

Rivista mensile - Anno IX, Numero 7

ottobre  
**2019**

# MEDIA APPALTI

---

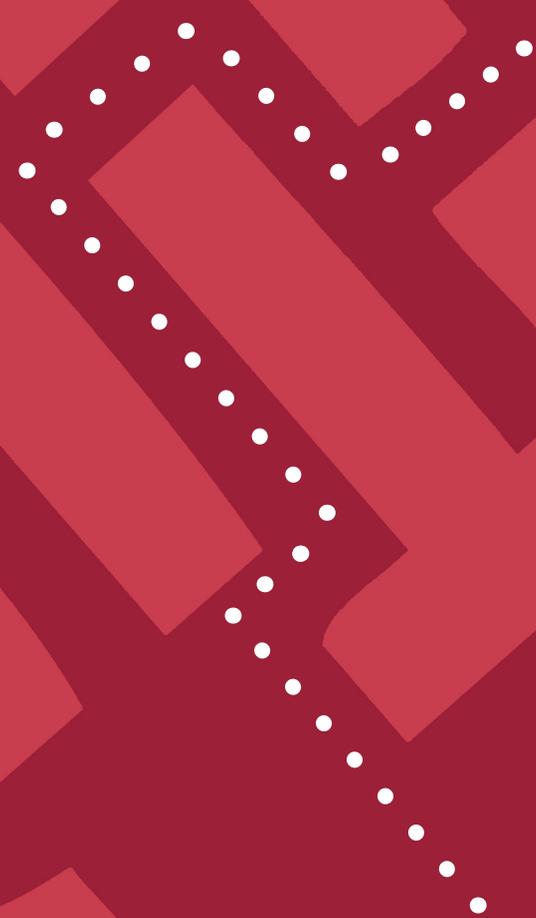
**Il regime delle false  
e fuorvianti  
dichiarazioni relative  
all'offerta alla luce della  
sentenza del Consiglio  
di Stato n. 6157/2019**

---

**La rotazione nella recente  
giurisprudenza:  
gli approdi utili  
sotto il profilo pratico**

---

**Clausola sociale e  
nuovi adempimenti in  
sede di gara**



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

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

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

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

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

**Media**  
**Graphic**





**approfondimento  
aggiornamento  
giurisprudenza  
informazione  
consulenza  
normativa**

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

ottobre  
**2019**

EDI  
TO  
RIALE

---

# Il ponte

---

Non esiste un solo modo per far sparire il dolore. Esistono solo milioni di modi per imparare a convivere. Milioni. Tanti quanti siamo a dover fare i conti con la vita che, prima o poi, ti fa vivere l'esperienza del lutto. Ricostruire il ponte, perseguire i colpevoli, non servirà a sfumare il dramma di chi, quel 14 agosto 2018, non ha potuto riabbracciare chi era uscito di casa per andare a lavoro, per intraprendere un viaggio o per terminarlo, per andare in città o in direzione opposta, senza sapere che sarebbe stato per l'ultima volta.

Il nuovo ponte servirà a ricucire la ferita subita da una città privata di un canale di transito fondamentale. Servirà a dimostrare che è possibile realizzare lavori pubblici di eccellenza in tempi brevissimi. Anche in Italia. Dopo un anno ed un mese dal crollo del Morandi, il varo del primo impalcato del ponte progettato da Renzo Piano. Il primo di diciannove campate che attraverseranno la Valpolcevera. Secondo il cronoprogramma annunciato dai commissari straordinari per l'emergenza e la ricostruzione Marco Bucci e Giovanni Toti, le restanti diciotto dovrebbero essere installate entro la fine dell'anno. L'inaugurazione avverrebbe nella primavera del 2020.

Nel cantiere che ogni giorno ospita l'ininterrotto lavoro di operai e tecnici, c'è un misto di sensazioni. Non è un cantiere normale. Qui si prova l'entusiasmo di partecipare alla realizzazione di una grande opera, affievolito dal dolore dal quale questa opera sta nascendo. È un cantiere insanguinato. Oggi si dice che quel cantiere è il simbolo della rinascita. Ma prima di assurgere a questo ruolo, quello stesso cantiere era il simbolo di un'Italia delle infrastrutture decadenti. Sono state necessarie 43 vite perché ci si rendesse conto che diversi viadotti e ponti della penisola sono un pericolo che incombe sotto le gomme di chi ignari li attraversa. Il post crollo è stato un pullulare di sopralluoghi in tutto il paese. Un risveglio. Un trasalire da un torpore durato decenni. Un morto fa molto prima della burocrazia e della politica. Figuriamoci 43.

Perché non si è potuta evitare la tragedia? Sembrava che tutto fosse in regola. E invece le documentazioni che testimoniavano lo stato di salute dell'infrastruttura non erano attendibili. Una situazione riscontrata anche in altri casi in tutta Italia. In occasione delle commemorazioni per l'anniversario del crollo il Procuratore Capo Francesco Cozzi ha affermato che "siamo di fronte a infrastrutture che richiedono una manutenzione continua e attenta, perché non si può non garantire la sicurezza di chi le usa. Se una struttura è fatta di un certo materiale, bisogna pensare che oggi viene sottoposto a uno stress almeno 5 volte maggiore di quando era stato progettato. Per cui subisce una usura maggiore, anche da fattori esterni. E bisogna averne maggiore cura".

Manutenzione. Per il governo è una priorità. Lo avrebbe dovuto essere da sempre. Una maggiore vigilanza su chi ha l'appalto dei monitoraggi e degli interventi. Un ruolo non secondario a chi ha edificato. L'impegno dello Stato è nelle parole che il premier Giuseppe Conte ha espresso in occasione del varo del 01 ottobre: "è un impegno del Governo quello di lavorare affinché la manutenzione ordinaria, straordinaria, delle nostre infrastrutture, di tutte le nostre infrastrutture, sia un imperativo morale, categorico da perseguire con la massima determinazione".

Un impegno che doveva essere assunto prima? Che doveva essere quotidiana dedizione di chi è preposto ad onorare questo compito?

È un lavoro di estrema responsabilità. La responsabilità che deve essere parte del DNA di chi controlla. La responsabilità che deve essere il credo di chi realizza opere pubbliche o private. Quando si prende parte ad una gara d'appalto, è in gara l'impresa, il lavoro, il reddito. Questo è innegabile. È un diritto. Un diritto che non può prescindere dai doveri. Il dovere di eseguire i lavori nel rispetto delle norme giuridiche e dei parametri tecnici. Non si può operare senza la consapevolezza che in gara c'è anche la sicurezza di chi farà uso dell'opera che si andrà a realizzare o di cui ci si assume la manutenzione. Quante coscienze avrà schiuso il Morandi? Sara servito il sacrificio di 43 innocenti per cambiare qualcosa?

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Il ponte

4

### In evidenza

Il regime delle false e fuorvianti dichiarazioni relative all'offerta alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 6157/2019

7

### Sotto la lente

La rotazione nella recente giurisprudenza: gli approdi utili sotto il profilo pratico

14

#### Hanno collaborato a questo numero:

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

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Editore:**  
Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta  
Tel. 0883.527171  
Fax 0883.570189  
www.mediagraphic.it  
info@mediagraphic.it

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

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

**Avv. Riccardo Gai**  
Esperto in materia di appalti pubblici

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

**Avv. Emanuela Pellicciotti**  
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

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

### Il Punto

Sull'onere gravante sulle stazioni appaltanti di procedere alla verifica ex articolo 95, co. 10 del D.Lgs. 50/2016 della congruità dei costi della manodopera indicati in offerta

21

I limiti di spesa ai sensi delle disposizioni di legge volte alla razionalizzazione della spesa pubblica.

26

Corollari al principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica

33

Clausola sociale e nuovi adempimenti in sede di gara

39

Concessioni autostradali prorogate senza gara: la Corte di Giustizia dice "no"!

49

### Pareri & Sentenze

57

### A Domanda Rispondiamo

63

### In pillole

67

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

# **Il regime delle false e fuorvianti dichiarazioni relative all'offerta alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 6157/2019**

---

di Adriana Presti



IN  
EVIDENZA

## **Premessa**

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza 12 settembre 2019 n. 6157 ha trattato della questione dell'interrelazione tra le dichiarazioni inveritiere ed erronee rilasciate nell'ambito del confezionamento dell'offerta tecnica e l'indebita influenza del processo decisionale della stazione appaltante rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) (ante Decreto Semplificazioni) del Codice appalti.

### 1. Il caso

La vicenda origina dall'impugnazione avanti al Consiglio di Stato da parte della società aggiudicataria di una gara di appalto, della pronuncia di prime cure che aveva accertato la mancata esclusione della medesima ditta dalla procedura di gara.

In particolare il T.A.R. Abruzzo, L'Aquila aveva accolto il ricorso del secondo concorrente, annullando l'aggiudicazione, sull'assunto che l'aggiudicataria avesse reso, in violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016, "informazioni false o [comunque] fuorvianti", in ordine alle caratteristiche della propria offerta tecnica, suscettibili di condizionare, in guisa determinante, l'attribuzione dei punteggi.

### 2. La questione giuridica

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) – nella versione previgente<sup>1</sup> al Decreto semplificazioni d.l. 135/2008 - la stazione appaltante esclude l'operatore economico dalla procedura d'appalto laddove dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o

fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

La questione giuridica concerne l'individuazione del perimetro applicativo dell'ipotesi escludente in cui incorre l'operatore economico che fornisce "... anche per negligenza informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni ... (sulla) selezione o l'aggiudicazione ...". E più in particolare se tale fattispecie includa (o meno) nell'ambito delle dichiarazioni da essa considerate rilevanti, anche quelle relative alle caratteristiche dell'offerta se ed in quanto idonee a influire sul processo decisionale dell'amministrazione, in ordine all'attribuzione del punteggio o più in generale all'individuazione del concorrente aggiudicatario.

L'affidabilità professionale e morale dell'impresa può risultare pregiudicata anche da comportamenti consistenti nel rappresentare qualità dell'offerta tecnica non veritiere che abbiano avuto l'effetto di alterare gli esiti della gara?

Per rispondere al quesito, giova anzitutto considerare che dal tenore letterale della disposizione non si ricava nessun elemento che consente di limitare l'interpretazione della norma al controllo di veridicità delle sole dichiarazioni sul possesso dei requisiti di carattere generale o speciale.

La *ratio* della norma, invero, si sostanzia nell'evitare alla stazione appaltante di trattare con operatori economici che non diano sufficienti garanzie in ordine alla propria affidabilità morale e professionale.

1. Il decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 "Decreto Semplificazioni" ha modificato la lettera c) della disposizione in parola, per allineare la delicata disciplina dei gravi illeciti professionali a quella contenuta nella direttiva comunitaria 2014/24/UE, art. 57, par. 4, che considera in maniera autonoma le quattro fattispecie di esclusione indicate, a titolo esemplificativo, nella citata lett. c) e per superare i problemi interpretativi sorti in ordine ai casi di illeciti ivi elencati.

La modifica apportata tuttavia non ha modificato radicalmente la impostazione previgente. Nel dettaglio i casi esemplificativi di gravi illeciti professionali sono stati trasferiti in autonome e diverse cause di esclusione dalla procedura e in specie nelle lettere "c", "c-bis" e "c-ter".

Nelle Linee guida n. 6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», approvate dal Consiglio dell'Autorità anticorruzione con delibera n. 1008 del 11 ottobre 2017 e successivamente aggiornate, l'ANAC ha chiarito che rilevano i comportamenti che integrano i presupposti di cui al punto 2.1 delle Linee guida - ovvero comportamenti tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento - posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio.

### **3. La decisione del T.A.R. L'Aquila n. 564/2018**

Ebbene, la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - L'Aquila, sez. I, n. 564/2018, resa tra le parti, ha accertato il ricorso nel caso di specie delle condizioni che richiedono ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) la verifica dell'affidabilità della aggiudicataria essendo prevista l'esclusione della gara del concorrente il quale abbia fornito nella gara in corso anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Il T.A.R., in dichiarata applicazione del principio espresso dal Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576, ha fornito una lettura della richiamata norma alla luce della previsione di cui alla successiva lettera f-bis) del comma 5, dell'articolo 80, per la quale va escluso *"l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non*

*veritiere"*.

Giova a tal proposito evidenziare che l'anzidetta lettera f-bis è stata introdotta, in sede di correttivo al Codice appalti, dal d.lgs. n. 56 del 2017. Il riferimento letterale, in tale disposizione contenuto, è testualmente alla "procedura di gara in corso".

Il che non consente alla stazione appaltante alcuna valutazione discrezionale, presupponendo una condotta commissiva tipizzata - la presentazione di "documentazione o dichiarazioni non veritiere" - ed un accertamento della stessa per così dire oggettivizzato. Di talché il ricorrere di dette circostanze apre, altresì, la via al procedimento di cui al successivo comma 12 dello stesso art. 80: e, dunque, la segnalazione all'ANAC ed l'eventuale iscrizione nel casellario informatico (che però richiede la "falsità" della dichiarazione o documentazione, nonché, in aggiunta, l'elemento soggettivo del "dolo o colpa grave").

La disposizione di cui alla lettera c) - oggi c bis) -, letta in raccordo con la successiva lettera f-bis si riferisce anche, se non espressamente, alle "informazioni false o fuorvianti" ovvero all'omissione di "informazioni dovute" nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso, per come è fatto palese dal riferimento della prima ipotesi alle decisioni da assumere da parte della stessa stazione appaltante e dal riferimento della seconda ipotesi al "corretto svolgimento della procedura di selezione".

Quindi, il rilievo ostativo alla partecipazione non è certo l'aver reso "false dichiarazioni in precedenti gare" ma il rendere, nella gara in corso, dichiarazioni false o fuorvianti ovvero l'omettere dichiarazioni dovute.

Siffatta conclusione bene si raccorda, poi, con l'autonoma causa di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. f - ter (anch'essa introdotta da d.lgs. n. 56 del 2017), per la quale l'aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare è motivo di esclusione soltanto se abbia comportato l'iscrizione nel casellario informatico (ai sensi del co. 12 dello stesso art.

80) e "perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico".

Nell'*excursus* motivazionale della sentenza di primo grado, il T.A.R. L'Aquila, con riferimento al caso di specie, si sofferma sulla considerazione che, esaminando la disciplina dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, nessun elemento ermeneutico consente di restringere la portata della medesima disposizione alle sole false dichiarazioni sul possesso dei requisiti di carattere generale o speciale. La norma, nel consentire l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che fornisca "... anche per negligenza informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni ... (sulla) selezione o l'aggiudicazione ...", include indubbiamente, nell'ambito delle dichiarazioni da essa considerate rilevanti, anche quelle relative alle caratteristiche dell'offerta ove idonee a influire sul processo decisionale dell'amministrazione, in ordine all'attribuzione del punteggio o più in generale all'individuazione del concorrente aggiudicatario.

L'interpretazione, ritenuta conforme con l'art. 57, comma 4, lett. i), della direttiva UE n. 24/2014, secondo la quale "le informazioni fuorvianti" rilevano se hanno "un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", considera "influenza notevole" l'effetto determinante dell'informazione non veritiera sull'attribuzione del punteggio.

Nel caso in questione infatti risultava incontestato che l'aggiudicatario aveva indicato nell'offerta tecnica, ai fini dell'attribuzione del punteggio, delle dichiarazioni in ordine alla propria soluzione tecnica fortemente fuorvianti e tali da alterare l'attribuzione del punteggio. Più in particolare la *lex specialis* era concepita in modo tale da valutare il pregio delle proposte anche in relazione delle quantità offerte.

Sicché, nel merito, dichiarando, tra l'altro, un peso dell'edificio - comprensivo delle migliorie - più basso rispetto a quello reale, comportava, alla luce della *lex specialis* come chiarita nel corso della fase antecedente la formulazione delle offerte, una incidenza percentuale delle

materie prime da fonte rinnovabile inferiore. Per l'effetto anche una piccola differenza percentuale nel confronto a coppie previsto dal disciplinare era in grado di orientare la preferenza dei componenti del seggio di gara verso un'offerta rispetto all'altra.

Sotto il profilo soggettivo, il T.A.R. ha accertato, che la dichiarazione di un peso dell'edificio più basso rispetto a quello reale, è fondatamente imputabile alla negligenza dell'aggiudicatario se si considera che era dimostrabile proprio dalla relazione tecnica che il peso totale dell'edificio risultante dalla sommatoria delle voci dei materiali da impiegare ha un valore significativamente più alto.

Il T.A.R. ha altresì accertato la natura fuorviante di una seconda dichiarazione, gravemente negligente resa con riferimento ad una diversa voce di punteggio attribuito all'offerta della stessa dall'aggiudicatario, nonché una intenzionale omissione nei calcoli tale da alterare l'attribuzione del medesimo punteggio. Infatti, dalla ricostruzione operata dal primo giudice, l'aggiudicatario, con riferimento ad un diverso criterio, aveva:

- a) omesso di dichiarare, nel calcolo delle distanze, le tratte del trasporto su gomma;
- b) falsamente dichiarato il trasporto ferroviario dell'acciaio - benché la ditta fornitrice non operasse consegne mediante trasporto ferroviario - per avvalersi del moltiplicatore dello 0,25 previsto dal ridotto d.m. 11.1.2017, per la distanza coperta dal tratto ferroviario;
- c) falsamente dichiarato di produrre le strutture prefabbricate occorrenti nello stabilimento della mandataria, situato a 9 chilometri dal cantiere d'appalto.

Di tal ché la sola constatazione di tale intenzionale omissione avrebbe reso quanto mai necessario sottoporre a verifica l'affidabilità della proponente, in specie del tutto mancata.

#### 4. I principi espressi dal Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, nel confermare la decisione impugnata del T.A.R. L'Aquila, ha osservato che la riconduzione delle informazioni (obiettivamente) "false" o anche solo "fuorvianti" tra le ipotesi di "gravi illeciti professionali" che – in quanto idonei a "rendere dubbia" l'"integrità" (morale) o l'"affidabilità" (professionale) del concorrente – legittima (ed impone) l'adozione della sanzione espulsiva trae alimento, nel corpo della previsione di cui all'art. 80, comma 5 lettera c) d. lgs. n. 50/2016, non solo dal rimprovero di "negligenza" (quando non di dolo) che è possibile formulare a carico del concorrente, ma anche potenziale attitudine della informazione falsa od omessa ad "influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante", ai fini della ammissione e della selezione delle offerte e della consequenziale aggiudicazione.

La pronuncia in commento è di notevole interesse in quanto scandaglia le caratteristiche della dichiarazione rilevante ai fini della ipotesi espulsiva in questione, non limitandosi ad affermare la riconducibilità del caso di specie alla fattispecie astratta prescritta dalla disposizione in commento.

I principi che si desumono da una lettura razionale del tenore della norma e delle finalità ad essa sottese sono così sintetizzabili:

- la dichiarazione non deve configurarsi come semplicemente erronea in quanto non conforme alla verità dei fatti.

- La dichiarazione rilevante non è quella materialmente omessa, in quanto taciuta da parte del concorrente che era in possesso dei relativi dati e delle sottese informazioni.
- La dichiarazione che configura la fattispecie espulsiva è quella propriamente falsa, in quanto oggetto di una condotta intesa alla alterazione, consapevole e volontaria o quanto meno frutto di non giustificabile negligenza, parimenti idonea a strutturare un giudizio di complessiva colpevolezza o alterata dalla omissione di dati necessari ("informazioni dovute").

**La riconduzione delle informazioni obiettivamente false o anche solo fuorvianti tra le ipotesi di gravi illeciti professionali che legittima ed impone l'adozione della sanzione espulsiva trae forza non solo dal rimprovero di "negligenza" (quando non si tratti di vero e proprio dolo) che è possibile formulare a carico del concorrente, ma anche dalla potenziale attitudine della informazione falsa od omessa ad influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, ai fini della ammissione e della selezione delle offerte e della consequenziale aggiudicazione.**



Il Consiglio di Stato ha pertanto statuito che al ricorrere di una siffatta dichiarazione non è necessario dimostrarne – con giudizio necessariamente a posteriori – le concrete modalità di incidenza sulla operata valutazione, essendo necessario ma sufficiente l'apprezzamento – pur sempre in concreto, ma a priori – della rilevanza cioè della idoneità – "suscettibilità, nel linguaggio della norma" – a fuorviare il giudizio sulle caratteristiche della

proposta negoziale.

L'influenza determinante sul processo decisionale va certamente dimostrata, secondo il Consiglio di Stato, ma a tal fine è sufficiente il riscontro della obiettiva rilevanza, nel senso chiarito, dei dati volta a volta omessi o alterati.

E ciò proprio perché la rimproverabile falsificazione od omissione di dati della realtà economica e professionale è destinata ad incidere sulla affidabilità prima ancora soggettiva (id est, del concorrente) che oggettiva (id est, dell'offerta).

