggettiva sia comunicata alla stazione appaltante e previo accertamento dei requisiti richiesti. La stazione appaltante dovrà pertanto verificare sia i requisiti di carattere generale in capo all'impresa cedente, al fine di accertare che la cessione non sia diretta ad eludere l'applicazione del codice sia verificare l'idoneità del cessionario, e quindi i requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla gara (ovvero requisiti generali e requisiti di ordine speciale), avendo riguardo al momento in cui si è prodotta la modificazione soggettiva e senza che rilevi, a tali fini, il tempo in cui la stessa è stata effettivamente comunicata. I requisiti in capo al cessionario dunque devono essere posseduti al momento in cui si è perfezionato il contratto di cessione. Diversamente ragionando, si avrebbe palesemente la violazione della regola della "par condicio" tra i concorrenti, poiché si lascerebbe arbitro il concorrente di scegliere il momento in cui sottoporre alla stazione appaltante l'esame dei requisiti "realmente" posseduti, quando è pacifico che i requisiti devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della prima verifica dei documenti da parte della stazione appaltante nonché al momento dell'aggiudicazione.

5 L'annullamento della procedura di gara, deve essere necessariamente comunicato all'aggiudicatario?

Se la decisione di non giungere alla naturale conclusione della gara interviene nella fase dell'aggiudicazione provvisoria – fase nella quale non si è determinato alcun affidamento qualificato neppure in capo all'aggiudicatario provvisorio (titolare, al più, di una mera aspettativa di fatto) – del pari non sorge alcun obbligo in capo alla stazione appaltante di procedere alla notifiche degli avvisi di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio né a terzi (ex plurimis, Cons. Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189). Fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2418; in termini, Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67). (C.S. sez V 9.11.2018 n. 6323)

Il 18 ottobre 2018 è entrato in vigore l'obbligo, per tutte le stazioni appaltanti, di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica nell'ambito delle procedure di gara.

6 Tale obbligo riguarda anche gli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro?

L'Autorità con comunicato del Presidente del 30 ottobre del 2018 ha chiarito che per gli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro, permane la possibilità di procedere senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in quanto l'art. 1, co. 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 sancisce l'obbligo di utilizzare mezzi telematici solo per acquisti di importo pari o superiore a 1.000 euro.

7

Anche nelle gare telematiche l'offerta tecnica di un RTI costituendo, deve essere firmata da tutti i componenti?

Si. Il raggruppamento temporaneo di imprese viene tipicamente qualificato, quanto alla sua natura giuridica, come un accordo negoziale riconducibile al mandato con rappresentanza, in base al quale più parti effettuano il conferimento di un mandato collettivo irrevocabile ad un soggetto terzo, prescelto come capogruppo, che dovrà agire in nome dei mandanti per effettuare un'offerta congiunta. In caso di offerta presentata da un raggruppamento temporaneo non ancora costituito - essa deve, a pena di esclusione, essere sottoscritta da tutti i componenti del costituendo RTI ... la sottoscrizione dell'offerta di gara si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a rendere nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara" (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sent. 917/2014 e Sent. n. 727/2013, nonché C.d.S. Sez. V, Sent. n. 2317/2012; Sent. n. 528/2011 e Sent. n. 5547/2008). TAR Puglia (Sezione Prima) N. 01420/2018. Più di recente lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire che "la riconducibilità dell'offerta ... a tutti i professionisti ... non può essere desunta dal fatto che nella busta contenente la domanda di partecipazione fossero inserite le dichiarazioni dei requisiti generali di tutti e otto gli associati, atteso che la sottoscrizione della domanda si configura come elemento infungibile, costituendo l'unica

modalità attraverso cui il concorrente ne assume la paternità con le conseguenti responsabilità nei confronti della stazione appaltante" (C.d.S., Sez. V, Sent. 5488/2016).

8

Se il sistema telematico sul quale si avvia una procedura di gara, a causa di un errato utilizzo dello stesso, non consente agli operatori abilitati di prendere parte alla procedura, la stazione appaltante è legittimata ad annullare la procedura?

L'amministrazione è tenuta a disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2418; in termini, Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67). I vizi incidenti nella fase partecipativa di gara determinano la violazione dei principi dell'ordinamento nazionale e comunitario "che postulano la massima partecipazione alle pubbliche gare, in condizioni di piena parità fra tutte le imprese idonee, ai fini dell'emersione della migliore offerta e dell'ottimale utilizzazione delle risorse pubbliche impiegate, rendendo in tal modo concreto ed attuale l'interesse pubblico generale ad un tempestivo intervento della stazione appaltante di ripristino della legalità mediante l'annullamento della procedura, a fronte di aspettative ancora molto limitate dei partecipanti alla procedura, [...] con la conseguente attenuazione dell'obbligo motivazionale per l'adozione del provvedimento di secondo grado". (ex multis, Cons. Stato, III, 18 ottobre 2016, n. 4344; V, 29 dicembre 2009, n. 8966)

Anomalia delle offerte... “novembre e dintorni”

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Diverse le pronunce giurisprudenziali intervenute nel breve periodo e relative all'anomalia dell'offerta. Riflessioni più o meno consolidate su aspetti di valutazione complessiva dell'offerta che suggeriscono attenzione agli operatori economici nella predisposizione della documentazione di gara e accortezza da parte delle "Amministrazioni" nella valutazione dei giustificativi.

Tanto più che le previsioni dell'art. 95 co. 10 e ancor prima dell'art. 23 co. 16 del Codice, fin dagli "albori" del d.lgs. 50/2016, ed ancor più col correttivo di cui al d.lgs. 56/2017, hanno visto "esasperato", l'onere di specificazione dei costi della manodopera sui quali tra l'altro si gioca una "pezzo

della partita" in termini di anomalia dell'offerta (tra l'altro per completezza, ancora attuali sono le fattispecie in remissione all'adunanza plenaria – per tutti si veda recente Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia 20/11/2018).

Tanto vero che il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5867 del 11 ottobre, ha precisato che in tema di offerta economica e indicazioni del costo del personale, il concorrente è tenuto a dare adeguate giustificazioni nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia; specie nel caso in cui l'operatore economico preveda nell'offerta economica un costo del lavoro inferiore a quello ordinario per l'impiego di una certa tipologia di lavoratori.

In tal senso egli è tenuto poi, anche in sede di giustificazioni nell'ambito del sub - procedimento di verifica dell'anomalia, a dare dimostrazione effettiva di essere nelle condizioni di impiegare quei lavoratori e poter così ricavarne un giustificato vantaggio in termini di costo del lavoro (nel senso che è nella fase di verifica dell'anomalia che debbono essere fornite tutte le giustificazioni sulla congruità e la ragionevolezza del costo del lavoro, cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2016, n. 438, per la precisazione che al momento dell'aggiudicazione l'offerta deve essere affidabile in merito alla corretta esecuzione dell'appalto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5102, sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982).

Il Tar Lazio Roma con la sentenza n. 11371 del 23 novembre, ha ritenuto che "... nelle gare pubbliche non è sufficiente a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino anormalmente bassi, ma è necessario che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da erodere completamente l'utile dichiarato (Cons. Stato Sez. V, 29-05-2017, n. 2556).

Ne consegue che l'amministrazione appaltante, all'atto di valutare anomala l'offerta presentata da un'impresa, ha l'onere di esprimere una valutazione globale sulla inattendibilità delle giustificazioni fornite dal concorrente, senza limitarsi a rilevare che esso non ha risposto alle richieste di chiarimenti su alcuni elementi specifici dell'offerta stessa.

Nella fattispecie si deve ritenere che l'amministrazione non abbia assolto l'onere di motivazione indicato, non avendo espresso alcuna valutazione finale sulla congruità dell'offerta considerata nel suo insieme."

Linea quest'ultima, mantenuta sulla scorta di più autorevoli pronunce, in tal senso il Consiglio di Stato n. 6295 del 07 novembre, il quale superando la sentenza di primo grado, ha ribadito come la Giurisprudenza amministrativa attribuisca alla verifica di anomalia natura globale, nell'ambito della quale occorre accertare l'insostenibilità economica dell'offerta nel suo complesso, a prescindere da inesattezze o sottostime delle singole voci di cui

questa si compone (si veda inoltre: Cons. Stato, III, 9 ottobre 2018, n. 5798; V, 24 agosto 2018, n. 5047).

A completamento della dissertazione, i Giudici entrando nella disamina delle giustificazioni, hanno riaffermato quanto già espresso da pregressa Giurisprudenza, ricordando che nell'ambito del contraddittorio si reputa consentito, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta, una modifica delle relative voci di costo, ed in particolare giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (ancora di recente: Cons. Stato, V, 8 giugno 2018, n. 3480).