Eciò a maggior ragione nel caso in cui, come quello di specie, non è neppure possibile interrogarsi sulla "resistenza" della doglianza atteso che nel caso del c.d. *confronto a coppie* questa possibilità è esclusa dalla impossibilità di prevedere *ex ante* le conseguenze della comparazione, per definizione condizionate dall'attribuzione del punteggio preferenziale non in assoluto, ma in relazione ai singoli confronti tra le offerte, a due a due. Ne discende così, per altro verso, l'impossibilità di formulare un giudizio prognostico che vale ad assolvere dal relativo onere probatorio. Il che si differenzia dal caso in cui l'attribuzione, sia pure necessariamente discrezionale, di un punteggio per ciascuna offerta *in sé considerata* legittima la verifica *a priori* del possibile esito alternativo.

Nel caso di specie, le indicazioni dell'aggiudicatario sul peso dell'edificio e sulla distanza chilometrica hanno senza dubbio alcuno influenzato - trattandosi di elementi qualificanti del confronto concorrenziale - la valutazione dell'offerta.

È apparsa, perciò, corretta la conclusione, cui è coerentemente pervenuto il primo giudice, secondo cui dal riferimento ad un inveritiero fattore di ponderazione (peso della struttura) non poteva che discendere una errata attribuzione del punteggio. Ed analogo discorso va operato quanto al punteggi aggiuntivo previsto per l'eventualità che la proposta prevedesse l'impiego di materiali provenienti da una distanza inferiore a 150 km.

## 5. Conclusioni

La sentenza in commento delinea in modo ineccepibile l'ambito di operatività della sanzione espulsiva in questione, offrendo una lettura composita e coerente del coacervo di disposizioni - non sempre di facile e intellegibile comprensione - di cui si compone il comma 5 dell'articolo 80 del Codice.

La pronuncia ha l'indiscusso pregio di approfondire le peculiarità della dichiarazione rilevante ai fini dell'esclusione discriminando il grado di lesività che deve possedere la stessa.

La mera erroneità di una indicazione o la materiale omissione di dati non può dirsi di per sé decisiva.

Deve trattarsi di una dichiarazione che sia il frutto di una deliberata scelta di porre in essere una alterazione del dato reale o quanto meno il frutto di una non giustificabile negligenza tale da pervenire ad analogo risultato.

In conclusione, l'apprezzamento di una dichiarazione complessivamente e non trascurabilmente colpevole volta ad alterare la realtà o ad omettere informazioni dovute in ordine alla sfera economica e professionale dell'offerente è tale da ledere anzitutto e prima ancora la affidabilità soggettiva del concorrente, fermo restando che nel caso in cui vengano riscontrate informazioni false o fuorvianti in merito alla offerta tecnica va dimostrata l'influenza determinante sul processo decisionale della stazione appaltante, ma a tal fine è sufficiente l'accertamento dell'obiettiva rilevanza delle voci in concreto omesse o falsificate.

L'ANAC, con la Delibera n. 482 del 29 maggio 2019, nel rendere parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016, ha sul tema osservato che è legittima la richiesta di documentazione a comprova di quanto autodichiarato dall'operatore economico nell'offerta tecnica e la decurtazione del punteggio precedentemente assegnato, a seguito del riscontro che il bene offerto non possiede le caratteristiche previste dal disciplinare per il conseguimento di un certo punteggio.

Infatti, l'art. 71 del Testo unico sulla documentazione amministrativa (DPR 445/2000) dispone che "le amministrazioni precedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47".

In materia pertanto sul punto si assiste ad un perfetto allineamento tra la giurisprudenza amministrativa e l'ANAC che, addirittura, in un'ottica di celerità del procedimento di

selezione, incentiva e promuove i controlli *ex ante*.

Infatti, secondo l' ANAC, se non fosse possibile procedere all'accertamento della veridicità di quanto dichiarato nell'offerta tecnica, verrebbero incentivati comportamenti opportunistici dei concorrenti che, consapevoli di inserire informazioni false, darebbero luogo ad una "*selezione avversa*" in seno alla procedura, in ragione dei dati inseriti nonché del possibile difettoso controllo postumo a cura della stazione appaltante, all'evidente fine di ottenere un punteggio migliore; così falsando il regolare svolgimento della competizione ed introducendo, altresì, in gara, un sensibile elemento di aleatorietà assolutamente inconciliabile con le esigenze di certezza, celerità e funzionalità della gara nonché di qualità della prestazione.

# La rotazione nella recente giurisprudenza: gli approdi utili sotto il profilo pratico

di Stefano Usai

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premesse

La legislazione "Sblocca Cantieri" (DL 32/2019 e conversione in legge – con profonde modifiche – 55/2019), come oramai ampiamente noto, si preoccupa – tra gli altri – della questione della disciplina degli acquisti in ambito sottosoglia comunitaria e, per intenderci, del micro sistema normativo riconducibile all'articolo 36 del codice dei contratti.

Attualmente, e nel periodo transitorio fino all'adozione di una disciplina regolamentare, l'ambito degli acquisti nel sotto soglia comunitaria (per i lavori fino al milione di euro), la disciplina è costituita essenzialmente dalla norma richiamata e dalle linee guida ANAC n. 4 che, come noto, non sono vincolanti ma rappresentano semplicemente dei modelli virtuosi ad uso del RUP.

Nel senso che il RUP, con una valutazione tecnica e non discrezionale, può anche valutare di discostarsi dalle indicazioni delle linee guida ma, necessariamente, con una motivazione adeguata.

Per comprendersi, sotto il profilo pratico operativo (immaginando un procedimento di acquisto in un comune), il RUP che intendesse discostarsi da quanto esplicitato nelle linee guida n. 4 deve chiarirne la motivazione tecnica sapendo che la proposta deve passare attraverso la verifica/controllo del responsabile del servizio ed è soggetta ad altre forme di controllo.

Per tutte si pensi al controllo successivo che in funzione anticorruzione deve svolgere il segretario generale.

In fase successiva se emergesse una deviazione

rispetto al modello virtuoso delineato dal documento dell'ANAC, si "rischierà" una segnalazione e/o un rilievo (il controllo negativo incide sulla performance oltre che su altri aspetti civilistici e penali) per non pensare ad ipotesi ben più gravi si pensi al caso in cui la deviazione, priva di fondamento tecnico, abbia determinato un contenzioso con spese legali (o risarcimenti danni a carico della stazione appaltante). Nell'ambito della disciplina predetta un ruolo estremo ha il criterio della rotazione.

Estremo, nel senso di una sempre più rigorosa interpretazione giurisprudenziale che ha indotto il legislatore dello Sblocca Cantieri a prevedere l'abbandono delle linee guida n. 4 per un ritorno ad un modello normativo collaudato (il regolamento attuativo del codice) che, tra gli altri, dovrà contenere una serie di disposizioni in tema di acquisizioni nel sotto soglia e, segnatamente, anche in tema di rotazione.

È proprio al criterio dell'alternanza che viene dedicato il presente contributo anche al fine di dar conto di quanto evidenziato dalla recente giurisprudenza in modo da fornire un utile supporto pratico/operativo al RUP.

### 1. Il futuro regolamento

Il futuro regolamento avrà ad oggetto una serie di "compiti" relativi alla disciplina degli acquisti nel sotto soglia e, automaticamente, l'entrata in vigore del provvedimento avrà l'effetto di determinare il venire meno delle linee guida ANAC n. 4.

Ciò è quanto emerge dall'inciso ultimo del nuovo comma 7 dell'articolo 36 a memoria del quale "Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista" e quindi la vigenza delle linee guida n. 4.

**Il RUP, con una valutazione tecnica e non discrezionale, può anche valutare di discostarsi dalle indicazioni delle linee guida ma, necessariamente, con una motivazione adeguata**



Come facilmente si può intendere, sostenere che un "modello virtuoso" possa perdere efficacia (considerato che non si tratta di un disposto normativo) non appare corretto. Ciò sta a significare che le linee guida n. 4 potranno essere utilizzate dal RUP anche in vigenza di regolamento attuativo sempre che, evidentemente, non dettino disposizioni contrarie rispetto a quelle del nuovo provvedimento legislativo (il regolamento attuativo).

Sul contenuto del predisponendo regolamento (e da poco si è conclusa la fase dell'escussione pubblica) è chiaro il disposto di cui al comma 7 dell'articolo 36 del codice.

A mente della disposizione predetta, con il regolamento saranno stabilite:

- a) le modalità relative alle procedure di cui al presente articolo (ovvero dell'articolo 36);
- b) le modalità relative alle indagini di mercato;
- c) le modalità afferenti la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.
- d) nel predetto regolamento, inoltre, sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti;
- e) dovranno essere indicate anche specifiche modalità di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata.

In merito alle indicazioni sulla "alternanza" (la rotazione) non può sfuggire già un quadro di riferimento di rilievo.

Si allude in particolare alle "specifiche modalità" (che dovranno essere declinate nel regolamento), quasi ad intendere che la rotazione non potrà essere intesa in modo assoluto ed ortodosso ma in maniera limitata a specifiche situazioni ben inquadrare/definite dal legislatore.

La norma, inoltre, come già quella attuale ribadisce che la rotazione riguarderà (anche con

il regolamento) tanto la fase degli affidamenti (in particolare da intendersi diretti) e la fase stessa degli inviti.

## 2. L'approccio alla rotazione

In tema, come si annotava sopra, nell'ambito di una lettura comunque rigidissima dell'applicazione del criterio della rotazione si devono registrare anche limitate aperture di particolare utilità per il RUP.

Una prima apertura alla "deroga"/applicazione attenuata del criterio dell'alternanza si deve al parere del Consiglio di Stato del 30 aprile 2019 n. 1312 – espresso sul nuovo schema di linee guida n. 4 dell'ANAC –.

Nel caso di specie, su specifico quesito posto dall'autorità anticorruzione – emerso in seguito alla modifica apportata dalla legge di bilancio n. 145/2018 con il comma 130 che, ora, ammette la possibilità di procedere con acquisti fuori MEPA dagli originari mille euro ai 5mila.

In risposta al quesito, il Consiglio di Stato conferma che nell'ambito dei 5mila euro (nuova soglia, come detto, affrancata dall'obbligo di acquisto dal mercato elettronico), il RUP può derogare al criterio della rotazione, e quindi anche ribadire l'affidamento diretto al pregresso affidatario, purché la determinazione di affidamento contenga la motivazione su tale scelta.

Si ribadisce, comunque, quella che è la regola/modello generale: la rotazione può essere "superata" ma con una motivazione adeguata. Nel caso dell'acquisto entro i 5mila euro, evidentemente, la possibilità della "forzatura" è determinata dall'importo contenuto.

È chiaro, comunque, sotto il profilo pratico operativo che il RUP non può derogare alla rotazione anche nell'ambito degli importi predetti se ha attuato una dinamica di frazionamento degli affidamenti.

È facile comprendere che una azione amministrativa corretta può essere quella di un riaffido nell'ambito dell'importo predetto secondo motivazioni oggettive ed adeguate mentre non è accettabile un riaffido sistematico con acquisizioni artatamente parcellizzate.

**Il Consiglio di Stato conferma che nell'ambito dei 5mila euro (nuova soglia, come detto, affrancata dall'obbligo di acquisto dal mercato elettronico), il RUP può derogare al criterio della rotazione, e quindi anche ribadire l'affidamento diretto al pregresso affidatario, purché la determinazione di affidamento contenga la motivazione su tale scelta.**



In questo senso, del resto, recente giurisprudenza in cui si è precisato che il principio di rotazione deve ritenersi "aggirato" anche nel caso in cui i reiterati affidamenti – allo stesso appaltatore – lasciano intendere una dinamica di frazionamento delle commesse.

Il criterio dell'alternanza degli affidatari, infatti, ha una intensità tale che "travolge", in quanto illegittimo, anche

l'eventuale "micro" affidamento (nel caso di specie di 40 giorni).

In questo senso si è espressa la sentenza del Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, del 12 aprile 2019 n. 813.

## 3. Il controllo

L'aspetto che, forse, viene sottovalutato è quello del controllo che gli atti d'appalto subiscono. Pur vero che di recente si è affermata l'impossibilità di applicare l'accesso civico generalizzato agli atti dell'appalto, non può sfuggire che gli atti in argomento (così una determina di affidamento diretto piuttosto che altri atti) sono soggetti al controllo sia del servizio finanziario sia, in particolare, al controllo successivo interno esercitato, nei comuni, dal segretario generale. Una determina di continuo riaffido in violazione

della rotazione ben potrebbe essere trasmessa dal responsabile dei servizi finanziari al segretario al fine delle verifiche del caso. Non solo gli stessi atti potrebbero essere oggetto di controllo da parte del revisore.

La violazione della rotazione, determinando assegnazione arbitraria di commesse può esporre il RUP ed il responsabile del servizio interessato anche a richieste di risarcimento danni (e quindi a procedimenti in sede civile ma, a seconda dei casi, anche in sede penale per abusi ed omissioni).

#### **4. L'affidamento diretto e la rotazione**

La legge sblocca cantieri (la legge 55/2019) ha lasciato inalterato anche quanto a disciplina la questione dell'affidamento diretto entro i 40mila euro con, come detto, conferma della rotazione. L'affidamento entro i 40mila euro risulta sostanzialmente svincolato da ogni passaggio procedimentale preciso. Ciò che si impone al RUP, in certi casi, può essere l'esigenza di una previa indagine di mercato ma non anche il confronto/competizione vero e proprio di preventivi.

L'unico vero e proprio momento non superabile – se non a condizioni precise – è proprio quello della rotazione. Il riaffido al pregresso soggetto già controparte della stazione appaltante è aspetto eccezionale ed esige o una dimostrata carenza di alternative nel mercato oppure una motivazione particolare circa l'impossibilità di procedere in modo differente (ed in più il RUP dovrà anche dar conto che la prestazione ed il comportamento contrattuale sono stati eseguiti a regola d'arte).

Ulteriore eccezione si sostanzia, secondo le indicazioni espresse nelle linee guida ANAC n. 4, nella possibilità di veicolare l'applicazione della rotazione imponendola solamente nell'ambito di fasce di importo predefinite (in un regolamento interno della stazione appaltante).

La giurisprudenza, in tema, ha avuto modo di chiarire che la rotazione opera soltanto nel caso di omogeneità delle prestazioni (nel senso che

queste non devono necessariamente essere uguali/identiche).

In questo senso si è affermato che la rotazione tra affidatari costituisce il criterio guida per il RUP già nella fase di consultazione del mercato e l'invito del pregresso affidatario – anche se tale per effetto di una gara pubblica – è eccezionale ed esige una adeguata motivazione. Inoltre, l'applicazione del criterio non esige affatto una assoluta identità di prestazioni nei contratti che si succedono ma, semplicemente, una "continuità" della prestazione principale (Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 1524/2019).

Pertanto, nel momento in cui si predispongono le fasce di importo, la rotazione dovrà essere applicata solamente nell'ambito di questi affidamenti e sempre nel caso in cui le prestazioni siano simili (ovvero rientrino nello stesso settore merceologico, stessa tipologia di servizi e/o di opere pubbliche).

#### **5. L'affidamento previa competizione ad inviti**

La questione del reinvito, evidentemente, è più articolata. Il soggetto già invitato ad una procedura negoziata, di regola, non può essere reinvitato salvo che si dimostrino/motivi adeguatamente il perché.

Una questione affrontata dalla giurisprudenza attiene alla decisione del RUP di innestare un procedimento ad inviti anche nell'ambito dei 40mila in cui, come detto, è possibile procedere direttamente (almeno con previa indagine anche informale).

Nel caso in cui il RUP decida di sviluppare una micro competizione anche nell'ambito delle soglie predette è necessario che vengano fissate delle regole chiare a monte del procedimento.

In questo senso, con la sentenza n. 52/2019, il Tar Lazio, Roma, Sez. I, ha puntualizzato che se la stazione appaltante (in realtà il RUP), pur potendo utilizzare l'affidamento diretto decide di avviare un confronto tra appaltatori è tenuta comunque a fissare preventivamente i criteri

e regole di valutazione delle offerte a pena di illegittimità degli atti compiuti.

Ancora si è chiarito da parte della stessa ANAC che se il RUP – pur nell’ambito dell’affidamento di commesse entro i 40mila euro - invece di utilizzare la procedura dell’affidamento diretto procede con la consultazione di proposte tecnico/economiche di più operatori economici, deve obbligatoriamente prefissare i criteri di valutazione che la commissione di gara andrà ad utilizzare per l’assegnazione dell’appalto. In questo senso, l’autorità anticorruzione nel pare declinato nella deliberazione n. 75/2019.

## 6. Micro procedimento e rotazione

La possibilità di veicolare la rotazione anche nel caso degli inviti, non può che passare per le indicazioni già fornite e, probabilmente, la metodologia più sicura è quella delle fasce di importo, oppure dell’albo fornitori o anche dell’avviso pubblico realmente aperto agli appaltatori (potenzialmente a chiunque). Anche in relazione a quest’ultima annotazione, di recente, la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi con grande rigore chiarendo quando si possa parlare di procedura realmente aperta e, soprattutto, quale debba essere il comportamento corretto del RUP anche nel caso, avvalendosi di procedimenti aperti, intenda “derogare” alla rotazione.

In primo luogo si è chiarito che (in relazione alle procedure aperte) che anche la circostanza per cui ogni impresa del territorio comunale sia stata invitata alla procedura di affidamento non esonera il RUP dall’obbligo di rispettare il principio di rotazione.

Pertanto l’affidamento al pregresso affidatario è illegittimo. In questo senso, ad esempio,

si è espresso il recente parere dell’ANAC n. 500/2019.

Allo stesso modo, la circostanza che il pregresso affidatario si sia “autocandidato” per partecipare alla procedura negoziata per l’affidamento dello stesso “tipo” di appalto, non svincola la stazione appaltante dall’obbligo di applicare il criterio della rotazione.

In questo senso, l’approdo definitivo del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 6 giugno 2019 n. 3831.

## 7. La procedura formalmente e sostanzialmente aperta

Risulta oramai consolidato l’orientamento giurisprudenziale che riconosce la possibilità della deroga della rotazione nel caso, come si diceva sopra, di procedure negoziate ad invito assolutamente aperte.

Come nel caso dei procedimenti “avviati” nel mercato elettronico che consentono l’adesione alla procedura di acquisto anche ai soggetti non “presenti” nel mercato ma che, prima della scadenza della presentazione della propria manifestazione di interesse ottengono l’adesione al mercato.

L’aspetto su cui la giurisprudenza ancora non era intervenuta è quello della motivazione. In sostanza, si è dato per scontato che il procedimento aperto potesse derogare alla rotazione “*in re ipsa*”

ovvero a prescindere dalla specificazione dei motivi per cui si è deciso di non fare rotazione.

La recente giurisprudenza, invece, tende ad evidenziare che in ogni caso, ovvero anche nel caso in cui sia stato attivato un procedimento aperto, il RUP deve ossequiare questo “debito”

**La circostanza che il pregresso affidatario si sia “autocandidato” per partecipare alla procedura negoziata per l’affidamento dello stesso “tipo” di appalto, non svincola la stazione appaltante dall’obbligo di applicare il criterio della rotazione. In questo senso, l’approdo definitivo del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 6 giugno 2019 n. 3831.**



di motivazione comunque chiarendo le ragioni per cui, ad esempio, il pregresso affidatario (o i pregressi soggetti già invitati) siano stati "riammessi" al procedimento.

La rigorosa riflessione giurisprudenziale sulle implicazioni dell'obbligo di rotazione - fondata peraltro sul dato normativo - emerge dal recente pronunciamento del TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, con la sentenza del 16 settembre 2019 n. 376.

La pronuncia in esame prende in considerazione una procedura negoziata "per l'affidamento dell'appalto sotto-soglia, avente ad oggetto il servizio di manutenzione degli impianti elevatori installati in edifici comunali per il biennio 30 giugno 2019- 31 dicembre 2020, da aggiudicarsi sulla base del criterio del prezzo più basso".

La procedura si è fondata su un avviso pubblico a manifestare interesse - su cui poi si sarebbero innestati gli inviti formulati dal RUP - sostanzialmente e formalmente aperto ad ogni operatore che, nei termini di presentazione delle offerte, risultasse "iscritto" al mercato elettronico (in questo modo si esprime l'avviso).

L'appalto è stato aggiudicato al pregresso affidatario, circostanza - quest'ultima - che ha

determinato l'immediata reazione del ricorrente che innanzi al giudice ha immediatamente prospettato la plateale violazione del criterio della rotazione lamentando la mancata motivazione della deroga (ovvero la mancata motivazione dell'invito al pregresso affidatario del servizio).

Il giudice annullando l'aggiudicazione ha ribadito che ciò era determinato dalla mancata motivazione sul reinvio del pregresso affidatario sostenendo quindi che una giustificazione non esiste "in natura" per il fatto di espletare un procedimento aperto.

La questione, da ultimo, degli inviti è stato oggetto anche di una recente - e definitiva - sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 6160/2019.