Interessante in tal senso quanto affermato dal Tar Lazio Roma con la sentenza del 06 novembre n. 10686 nella quale si afferma che per giurisprudenza consolidata, nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la valutazione delle giustificazioni presentate dal soggetto tenuto a dimostrare che la propria offerta non è da considerarsi anomala, rientra nell'ampio potere tecnico - discrezionale della stazione appaltante, così che detta valutazione è sindacabile in sede di legittimità soltanto in caso di macroscopiche illogicità, vale a dire di errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto.

Nel caso di impugnazione proposta avverso il giudizio di anomalia dell'offerta il giudice amministrativo può, pertanto, sindacare le valutazioni compiute dall'Amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può effettuare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, sostituendo così la sua valutazione al giudizio formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 89; idem, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; idem, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5530).

Sotto altro profilo, va, altresì, ricordato che la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira, invece, ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; idem, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565).

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

MEDIAAPPALTI

www.mediappalti.it

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

Mediagraphic

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it

i seminari in programma

SEMI
NA
RI

APPALTI

Le problematiche degli appalti: a domanda rispondiamo
29 gennaio 2019 Roma

Gli appalti sotto la soglia comunitaria, con focus sugli affidamenti diretti
13 dicembre 2018 Bolzano

Gli appalti telematici obbligatori dal 18 ottobre sul MePA Consip. Esercitazione pratica
11 dicembre 2018 Bologna, 13 dicembre 2018 Milano

La gestione della gara attraverso le piattaforme elettroniche. Come cambia la gestione delle procedure di gara dal 18 ottobre
11 dicembre 2018 Bari

Come gestire l'obbligo del monitoraggio delle Opere Pubbliche tramite l'applicativo MOP-BDAP. Corso pratico
11 dicembre 2018 Trieste, 12 dicembre 2018 Roma

La redazione degli atti di Gara
13 dicembre 2018 Savona

I contratti sotto soglia alla luce delle linee guida n. 4 e della legge regionale
11 dicembre 2018 Olbia

TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE

Anticorruzione: aspetti organizzativi e documentazione
11 dicembre 2018 Roma

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

dicembre
2018

sommario

Funzionamento del Fondo Pluriennale Vincolato e procedure semplificate ex art. 36 del codice dei contratti (Corte dei Conti, sezione regionale del Veneto, Deliberazione n. 439/2018)

Premessa

1. I rapporti con il principio contabile dell'allegato 4/1
2. La distinzione tra rinvio formale e rinvio materiale
3. Come operano le eccezioni previste nel principio contabile (secondo la Corte)
4. La conclusione

3

Gli incentivi per funzioni tecniche (2017) accantonati stanno fuori dal limite di spesa dell'accessorio (Corte dei Conti, sezione regionale del Veneto, Deliberazione n. 429/2018)

Premessa

1. Riscontro

7

La transazione esige sempre i pareri di regolarità tecnica e contabile (Corte dei Conti sezione regionale Emilia Romagna, deliberazione n.62/2017)

Premessa

1. Il riscontro
2. Il ruolo del parere dell'avvocatura
3. La valenza dei pareri dei responsabili rispetto all'atto da adottare
4. Conclusione

8

Funzionamento del Fondo Pluriennale Vincolato e procedure semplificate ex art. 36 del codice dei contratti

Premessa

Il Sindaco di un comune veneto, rivolgendosi al collegio della sezione regionale "chiede se, dopo la pubblicazione dell'avviso di indagine di mercato di cui all'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016 e prima dell'invio delle lettere di invito, le spese riferite a tale procedura di affidamento stanziare ai sensi del previgente art. 53, comma 2, del D.lgs. n. 163/2006 possano essere imputate al Fondo Pluriennale Vincolato, laddove la procedura venga attivata prima dello scadere dell'anno finanziario. In merito, vi sarebbero opinioni contrastanti, in quanto, nel Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria (All. 4/2 al D.lgs. n. 118/2011), laddove si prevede la suddetta imputazione, non si fa menzione della procedura per l'indagine di mercato di cui al citato art. 36 dell'attuale Codice dei contratti pubblici".

1. I rapporti con il principio contabile dell'allegato 4/1

Nel merito, questa Sezione ritiene che detto quesito debba avere risposta positiva.

Nella deliberazione si rammenta che il principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria di cui all'All. 4/2 al D.lgs. n. 118/2011, al paragrafo 5.4, dedicato al Fondo Pluriennale Vincolato, prevede che possano essere finanziate dal Fondo medesimo sia il caso ordinario ovvero di "spese riferite a procedure di affidamento attivate ai sensi dell'art. 53, comma 2, del citato decreto legislativo n. 163 del 2006, unitamente alle voci di spesa contenute nel quadro economico dell'opera (ancorché non impegate)", ma anche delle ipotesi in "deroga".

In particolare nel caso di procedura in deroga – come il caso della procedura negoziata senza pubblicazione di bando (ora nell'articolo 63 del codice dei contratti) si deve far riferimento – per verificare la possibilità di utilizzare il fondo pluriennale vincolato - "al momento in cui, ai sensi dell'art.

57 del D.lgs. 163/2006, gli operatori economici selezionati **vengono invitati** a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta". Ovviamente il principio contabile, sconta la circostanza di essere stato adottato prima del nuovo codice dei contratti e, pertanto, in regime di codice degli appalti (decreto legislativo 163/2006).

Secondo la Corte sul rinvio effettuato dalla norma (all'articolo 57 del pregresso codice) deve essere svolto un ragionamento sulla natura ovvero chiarire se si tratta "di un rinvio formale o dinamico (o non recettizio) ovvero di un rinvio materiale o statico (o recettizio), dipendendo da tale accertamento la risoluzione della questione della rilevanza/irrelevanza delle novità normative introdotte dal Codice del 2016, tra le quali, in particolare, la disciplina della procedura per l'indagine di mercato, non prevista nel Codice del 2006".

2. La distinzione tra rinvio formale e rinvio materiale

La distinzione tra rinvio materiale e rinvio, invece, formale – si legge ancora in delibera – viene a fondarsi sostanzialmente "sul recepimento, statico o dinamico, del precetto normativo contenuto nella norma rinviata da parte della norma rinviante: nel primo caso, il collegamento tra le norme si **concretizza nella incorporazione della disciplina di un determinato atto normativo, per quello che essa dispone, con la conseguente irrilevanza, rispetto all'applicazione della norma rinviante, delle modifiche che la norma oggetto del rinvio ha subito o subirà nel tempo**; nel secondo caso, il precetto normativo non viene recepito nella sua staticità, **bensì quale fonte di una disciplina, anche nella sua successiva evoluzione**".

Da tale distinzione, consegue che, mentre nelle fattispecie di rinvio materiale venga in rilievo esclusivamente il testo della norma richiamata al momento della entrata in vigore della norma richiamante, nel caso di rinvio formale, invece, debba essere preso in considerazione il testo della norma richiamata al momento della applicazione della norma richiamante.

Con riguardo al caso di specie, deve, in primo luogo, precisarsi che la disposizione contenuta nell'All. n. 4/2 al D.lgs. n. 118/2011 (denominato "*Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria*"), sulla quale verte il quesito posto dal Sindaco, costituisce una norma a tutti gli effetti.

L'art. 3 del D.lgs. n. 118/2011 ("*Principi contabili generali e applicati*"), infatti, dispone che le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 2 del medesimo Decreto legislativo (Regioni ed enti locali) devono conformare la propria gestione ai principi contabili generali contenuti nell'allegato 1 e nei principi contenuti negli allegati nn. 4/1, 4/2, 4/3 e 4/4, "*che costituiscono parte integrante del decreto*".

Da ciò discende che il rinvio operato dal principio contabile al codice dei contratti pubblici, in tema di utilizzazione del Fondo Pluriennale Vincolato, dunque, si configura come un rinvio tra norme. Pertanto il rinvio alla norma – contenuto nel principio contabile – deve essere inteso come rinvio al codice dei contratti.

3. Come operano le eccezioni previste nel principio contabile (secondo la Corte)

Alla luce di quanto indicato nel principio contabile, l'eccezione opera in due casi tassativi:

- a) per le spese contenute nei quadri economici relativi a lavori pubblici ed approvati (con esclusione delle spese di progettazione);
- b) per le spese per lavori pubblici se già prenotate sulla base della procedura di affidamento "avviata".