La sentenza è importante (soprattutto alla luce delle "nuove" procedure negoziate fondate sulla norma ex articolo 63 del codice dei contratti (lett. c e c-bis del secondo comma dell'articolo 36) perché chiarisce che l'operatore economico, non invitato alla procedura di gara indetta ai sensi ma ne sia venuto a conoscenza e che abbia presentato la propria offerta, deve essere legittimamente escluso dalla stazione appaltante.

# SOFTWARE PER LA GESTIONE TELEMATICA DELLE VOSTRE GARE



Area Software



Dal 18 ottobre 2018 vige l'obbligo delle gare telematiche.

La soluzione integrata **Mediaconsult** che permette la gestione, senza ulteriori moduli aggiuntivi, di:

PROGRAMMAZIONE DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

ALBO FORNITORI

ANTICORRUZIONE

GARE DI QUALSIASI TIPOLOGIA E VALORE

ASTE

TRASPARENZA

MERCATO ELETTRONICO

COMUNICAZIONI BDAP

TRASMISSIONE DATI POST AGGIUDICAZIONE

... E TANTO ALTRO

**Centinaia i Clienti serviti, migliaia le gare gestite, zero problemi!**

Non siamo una software house, ma esperti di procedure di gara.

**Il nostro software è un utilissimo strumento.**

**L'affiancamento tecnico e giuridico competente il nostro vero valore distintivo.**

## GARANTIAMO

- ◆ Aggiornamenti costanti rispetto alle modifiche al Codice dei contratti
- ◆ Sicurezza dei dati assoluta
- ◆ Assistenza tecnica telefonica e via ticket alla Stazione Appaltante e agli Operatori Economici
- ◆ Assistenza normativa al RUP a richiesta

## VANTAGGI

- ◆ Nessun acquisto di hardware, ma utilizzo di piattaforma in Saas/Asp
- ◆ Rispetto rigoroso della legge
- ◆ Semplificazione e maggiore trasparenza delle procedure.

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

Ci contatti per maggiori informazioni



☎ 0883.310504

🌐 [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)

✉ [info@mediaconsult.it](mailto:info@mediaconsult.it)



# Sull'onere gravante sulle stazioni appaltanti di procedere alla verifica ex articolo 95, co. 10 del D.Lgs. 50/2016 della congruità dei costi della manodopera indicati in offerta

Di Giuseppe Totino

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Costituisce ormai *ius receptum* che l'indicazione dei costi della manodopera in offerta da parte dei concorrenti sia elemento essenziale della stessa, pena l'automatica e immediata estromissione dalla gara dell'impresa inadempiente, non essendo altresì possibile esperire il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, co. 9 del d.lgs. 50/2016, per incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica.

Tali conclusioni sono state di recente confermate dal Consiglio di Stato (sez. V, 25 settembre 2018, n. 5513), che ha ribadito l'obbligatorietà *ex lege* della separata indicazione dei costi di cui all'art. 95, comma 10 d.lgs. 50/2016 (in seguito "Codice dei Contratti") nelle offerte presentate dai partecipanti ad una gara pubblica preordinata all'affidamento di un contratto di lavori.

**La mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio**

La Corte di Giustizia, investita pregiudizialmente al riguardo, ha poi confermato che "la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione"<sup>1</sup>.

L'analisi recata nel presente contributo mira, d'altro canto, a porre in rilievo un filone giurisprudenziale che ha mostrato di indicare

1. Nella causa C-309/18, (Nona Sezione), 2 maggio 2019 - Lavorgna Srl contro Comune di Montelanico, Comune di Supino, Comune di Sgurgola, Comune di Trivigliano, nei confronti di: Gea Srl.

come operazione necessaria l'esperimento della verifica della congruità dei costi della manodopera indicati in offerta, in ossequio al combinato disposto di cui agli artt. 95 co. 10 e 97, comma 5, lettera d) del Codice dei Contratti, anche a prescindere che l'offerta sia risultata anomala, attraverso l'attivazione di uno specifico sub-procedimento a tal fine deputato. Il citato filone ermeneutico, che sta solo ora mostra di imporsi, sembra essere figlio di una refrattarietà delle stazioni appaltanti di procedere a tale verifica, quale attività propedeutica all'aggiudicazione. Reticenza dettata, da un lato, da una malintesa esegesi della norma, che sembra ancorare l'onere di tale verifica solo qualora l'offerta prima classificata sia risultata anomala, dall'altro, dalla non particolare propensione dei RUP a spendere tempo su una verifica di carattere solo cartolare che poi dovrà essere oggetto di concreta verifica da parte degli ispettori del lavoro che dovessero controllare le attività di cantiere.

### 1. Il quadro normativo

L'articolo 95 co. 10 del Codice dei Contratti stabilisce che "(n)ell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)".

Sviscerato brevemente il tema dell'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera come prescritto dal primo periodo della norma appena citata, in questa sede si vuole porre l'accento su quanto stabilito nell'ultimo periodo della medesima disposizione,

cioè l'onere incombente sulle stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, di procedere, prima dell'aggiudicazione, a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d) del Codice.

L'articolo 97, comma 5, lettera d) del Codice dei Contratti stabilisce che la stazione appaltante debba verificare che "il costo del personale [N.d.r. non sia] inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16".

Il citato comma 16 dell'art. 23 del Codice dei Contratti stabilisce che "(p)er i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".

La lettura del combinato disposto di cui ai citati articoli del Codice dei Contratti, in estrema sintesi, impone alle stazioni appaltanti, al fine di determinare l'importo a base d'asta, d'individuare nei documenti di gara il costo della manodopera, determinato in base alle tabelle ministeriali.

Detto costo, a differenza di quello per la sicurezza, non è soggetto a scorporo dall'importo assoggettato a ribasso. La stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione, verifica, quanto ai costi della manodopera, se

l'offerta è anormalmente bassa perché il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali.

**La disciplina richiamata è volta, in definitiva, a garantire che negli appalti pubblici il lavoro sia adeguatamente remunerato, configurando come inattendibile un'offerta che rechi un basso costo della manodopera.**



La disciplina richiamata è volta, in definitiva, a garantire che negli appalti pubblici il lavoro sia adeguatamente remunerato, configurando come inattendibile un'offerta che rechi un basso costo della manodopera.

## 2. L'interpretazione oggi prevalente

In maniera icastica il TAR Milano<sup>2</sup> ha chiarito che "dall'ordito normativo sopra richiamato chiaramente discende l'obbligo per la stazione appaltante di procedere, prima della aggiudicazione –sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia della offerta operata attraverso i meccanismi contemplati all'art. 97- alla verifica del rispetto della congruità del corso della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi. In altre parole, si tratta di una autonoma condicio causam dans del provvedimento di aggiudicazione, che deve indefettibilmente essere condizionato da tale attività di certazione."

Il pregevole arresto lombardo, sgombrando il capo dall'interpretazione per la quale la verifica della congruità dei costi della manodopera sia dovuta esclusivamente qualora l'offerta si rappresenti come anomala, ha avuto modo di sottolineare come "(i)n definitiva, a convincere della correttezza e ragionevolezza della soluzione cui quivi si è pervenuti, è anche il criterio ermeneutico per cui magis ut valeat quam ut pereat e, dunque, che nel dubbio, l'interpretazione di una proposizione normativa – promani essa da una fonte eteronoma ovvero pattizia e negoziale - deve operarsi nel senso in cui essa assuma una sua propria significanza ed efficacia, piuttosto che in quello che la deprivi di efficacia, rendendola inutiliter data (imponendosi all'interprete "di attribuire un senso a tutti

gli enunciati del precetto legislativo"; Cass. SS.UU., 29 aprile 2009, n. 9941); e, invero, opinando nel senso delle parti resistenti –per cui tale verifica si imporrebbe solo in caso di sospetta anomalia della offerta già determinata ai sensi dell'art. 97- si svuoterebbe di autonoma significanza precettiva l'art. 95, comma 10, ultimo periodo, che nel richiamare l'obbligo ed il procedimento di verifica in contraddittorio di cui all'art. 97, comma 5, lett. d), ha inteso giustappunto ampliarne il campo di operatività, rendendolo di generale applicazione "prima della aggiudicazione" (arg. da CdS, VI, 28 febbraio 2019, n. 1409)".

Lo scopo di tale obbligo, secondo il TAR Lazio, si rintraccia "nel voler il legislatore assicurare una tutela rafforzata nei confronti dei lavoratori, proprio nell'ambito delle procedure aggiudicate al prezzo più basso e nelle quali si applicano criteri automatici di esclusione delle offerte anomale".<sup>3</sup>

Tale sembra esser l'orientamento prevalente, riscontrato in una molteplicità di casi.

Per completezza è pur vero che si rinviene un isolato precedente di cui nondimeno occorre

tenere presente che si discosta da quanto sinora rassegnato, in relazione al quale sarebbe opportuna una riflessione ulteriore.

È il TAR Napoli che ha avuto modo di affermare che l'obbligatorietà dell'analisi dei costi della manodopera indicati prima dell'aggiudicazione non debba necessariamente estrinsecarsi nell'avvio di un sub-procedimento teso alla verifica della loro congruità giacché – afferma il Collegio campano – deve esser "richiamato il consolidato indirizzo secondo cui l'aggiudicazione definitiva della gara debba far presumere che la procedura di verifica della

**La verifica dei costi della manodopera autonoma condicio causam dans del provvedimento di aggiudicazione, che deve indefettibilmente essere condizionato da tale attività di certazione**

2. TAR Milano, 13.05.2019, n. 1067

3. TAR Lazio Roma sez. II 2/9/2019 n. 10673

congruità dell'offerta dell'aggiudicataria si sia conclusa positivamente, ancorché in assenza di documentazione specifica o di una relazione sul punto (delibera dell'A.N.A.C. n. 892 del 17 ottobre 2018)".

Aggiungono poi i Giudici napoletani che "anche a voler ravvisare in ogni caso l'obbligo per l'amministrazione di effettuare la verifica di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 5 lett. d), del D.Lgs. n. 50/2016, occorre prendere atto che il ragionamento del [ndr. ricorrente], inoltre, omette di considerare che la valutazione di congruità dell'offerta deve essere globale e sintetica, non concentrata esclusivamente e in modo parcellizzato su singole componenti di costo, avendo come obiettivo l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel complesso - nella fattispecie non confutata - non già delle singole voci (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 974/2013)".

Tale ultimo passaggio ci offre l'assist per indagare quale sia la portata del sindacato del RUP circa il rispetto dei minimi tabellari dei costi del lavoro esposti in offerta.

### 3. La qualità del sindacato del RUP

Al di là del succitato contrasto ermeneutico, il contenuto della verifica che deve essere condotta appare essere dalla giurisprudenza ben identificata.

In generale, è possibile asserire che non sussiste un automatismo escludente nel caso d'indicazione nell'offerta di un costo della manodopera inferiore a quello determinato dalla Stazione appaltante in quanto recante un costo orario della manodopera inferiore, sebbene di poco, al costo indicato nei documenti posti a base di gara (TRGA Bolzano, 11.10.2018 n. 292).

Tale circostanza, invero, non consente tuttavia di ritenere ex se anomala, e dunque da escludere, un'offerta che indichi valori del costo della manodopera inferiori a quelli indicati dalla stazione appaltante, dovendo essi essere valutati nell'ambito della verifica di congruità (in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, n. 501/2017). In particolare, è stato chiarito che, perché possa dubitarsi della sua congruità, occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III 21.07.2017 n. 3623).

**il giudizio di congruità non è diretto ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta (cd. «caccia all'errore»), ma assolve alla funzione di verifica di attendibilità complessiva dell'offerta e, dunque, di vaglio, più o meno approfondito, circa la serietà dell'affidamento in ordine alla corretta esecuzione della prestazione richiesta**

Infatti, fermo restando il rigore sotteso al rispetto delle tabelle ministeriali (rispetto alle quali non possa derogarsi), deve richiamarsi l'orientamento del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, V sez., 7.5.2018, n. 2691) secondo cui (cfr. anche Cons. St., V sez., 6 febbraio 2017, n. 501, ribadita da Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4989,

2 marzo 2015, n. 1020; Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 854; Sez. V, 24 luglio 2014, n. 3937) nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da essi non legittima, di per sé, un giudizio di anomalia, ma solo l'avvio della procedura finalizzata alla verifica di congruità della singola offerta.

In generale, sul punto preme segnalare (v. T.A.R. Lombardia, Milano, I sez., 4.5.2018, n. 1220, cfr. anche T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 63) che il giudizio di congruità non è diretto ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta (cd. «caccia all'errore»), ma assolve alla funzione di verifica di attendibilità complessiva dell'offerta e, dunque, di vaglio, più o meno approfondito, circa la serietà dell'affidamento in ordine alla corretta esecuzione della prestazione richiesta (ex

plurimis: Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565) e tale approccio deve essere adoperato anche con specifico riferimento alla verifica dei costi salariali.

Appare possibile procedere all'esclusione, dunque, solo se la prova fornita, preordinata alla giustificazione di un eventuale scostamento dai minimi salariali, non legittimi l'indicazione di un basso livello di prezzi o di costi proposti, posto che non sono però ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

#### **4. Conclusioni**

Dalle superiori considerazioni è possibile desumere che se, per un verso, l'obbligo di verifica della congruità dei costi della manodopera indicata in offerta dal primo classificato, risulta essere un elemento imprescindibile dell'iter procedurale preordinato all'affidamento di un contratto pubblico di lavori, d'altro verso, la suddetta verifica risulta essere solo *latu sensu* realmente incisiva, dal momento che lo scopo di tale attività è, al pari della verifica di congruità generale dell'offerta, - che pure annette i costi della manodopera - quello di accertare attendibilità complessiva dell'offerta e, dunque, di un vaglio, più o meno approfondito, senza alcuna frenesia da caccia all'errore che costringa il RUP ad atteggiarsi ad ispettore del lavoro.

# I limiti di spesa ai sensi delle disposizioni di legge volte alla razionalizzazione della spesa pubblica.

***Gli accertamenti da esperire a cura del responsabile del procedimento di affidamento di una gara per alcune voci di spesa, nell'ambito anche della relativa programmazione e previsione di spesa***

di Beatrice Corradi

IL  
PUN  
TO

## **1. I presupposti normativi finalizzati al contenimento della spesa pubblica**

Il miglioramento dei meccanismi di controllo della spesa pubblica ha costituito uno dei principali obiettivi di politica economica dell'ultimo decennio, come risulta dalle norme adottate, dalla giurisprudenza consolidata e dagli studi operati, tra l'altro, dagli Uffici della Camera dei Deputati - Bilancio, Politica economica e finanza pubblica.

Il controllo della spesa costituisce un importante strumento per il reperimento di risorse pubbliche anche ai fini del rilancio della crescita del nostro Paese. La necessità di un'analisi dei meccanismi che incidono sull'andamento della spesa pubblica e l'esigenza di individuare interventi mirati al suo contenimento e ad una progressiva riqualificazione hanno assunto, a partire dal 2007, un rilievo crescente nelle decisioni di

finanza pubblica. Tra gli obiettivi previsti dalla *spending review* vi è quello di superare il criterio dei tagli lineari alle dotazioni di bilancio ed il criterio della "spesa storica". In particolare, con il processo di revisione della spesa, <<si intende superare il tradizionale approccio "incrementale" nelle decisioni di bilancio, in base al quale, storicamente, si è registrata la tendenza a concentrarsi sulle nuove iniziative di spesa, ovvero sulle risorse (aggiuntive) da destinare ai programmi di spesa già in atto, piuttosto che sulle analisi di efficienza, efficacia e congruità con gli obiettivi della spesa in essere>> (dossier degli Uffici della Camera dei Deputati - Bilancio, Politica economica e finanza pubblica, 26 marzo 2019).

**Il miglioramento dei meccanismi di controllo della spesa pubblica ha costituito uno dei principali obiettivi di politica economica dell'ultimo decennio, come risulta dalle norme adottate, dalla giurisprudenza consolidata e dagli studi operati, tra l'altro, dagli Uffici della Camera dei Deputati - Bilancio, Politica economica e finanza pubblica.**



Le pubbliche amministrazioni sono, quindi, da tempo soggette ad un regime di verifica e riduzione delle spese introdotto dal legislatore con l'obiettivo prioritario del risanamento dei

conti pubblici e del rispetto del patto di stabilità interno, ma anche di valorizzazione della trasparenza, razionalizzazione della spesa ed uniformità della medesima a livello nazionale. La categoria di spesa per consumi intermedi è quella sulla quale si sono quindi concentrate le misure di contenimento adottate nel corso della XVI legislatura.

Infatti, essa rappresenta una delle principali voci di uscita relative al funzionamento delle amministrazioni pubbliche e nel corso del tempo, ha subito un andamento incrementale.

Il legislatore è più volte intervenuto, da un lato rendendo più stringenti le misure di contenimento già adottate nelle precedenti legislature, come quelle in materia di studi e relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità, rappresentanza, auto di servizio e organi collegiali, e dall'altro portando avanti la realizzazione del programma di razionalizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione e di *e-procurement*, con la centralizzazione delle procedure di acquisto coordinata dalla Società Consip.

La centralizzazione degli appalti è da tempo indicata quale processo in grado di favorire efficacemente, non solo la riduzione, ma anche il controllo della risorse pubbliche impiegate mediante la realizzazione di economie di scala, implicando inoltre anche la riduzione del numero di entità organizzative coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa e costituendo uno stimolo per l'innovazione delle imprese che partecipano alle procedure.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha consolidato l'orientamento secondo cui norme statali che fissano limiti alla spesa delle Regioni

e degli enti locali possono <<qualificarsi principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica alla seguente duplice condizione: in primo luogo, che si limitino a porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; in secondo luogo, che non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi>> (sentenze n. 412 e n. 169 del 2007; n. 88 del 2006).

Costituisce poi approdo ormai consolidato nella giurisprudenza contabile il principio secondo cui, dal computo delle spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza, ai fini del rispetto dell'art. 6, comma 8, del decreto-legge n. 78 del 2010, vanno escluse quelle coperte mediante finanziamenti e contributi specificamente trasferiti o, comunque, risorse provenienti (anche per sponsorizzazioni) da altri soggetti, pubblici o privati (*ex multis* cfr.: Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, deliberazione n. 233/2014; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 398/2012; Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 40/2011).

Per alcuni settori si è intervenuti ampliando i limiti già fissati nelle precedenti legislature, dapprima con l'articolo 61 del D.L. n. 112/2008 e successivamente, con l'articolo 6, commi da 7 a 10 del D.L. n. 78/2010, che ha di fatto superato il primo intervento, nonché con una serie di ulteriori specifici provvedimenti (decreto legge 95/2012 e decreto legge 66/2014; legge 228/2012; decreto legge 101/2013; decreto legge 66/2014).

L'articolo 6 del D.L. n. 78/2010 (convertito in legge n. 122/2010) contiene un limite, applicabile a

**Costituisce approdo ormai consolidato nella giurisprudenza contabile il principio secondo cui, dal computo delle spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza, ai fini del rispetto dell'art. 6, comma 8, del decreto-legge n. 78 del 2010, vanno escluse quelle coperte mediante finanziamenti e contributi specificamente trasferiti o, comunque, risorse provenienti (anche per sponsorizzazioni) da altri soggetti, pubblici o privati.**



decorrere dall'anno 2011, per l'onere sostenuto da tutte le pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato relativamente a: studi e incarichi di consulenza (comma 7): -80%; per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza (comma 8): -80%; per sponsorizzazioni (comma 9): vietate (oggi -70%); per missioni (comma 12): -50%; per attività esclusiva di formazione (comma 13): -50%; per acquisto, manutenzione, noleggio ed esercizio di autovetture ed acquisto di buoni taxi (comma 14): -50%. Il riferimento per il calcolo dei limiti, di cui alla presente norma, è la spesa sostenuta nell'anno 2009.

L'articolo 5, comma 2, del decreto legge 6 luglio 2012, n.95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, è stato integralmente sostituito ad opera dell'articolo 15 del decreto legge n. 66/2014 (conv. in legge n. 89/2014), sostituendo il vecchio limite di spesa (-50% della spesa 2011) con uno nuovo. Dal 1° maggio 2014 le pubbliche amministrazioni non possono sostenere spese per acquisto, manutenzione ed esercizio di autovetture e per l'acquisto di buoni taxi, di importo superiore al 30% della spesa 2011.

Con riferimento all'ambito soggettivo delle misure di contenimento, è stato specificamente sancito all'interno della legge di contabilità (articolo 1, comma 2 della legge n. 196/2009, come sostituito dall'articolo 5, comma 7 del D.L. n. 16/2012, convertito con modificazioni in legge n. 44/2012) un concetto ampio di pubblica amministrazione, ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, intendendo le amministrazioni individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001, recante la disciplina del pubblico impiego. Anche le società inserite nel conto economico della pubblica amministrazione sono tenute a conformarsi ai principi vigenti di riduzione della spesa per studi, consulenze, relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché al divieto di sponsorizzazione, sanciti dall'articolo 6 del D.L. n. 78/2010.