Il rinvio, all'articolo 53 contenuto nel principio contabile, non si risolverebbe nella "incorporazione" di quest'ultima nel Principio contabile ovvero in un recepimento di tipo statico, quanto piuttosto "nel collegamento della previsione derogatoria di cui alla lett. b) ad altra normativa, allo scopo esclusivo di individuare la tipologia di contratti pubblici la cui spesa (**anche se non impegnata**) può essere finanziata con il Fondo Pluriennale Vincolato in via di eccezione", sempre che siano state attivate le procedure di affidamento previste dal codice dei contratti pubblici.

In sostanza, la norma avrebbe l'effetto di far "salve" situazioni preliminari (prima ancora dell'adozione dell'impegno di spesa) per ricordare "il piano giuridico-amministrativo e quello finanziario - contabile, di tal che il finanziamento delle obbligazioni passive dell'ente mediante il Fondo suddetto, proprio perché difetta l'impegno di spesa, resti comunque ancorato all'avvenuta adozione degli atti amministrativi prodromici necessari all'assunzione dell'impegno medesimo, sulla base delle disposizioni (vigenti) che regolano l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni".

In sostanza, dal principio contabile emerge la "parificazione" tra pubblicazione del bando ed invio dell'invito (nelle procedure semplificate) a presentare offerta. Entrambe, si legge ancora in delibera "segnano l'avvio della procedura selettiva, in quanto manifestano all'esterno la decisione dell'ente di concludere un determinato contratto, **rappresentando, in tal modo e nella logica sottesa alla fattispecie oggetto della deroga, quell'elemento di giuridica certezza indispensabile onde procedere alla regolare e legittima intestazione al Fondo pluriennale Vincolato di spese soltanto stanziare (o, meglio, "prenotate"), "in assenza di impegni imputati nelle scritture contabili degli esercizi successivi"** (così nel Principio contabile applicato)".

4. La conclusione

La conclusione a cui giunge la Corte – a parere di chi scrive non perfettamente condivisibile – è quella di equiparare il bando e la lettera di invito (classica delle procedure negoziate senza pubblicazione di bando) con l'avviso pubblico e quindi a ritenere questo come atto di avvio di un procedimento contrattuale.

In particolare, in deliberazione si legge che "il rinvio (nda del principio contabile), dunque, ha lo scopo di richiamare, in senso dinamico, la normativa in tema di procedure di affidamento – e, segnatamente,

quella relativa agli appalti di lavori - vigente al momento della applicazione del principio contabile e non, staticamente, quella vigente al momento della entrata in vigore del D.lgs. n. 118/2011 (e dei suoi allegati). La pubblicazione dell'avviso di indagine di mercato prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 50/2016, **indicando per l'ordinamento vigente l'avvio della relativa procedura, analogamente alla pubblicazione del bando di gara e all'invio dell'invito a presentare le offerte (nelle procedure negoziate senza bando) ed assicurando, in mancanza dell'impegno di spesa (e, dunque, di un'obbligazione giuridicamente perfezionata) il necessario ancoraggio giuridico della copertura delle spese per lavori pubblici mediante il Fondo Pluriennale Vincolato, pertanto, può ritenersi sufficiente a consentire il trasferimento al Fondo medesimo del finanziamento oggetto di prenotazione.**

Gli incentivi per funzioni tecniche (2017) accantonati stanno fuori dal limite di spesa dell'accessorio

Premessa

Un Sindaco di un comune veneto chiede della possibilità (o meno) di sostenere che "l'intervenuto accantonamento (in passato)" escludere (nel 2018) "gli incentivi per le funzioni tecniche maturati prima del 1.01.2018 dalla spesa per il personale e dai limiti del fondo produttività".

1. Riscontro

In modo comunque che non appare condivisibile in quanto tiene conto del solo momento di spendita, in deliberazione si ribadisce che la *ratio legis* degli incentivi in questione sia "quella di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure", ed - le stesse Sezioni Unite - in ordine al fatto se le prestazioni per gli incentivi vadano o meno considerate quale spesa del personale, sono giunte a ritenere chiaramente che "l'aver correlato normativamente la provvista delle risorse ad ogni singola opera con riferimento all'importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell'opera, àncora la contabilizzazione di tali risorse **ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale**".

Con ciò confermando che l'onere relativo non transita nell'ambito dei capitoli dedicati alla spesa del personale e, quindi non può essere soggetto ai vincoli posti, nel caso in specie agli enti territoriali, alla relativa spesa.

Con la conclusione che la Sezione ritiene che l'intervenuto accantonamento degli incentivi di cui al citato art. 113 D.lgs. 50/2016, anche se anteriori al 01/01/2018, **sia da considerarsi escluso dal computo della spesa per il personale e dai limiti del fondo produttività**.

La transazione esige sempre i pareri di regolarità tecnica e contabile

Premessa

Anche se la deliberazione non è recentissima appare opportuno tornare sulla questione dei rapporti transazione e pareri dei responsabili di servizio.

Il Sindaco di un comune Emiliano pone alla sezione la questione di una ipotetica transazione (per concludere una controversia e successivo decreto ingiuntivo ricevuto dall'ente) e se la stessa – proposta da un mediatore terzo – possa essere conclusa senza pareri tecnici e senza parere dell'avvocatura comunale.

1. Il riscontro

La sezione, preliminarmente, delinea il quadro normativo rilevante ai fini del parere. In particolare, viene preso in considerazione l'art. 49 del Decreto legislativo 267/2000 (in tema di "Pareri dei responsabili dei servizi"), come modificato dall'art. 3 del d.l. n. 174/2012, recante "Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012", convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213" ed il primo comma del successivo art. 147-bis del Tuel (rubricato "Controllo di regolarità amministrativa e contabile"), inserito dal citato d.l. n. 174/2012, in cui si puntualizza che "Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è assicurato, nella fase preventiva della formazione dell'atto, da ogni responsabile di servizio ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa.

Il controllo contabile è effettuato dal responsabile del servizio finanziario ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria”.

Vengono presi in considerazione, quindi, i precedenti giurisprudenziali in materia.

In delibera, in specie, si rammenta che la funzione del parere di regolarità contabile e l’estensione della portata dello stesso è esaurientemente ricostruita dalla Sezione regionale di controllo per le Marche, con deliberazione n. 51/2013/PAR, del 5 giugno 2013.

Nel parere richiamato, si evidenzia, tra l’altro, come il legislatore statale, mediante le modifiche apportate dal d.l. n. 174/2012 all’art. 49 del Tuel, in particolare sostituendo l’espressione “qualora comporti impegno di spesa o diminuzione di entrata” con “qualora comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell’ente”, abbia ampliato i casi in cui è necessario acquisire il parere di regolarità contabile, al contempo assegnando, al responsabile di ragioneria, un ruolo centrale, a tutela degli equilibri di bilancio dell’ente.

Per quanto concerne la giurisprudenza del Consiglio di Stato, questa si è consolidata nel ritenere che i pareri di regolarità tecnica e contabile – come noto - non costituirebbero requisiti di legittimità delle deliberazioni alle quali si riferiscono, così che l’eventuale mancanza degli stessi determinerebbe una mera irregolarità, tale da non influire sulla legittimità e sulla validità delle deliberazioni (*ex multis*, C. di S., Sez. V, sent. 8 aprile 2014, n. 16631). Detta posizione è altresì richiamata dalla Sezione regionale di controllo per la Basilicata, con deliberazione n. 79/2014/PAR, del 15 maggio 2014, secondo la quale la mancanza dei pareri in argomento non avrebbe riflessi sulla validità delle deliberazioni.

2. Il ruolo del parere dell’avvocatura

Sul ruolo del parere dell’avvocatura, la sezione si affida a quanto rilevato dalla Sezione regionale di controllo per il Piemonte, che con delibera n. 20/2012/SRCPIE/PAR, del 28 febbraio 2012, ha espresso l’avviso secondo cui “per gli enti territoriali non è previsto un particolare iter procedimentale per gli atti di transazione, ma, ove il medesimo sia dotato di una propria avvocatura, sarebbe opportuno che questa fosse investita della questione in analogia a quanto prevede per le amministrazioni dello Stato l’art. 14 della legge di contabilità generale (R.D. n. 2440/1923)”.

3. La valenza dei pareri dei responsabili rispetto all’atto da adottare

In relazione ai pareri dei responsabili di servizio (ex art. 49 del decreto legislativo 267/2000), in delibera si ribadisce che la mancanza dei pareri di regolarità tecnica e di contabilità costituisce una mera irregolarità (e non illegittimità).