Necessario è quindi individuare la natura della spesa al fine del contenimento del rispetto dei limiti di cui sopra. Ogni anno il Ministero

dell'Economia e Finanza approva un documento finalizzato a costituire un quadro sinottico per agevolare gli enti interessati nell'attività di ricognizione delle norme ad essi applicabili.

## **2. La corretta individuazione della natura della spesa. La qualificazione della spesa al fine dei limiti di spesa. Le spese di rappresentanza, di incarico esterno, di consulenza, di studio o di collaborazione**

La nozione di spesa di rappresentanza, ad esempio, si configura quale voce di costo essenzialmente finalizzata ad accrescere il prestigio e la reputazione della singola pubblica amministrazione verso l'esterno (in tal senso, sez. Lombardia, del. n. 200/2016).

Le relative spese devono assolvere il preciso scopo di consentire all'ente locale di intrattenere rapporti istituzionali e di manifestarsi all'esterno in modo confacente ai propri fini pubblici. Dette spese devono dunque rivestire il carattere dell'inerenza, nel senso che devono essere strettamente connesse con il fine di mantenere o accrescere il ruolo, il decoro e il prestigio dell'ente medesimo, nonché possedere il crisma dell'ufficialità, nel senso che esse finanziano manifestazioni della pubblica amministrazione idonee ad attrarre l'attenzione di ambienti qualificati o dei cittadini amministrati al fine di ricavare i vantaggi correlati alla conoscenza dell'attività amministrativa.

L'attività di rappresentanza ricorre in ogni manifestazione ufficiale attraverso gli organi muniti, per legge o per statuto, del potere di spendita del nome della pubblica amministrazione di riferimento. La violazione dei criteri finalistici indicati conduce all'illegittimità della spesa sostenuta dall'ente per finalità che fuoriescono dalla rappresentanza.

Sotto il profilo gestionale, l'economicità e l'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione impongono il carattere della sobrietà e della congruità della spesa di rappresentanza sia rispetto al singolo evento finanziato, sia rispetto alle dimensioni e ai vincoli

di bilancio dell'ente locale che le sostiene.

La violazione dei criteri che presiedono alla sana gestione finanziaria comporta il venir meno dei requisiti di razionalità ed economicità cui l'attività amministrativa deve sempre tendere ai sensi dell'art. 97 Cost..

A tal fine:

1) ciascun ente locale deve inserire, nell'ambito della programmazione di bilancio, apposito capitolo in cui vengono individuate le risorse destinate all'attività di rappresentanza, anche nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica fissati dal legislatore; capitolo di bilancio che deve essere reso autonomo rispetto ad altri al fine di evitare commistioni contabili.

2) Esulano dall'attività di rappresentanza quelle spese che non siano strettamente finalizzate a mantenere o accrescere il prestigio dell'ente verso l'esterno nel rispetto della diretta inerenza ai propri fini istituzionali.

3) Non rivestono finalità rappresentative verso l'esterno le spese destinate a beneficio dei dipendenti o amministratori appartenenti all'Ente che le dispongono (fattispecie in cui ricade il caso specifico).

4) Le spese di rappresentanza devono essere congrue sia ai valori economici di mercato sia rispetto alle finalità per le quali la spesa è erogata.

5) L'attività di rappresentanza non deve porsi in contrasto con i principi di imparzialità e di buon andamento.

(cfr CC Sez. controllo Lombardia del. n. 178 – 17).

Il conferimento di un incarico esterno, di consulenza, di studio, o di collaborazione non è vietato in assoluto, ma soggiace ad alcuni presupposti, che la normativa e la giurisprudenza hanno progressivamente affinato, ma che da tempo si incentrano in particolare:

a) sulla rispondenza dell'incarico agli obiettivi della P.A.;

b) sulla mancanza di risorse interne utilizzabili;

c) sulla necessità che gli incarichi individuali siano conferiti ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata (dunque temporanei), luogo, oggetto e compenso;

d) sull'espletamento di procedure comparative.

Con riferimento alla materia delle collaborazioni esterne, è consentito al giudice contabile di valutare se la scelta di affidarle (anziché utilizzare risorse umane disponibili tra i dipendenti della p.a.) sia esorbitante rispetto al fine pubblico da perseguire, fermo restando il divieto di sindacare il merito di tale scelta (Cass., sez. un., 25 gennaio 2006, n. 1378).

L'impossibilità oggettiva di reperire

risorse umane disponibili all'interno della p.a. è uno dei principali criteri empirici elaborati dalla giurisprudenza per valutare la legittimità dell'incarico (cfr., ex multis, C. conti, sez. II, 20

**La nozione di spesa di rappresentanza si configura quale voce di costo essenzialmente finalizzata ad accrescere il prestigio e la reputazione della singola pubblica amministrazione verso l'esterno. Dette spese devono dunque rivestire il carattere dell'inerenza, nel senso che devono essere strettamente connesse con il fine di mantenere o accrescere il ruolo, il decoro e il prestigio dell'ente medesimo, nonché possedere il crisma dell'ufficialità, nel senso che esse finanziano manifestazioni della pubblica amministrazione idonee ad attrarre l'attenzione di ambienti qualificati o dei cittadini amministrati al fine di ricavare i vantaggi correlati alla conoscenza dell'attività amministrativa.**



marzo 2006, n. 122/A; id., sez. II, 28 novembre 2005, n. 389/A; id., sez. Veneto, 20 dicembre 2004, n. 1706; id., sez. Puglia, 10 gennaio 2003, n. 18).

Gli incarichi in argomento devono corrispondere ai dettami normativi e giurisprudenziali della buona amministrazione nonché della prudente e sana gestione delle risorse pubbliche, cristallizzate, in particolare, nei canoni della straordinarietà della funzione da attribuire al consulente, nonché dell'impossibilità oggettiva di ricorrere a personale interno.

Ai sensi della legge di stabilità 2013 (legge n. 228/2012, art. 1, commi 146 - 148) è stato introdotto inoltre:

il divieto di conferire incarichi di consulenza informatica se non nei casi eccezionali adeguatamente motivati in cui occorra risolvere problemi specifici connessi al funzionamento dei sistemi informatici. La violazione del divieto comporta la responsabilità amministrativa e disciplinare del dirigente. Il divieto si applica alle pubbliche amministrazioni incluse nel conto economico della P.A. - nel quale sono incluse anche le regioni e agli enti locali -, alle altre amministrazioni di cui al D.Lgs. n. 165/2001, alle Autorità indipendenti, nonché alla CONSOB (comma 146).

il divieto di rinnovo di incarichi con contratti di lavoro autonomo, conferiti in via temporanea a soggetti esterni da parte delle pubbliche amministrazioni di cui al D.Lgs. n. 165/2001, con limitazione della possibilità di proroga a casi eccezionali e fermo restando il compenso originario (comma 147, che modifica il citato D.Lgs. n. 165/2001). Tale divieto si applica anche alle società a controllo pubblico diretto o indiretto strumentali (comma 148).

Non si pongono particolari problemi interpretativi in ordine all'impiego dei concetti di convegni e di mostre al fine della valutazione dei limiti di spesa.

Il primo concerne gli incontri più o meno pubblici organizzati da un ente in luogo e tempo definiti per discutere su un argomento di comune interesse (come nel caso, ad esempio, di dibattiti, seminari, congressi, conferenze, o altri incontri di studio comunque denominati su tematiche solitamente di natura amministrativa, sociale, culturale, scientifica, eccetera).

Il riferimento alle mostre attiene alle esposizioni pubbliche organizzate o partecipate da un ente aventi svariati possibili oggetti (ad esempio, opere d'arte, prodotti locali, eccetera) e finalità (ad esempio, commerciale, promozionale, didattica, celebrativa, eccetera). In tale prospettiva, si fanno rientrare nella categoria, anche le rassegne, le fiere e, i mercatini espositivi (cfr.: Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 172/2015;

Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazioni n.54/2013 e n. 53/2012; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazioni n. 356/2012 e n. 398/2012 cit.).

Per quanto concerne le spese per relazioni pubbliche, esse ricomprendono quelle sostenute per tutte le attività di comunicazione svolte da un ente con l'obiettivo di sviluppare i rapporti con una propria

utenza di riferimento, più o meno estesa a seconda dei casi, al fine di determinare una più corrente e concreta conoscenza delle rispettive azioni ed esigenze (cfr. le già citate Sez. reg. contr. Emilia Romagna n. 59/2015, Sez. reg. contr. Puglia n. 54/2013 e n. 53/2012, Sez. reg. contr. Lombardia n. 356/2012 e n. 398/2012, nonché Sezione regionale di controllo per la Val d'Aosta, deliberazione n. 8/2013).

**L'impossibilità oggettiva di reperire risorse umane disponibili all'interno della p.a. è uno dei principali criteri empirici elaborati dalla giurisprudenza per valutare la legittimità dell'incarico esterno (cfr., ex multis, C. conti, sez. II, 20 marzo 2006, n. 122/A; id., sez. II, 28 novembre 2005, n. 389/A; id., sez. Veneto, 20 dicembre 2004, n. 1706; id., sez. Puglia, 10 gennaio 2003, n. 18).**



### 3. L'assoggettabilità ai limiti di spesa delle spese riferite ad attività istituzionali nella comunicazione

In linea generale, la pubblicità è una tipica forma di comunicazione persuasiva, che mira cioè deliberatamente a influenzare conoscenze, valutazioni, atteggiamenti, scelte o comportamenti in determinate aree dell'attività umana. In sostanza, costituisce pubblicità qualunque attività che, su iniziativa di un operatore identificato, sia volta alla diffusione di messaggi aventi scopo di promuovere beni, servizi, idee, oppure anche solo l'immagine di un soggetto, presso un pubblico più o meno determinato.

La Corte dei Conti – Sezioni Unite, dietro richiesta della Sezione della Corte della Regione Emilia - Romagna nella deliberazione 50 del 21 settembre 2011, si è pronunciata sulla questione relativa all'esclusione delle limitazioni delle spese definite con l'art. 6 comma 2 del d.l. 78/2010, come segue:

*“Con riferimento, poi, alla problematica relativa all'esclusione dalle limitazioni delle spesa per relazioni pubbliche e pubblicità di quelle riconducibili alle finalità istituzionali sottese alla legge n. 150 del 2000, ha rilevato che l'esclusione dalle predette limitazioni può affermarsi con certezza e s c l u s i v a m e n t e riguardo le spese c.d. obbligatorie di pubblicità, considerato anche che una diversa interpretazione, in ragione dell'ampiezza delle fattispecie contemplate dalla richiamata legge n. 150 del 2000, comporterebbe una sostanziale vanificazione degli obiettivi di riduzione della spesa perseguiti dal legislatore. L'ulteriore esclusione, infatti, di quelle relative*

*alla c.d. pubblicità istituzionale porterebbe inevitabilmente a privare il precetto della finalità di risparmio previste, in ragione principalmente dell'ampiezza delle attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni previste all'art. 1, comma 5, della legge n. 150 del 2000 e dell'assenza per gli enti locali, a differenza di quel che accade per le amministrazioni dello Stato, di momenti di direttiva e di programmazione a livello centrale da parte di un soggetto terzo (Presidenza del Consiglio) rispetto al ramo di amministrazione che sostiene la spesa. Del resto va anche evidenziato come una qualsiasi scelta di contenimento della spesa sia suscettibile, per sua natura, di produrre effetti negativi sull'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa”.*

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia (deliberazione n. 1076/2010/PAR del 23 dicembre 2010) invece ha avuto modo di precisare che le limitazioni non ricomprendono gli oneri a carico dell'amministrazione funzionali a promuovere la conoscenza dell'esistenza e delle modalità di fruizione dei servizi pubblici da parte della collettività, in quanto l'efficace erogazione di un servizio presuppone ex se un'adeguata divulgazione del medesimo, al fine di consentire l'effettivo esercizio da parte dei cittadini.

Si precisa, a questo punto, che le azioni destinate al perseguimento di una finalità istituzionale dell'Ente non è di per sé sufficiente a farne conseguire la relativa esclusione dall'applicazione del

limite di spesa (cfr. le già citate Sez. reg. contr. Veneto n. 172/2015, Sez. reg. contr. Puglia n. 54/2013 e n. 53/2012, nonché Sezione regionale

**Al fine di assicurare alle amministrazioni dello Stato la necessaria efficienza e flessibilità, garantendo comunque il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, l'articolo 14 del decreto legge n. 81 del 2007 ha previsto la possibilità di effettuare variazioni compensative tra le spese sostenute per studi e incarichi di consulenza e rappresentanza, nonché per auto di servizio, indicate dai citati commi 9-11 dell'articolo 1 della legge finanziaria per il 2006.**



di controllo per la Toscana, deliberazione n. 72/2014 e Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 483/2012).

L'esclusione dal novero degli oneri soggetti a riduzione può ammettersi a condizione che le relative attività siano strettamente inerenti, connaturate o coesenziali all'esercizio di una determinata funzione amministrativa o all'erogazione di un certo servizio (cfr. la già citata Sez. reg. contr. Val d'Aosta n. 8/2013), così da costituire esse stesse necessaria esplicazione della funzione o del servizio.

Al fine di assicurare alle amministrazioni dello Stato la necessaria efficienza e flessibilità, garantendo comunque il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, l'articolo 14 del decreto legge n. 81 del 2007 ha previsto la possibilità di effettuare variazioni compensative tra le spese sostenute per studi e incarichi di consulenza e rappresentanza, nonché per auto di servizio, indicate dai citati commi 9-11 dell'articolo 1 della legge finanziaria per il 2006.

Per ciò che attiene alle auto di servizio, si ricorda che anche la legge finanziaria per il 2008 (art. 2, comma 588) è intervenuta nuovamente in materia, stabilendo un limite alla cilindrata massima delle auto in uso alle magistrature e alle amministrazioni civili dello Stato (pari 1600 cc), ad eccezione delle autovetture utilizzate dal Corpo nazionale dei vigili del fuoco e per i servizi istituzionali di tutela dell'ordine, della sicurezza pubblica e della protezione civile (cfr. oltre).

La legge finanziaria per il 2008 ha introdotto ulteriori misure volte in tema di incarichi di studio, consulenza e di collaborazione:

- ha stabilito, quale condizione dell'efficacia dei contratti di consulenza stipulati con le pubbliche amministrazioni, compresi gli enti territoriali, la pubblicazione del nominativo del consulente, dell'oggetto dell'incarico e del relativo compenso sul sito istituzionale della pubblica amministrazione stipulante (articolo 3, comma 18);
- ha rafforzato le norme in materia di pubblicità dei rapporti di collaborazione e di consulenza a titolo oneroso prevedendo che le pubbliche amministrazioni che si avvalgono di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza per i quali è previsto un compenso debbano pubblicare sul loro sito web i provvedimenti con cui hanno affidato gli incarichi, con l'indicazione dei soggetti beneficiari dei pagamenti, degli importi erogati e della ragione dell'affidamento dell'incarico. In caso di omessa pubblicazione, si prevede che la liquidazione del corrispettivo per la collaborazione o l'incarico costituisca illecito disciplinare e determini l'insorgere della responsabilità amministrativa (art. 3, comma 54).

# Corollari al principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica

di Riccardo Gai

IL  
PUN  
TO

## 1. L'offerta economicamente più vantaggiosa: il rapporto tra qualità (offerta tecnica) e prezzo (offerta economica)

Se nella vigenza del vecchio codice degli appalti (d.lgs. 163/2006), le Stazioni appaltanti erano sostanzialmente libere di valutare discrezionalmente se affidare una commessa pubblica tramite il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il nuovo Codice (D.lgs. 50/2016) ha optato per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio generale di affidamento, salvo rare eccezioni.

È diventato dunque preponderante l'elemento di valutazione tecnica delle offerte, da leggere ed esaminare in stretta correlazione con quello economico, senza che tuttavia tra le due offerte (tecnica ed economica) possa ingenerarsi una indebita

commistione (come vedremo più avanti, e senza che la valutazione dell'una possa in alcun modo influenzare la valutazione dell'altra).

Più nel dettaglio, l'articolo 95 del D.lgs. 50/2016 prevede, al comma 9, che le amministrazioni aggiudicatrici utilizzino metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta economicamente più vantaggiosa.

**L'idea sottesa al nuovo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è che la pubblica amministrazione quando acquista lavori, servizi o forniture per soddisfare direttamente proprie esigenze o per offrire determinati servizi all'utenza non badi esclusivamente al risparmio sui costi ma consideri anche altri aspetti, primo fra tutti la qualità di ciò che viene acquistato. Si esalta così, in pratica, il miglior rapporto qualità/prezzo.**

Il criterio è dunque ben dall'articolo 95, co. 2, del Codice dei contratti che prevede che, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti che intendano procedere all'aggiudicazione utilizzando il criterio del minor prezzo (criterio che può essere utilizzato

ai sensi del comma 4 dell'articolo 95) devono, ai sensi del comma 5 dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato.

Infatti, la regola generale è, come detto, fondata sul miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'articolo 95, comma 3 i contratti relativi a: (1) servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica; (2) servizi ad alta intensità di manodopera; (3) servizi di ingegneria e architettura, nonché gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

Nello specifico, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n.8/2019), ha rilevato che sulla base della normativa sovranazionale e comunitaria, che hanno dato origine all'odierno Codice Appalti, il ricorso a criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici basati non sul solo prezzo, e quindi non orientati in via esclusiva a fare conseguire all'amministrazione risparmi di spesa, ma idonei a selezionare le offerte anche sul piano qualitativo, in funzione di un miglioramento tecnologico, di un più efficiente utilizzo delle risorse energetiche nonché della tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro, può dunque essere ascritto agli obiettivi di politica generale sovranazionale, poi recepiti nelle direttive del 2014 sui contratti pubblici; ed infine a livello nazionale con il codice dei contratti pubblici.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che il comma 3 dell'art. 95 si ponga ad un punto di convergenza tra l'obbligo costituzionale di cui all'art. 41 Cost. (secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto «con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana») e le facoltà riconosciute a livello europeo ai legislatori nazionali, per la realizzazione dei quali nel codice dei contratti pubblici il miglior rapporto qualità/prezzo è stato elevato ad criterio unico ed inderogabile di aggiudicazione.

## 2. Il principio di segretezza delle offerte

Alla luce di quanto poc'anzi illustrato, dunque, diventa fondamentale indagare sul rapporto tra offerta tecnica ed offerta economica, ed in particolare sul principio, di natura squisitamente giurisprudenziale, di segretezza e separazione delle offerte.

La netta separazione dell'offerta economica da quella tecnica è posta infatti a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

Il cd. "Principio di separazione" tra offerta tecnica e offerta economica, dunque, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica; tuttavia, ad avviso di una parte della giurisprudenza, che poi vedremo, tale divieto non andrebbe inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto, in riferimento alla detta funzione.

**L'applicazione del principio di separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica impone che le offerte economiche restino segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le valutazioni sugli aspetti tecnici**



Ad ogni modo, l'applicazione del principio di separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica impone che le offerte economiche restino segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le valutazioni sugli aspetti tecnici.

Ciò comporta che risulterebbe illegittimo l'inserimento, in un'unica busta, di elementi dell'offerta tecnica e di quella economica, dal momento che, in tal modo, verrebbe a determinarsi un'inammissibile confusione tra gli elementi tecnici ed economici dell'offerta stessa.

Nelle gare indette sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il principio di segretezza comporta dunque che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è inderogabilmente preclusa al seggio di gara la conoscenza, diretta o indiretta, del valore dell'offerta economica, per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica (Tar Puglia, Bari, sez. I, 2 settembre 2014, n. 1053).

Lo scopo di questo principio, di matrice prettamente giurisprudenziale, è quello di garantire un ordinato e trasparente svolgimento della gara. In particolare, si vuole evitare che la commissione di gara sia influenzata nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica.

Ciò non comporta che debba essere escluso dall'offerta tecnica ogni elemento di carattere economico: possono infatti essere inclusi singoli elementi che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

Deve però ritenersi escluso l'inserimento di ogni elemento concernente il prezzo, in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica.

### 3. Il cosiddetto divieto di commistione

Pur nel difetto espresso di una norma primaria o regolamentare che vieti in modo assoluto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica (c.d. divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica), dal quadro normativo generale si desumono i seguenti

principi:

- a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche;
- b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate;
- c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche;
- d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né

l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla;

- e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e

del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

Il descritto divieto di commistione, tuttavia, non dovrebbe essere interpretato sino ad eliminare le naturali e obiettive interferenze tra i due aspetti, quello tecnico e quello economico.

In particolare deve ritenersi nel caso di appalto di servizi che la flessibilità del servizio e l'avvio del servizio medesimo, pur essendo declinabili in astratto in termini economici, non assumono per la stazione appaltante il valore di miglioramento qualitativo del contratto posto a base di gara; tali elementi non incidono in alcun modo sul prezzo posto a base di gara, e non refluiscono quindi, nella violazione del divieto di commistione tra offerta economica e tecnica (v. Cons. di Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181).

**Il principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, tuttavia, non dovrebbe essere interpretato sino ad eliminare le naturali e obiettive interferenze tra i due aspetti, quello tecnico e quello economico; interferenze riscontrabili, ad esempio, nell'appalto di servizi**

#### 4. La casistica giurisprudenziale

Volendo operare una sintetica, quanto esaustiva, casistica giurisprudenziale dei pronunciamenti succedutesi negli ultimi anni, dunque può dirsi che:

- il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica (cfr., tra le altre Cons. Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5928) ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica (cfr. Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392);
- tale divieto non andrebbe inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto, in riferimento alla detta funzione (cfr. Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1530);
- il divieto in questione, inoltre, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara (cfr. Cons. di Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181), attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica (cfr. Cons. di Stato, 27 novembre 2014, n.5890), a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7057);

**Il principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio; perciò si è affermato che "già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione" (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612)**



- in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2016, n. 703);
- conseguentemente si è ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di "alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica" (Cons. Stato, III, 20 gennaio 2016, n. 193) o purché non venga anticipatamente reso noto il "prezzo" dell'appalto (Cons. Stato, V, 13 giugno 2016, n. 2530).
- il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nonché di trasparenza e par condicio dei concorrenti e che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio; perciò si è affermato che "già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione" (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019).

### 5. L'orientamento più recente: una visione ancor più restrittiva?

Una recente sentenza del TAR Lazio (Sez. III bis, 17 settembre 2019, 11055), ha fatto propri gli indirizzi giurisprudenziali suddetti, marcando con ancor più nettezza l'esigenza di preservare la segretezza e al separazione tra offerta tecnica ed offerta economica.

Il TAR ha nel caso di specie ribadito come, nelle gare di appalto, il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica (il quale impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale) trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali e costituisce presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'*iter* che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

In base al principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica: a) la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la suddetta commistione; b) è precluso ai concorrenti l'inserimento di elementi economico-quantitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa); c) l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica.

Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte economiche devono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte, in quanto occorre evitare che gli elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali.

È illegittima, ad avviso del TAR Lazio, l'aggiudicazione di una gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – nella quale sussista quindi il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità che accade, appunto, laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta) – nel caso in cui la Commissione di gara abbia proceduto prioritariamente alla valutazione delle offerte economiche (e successivamente alla valutazione di tutte le altre componenti dell'offerta ("progetti migliorativi", "progetti per servizi aggiuntivi e migliorativi").

**È illegittima  
l'aggiudicazione di  
una gara secondo il  
criterio dell'offerta  
economicamente più  
vantaggiosa nel caso in  
cui la Commissione di  
gara abbia proceduto  
prioritariamente alla  
valutazione delle  
offerte economiche (e  
successivamente alla  
valutazione di tutte le altre  
componenti dell'offerta  
("progetti migliorativi",  
"progetti per servizi  
aggiuntivi e migliorativi"))**

### 6. Conclusioni

Risulta dunque quanto mai interessante verificare come la giurisprudenza abbia assunto in soggetta materia un ruolo preminente, tale da operare un vero e proprio bilanciamento tra le esigenze di trasparenza e pubblicità delle pubbliche gare ed il principio di par condicio tra i concorrenti.

Si è infatti giunti al contemperamento del principio di pubblicità con quello della segretezza nella valutazione delle offerte tecniche (attività da espletarsi in seduta riservata).

In estrema sintesi, dunque, la portata vincolante di tale principio è frutto dell'esigenza di garantire che le offerte tecniche vengano valutate prima della conoscenza di quelle economiche. Diversamente, la verifica delle offerte economiche prima di quelle tecniche comporterebbe una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità, in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consentirebbe di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento e tale possibilità, ancorché eventuale, inficerebbe la regolarità della gara.

Abbiamo anche visto come la giurisprudenza, negli anni, si sia via via rimodulata rispetto alla necessità di tutelare il principio di segretezza

ed il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non solo rispetto al pericolo reale e concreto di violazione dei detti principi, ma anche soltanto rispetto al pericolo potenziale.

**Anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse**



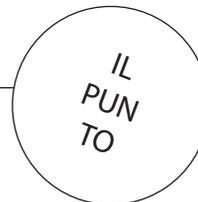
il gioco concorrenziale da elementi, anche solo potenzialmente, lesivi del principio di *par condicio*, pena l'illegittimità dell'intera procedura.

Secondo gli illustrati ultimi orientamenti giurisprudenziali, infatti, risulta così doverosa l'esclusione di una impresa che inserisca nell'offerta tecnica il computo metrico estimativo corredato dai relativi prezzi, rendendo così esplicito, sin da tale fase, l'offerta economica.

È dunque fondamentale che in ogni gara pubblica l'attività della Commissione sia ispirata alla tutela di tali principi nell'arco di tutta la procedura valutativa, in modo tale da preservare

# Clausola sociale e nuovi adempimenti in sede di gara

di Francesca Scura



## Premesse

La clausola sociale rappresenta uno degli istituti più delicati attinenti alla fase del subentro o «cambio appalto», con una inevitabile influenza sulla predisposizione degli atti di gara, sulla formulazione e valutazione dell'offerta e sulle condizioni concretamente praticate al personale trasferito.

Anche per tale ragione sono numerose le pronunce in materia che si caratterizzano per una lettura flessibile e meno rigida della clausola sociale, tendente al contemperamento delle diverse esigenze della tutela della libertà di impresa e della garanzia dei livelli occupazionali.

Il quadro in materia oggi si fa più complesso a seguito delle nuove indicazioni fornite dall'ANAC, previo parere del Consiglio di Stato, che individua, sebbene in modo non vincolante, alcuni adempimenti per stazioni appaltanti e operatori da prevedersi in caso di inserimento della clausola sociale nei bandi di gara.

## 1. L'art. 50 del Codice appalti e le Linee Guida ANAC

Ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50 («Codice appalti») le stazioni appaltanti inseriscono, nella *lex specialis* di gara, comunque denominata, specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato<sup>1</sup>.

Le «clausole sociali» sono definite nel Codice come disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.

La disciplina dettata dall'art. 50 del Codice appalti si applica agli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, anche nei settori speciali, ma resta ferma la

1. Ai sensi dell'art. 50 cit. «Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.». Per l'attuazione di tale norma si rimanda alla Deliberazione A.N.AC. 13/2/2019 n. 114, Linee Guida n. 13 (non vincolanti) recanti «La disciplina delle clausole sociali» applicabile all'art. 50 cit.. Ulteriori clausole sociali, diverse da quelle oggetto delle Linee guida, sono consentite in base all'articolo 3, comma 1 lettera qq) del Codice dei contratti pubblici.

facoltà per la stazione appaltante di estendere l'applicazione della clausola sociale alle attività non assoggettate all'obbligo, ivi inclusi i contratti sotto soglia.

Come ribadito dall'ANAC, la clausola sociale non può essere applicata ai servizi intellettuali e agli appalti di forniture, non considerati dal tenore letterale dell'art. 50 del Codice, che fa riferimento unicamente a servizi e lavori e ai contratti di natura occasionale.

La clausola sociale, salvo diversa previsione della contrattazione collettiva, non si applica poi, in ogni caso, al personale utilizzato, nel contratto cessato, da parte delle imprese subappaltatrici.

Rispetto alla portata concreta della clausola sociale, va rammentato che la giurisprudenza si è nel tempo consolidata nel senso di ritenere che la garanzia dei livelli occupazionali sia un valore che vada temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva.

Tale temperamento si è reso necessario al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto<sup>2</sup>.

Oggi prevale quindi una interpretazione conforme ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza: diversamente una simile clausola risulterebbe lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando in maniera ultronea la platea dei partecipanti, nonché della libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto<sup>3</sup>.

Nella prassi, tali statuizioni hanno portato le stazioni appaltanti e gli operatori a ritenere legittimamente che:

- l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, 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; non vi è quindi alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata nonché alle medesime condizioni il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria;

- 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;

- l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro non può e non deve determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta, ciò anche con riguardo alla anomalia dell'offerta<sup>4</sup>.

Tali principi si applicano anche in presenza di clausole sociali che potremmo definire «atipiche», ossia risultanti dalla combinazione di diverse previsioni che nell'insieme condizionano la libertà di impresa.

È il caso, ad esempio, del bando di gara che, pur imponendo al soggetto aggiudicatario di



2. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255.

3. Cfr. Consiglio di Stato Sez. VI 24 luglio 2019 n. 5243.

4. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2019 n. 3487; Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597; Sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; 12 maggio 2016, n. 1901.

riassumere, a pena di esclusione dalla gara, solo il 50 % (e non la totalità) dei lavoratori impiegati dal precedente gestore del servizio, di fatto prevedeva un criterio di valutazione dell'offerta tecnica tale da premiare la riassunzione del maggior numero dei detti lavoratori, con l'assegnazione di un punteggio, addirittura pari alla metà (25 punti) di quello complessivamente attribuibile, al concorrente che si fosse impegnato a riassorbire tutto il restante 50% del personale in parola.

In tal modo configurato, il bando – secondo la recente giurisprudenza – aggirerebbe il divieto di prevedere clausole sociali che impongano l'integrale riassorbimento del personale utilizzato dall'appaltatore uscente e produce effetti sostanzialmente analoghi a quelli di una clausola sociale di riassunzione pressoché totalitaria, con la conseguenza di condizionare in maniera eccessiva le scelte dell'imprenditore in ordine alle modalità più appropriate di allocazione dei fattori produttivi in base all'organizzazione d'impresa prescelta, imprenditore che finirebbe per dover impropriamente assumere obblighi sostanzialmente riconducibili alle politiche attive del lavoro<sup>5</sup>.

Sotto il profilo della giurisdizione, la cognizione del giudice amministrativo, avendo ad oggetto esclusivamente la fase di scelta del contraente, si arresta infatti all'accertamento sulla legittimità della clausola sociale inserita nel bando di gara mentre il rispetto in concreto della clausola sociale riguarda non l'esercizio di un potere pubblicistico, ma la corretta esecuzione negoziale: sarà poi il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, a verificare in che

modo l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (ossia come abbia rispettato la clausola sociale), attenendo, infatti, la verifica alla fase di esecuzione del contratto<sup>6</sup>.

## 2. La recente pronuncia del Consiglio di Stato

Il caso portato all'attenzione del Consiglio di Stato (sentenza del 12 settembre 2019 n. 6148) riguarda un bando di gara per l'affidamento servizi di vigilanza contenente clausole sociali ai sensi dell'art. 50 del Codice appalti pubblici. La sentenza del Tar, che considerava legittima l'aggiudicazione, viene contestata dalla ditta non aggiudicataria.

La *lex specialis* prevedeva, in particolare, l'obbligo per l'aggiudicatario:

**La clausola sociale cd. di riassorbimento non comporta alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria.**

- di assorbire ed utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già erano adibiti quali soci lavoratori o dipendenti del precedente aggiudicatario, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (precisando che ciascuna impresa è libera di formulare l'offerta secondo le proprie strategie organizzative, nel rispetto

degli obblighi derivanti dalle norme applicabili e del CCNL);

- di applicare ai lavoratori occupati nel servizio oggetto dell'appalto condizioni normative e

5. Consiglio di Stato, Sez. VI 24 luglio 2019 n. 5243; Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079.

6. V. Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726.

retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro nazionali e locali applicabili alla data di aggiudicazione dell'appalto, nonché le condizioni risultanti dalle successive modifiche e integrazioni dei contratti collettivi che venissero successivamente stipulati.

L'appellante contesta tali previsioni sostenendo di essere stata penalizzata nella presentazione dell'offerta di gara in quanto costretta a far riferimento ad un determinato CCNL (a tanto obbligata dalle clausole dei capitolati posti a base di gara di tali precedenti affidamenti) con la conseguente necessità di dover calcolare il costo del lavoro in applicazione del medesimo contratto collettivo, giuste le clausole contenute negli atti di gara e la prescrizione in tal senso dell'art. 4 del predetto contratto collettivo. In questo modo, tuttavia, si sarebbe trovata svantaggiata rispetto alle altre imprese concorrenti che avevano calcolato il costo del lavoro applicando meno onerosi contratti collettivi di categoria. La ricorrente contestava, pertanto, la *lex specialis* di gara per non aver imposto l'adozione generalizzata, per tutti i lotti, dello stesso CCNL.

A detta dell'appellante, si sarebbe dovuto imporre a tutti gli operatori economici partecipanti alla procedura di gara l'applicazione di uno stesso CCNL.

Il Consiglio di Stato, confermando la sentenza di primo grado, rigetta l'appello, affermando che la clausola sociale non può consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire: la scelta del contratto collettivo da applicare rientra, invero, nelle prerogative organizzative dell'imprenditore con il solo limite della coerenza

con l'oggetto dell'appalto, per cui la scelta fatta da un concorrente di applicare un CCNL che consenta un forte abbattimento dei costi, e presentare, in questo modo, un'offerta più competitiva, rileva solo in sede di valutazione di congruità dell'offerta, ma non costituisce causa di non ammissibilità della stessa.

Il CCNL, pertanto, potrà anche essere diverso da quello applicato dal precedente contraente, sempre che siano salvaguardati i livelli retributivi dei lavoratori in modo adeguato e congruo.

**Il Consiglio di Stato esclude che una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire**



La clausola sociale contenuta nella *lex specialis* deve, dunque, ritenersi legittima proprio in quanto formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario.

Quanto alla formulazione dell'offerta, il Consiglio di Stato non chiede alle stazioni appaltanti di appurare che il costo medio orario offerto dai concorrenti fosse compatibile con il costo indicato dalle apposite tabelle ministeriali (nel caso di specie, il costo indicato dalla aggiudicataria si discostava da quello risultante dalle predette tabelle): difatti, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle non costituiscono parametro di ammissibilità dell'offerta, ma mero parametro di valutazione della congruità della stessa.

L'eventuale scostamento dalle tabelle non legittima, di per sé, un giudizio di anomalia o di incongruità essendo a tal fine necessario che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata. Può essere comunque rimesso alla stazione appaltante giudicare della sua congruità, in presenza di scostamento dalle predette tabelle<sup>7</sup>.



7. V. Consiglio di Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097, V, 18 febbraio 2019, n. 1099; V, 28 gennaio 2019, n. 690; III, 4 gennaio 2019, n. 90.

Fermo restando quanto sopra, la giurisprudenza, tuttavia, richiede che l'operatore economico, nella sua veste di datore di lavoro, garantisca la corresponsione di una retribuzione proporzionata all'entità e alla durata dell'attività in concreto svolta dal prestatore di lavoro. Come riconosce la giurisprudenza stessa sarebbe un accertamento da compiersi necessariamente in concreto, posto che i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi – quali che siano quelli che l'operatore economico ritenga di applicare – si presumono idonei a garantire una retribuzione proporzionata ex art. 36 Costituzione.

### 3. L'ultima parola ai contratti collettivi

Anche gli orientamenti giurisprudenziali consolidati sopra esposti (più favorevoli alla tutela della libertà di impresa) fanno salva in ogni caso la disciplina prevista nei contratti collettivi. Il Consiglio di Stato, nel parere reso in sede di Commissione speciale 21 novembre 2018, n. 2703, sulle Linee guida adottate dall'ANAC, si è occupato specificatamente della questione del vincolo all'assunzione dei lavoratori derivante da clausola contenuta in un contratto collettivo, precisando che *«ove la successione tra imprese, ai fini sociali, sia già prevista dai CCNL cui aderiscono le imprese del settore, non vi sarà spazio alcuno per la clausola sociale inserita nel bando»*, e questo perché *«il contratto collettivo rappresenta un assetto complessivo dei rapporti di lavoro che le parti, ovvero i sindacati e le associazioni datoriali, hanno ritenuto conforme ai rispettivi interessi e, come tale, dal punto di vista del datore di lavoro, esso è parte dell'organizzazione di impresa da lui prescelta»*.

Sempre in tale parere, si legge che il rapporto fra la disciplina della clausola sociale in esame e clausole di analogo contenuto che possono essere contenute nei contratti collettivi va letto

nel senso di ritenere la clausola sociale imposta dalla stazione appaltante solo «suppletiva», ossia applicabile nel caso in cui il concorrente non abbia sottoscritto alcun contratto collettivo.

Viceversa, nel caso in cui l'interessato abbia sottoscritto un contratto collettivo che in materia dispone, i contenuti della clausola sociale che dovrà osservare saranno quelli previsti dal contratto collettivo stesso.

In sostanza, le clausole dei contratti collettivi che disciplinano il "cambio appalto" con l'obbligo del mantenimento dell'assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche vincolano l'operatore economico, non già in qualità di precedente aggiudicatario, ma solo e in quanto imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo; a queste condizioni, infatti, la clausola, frutto dell'autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche, sulla clausola contenuta nel bando di gara.

Controversa restava però la questione del contratto collettivo da applicare. Secondo la tesi prevalente la scelta era rimessa alla discrezionalità dell'operatore subentrante.

Le Linee Guida ANAC (art. 4) tentano di risolvere la questione suggerendo alle stazioni appaltanti di indicare nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo disposto dall'articolo 50 del Codice appalti pubblici, all'articolo 51 del d.lgs. n. 81/2015, nonché dell'articolo 30, comma 4, del Codice appalti<sup>8</sup>: trattasi del contratto cd. leader, ossia sottoscritto dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che non si impone *tout court* all'impresa concorrente, ma si assicura al lavoratore come standard minimo inderogabile.

---

8. L'articolo prevede che al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni vada applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

D'altra parte, sarebbe paradossale impedire all'appaltatore di applicare un CCNL più favorevole al lavoratore rispetto al contratto leader. L'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. È comunque fatta salva l'applicazione, ove più favorevole per i lavoratori, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico<sup>9</sup>.

**La clausola sociale contenuta nel bando di gara è recessiva rispetto all'eventuale clausola che sia prevista nei contratti collettivi che disciplinano il cambio appalto, dovendosi la prima applicare solo in caso di mancanza di quest'ultima.**



clausola sociale all'interno della *lex specialis* di gara. L'operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l'obbligo è riportato nel contratto<sup>10</sup>.

Prima di questa fase però è necessario che la stazione appaltante effettui una ricognizione al fine di raccogliere e mettere a disposizione dei concorrenti i dati del personale da

assorbire: senza tali dati si rischia infatti di formulare una offerta non congrua, non sostenibile e meramente teorica.

#### **4. Ricognizione del personale e progetto di riassorbimento**

Le Linee Guida ANAC forniscono alcune istruzioni operative alle stazioni appaltanti per gestire concretamente la clausola sociale nelle procedure di gara. Non si tratta, infatti, di inserire una mera previsione all'interno della *lex specialis*, ma di condurre una programmazione molto complessa (laddove sia previsto il trasferimento del personale da un contraente ad un altro) che richiede alcuni adempimenti anche in via preliminare rispetto alla pubblicazione degli atti di gara.

La stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'art. 50 del Codice dei contratti pubblici, inserisce la

Quindi, terminata questa fase, la stazione appaltante deve indicare gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali (su indicazione dell'ANAC): numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della Legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente. Naturalmente, ove questi dati non fossero sufficienti, i concorrenti devono richiedere, in modo analitico, alla stazione appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale. Qualora la stazione appaltante non fosse in



9. Come si riporta nella Relazione illustrativa alle Linee Guida, tale orientamento è stato esplicitamente sostenuto dal Consiglio di Stato, sez. III, nella sentenza n. 1574 del 12 marzo 2018, secondo cui il Codice del 2016, introducendo nei principi generali, all'articolo 30, comma 4, il riferimento ai CCNL sottoscritti dalle associazioni più rappresentative, avrebbe introdotto il principio dell'efficacia erga omnes dei CCNL leader, allo scopo di tutelare più efficacemente le maestranze utilizzate nell'ambito dei contratti pubblici e, di riflesso, la logica della concorrenza negli affidamenti, imponendo in sostanza parità di condizioni per gli operatori economici. La tematica, evidentemente, è replicabile in toto per le clausole sociali, visto che l'articolo 50 prevede una disposizione di analogo tenore. Non pare viceversa sostenibile, per difetto di riferimento normativo, la tesi secondo la quale dovrebbe essere applicato il CCNL applicato dall'assuntore uscente.

10. L'ANAC specifica che «Ai fini dell'applicazione della clausola sociale, si considera di regola il personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento.».

possesso dei dati richiesti, la stessa provvederà – così statuisce l'ANAC - a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti. Le stazioni appaltanti devono valutare, inoltre, la possibilità di inserire, negli schemi contrattuali, specifiche clausole che obblighino gli appaltatori a fornire le informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale.