E’ interessante, però – ai nostri fini – il passaggio successivo della deliberazione in cui si chiarisce che “l’irregolarità in generale ricorre in presenza di una lieve anormalità del provvedimento amministrativo,

a fronte di un vizio marginale, allorché la diversità della forma o la non perfetta osservanza di un adempimento endoprocedimentale non siano tali da impedire il concreto raggiungimento dell'interesse pubblico tutelato dalla norma. Ciò non sembra potersi affermare lì ove manchino i pareri di regolarità tecnica e contabile”.

I pareri, infatti, costituiscono atti procedurali obbligatori, poiché il legislatore, all'art. 49, ha previsto che “su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla Giunta e al Consiglio (...) deve essere richiesto il parere”.

Gli stessi, pertanto, sono stati posti al centro del sistema, anche per ovviare alla mancanza di competenza tecnica dei componenti politici della Giunta e del Consiglio.

A questo discorso, poi, si deve aggiungere l'ulteriore tassello stabilito con l'art. 147-bis, “in forza del quale il controllo preventivo di regolarità amministrativa e contabile **è assicurato, nella fase preventiva della formazione dell'atto, proprio dai pareri di regolarità tecnica e contabile. Pertanto, i pareri de quibus assicurano anche il controllo preventivo sugli atti di Giunta e Consiglio**”.

L'importanza del parere di regolarità contabile, come ridisegnato dal legislatore mediante il richiamato d.l. n. 174/2012, è stata ricordata dalla Sezione regionale di controllo per le Marche, con deliberazione n. 51/2013, con cui si è evidenziato che attraverso lo stesso “sia stato assegnato al responsabile di ragioneria (nda in relazione al parere di regolarità contabile) un ruolo centrale nella tutela degli equilibri di bilancio dell'ente. Il rilievo del parere di regolarità tecnica, invece, emerge altresì dal nuovo art. 147-bis, che ne ha specificato il contenuto, stabilendo come lo stesso debba attestare la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa, cioè sia la sua conformità alla normativa, che la correttezza sostanziale delle soluzioni adottate”.

È vero che il comma 4, dell'art. 49, del Tuel, prevede la possibilità per Giunta e Consiglio di non conformarsi ai pareri in analisi “dandone adeguata motivazione nel testo della deliberazione”, ma non può ritenersi vero il contrario altrimenti, in quanto in caso contrario i responsabili dei servizi in questione diventerebbero, di fatto, amministratori.

Pertanto, secondo il collegio, anche in caso di transazione, i pareri di regolarità tecnica e contabile devono necessariamente essere resi, costituendo presupposti necessari delle deliberazioni sottoposte alla Giunta e al Consiglio, ad eccezione di quelle che costituiscono meri atti di indirizzo.

L'omessa acquisizione dei pareri in argomento, pertanto, è tale da determinare l'illegittimità dell'atto, non potendosi, per l'importante funzione ad essi assegnata dal legislatore, ritenere che la loro mancanza non sia tale da impedire il concreto raggiungimento dell'interesse pubblico volta per volta tutelato dalle norme.

4. Conclusione

Il collegio conclude annotando quindi, che la circostanza "che la deliberazione abbia ad oggetto una proposta di transazione formulata da un mediatore, soggetto terzo, il quale offre garanzie di imparzialità, azionata a seguito di invito del giudice, **non è tale da poter consentire una deroga alla norma generale, la quale prevede la necessaria acquisizione dei pareri di regolarità tecnico e contabile.** Il ruolo del mediatore, infatti, non esclude l'esigenza di un approccio prudente, finalizzato ad evitare un depauperamento delle pubbliche risorse, che deve sempre essere assicurato dalle pubbliche amministrazioni nell'utilizzare strumenti transattivi e di composizione delle liti".

Né, ai fini della resa del parere di regolarità contabile, rileva come la deliberazione abbia ad oggetto solo un'entrata per il Comune e nessuna spesa, giacché come previsto dal più volte richiamato art. 49 del Tuel, detto parere dev'essere reso ogniqualvolta l'atto comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria, o sul patrimonio dell'ente.

In merito, invece, al parere dell'avvocatura interna, secondo la sezione, non vi è motivo per discostarsi da quanto affermato in generale per le transazioni dalla Sezione regionale di controllo per il Piemonte, con la delibera n. 20/2012 del 28 febbraio 2012, la quale ha ritenuto l'acquisizione dello stesso non obbligatoria, ma sicuramente opportuna.