È bene notare in proposito che, nonostante le Linee Guida ANAC non siano vincolanti, la mancata messa a disposizione di dati in sede di gara è da tempo al centro di diverse segnalazioni della Autorità Garante della Concorrenza in quanto la carenza o mancanza di informazioni essenziali alla predisposizione dell'offerta – ove causata da condotte, anche omissive, ostruzionistiche degli incumbent, attuali affidatari - potrebbe costituire «abuso di posizione dominante» e comportare l'applicazione di sanzioni.

Al contempo, i concorrenti danneggiati dalla carenza informativa possono chiedere alla Autorità antitrust di intervenire, richiedendo alla Stazione appaltante di fornire le informazioni necessarie ai concorrenti, integrando di conseguenza gli atti di gara. Le informazioni in possesso del gestore uscente, infatti, possono inoltre incidere sulla qualità complessiva dell'offerta presentata dai concorrenti una

volta predisposto il bando: il concessionario/appaltatore in scadenza potrebbe formulare offerte più competitive sfruttando l'asimmetria informativa delle altre imprese, anche in considerazione del fatto che la componente tecnica nell'offerta di gara in questi casi è molto rilevante<sup>11</sup>.

**Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti relativi al personale da trasferire, la stessa dovrà provvedere a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti.**

Per le gare aventi ad oggetto servizi pubblici locali, tali obblighi informativi sono particolarmente stringenti, in quanto disposti spesso dalle normative di settore e dalle delibere delle Autorità di regolazione competenti, oltretutto in generale dall'art. 25, comma 4, del D.L. n. 1/2012<sup>12</sup>.

La principale novità nell'iter delineato dall'ANAC si rivolge al concorrente: si tratta del cd. progetto di assorbimento

per cui la stazione appaltante prevede nella documentazione di gara l'obbligo per il concorrente di allegare all'offerta un progetto, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficerebbero della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico).

Il concorrente – ove richiesto dalla stazione appaltante nel bando - dovrebbe quindi formalmente «anticipare» già in fase di domanda una pianificazione dell'organizzazione/gestione del personale da riassorbire.

11. V. Segnalazione A516 - GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO - Provvedimento n. 27635, ove si osserva che la conoscenza da parte dell'Ente affidante delle informazioni sulla tipologia, l'inquadramento e i costi di tutto il personale aveva senz'altro un'incidenza diretta sulla possibilità di definire correttamente il costo del servizio. La non disponibilità dei dati sul personale diverso dagli autisti, perciò, impediva di prefigurare in maniera completa tale voce di costo.

12. Ai sensi di tale articolo, «I concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi.».

Non è raro imbattersi in passato in obblighi documentali simili: in alcune gare riguardanti i servizi pubblici si richiede spesso ai concorrenti di presentare una sorta di piano «occupazionale» costituente uno dei criteri di aggiudicazione della concessione, il cui mancato rispetto durante l'esecuzione del contratto ne comporta la risoluzione.

L'esigenza di allegare un progetto di riassorbimento è però oggi riconosciuta espressamente da ANAC su indicazione del Consiglio di Stato che, in sede di parere sullo schema delle Linee guida, puntualizzava la opportunità che l'offerta prevedesse «un vero e proprio «piano di compatibilità» o «progetto di assorbimento», nel senso che l'appaltatore deve ritenersi tenuto ad *«illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale, ovvero, detto altrimenti, spiegare come e in che limiti la clausola stessa sia compatibile con l'organizzazione aziendale da lui prescelta»*. In sostanza, fin dal momento della predisposizione dell'offerta il competitore dovrebbe chiarire se ed in quale modo potrebbe dare seguito alle implicazioni che discendono dalla clausola sociale. Infatti, secondo il parere *«tale piano di compatibilità dovrebbe anche rendere esplicito quale concreta condotta l'aggiudicatario intenda adottare per rispettare l'obbligo nei confronti dei lavoratori interessati, condotta che dovrebbe coincidere con la formulazione di una vera e propria proposta contrattuale»*.

La ratio di un simile adempimento si rinviene nelle osservazioni del Consiglio di Stato secondo cui *«... l'eventualità di un esplicito rifiuto di accettare la clausola da parte dell'offerente rappresenta un'ipotesi di scuola, e che quindi le problematiche maggiori si pongono nei casi di sua accettazione formale, che però porta al suo mancato rispetto in sede di esecuzione*

*del contratto aggiudicato. In tale contesto, prevedere che l'offerta debba essere formulata rendendo esplicito il "piano di compatibilità" che secondo l'interessato consente di rispettare la clausola stessa rappresenta una garanzia, nel senso che consente di individuare ed escludere le offerte incongrue fin dalla loro presentazione»*. Difatti, *«se la clausola comporta un obbligo, sia pure limitato, di riassunzione, l'impresa secondo logica è tenuta formulare una proposta che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione. Quest'obbligo di inserimento nell'offerta è in grado, da un lato, di consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva volontà di rispettare la clausola, dall'altro offre maggiori garanzie al lavoratore, attraverso la previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro»*.

**Nell'offerta il concorrente deve inserire un progetto di assorbimento, che illustri le concrete modalità di applicazione della clausola sociale (numero dei lavoratori, inquadramento e trattamento economico), a pena di esclusione dalla gara.**



La rilevanza attribuita dall'ANAC a tale adempimento è notevole sia perché si imporrebbe alla stazione appaltante di

monitorare concretamente durante l'esecuzione del contratto se l'operatore rispetti il progetto presentato, sia, soprattutto, per le conseguenze derivanti dalla mancata presentazione del progetto.

La mancata allegazione del progetto da parte del concorrente, protratta nonostante l'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale, ossia costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche: la conseguenza esplicitata dall'ANAC per questa ipotesi è l'esclusione dalla gara.

Non si avrà esclusione, invece, se il concorrente manifesti il proposito di applicare la clausola sociale ma nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, secondo quanto

affermato dalla giurisprudenza consolidata in materia e dalla stessa ANAC nelle Linee guida citate. Non si avrà esclusione nemmeno se il concorrente, in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del Codice appalti, provveda ex post alla allegazione del progetto<sup>13</sup>.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto ci si chiede se una integrazione dell'offerta in questi termini sia compatibile con i limiti alla integrazione previsti dallo stesso comma 9, posto che il progetto di riassorbimento dovrebbe essere strettamente connesso all'offerta (secondo il parere del Consiglio di Stato «*il bando di gara dovrebbe inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende*») e che, dato il contenuto del progetto, ne parrebbe opportuno l'inserimento nella offerta tecnica. Tuttavia, in merito rassicurante pare la precisazione dell'ANAC secondo cui «*Attesa la difficoltà di definire criteri di valutazione del "progetto di assorbimento" che rispondano ai requisiti di cui all'articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, ripresi dalle Linee guida n. 2 - Offerta economicamente più vantaggiosa, e il rischio*

*che criteri di valutazione dell'offerta basati sul numero dei lavoratori che saranno riassorbiti in applicazione della clausola sociale possano essere di ostacolo a processi di efficientamento dell'operatore entrante, l'Autorità non ritiene opportuno inserire la valutazione del progetto dell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*»<sup>14</sup>.

Il progetto di riassorbimento, inoltre, sarà presumibilmente destinato ad incidere nella fase delle contrattazioni sindacali, successiva alla aggiudicazione della gara. Le Linee Guida sembrano infatti così anticipare al momento della gara un passaggio fino ad oggi rimesso alle sedi sindacali.

Sul piano della tutela civilistica, l'adempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale secondo l'ANAC andrebbe garantito imponendo alle stazioni appaltanti di inserire nello schema di contratto posto a gara clausole risolutive espresse (che determinino la risoluzione del contratto in caso di inadempimenti di tali obblighi) ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, le stazioni appaltanti dovrebbero inoltre applicare l'art. 108, comma 3, del Codice appalti pubblici<sup>15</sup>.

13. Il comma prevede che «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.». Sul punto v. S. Usai, Le Linee guida ANAC sulla clausola sociale ampliano gli obblighi del RUP e degli appaltatori con la previsione del progetto di riassorbimento del personale, in La Gazzetta degli Enti Locali 26/2/2019.

14. V. Relazione illustrativa alle Linee Guida cit. su <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ContrattiPubblici/Linee%20Guida/Relazione%20illustrativa.pdf>

15. «Ai sensi di tale articolo: Il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto.».

Le indicazioni dell'ANAC sono non vincolanti, per loro espresso disposto e come confermato dal Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>16</sup>.

Si tratterebbe, quindi, di «modelli virtuosi» suggeriti alle stazioni appaltanti ma non possono essere considerate un vero e proprio obbligo la cui inosservanza comporta un onere di motivazione analitica o – addirittura – delle sanzioni.

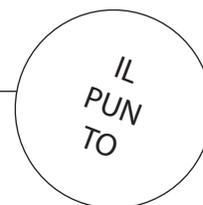
Si attende, tuttavia, un chiarimento da parte della stessa ANAC o della giurisprudenza per evitare che le difficoltà di interpretazione rendano le linee guida di fatto «*tamquam non esset*».

16. Come evidenziato dal Consiglio di Stato (v. il parere n. 445/2019) deve ritenersi superflua la precisazione dell'entrata in vigore delle linee guida visto e considerato che si tratta di un semplice modello virtuoso la cui applicazione non è vincolante.

# Concessioni autostradali prorogate senza gara: la Corte di Giustizia dice “no”!

***La proroga (senza previa indizione di un bando di gara) di una concessione autostradale è valsa allo Stato italiano la condanna per l’inadempimento agli obblighi di cui agli articoli 2 e 58 della Direttiva 2004/18/UE***

di Emanuela Pellicciotti



## **1. La sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 18 settembre 2019, nella causa C-526/17: i tratti essenziali del quadro normativo e giurisprudenziale europeo**

La Corte di Giustizia dell’Unione europea, con la sentenza del 18 settembre 2019, nella causa C-526/17, ha accolto il ricorso della Commissione europea ed ha dichiarato illegittima la proroga (senza previa pubblicazione di un bando per la nuova gara) della concessione della tratta autostradale A12, Cecina – Livorno.

Lo Stato italiano, quindi, è stato dichiarato inadempiente rispetto agli obblighi di cui agli articoli 2 e 58 della Direttiva 2004/18/UE (del 31 marzo 2004, “relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”), per aver esteso di ulteriori diciotto anni la durata del precedente contratto – così apportando una “modifica essenziale”, in violazione dei principi di pubblicità, parità di trattamento e libera concorrenza, cui anche le concessioni sono tenute ad adeguarsi -.

L’incipit della sentenza ha il pregio di illuminare – con una certa, stupita ingenuità – una peculiare abitudine italiana: quella di prorogare gli appalti pubblici (e le concessioni), in particolare quelli

di ragguardevole durata ed importo, quasi come se la loro naturale scadenza intervenisse in modo del tutto repentino ed estemporaneo e si volesse così evitare un pericoloso “vuoto contrattuale”.

Anzi, nel caso di specie la scadenza della concessione era ben lungi dall’intervenire, ma – per evitare lo spettro della discontinuità - si è pensato di ricorrere ad una proroga, invece che organizzarsi per tempo e indire una procedura di gara.

Infatti, si afferma nella sentenza che “con il suo ricorso, la Commissione europea chiede alla Corte di voler constatare che la Repubblica italiana, avendo prorogato dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046 la scadenza della concessione relativa all’autostrada A12 Livorno-Civitavecchia (Italia) senza pubblicare alcun bando di gara, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione, del 4 dicembre 2007 (GU 2007, L 317, pag. 34) (in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).

La Corte europea, quindi, ricorda che l'art. 2 della Direttiva 2004/18/UE (vigente *ratione temporis* a regolare la concessione autostradale di che trattasi) enuncia quale principio generale che "Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza."

A tale principio - tuttora confermato dalle Direttive nn. 23/2014/UE e 24/2014/UE - fa' eco l'art. 58 della medesima Direttiva - anch'esso di contenuto ancora attuale - che dispone "Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono procedere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione mediante un bando. I bandi relativi alle concessioni di lavori pubblici contengono le informazioni indicate nell'allegato VII C e, se del caso, ogni altra informazione ritenuta utile dall'amministrazione aggiudicatrice, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione conformemente alla procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2. ...".

Con ciò, secondo la Corte di Giustizia, appare chiaro che ogni "modifica sostanziale di un contratto di concessione di lavori pubblici deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione relativa al contratto così modificato (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 30 e giurisprudenza ivi citata)."

In particolare, "si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione

*l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, o sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 28 e giurisprudenza ivi citata)."*

Perciò, la sentenza non può che concludere "la Repubblica italiana, avendo prorogato dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046 la concessione della tratta Livorno-Cecina dell'autostrada A12 Livorno-Civitavecchia (Italia) senza pubblicare alcun bando di gara, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione, del 4 dicembre 2007."

## 2. La prassi italiana delle proroghe e l'horror vacui quale giustificazione generale

La sentenza della Corte di Giustizia, quindi, appare quasi necessitata alla luce della piana lettura delle norme di riferimento, tanto che verrebbe da chiedersi il motivo per cui essa appare così nodale da meritare un commento *ad hoc*.

Ebbene, come è facilmente intuibile, non è la portata innovativa del principio esposto dalla Corte, a fare della sentenza in commento un arresto giurisprudenziale di notevole importanza; lo è, invece, la reiterazione - diventata quasi una consuetudine - della fattispecie sottesa.

Sul punto, vi è altresì da precisare che l'attuale Codice dei contratti pubblici prevede obblighi stringenti per le modifiche apportate ai contratti cd. "sotto soglia" - introducendo "correttivi" originali, sul piano comunitario, quali il principio di rotazione, finalizzati ad evitare "rendite

di posizione" in capo a fornitori già noti alle stazioni appaltanti e cercando così di ampliare il mercato degli appalti (e concessioni) pubblici favorendo i meccanismi concorrenziali -.

Però, non può dirsi altrettanto per gli appalti (e concessioni) cd. "sopra soglia", in cui – soprattutto in tema di servizi pubblici – il timore della brusca interruzione del servizio agevola l'attitudine alla proroga, anche (come nel caso in esame) se vi sarebbe l'oggettiva possibilità di indire una nuova gara.

In tema di concessioni pubbliche, poi, il vigente codice dei Contratti pubblici – pur sforzandosi di sistematizzare la materia (in gran parte mutuando la disciplina contenuta nella Direttiva comunitaria n. 23/2014/UE) – ha di fatto sancito principi di concorrenzialità (e limiti alla facoltà di modifica e proroga) che difficilmente potranno essere calati nella pratica.

Il sentore di tale difficoltà è apparso immediatamente all'ANAC allorché, con il Comunicato del Presidente del 17 maggio 2017 concentrava la sua attenzione proprio sui concessionari autostradali, sancendo il principio per cui *"L'art. 177, comma 1 del d. lgs. n. 50/2016 prevede, in particolare, che i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici e di forniture, già in essere all'entrata in vigore del Codice dei contratti, non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi o forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica. ... Tra i soggetti obbligati ... rientrano i concessionari autostradali, qualora le rispettive concessioni non siano state affidate in origine con procedure di evidenza pubblica. Per questi ultimi sono previsti dall'art. 178 del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, anche ulteriori specifici adempimenti. ... L'adeguamento ... dovrà avvenire entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Codice dei contratti ..."*.

In tal modo, l'Autorità cerca di salvaguardare

il principio di concorrenzialità, tutelandolo attraverso gli affidamenti "a valle" della concessione; ma, di fatto, in tal modo evita di spingersi all'attacco del contratto principale.

Nel caso di specie, infatti, la concessione autostradale prorogata, promanava da una precedente concessione del 1969.

### **3. La tesi della Commissione europea e la difesa della Repubblica italiana**

Per verificare l'ampiezza del fenomeno/proroga – e le convinzioni e timori ad esso sottesi – è interessante esaminare la difesa dello Stato italiano nell'ambito della causa C-526/17 e le corrispondenti censure della Commissione europea, poi recepite dalla Corte di Giustizia -.

Stupirà, all'esito di tale disamina, verificare che molte delle problematiche poste dalla difesa rimangono irrisolte (e forse irrisolvibili) nella realtà pratica – con l'intuibile conseguenza di moltiplicare i casi di "inadempimento" rilevati dalla Corte di Giustizia -.

Nella sintesi dei fatti narrata dalla sentenza in esame, emerge che *"il 23 ottobre 1969 è stato stipulato un contratto di concessione di lavori pubblici ... tra l'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade SpA (ANAS), amministrazione aggiudicatrice responsabile delle concessioni autostradali, e la Società Autostrada Tirrenica SpA (SAT), operatore economico. Ai sensi del suo articolo, tale contratto ha per oggetto la costruzione e l'esercizio dell'autostrada che collega Livorno a Civitavecchia, avente la lunghezza complessiva di circa 237 km. ... L'articolo 7 del contratto di concessione del 1969 prevede che la concessione avrà termine allo spirare del trentesimo anno successivo all'apertura dell'esercizio dell'intera autostrada. Tuttavia, ... il termine stesso non potrà superare il trentesimo anno a decorrere dalla data di completamento dei lavori prevista nel piano generale di esecuzione dei lavori ..."*.

Ma la concessione viene modificata nel tempo e, quindi, si dà atto che *"il 14 ottobre 1987 l'ANAS e la SAT hanno sottoscritto un atto aggiuntivo alla convenzione di concessione del 1969 ..."*

*L'articolo 14 di tale atto aggiuntivo dispone che «la durata della presente concessione è fissata in anni trenta decorrenti dalla data di apertura al traffico dell'intera autostrada».*

*E ancora, più recentemente, "il 7 ottobre 1999 l'ANAS e la SAT hanno stipulato un contratto ... Ai sensi del suo articolo 2, paragrafo 1, tale contratto disciplinava tra il concedente e il concessionario l'esercizio della tratta Livorno-Cecina, di 36,6 km, aperta al traffico il 3 luglio 1993 e costituente parte integrante dell'autostrada A12 Livorno-Civitavecchia, assentita in concessione di costruzione ed esercizio alla stessa SAT. ... L'articolo 2, paragrafo 3, del medesimo contratto stabilisce che «al momento in cui verranno a concretarsi i presupposti di legge e di fatto per la prosecuzione del piano costruttivo assentito in concessione, sarà stipulato apposito atto aggiuntivo per la regolamentazione convenzionale della costruzione e dell'esercizio delle altre due tratte Cecina-Grosseto e Grosseto-Civitavecchia». L'articolo 23 del contratto del 1999, intitolato «Durata della concessione», prevede, al suo paragrafo 1, che «la scadenza della concessione è fissata al 31 ottobre 2028».*

*Prolungando - in forza di tali "modifiche all'oggetto" - la durata della concessione, "in data 11 marzo 2009 l'ANAS e la SAT hanno sottoscritto uno schema di convenzione ... il cui articolo 1, paragrafo 4, dispone che «le parti si danno reciprocamente atto di non avere alcun diritto, pretesa, interesse o aspettativa in relazione al contratto del 1999 e a qualsivoglia atto o provvedimento intercorso precedentemente alla stipula della presente Convenzione». L'articolo 2 di tale convenzione unica, intitolato «Oggetto», prevede, al suo paragrafo 1, che «la presente Convenzione [u]nica disciplina integralmente ed unitariamente il rapporto tra il Concedente ed il Concessionario per la progettazione, costruzione ed esercizio di tutti gli interventi già assentiti in concessione di costruzione ed esercizio della convenzione stipulata con l'ANAS in data 7.10.1999».*

*In particolare, "... l'articolo 4 della suddetta convenzione unica, intitolato «Durata della concessione», dispone, al suo paragrafo 1, che*

*«la scadenza della concessione, in funzione del completamento dell'Autostrada Cecina (Rosignano)-Civitavecchia, tenuto conto delle sospensioni della fase realizzativa indicate nelle Premesse, nonché dell'[articolo] 143 del [decreto legislativo n. 163/2006], è fissata al 31.12.2046 (...)».*

*A questo punto, la Commissione europea, notiziata della proroga, chiede spiegazioni allo Stato italiano e, all'esito, ricorre alla Corte di Giustizia per la verifica dell'inadempimento dell'Italia agli obblighi comunitari in materia di concorrenza.*

*"La Commissione rileva che, nel caso di specie, si tratta di una concessione di lavori pubblici, ai ... e che, essendo il valore di tale concessione di lavori pari a EUR 66 631 366,93, la soglia prevista all'articolo 56 di tale direttiva è oltrepassata. Tale istituzione sostiene che, conformemente all'articolo 58, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, detta concessione di lavori avrebbe dovuto essere oggetto della pubblicazione di un bando di gara. Tuttavia, nessun bando è stato pubblicato, né nel corso del 1969, quando è stato concluso il contratto relativo alla concessione iniziale, né nel 1999, quando tale concessione è stata prorogata fino al 2028.*

*In particolare, la Commissione, che fa riferimento alla sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punto 28 e giurisprudenza ivi citata), afferma, in primo luogo, che la proroga della scadenza della concessione di cui trattasi, dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046, che equivale al rilascio di una nuova concessione, in quanto si traduce in una modifica sostanziale della concessione di lavori esistente, avrebbe dovuto essere oggetto di un bando di gara e di una procedura di messa in concorrenza ... Inoltre, secondo la sentenza del 5 aprile 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266, punto 70 e giurisprudenza ivi citata), l'assenza di una procedura di messa in concorrenza per l'attribuzione della concessione iniziale imporrebbe, a maggior ragione, l'organizzazione di una procedura di messa in concorrenza in caso di modifica sostanziale di tale concessione. La Commissione aggiunge che,*

*nel caso di specie, la rinegoziazione della durata della concessione di cui trattasi costituisce, di per sé, una prova del carattere sostanziale della modifica e che le parti hanno chiaramente espresso la loro volontà di modificare i termini essenziali di tale concessione, nel senso indicato al punto 37 della sentenza del 13 aprile 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182).*

In merito agli argomenti difensivi svolti dalla Repubblica italiana, la Commissione ha contestato in particolare quello della presunta "continuità" tra il contratto di concessione del 1969 e la convenzione unica del 2009, affermando invece che – per stessa, testuale ammissione della convenzione 2009 – quest'ultima costituisce un contratto autonomo rispetto a quello del 1969; pertanto, la proroga introdotta dalla recente convenzione unica riguarderebbe la "concessione esistente" al 2009 (cioè, riguarderebbe il contratto del 1969). Osserva la Commissione, in proposito, che "anche se la concessione iniziale è stata conclusa in un'epoca in cui il diritto dell'Unione non prevedeva norme in tale materia, una modifica o una revisione di tale concessione iniziale dovrebbe essere valutata alla luce delle disposizioni del diritto dell'Unione entrate in vigore nel frattempo (sentenza del 27 ottobre 2005, Commissione/Italia, C-187/04 e C-188/04, non pubblicata, EU:C:2005:652).".

*"In secondo luogo, la Commissione nega la pertinenza delle presunte difficoltà di esecuzione della concessione iniziale e delle diverse modifiche della legislazione nazionale e rileva che un'eventuale necessità di eseguire lavori di costruzione importanti, non previsti nel contratto del 1969, implica anch'essa una messa in concorrenza attraverso la pubblicazione di un bando di gara."*

Quanto all'argomento relativo alla paventata necessità di porre in riequilibrio la precedente concessione, "la Commissione ritiene che non fosse necessario, nel caso di specie, equilibrare il sinallagma contrattuale, dato che, nell'ambito di una concessione, poiché il concessionario si remunera mediante la gestione dell'infrastruttura e assume il rischio di gestione, la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale eliminerebbe del

*tutto questo rischio e snaturerebbe l'oggetto del contratto di concessione. Inoltre, per quanto riguarda la presunta giustificazione dell'assenza di messa in concorrenza, in occasione della conclusione della convenzione unica del 2009, legata alla «necessità di garantire l'equilibrio contrattuale»".*

La Repubblica italiana, contestando il quadro delineato dalla Commissione europea, afferma invece che "nel caso di specie, non è stata decisa alcuna «proroga» di 18 anni della concessione. ... il termine «mobile» di 30 anni a partire dall'«apertura dell'esercizio dell'intera autostrada», stabilito all'articolo 7 del contratto di concessione del 1969, non è mai trascorso. Inoltre, la convenzione unica del 2009 riguarderebbe lavori già tutti previsti nella concessione iniziale del 1969 e conterrebbe soltanto una revisione necessaria delle clausole del contratto di concessione del 1969, in vista del completamento dell'autostrada A12 e al fine di garantire l'equilibrio contrattuale iniziale."

Inoltre, "la Repubblica italiana rileva che la convenzione unica del 2009 non riserva alcun vantaggio ingiustificato e supplementare al concessionario. Essa aggiunge che le tariffe previste durante il periodo di esecuzione degli investimenti sono state portate ad un livello oltre il quale la tariffa pagata dagli utenti diventerebbe socialmente non sostenibile e l'infrastruttura di cui trattasi dovrebbe essere abbandonata. Di conseguenza, l'equilibrio previsto dal contratto di concessione del 1969 esigerebbe che il termine della concessione sia fissato all'anno 2046, il che si spiegherebbe anche con l'assenza, non imputabile alle parti, della realizzazione in tempo utile del progetto. In secondo luogo, la Repubblica italiana sottolinea che, data la continuità di relazioni contrattuali iniziate nel corso del 1969, la direttiva 2004/18 non è applicabile al caso di specie.

*In terzo luogo, ed in ogni caso, il rinvio del termine della concessione di cui trattasi sarebbe giustificato dai principi di tutela del legittimo affidamento, del rispetto degli impegni contrattuali (pacta sunt servanda) e della certezza del diritto. "*

#### 4. Le conclusioni della Corte di Giustizia e una nuova Ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato

La Corte di Giustizia, però, disattende tali difese, ricordando – quanto all’applicabilità della Direttiva 2004/18/UE – che *“conformemente alla giurisprudenza della Corte, la normativa dell’Unione applicabile è quella in vigore alla data di tale modifica (v., in tal senso, sentenza dell’11 luglio 2013, Commissione/Paesi Bassi, C-576/10, EU:C:2013:510, punto 54). A tal riguardo, il fatto che la conclusione del contratto di concessione iniziale sia anteriore all’adozione delle norme dell’Unione in subiecta materia non comporta quindi alcuna conseguenza.”*

Secondo la Corte, poi, non vi è dubbio che le modifiche apportate nel 2009 ledano il principio di concorrenzialità, qualificandosi come “modifiche essenziali” – che impongono l’esperimento di una gara pubblica -: esse, infatti, incidono sulla durata della concessione significativamente, alterando l’equilibrio contrattuale rispetto alla sua iniziale ripartizione.

Infatti, *“secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l’aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici, l’amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l’equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l’aggiudicazione della concessione di lavori pubblici, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, o sarebbe stata accolta un’altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).”*

La Corte di Giustizia affronta e risolve anche l’argomento difensivo italiano sulla necessità di riportare in equilibrio le prestazioni delle parti, in conseguenza delle modifiche introdotte nel tempo rispetto all’oggetto della concessione.

Sul punto – in disparte ogni considerazione sulla legittimità delle “modifiche sostanziali” apportate per effetto dell’art. 4, paragrafo 1, della convenzione unica del 2009, che violano *“l’obbligo di parità di trattamento di cui all’articolo 2 della direttiva 2004/18 e l’obbligo di pubblicare un bando di gara, previsto all’articolo 58 di tale direttiva”* – la sentenza chiarisce che *“siffatta conclusione non può essere rimessa in discussione dagli argomenti invocati dalla Repubblica italiana. Da un lato, quelli relativi alla necessità di mantenere l’equilibrio economico del contratto di concessione iniziale tra le parti non possono in nessun caso essere accolti, in quanto riguardano la concessione considerata nel suo insieme. Dall’altro, dato che il contratto del 1999 concluso tra il concedente e il concessionario fissava, per quanto riguarda la tratta Livorno-Cecina, il termine della concessione al 31 ottobre 2028, in forza dell’articolo 23, paragrafo 1, di quest’ultima non si può sostenere che, per tale tratta, il rinvio di detto termine fosse necessario ai fini del rispetto dei principi della tutela del legittimo affidamento, del rispetto degli impegni contrattuali (pacta sunt servanda) e della certezza del diritto.”*

In estrema sintesi, quindi, il principio espresso dalla Corte di Giustizia sembra concentrarsi nel dare ordine ai principi generali in materia di contratti pubblici: nel caso di specie, il principio di libera concorrenza - che presidia l’obbligo di gara -, prevale su quello che – in nome del legittimo affidamento – imporrebbe di modificare nei tratti essenziali i contratti già in corso, laddove questi rivelino condizioni di disequilibrio fra le parti, in conseguenza di modifiche stratificatesi in corso di esecuzione.

Tale principio – guida potrebbe animare la disamina di un altro procedimento, appena instaurato per effetto dell’Ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2019, n. 6102.

Questo nuovo caso, attiene ad un diverso tipo di concessione – quella relativa alla raccolta delle lotterie nazionali istantanee -, ma ripropone il medesimo problema della proroga senza gara di una concessione in scadenza.

Il Consiglio di Stato, pur senza conoscere ancora la sentenza qui in commento, pone in dubbio la legittimità dell'art. 20, comma 1, del D.L. n. 148/2017 (convertito dalla L. n. 172/2017), con il quale è stata di fatto sancita la "prosecuzione" delle concessioni in scadenza per il "settore gaming" - *"con la conseguente possibile lesione del legittimo affidamento degli operatori del settore che non hanno partecipato all'originaria procedura di gara per l'individuazione del privato contraente, nei cui confronti si determinerebbe una conseguente potenziale restrizione al mercato"* -.

La sensazione è quella di assistere all'improvvisa scoperta di un problema in gran parte sommerso, quasi la "punta dell'iceberg" nell'oceano di una diffusa prassi, in cui – oltre alle numerose e cospicue concessioni di lavori (in particolare, quelle autostradali) e di servizi (soprattutto quelle di servizi pubblici) -, prima o poi si dovranno ridiscutere anche quelle demaniali – intese nei limiti dell'art. 15 dei "considerando" della Direttiva 23/2014/UE – e quelle relative ai settori più nodali e "futuristici" dell'economia, quali le comunicazioni e l'energia.

# LA FORMAZIONE IN HOUSE: efficace e personalizzata



Area Formazione



La formazione "in house" è la soluzione ideale per quelle organizzazioni che hanno la necessità di formare, su un tema specifico, un gruppo numeroso di persone (da 6-7 in su).

## IL NOSTRO SERVIZIO PREVEDE:

- ◆ Analisi del fabbisogno e progettazione personalizzata
- ◆ Scelta tra i maggiori esperti in Italia sul tema
- ◆ Organizzazione e erogazione dell'intervento formativo
- ◆ Analisi del gradimento ed eventuale test di valutazione
- ◆ Produzione materiale didattico e attestati
- ◆ Gestione di quesiti pre e post corso

## ALCUNE AREE DI COMPETENZA:

- ◆ APPALTI
- ◆ PROJECT MANAGEMENT
- ◆ CONTABILITÀ E TRIBUTI
- ◆ DEMATERIALIZZAZIONE E PRIVACY
- ◆ TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE
- ◆ PERSONALE

**Alcune referenze, dell'ultimo anno:** oltre **200** seminari a catalogo; oltre **400** giornate di formazione in house; oltre **10.000** partecipanti tra funzionari e dirigenti di enti pubblici e privati.

**Clienti:** Organi dello Stato, Regioni, Province, Comuni, ASL, CCIAA, Enti di previdenza e ancora, Università, Aziende Ospedaliere, Società partecipate, Esercito, Agenzie Regionali, Istituti di ricerca ...

**Mediaconsult è Provider del Consiglio Nazionale degli Ingegneri.**

**Ha intenzione di organizzare un corso presso il Suo Ente?**

**Ci contatti per maggiori informazioni**



 0883.310504

 [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)

 [info@mediaconsult.it](mailto:info@mediaconsult.it)



## Pareri & Sentenze



### **Corte di Giustizia Europea, Sez. V, 26/9/2019, n. C-63/18**

*La normativa nazionale in ordine all'istituto del subappalto non è conforme al precetto contenuto nella Direttiva 2014/24/UE*

"... secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo .... la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi."

### **Consiglio di Stato, Sez. V, 25/9/2019, n. 6432**

*Per il ritiro della proposta di aggiudicazione non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento ovvero di preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. n. 241 del 1990*

"... in materia di procedure ad evidenza pubblica e contratti della pubblica amministrazione, l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione di non procedere affatto all'aggiudicazione della gara e di disporre la revoca deve trovare fondamento in specifiche ragioni di pubblico interesse che devono essere chiaramente indicate e non risultare manifestamente irragionevoli (Cons. di Stato, III, 15 maggio 2012, n. 2805; id., III, 16 febbraio 2012, n. 833) ed esige quindi una motivazione adeguata e convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione dei contrapposti interessi, a tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla .... Come recentemente statuito dalla giurisprudenza anche di questa Sezione (cfr. Cons. di Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7056), va anzitutto osservato come le invocate garanzie procedurali non trovano applicazione per gli atti meramente procedurali, tra cui deve annoverarsi l'aggiudicazione provvisoria, che fa nascere in capo all'interessato solo una mera aspettativa alla definizione positiva del procedimento stesso, ma non costituisce il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo, per sua natura, un'efficacia destinata ad essere superata (all'esito dell'aggiudicazione definitiva): a conferma di tale ricostruzione deve aggiungersi che con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) l'aggiudicazione provvisoria è stata sostituita dalla "proposta di aggiudicazione" (art. 33) che a fortiori postula la non definitività dell'atto. Pertanto, ai fini del suo ritiro, non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento ovvero di preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. n. 241 del 1990."

**Consiglio di Stato, Sez. III, 23/9/2019, n. 6302**

*Le consultazioni preliminari di mercato quali strumento di semplice pre-fase di gara*

“...l’istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all’aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

In tale ottica, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l’eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell’affidamento dei contratti pubblici. Al riguardo, con le proprie linee guida n. 8 del 13 settembre 2017, l’ANAC ha condivisibilmente chiarito che per fare luogo all’affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l’esistenza dei presupposti che giustifichino l’infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare.”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 12/9/2019, n. 6160**

*Consentire la partecipazione alla procedura di gara anche dell’operatore economico non invitato dall’amministrazione tradisce la ratio ispiratrice della procedura negoziata di all’art. 36 comma 2 lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che è quella di consentire all’amministrazione, per il modesto valore dell’affidamento, di procedere alla scelta del contraente in maniera celere e semplificata*

“L’appellante sostiene che il giudice di primo grado, ammettendo la partecipazione alla procedura di gara anche dell’operatore economico non invitato dall’amministrazione, abbia tradito la ratio ispiratrice della procedura negoziata di all’art. 36 comma 2 lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che è quella di consentire all’amministrazione, per il modesto valore dell’affidamento, di procedere alla scelta del contraente in maniera celere e semplificata; ... Consentire, come ritenuto dal giudice di primo grado, ad ogni operatore economico, non invitato dall’amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell’esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l’ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative ... Le predette considerazioni inducono il Collegio a non condividere i principi affermati dal precedente di questo Consiglio di Stato ampiamente richiamato dal giudice di primo grado – ove si ritenga che ivi siano stati affermati principi generali applicabili anche oltre lo specifico caso esaminato – e per questo motivo: ammettere che l’operatore non invitato possa, comunque, presentare la sua offerta, e che, però, proprio allo scopo di salvaguardare l’esigenza di celerità cui è ispirata la procedura in esame, la stazione appaltante possa negare la partecipazione (id est. non esaminare l’offerta) se “la partecipazione (...) comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e di celerità...”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 11/9/2019, n. 6135**

*L'incompatibilità nella commissione giudicatrice non può sussistere tra chi ha predisposto l'avviso pubblico e chi ha verificato la documentazione di gara*

"... il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Una siffatta incompatibilità per motivi di interferenza e di condizionamento non può sussistere tra chi ha predisposto l'avviso pubblico e chi ha verificato la documentazione di gara (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082; V, 9 gennaio 2019, n. 193)."

**TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 9/9/2019, n. 4464**

*chi contesta la legittimità degli atti della procedura di gara ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che una qualche irregolarità abbia avuto luogo con pregiudizio nei suoi confronti*

"...dall'esame dei verbali di gara e relativi allegati emerge che i singoli commissari hanno dapprima svolto individualmente i confronti a coppie e poi, base delle schede predisposte e prodotte agli atti della seduta successiva del 17 dicembre 2018, la Commissione ha provveduto collegialmente allo svolgimento delle ulteriori operazioni necessarie per la assegnazione finale dei punteggi complessivi, sicché i rilievi di parte ricorrente appaiono di per sé inidonei a disvelare, sotto un profilo sostanziale, il vizio lamentato di insufficiente verbalizzazione e immotivata attribuzione dei punteggi ai concorrenti, dequotando a mera irregolarità.

Sul punto gioverà richiamare condivisa giurisprudenza per cui " (...) il verbale di una procedura amministrativa - a differenza di quanto avviene, ad esempio, per l'atto pubblico notarile- non richiede in linea di principio di essere redatto a pena di invalidità con forme e menzioni particolari; di conseguenza, come affermato da C.d.S. sez. VI 2 febbraio 2018 n.677, chi contesta la legittimità degli atti della procedura stessa non può limitarsi a dedurre in proposito solo la mancata menzione a verbale della regolarità delle operazioni in ogni loro singolo passaggio, ma ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che una qualche irregolarità abbia avuto luogo con pregiudizio nei suoi confronti, il che nel caso presente non è stato prospettato" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2704).

Nel caso di specie, la ricorrente non ha allegato alcuna circostanza idonea a far ravvisare un pregiudizio sostanziale, essendo la motivazione delle preferenze espresse ricavabile dai punteggi attribuiti in relazione a ciascun parametro all'esito del confronto a coppie come risulta sia dalla tabella riepilogativa che dalle singole schede triangolari, e non lamentandosi, peraltro, condizionamenti o alterazioni di sorta nei giudizi espressi in connessione alle predette modalità di svolgimento delle operazioni valutative."

**Consiglio di Stato, Sezione giurisdizionale, Sez. III, 4/9/2019, n. 6097**

*La conoscenza dei nominativi dei concorrenti in fase di sopralluogo non costituisce violazione dell'art. 53, comma 2, d.lgs. 50/2016*

"... la mera conoscenza dei nominativi dei soggetti che hanno chiesto di effettuare il comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure aperte, in relazione all'«elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime» (art. 53, comma 2, lett. a), poiché la richiesta di sopralluogo o la proposizione di quesiti circa le sue modalità alla stazione appaltante non costituisce elemento infallibilmente sintomatico, anche per altri soggetti eventualmente interessati a partecipare, di certa futura partecipazione alla gara né, ancor meno, immediata manifestazione di volontà partecipativa o forma equipollente di offerta."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 422 DEL 15 maggio 2019  
PREC 46/19/L**

*"la partecipazione alla gara dell'operatore uscente quale mandante di raggruppamento temporaneo di imprese, la cui mandataria è l'impresa invitata dalla stazione appaltante, si pone in contrasto con il principio di rotazione e che, nel caso di specie, l'intero raggruppamento debba essere escluso dalla gara"*

"si chiede di sapere se il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti consenta la partecipazione alla gara dell'impresa aggiudicataria del precedente affidamento quale mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese ovvero se, vista la scelta della stazione appaltante di non estenderle l'invito, la Commissione di gara sia tenuta ed escludere dalla gara l'intero raggruppamento; ... il Consiglio di Stato ha precisato che "l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto, connotante l'istituto delle associazioni di imprese, non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono" (Cons. St., Ad. Plen. 13 giugno 2012, n. 22) e che, pertanto, ciascuna impresa raggruppata, sia mandataria o mandante, assume la posizione di concorrente della gara; ... le Linee guida n. 4 - approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornata con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 - chiariscono come il rispetto del principio di rotazione comporti che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e che laddove la stazione appaltante intenda derogarvi, invitando alla successiva gara il precedente gestore, dovrà puntualmente motivare tale scelta, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento; ... la regola generale è il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e che l'eventuale scelta di derogarvi è soggetta a puntuale motivazione che la stazione appaltante deve riportare negli atti di gara ovvero in quelli prodromici alla stessa; ... negli atti di gara risulta richiamato il Decreto del Presidente della Provincia Autonoma di Trento 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg, contenente il regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, che stabilisce all'art. 54 comma 5 bis che nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione dei bandi di gara e nei cottimi "a) non possono essere invitati gli operatori economici risultati affidatari dell'affidamento immediatamente precedente per la medesima categoria di opere o per la medesima

fascia di importo...”; ... la stazione appaltante, in perfetta adesione al dettato normativo, non ha trasmesso la lettera d’invito alla gara al gestore uscente e, pertanto, la sua eventuale partecipazione, anche se nella veste di mandante di un R.T.I. (rectius concorrente in raggruppamento), ponendosi in contrasto con il principio di rotazione che la stazione appaltante ha perfettamente rispettato, determinerebbe una violazione di legge”.

### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

#### **DELIBERA N. 413 DEL 8 maggio 2019 PREC 37/19/S**

*“in sede di indagine di mercato l’operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, può limitarsi ad indicare la propria intenzione di ricorrere all’avvalimento”*

“Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, “la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati” (Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; nonché TAR Campania, Napoli, sez. I, 24 gennaio 2018, n. 481).

Dalla valenza meramente esplorativa dell’avviso di indagine di mercato la giurisprudenza ha fatto discendere diverse conseguenze: a titolo esemplificativo, è stata ammessa la modifica della composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese che abbia già positivamente superato la fase di pre-qualificazione (TAR Friuli Venezia Giulia, n. 259/2018 cit.; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548; TAR Toscana, sez. I, 20 luglio 2011 n. 1254); è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409); è stato, inoltre, precisato che in sede di indagine di mercato l’operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, può limitarsi ad indicare la propria intenzione di ricorrere all’avvalimento (cfr. Delibera dell’Autorità del 12 dicembre 2018, n. 1150). Questi stessi principi conducono ad affermare che il divieto di partecipazione contemporanea alla stessa gara del concorrente e dell’impresa ausiliaria, di cui all’art. 89, comma 7, del Codice, vada circoscritto alla procedura di gara in senso stretto e non vada esteso alla fase preliminare della manifestazione di interesse. A supporto di tale conclusione, oltre a quanto dianzi rilevato, militano ulteriori considerazioni.

Innanzitutto, vi è un dato letterale: il divieto de quo è posto dal comma 7 dell’art. 89 con riferimento alla “partecipazione” alla stessa gara dell’impresa ausiliaria e del concorrente e quest’ultima qualifica presuppone la ricezione dell’invito a partecipare ad una procedura negoziata e non la sola presentazione di una manifestazione di interesse.”

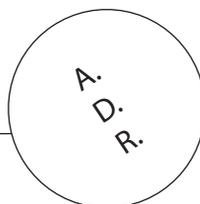
**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 409 DEL 8 maggio 2019  
PREC 39/19/L**

*nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente*

"... l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa secondo cui, fermo restando il principio generale della immodificabilità dell'offerta, «nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente» (Consiglio di Stato, IV, 6 maggio 2016 n. 1827; Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 113); ... al fine di tutelare il favor participationis, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione comportante il conseguente divieto di irragionevole compromissione della concorrenza, la giurisprudenza ha ritenuto «corretto ritenere che le cifre decimali omesse devono essere interpretate come pari a zero e ciò anche in applicazione di principi matematici secondo i quali le cifre pari allo zero successive alla cifra decimale diversa da zero non devono essere indicate: in tal senso peraltro è orientata l'unanime giurisprudenza amministrativa» (cfr. Cons. Stato, V, sent. n. 113/2018 che richiama Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 29 aprile 2013, n. 414; Cons. Stato, V, 25 maggio 2010, n. 3311)»;..."

# A Domanda Rispondiamo

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



## 1 **Il progetto di assorbimento del personale nei cambi di appalto deve essere inserito anche dal gestore uscente?**

Il gestore dell'appalto uscente conosce tutti gli aspetti relativi al costo e all'organizzazione del personale utilizzato nell'appalto. Sa di quante persone c'è bisogno, di quale prestazione chiedere a ciascuno e soprattutto quali sono i veri costi in gioco. Tutte informazioni che i concorrenti devono essere in condizione di conoscere per «concorrere alla gara con un'offerta sostenibile». Pertanto, tale progetto deve essere prodotto dai concorrenti interessati a sostituire il vecchio gestore dell'appalto i quali, una volta ottenute le informazioni dovranno appunto corredare l'offerta con un «piano di compatibilità o progetto di assorbimento» mirato a illustrare in che modo «concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale, ovvero, detto altrimenti, spiegare come e in che limiti la clausola stessa sia compatibile con l'organizzazione aziendale da lui prescelta.

## 2 **In una gara suddivisa in lotti da eseguirsi contestualmente è legittimo il requisito del cumulo di fatturato?**

La clausola del cumulo dei fatturati in una gara suddivisa in lotti non è in contrasto con i canoni di ragionevolezza, proporzionalità e favor participationis, perché costituisce diretta espressione della disciplina prevista dall'articolo 83, comma 5, del d.lgs. 50/2016, che consente alle stazioni appaltanti di fissare un fatturato minimo per gli operatori economici con riferimento a gruppi di lotti, nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente.

La finalità della previsione è quella di garantire che l'aggiudicatario abbia una solidità finanziaria tale da consentirgli di poter eseguire contemporaneamente le prestazioni relative ad una pluralità di lotti (**Tar Piemonte sez. prima, n. 960 del 27/08/2019**)

## 3 **Il gestore dell'appalto uscente può rifiutarsi di dare tutte le informazioni in proprio possesso su costi e organizzazione dei lavoratori?**

Il gestore uscente ha l'obbligo di rendere disponibili tutte le informazioni di cui dispone. V'è di più, un eventuale rifiuto, si legge nel parere del Consiglio di Stato sulle linee guida dell'ANAC, potrebbe configurare l'ipotesi (e la sanzione) del «grave illecito professionale» ed essere sanzionato con l'esclusione da successivi appalti pubblici.

## 4

**L'apertura degli allegati tecnici nella fase di verifica della documentazione amministrativa viola il principio di segretezza delle offerte e quindi determina l'esclusione dalla procedura di gara?**

La presenza nella busta digitale contenente la documentazione attestante i requisiti di partecipazione e qualificazione, di elementi dell'offerta tecnica, non comporta alcuna violazione del principio di segretezza.

L'apertura degli allegati tecnici nella fase di verifica del contenuto della busta destinata alla documentazione amministrativa non pregiudica in alcun modo la correttezza della gara gestita con le garanzie della procedura telematica. Il legislatore infatti non ha sancito un principio di segretezza dell'offerta tecnica, ma ha previsto, secondo un criterio di proporzionalità, che l'apertura delle buste che contengono le offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, affinché ne sia garantita l'immodificabilità. Nelle gare gestite telematicamente, come in specie, la garanzia di immodificabilità delle offerte è insita nella stessa procedura informatica, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico, richiesta, nelle gare gestite con il metodo tradizionale, per le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. Si è ritenuto infatti che la gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche **(Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - Sezione Prima - n. 54/2019)**

## 5

**I documenti delle procedure di gara, pubblicati sul profilo di committente devono essere firmati digitalmente, oppure non è necessario?**

Il codice dell'amministrazione digitale d.lgs. 82/2005, all'art 40, si limita a definire "Formazione di documenti informatici. 1. Le pubbliche amministrazioni formano gli originali dei propri documenti, inclusi quelli inerenti ad albi, elenchi e pubblici registri, con mezzi informatici secondo le disposizioni di cui al presente codice e le Linee guida", e all'art 20 c. 1-bis. stabilisce che: Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore... Quindi l'apposizione della firma digitale è necessaria.

## 6

**Può la stazione appaltante in una gara suddivisa in lotti con numero massimo di lotti aggiudicabili dal singolo concorrente, obbligare tutti i concorrenti a presentarsi sempre nella stessa composizione e forma giuridica in tutti i lotti?**

Il Tar Puglia, Bari, sez. III, con sentenza n. 1038 del 17 luglio 2019 ha dichiarato legittima la clausola che impone ai concorrenti di presentarsi ad una gara suddivisa in lotti con un numero massimo di lotti aggiudicabili sempre nella stessa composizione e forma giuridica in tutti i lotti. E ciò in quanto, "ove fosse consentito al singolo operatore di partecipare a tutti i lotti in diversa composizione, il limite posto dalla stazione appaltante - e relativo alla possibilità di aggiudicarsi un numero massimo di lotti - potrebbe essere in concreto eluso, così consentendo una indebita concentrazione della fornitura in questione nelle mani di pochi operatori".

## **7** Cosa si intende per termine per la partecipazione ad una procedura di gara con finestra temporale?

Il termine per la partecipazione ad una procedura di gara è sempre quello individuato nel rispetto delle norme stabilite in merito, dal d.lgs. 50/2016. La finestra temporale, è una articolazione delle procedure telematiche, che impone agli operatori di inserire i documenti dell'offerta tecnica e/o i documenti dell'offerta economica in momenti diversi stabiliti dalla stazione appaltante, sul portale che gestisce la gara. La "domanda di partecipazione" e tutta la documentazione richiesta (amministrativa tecnica ed economica) viene tracciata attraverso l'apposizione della firma e marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione; con la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte.

I sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura: l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa.

Nella gara telematica la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, garantendo che questa non venga, nelle more, modificata proprio attraverso l'imposizione dell'obbligo di firma e marcatura nel termine fissato per la presentazione delle offerte.

Firma e marcatura corrispondono alla "chiusura della busta". Il Timing di gara indica all'impresa non solo il termine ultimo perentorio di "chiusura della busta", ma anche il periodo e relativo termine ultimo di upload (trasferimento dei dati sul server dell'Azienda appaltante). Quindi, esiste sempre un unico termine per la partecipazione alla gara, entro il quale i concorrenti devono marcare e firmare digitalmente la documentazione, e poi nei momenti stabiliti dalla s.a. i documenti vengono caricati nel portale preposto.

## **8** L'indizione di una procedura telematica, esime la stazione appaltante dalla pubblicazione dei documenti di gara sul profilo di committente?

No. L'art 73 d.lgs. 50/2016 c.4 stabilisce che: Fermo restando quanto previsto all'articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante ... e il Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016 all'art Art 2 c.3. sancisce che Gli avvisi e i bandi rimangono pubblicati ... sul profilo del committente almeno fino alla loro scadenza. Si desume che l'obbligo di utilizzare le procedure telematiche per la gestione della gara proveniente dagli artt. 40 e 52 del d.lgs. 50/2016, non incide sul regime di pubblicità degli atti della procedura, e pertanto le pubblicazioni andranno effettuate sempre in base al tipo di procedura adottata e all'importo dell'appalto.



## Servizio A.D.R. - L'esperienza al vostro servizio

Al vostro fianco, per rispondere a quesiti su appalti pubblici: nuovo codice, linee guida Anac, decreto correttivo, centrali di committenza, responsabilità della pubblica amministrazione, atti e procedimento amministrativo, convenzioni Consip, nuovi bandi di abilitazione e nuove funzionalità della piattaforma Mepa.

I quesiti possono essere scritti o telefonici. Da oltre 18 anni il nostro staff di esperti di gara segue i nostri Clienti, su tutto il territorio nazionale, affrontando tutti i problemi scaturenti da una normativa complicatissima e in continuo aggiornamento.

### FORMA DEL SERVIZIO

- ◆ Accesso ad un'area riservata con la possibilità di sottoporre quesiti. I tempi di risposta dei nostri esperti variano da due a quattro giorni lavorativi a seconda della complessità del quesito.
- ◆ Supporto telefonico a consumo: Lei acquista un "monte ore", ci chiama e paga per il tempo di cui effettivamente usufruisce.

### QUALE UTILITA'

- ◆ Assumere decisioni e relative responsabilità potendo contare su un confronto qualificato con esperti di settore.
- ◆ Una formula di supporto snella, non vincolante, veloce, efficace.
- ◆ Possibilità di accesso all'archivio quesiti già risolti di tutti gli abbonati.

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

Ci contatti per maggiori informazioni



# Il fallimento delle società in house

di Mariarosaria di Canio

IN  
PIL  
LOLE

La sentenza della Corte di Cassazione n. 3196 del 07/02/2017, ha segnato una svolta nell'annoso dibattito che per anni ha coinvolto dottrina e giurisprudenza in merito alla disciplina da applicare alle società in house soprattutto in materia fallimentare.

Il carattere della strumentalità rispetto agli enti concedenti, che caratterizza l'operato delle società in house, ha da sempre fatto dubitare dell'esistenza degli elementi privatistici tipici delle società private.

Ciò fino a quando non ha preso piede un orientamento giurisprudenziale che considerava rilevante lo svolgimento di un'attività qualificabile come necessaria per l'ente concedente, in particolare nei casi di erogazione di servizio pubblico essenziale, fattispecie in cui la necessità di tutelare lo svolgimento del servizio nei confronti della collettività, giustificerebbe l'esenzione dal fallimento.

Con la succitata sentenza, la Corte ha sancito il proprio orientamento sull'argomento, ossia equiparando la disciplina fallimentare prevista per i soggetti privati anche alle società in *house providing*, confortando il proprio convincimento, sul fatto che, l'esclusione di una società in house dalla disciplina del fallimento comporterebbe, una lesione del legittimo affidamento dei terzi che, in ragione dell'iscrizione di tali soggetti al sistema di pubblicità legale del registro delle imprese, confidano che anche ad essi sia applicabile l'ordinario regime di diritto societario.

Inoltre, tale orientamento sarebbe comunque in linea con la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, producendo come conseguenza che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza.

Vi è di più, già con Ordinanza 22 dicembre 2011, n. 28329, le Sezioni Unite della Cassazione, avevano già stabilito che anche la materia relativa al reclutamento del personale "*si inserisce pur sempre nell'agire della Società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione*".

Deve dunque concludersi che le Società "in house", non può considerarsi alla stregua degli Enti di diritto pubblico e di articolazioni sostanziali di una Pubblica Amministrazione, rappresentano al contrario soggetti che operano secondo il diritto privato, dunque estranei all'ambito di operatività dell'art. 1, comma 2, del D.lgs. n. 165 del 2001.

Non può che concludersi che per gli Organismi di gestione dei servizi pubblici posti in essere dagli Enti Locali, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, non vi è una estensione applicativa delle disposizioni di legge che attengono ai soci Enti pubblici: ciò vale evidentemente – a maggior ragione – per le Società "in house" che gestiscono "servizi pubblici locali".

Infine, anche le operazioni di dismissione di quote azionarie pubbliche non sono soggette alle norme sull'evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, che l'Ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, attenendosi solo ai generali principi di trasparenza e non discriminazione.

Lo scenario che si apre a seguito di tale conclusione, riguarda le problematiche che sorgono in merito alla gestione del servizio pubblico in questione dopo il fallimento della società in house providing.

Sul punto, il comma 6 dell'articolo 14 del d.lgs. 175/2016 dispone che *"nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita"*.

La norma sembra sanzionare il fallimento dell'intervento pubblico imponendole di rivolgersi al mercato, infatti in questo lasso temporale di cinque anni, l'amministrazione pubblica non potrà più far ricorso all'organizzazione e alla gestione del servizio attraverso la stessa forma utilizzata in precedenza che prevedeva in ogni caso un controllo analogo da parte

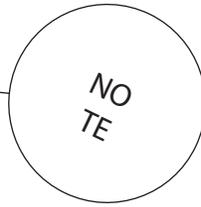
dell'amministrazione. Questo è quanto emerge la deliberazione 217/2018, emessa dai magistrati contabili della Sicilia.

Sulla medesima problematica si è espresso anche il Consiglio di Stato con sentenza n. 3502/2019, che ha invece ritenuto legittima la costituzione da parte di un comune di un'azienda speciale per l'affidamento ad essa del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, in precedenza affidato ad una società a partecipazione pubblica dichiarata fallita.

Sostiene il Consiglio che, il divieto di cui all'art. 14, c. 6, d.lgs. 175 del 2016 avendo ad oggetto solo la costituzione di "nuove società", senza dover essere inteso alla stregua di una sanzione nei confronti dell'amministrazione pubblica, ma, ha lo scopo di obbligarla a ricorrere a modalità di gestione del servizio pubblico, aventi ad oggetto la produzione di beni e l'erogazione di servizi, diverse dalla società a partecipazione pubblica, il tutto con l'intento di migliorare l'impiego di risorse pubbliche.

Escludendo quindi solo una forma di gestione del servizio, si deduce che in seguito al fallimento della società partecipata dall'ente locale, precedente gestore del servizio, non necessariamente l'amministrazione deve ricorrere all'esternalizzazione dello stesso mediante affidamento ad altro contraente selezionato previa procedura di gara, ben potendo l'amministrazione pubblica decidere e valutare quale soluzione ritiene più opportuna relativamente alle modalità di gestione del servizio.





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

# SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

## MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

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

MEDIAAPPALTI

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

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

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

Mediagraphic

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

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

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

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

# i seminari in programma 2019

SEMI  
NARI

## PROJECT MANAGEMENT

**Corso Base di Project Management per RUP; funzionari e dirigenti di P.A.; e Società partecipate (ISIPM-Base®)**  
22, 23 e 24 ottobre Palermo; 25, 26 e 27 novembre Ancona; 25, 26 e 27 novembre Trieste

**Percorso di Alta Formazione sul Project Management per RUP; funzionari e dirigenti di P.A. e società partecipate (ISIPM Avanzato®)**  
11, 12 e 13 novembre Torino

## APPALTI

**Master: Gli Appalti Pubblici in Italia**  
10, 17 e 22 ottobre; 05, 19 e 26 novembre Roma;

**Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici e i risvolti operativi. Gli effetti della conversione dello sblocca cantieri**  
17 ottobre Torino; 17 ottobre Milano; 22 ottobre Firenze; 29 ottobre Genova; 29 ottobre Bologna; 05 novembre Palermo; 07 novembre Bari; 07 novembre Napoli; 12 novembre Ancona, 21 novembre Pescara;

**Le cause di esclusione alla luce dello sblocca cantieri e delle linee guida ANAC n. 15 sul conflitto di interesse: motivazioni e modalità**  
17 ottobre Bari; 26 novembre Milano; 03 dicembre Trieste; 10 dicembre Bologna

**Che cosa resta nel MePA dopo il Decreto "Sblocca Cantieri": quali procedure e tramite quali strumenti; come fare affidamenti diretti fino a 220.000 Euro**  
29 ottobre Cagliari; 31 ottobre Olbia; 12 novembre Firenze; 21 novembre Milano; 26 novembre Palermo; 28 novembre Genova; 12 dicembre Torino

**Gli appalti sotto soglia comunitaria: stravolgimenti importanti alla luce delle recenti novità normative e giurisprudenziali**  
29 ottobre Milano; 05 novembre Torino; 19 novembre Genova; 26 novembre Parma; 03 dicembre Palermo; 10 dicembre Ancona; 10 dicembre Pescara

**Gli adempimenti post-aggiudicazione: le verifiche dei requisiti e la gestione delle informazioni alle banche dati**  
15 ottobre Udine; 12 novembre Verona; 21 novembre Olbia; 26 novembre Napoli

**Il nuovo applicativo MOP della BDAP-MEF per il Monitoraggio - Corso Pratico**  
16 ottobre Genova; 23 ottobre Pescara; 07 novembre Parma; 19 novembre Cagliari; 27 novembre Torino; 27 novembre Roma; 04 dicembre Bari

**La documentazione di gara dopo il decreto c.d. "sblocca cantieri" e la relativa legge di conversione**  
24 ottobre Napoli; 21 novembre Lecce

**Tecniche di redazione dei capitolati delle gare di servizi e forniture**  
22 ottobre Torino; 05 novembre Milano; 05 dicembre Roma

**Le regole per l'affidamento dei lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria**  
05 dicembre Napoli

**Aspetti esecutivi da disciplinare per contratto negli appalti di lavori pubblici. La redazione dei capitolati**  
24 ottobre Trieste; 03 dicembre Bologna

**Novità in materia di progettazione di lavori pubblici a seguito della conversione del DL sblocca cantieri**  
29 ottobre Lecce; 26 novembre Firenze

## APPALTI PUBBLICI IN TRENTINO ALTO ADIGE

**Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici: Legge sblocca cantieri e Legge Provinciale 2/. Novità e risvolti operativi**  
15 ottobre Trento

**Tecniche di redazione dei capitolati delle gare di servizi e forniture alla luce della legge provinciale n. 2/ (Trento) e della legge provinciale n 3/ (Bolzano)**  
12 novembre Bolzano

**Le regole per l'affidamento dei lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria nella Provincia di Bolzano**  
10 dicembre Bolzano

## APPALTI PUBBLICI IN SARDEGNA

**Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici e i risvolti operativi. Gli effetti della conversione dello Sblocca cantieri nella Regione Sardegna**  
17 ottobre Olbia

**La compiuta analisi degli appalti sotto soglia nella Regione Sardegna**  
15 ottobre Cagliari; 12 novembre Olbia

**Gli impatti operativi sull'azione del RUP delle modifiche alla normativa nazionale e l'integrazione con la legge regionale Sardegna**  
03 dicembre Cagliari

**La normativa Anticorruzione nelle sue ricadute pratiche**  
28 novembre Cagliari; 10 dicembre Olbia

## CONTABILITA'

**Il controllo di gestione negli enti locali nell'era digitale**  
29 ottobre Trento; 12 novembre Pescara; 10 dicembre Palermo

**Il piano economico e finanziario. Strumenti per una lettura critica e utile da parte delle Amministrazioni Pubbliche e Private**  
29 ottobre Verona; 10 dicembre Trieste

## ANTICORRUZIONE E PERFORMANCE

**Gestire il ciclo della performance e la valutazione della performance organizzativa e individuale dopo il DLgs 74/2017 e il CCNL 2016/2018**  
22 ottobre Ancona; 26 novembre Pescara

## CORSI ONLINE AREA APPALTI

**L'utilizzo del MePA alla luce della legge di conversione dello "Sblocca cantieri". Esercitazioni pratiche. Corso in fad. - XIV edizione**  
14 ottobre; 21 ottobre e 28 ottobre

**Le novità operative in materia di Appalti sotto soglia dopo lo Sblocca Cantieri**  
08 novembre e 15 novembre

MAGGIORI INFORMAZIONI SU SEDI E DATE DEI SEMINARI SU [WWW.MEDIACONSULT.IT](http://WWW.MEDIACONSULT.IT)

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!