

Rivista mensile - Anno IX, Numero 9

dicembre
2019

MEDIA APPALTI

**Le novità dello Sblocca
Cantieri viste da ANAC:
l'incompatibilità dei
Bandi-tipo con le nuove
norme**

**Subappalto: nuova
condanna della Corte di
Giustizia sull'articolo 105
del Codice, norma sempre
più da ripensare;
il problema di come
operare nel frattempo**

**Le PMI ancora in
difficoltà con i Criteri
Ambientali Minimi
per la progettazione,
costruzione
e manutenzione degli
edifici pubblici**



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

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

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

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

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

**Media
Graphic**





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**



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

**dicembre
2019**

L'astronave

Lo sportellone di una misteriosa astronave si apre. Un raggio antigravitazionale raggiunge i monumenti appena riemersi dal mare in burrasca. Il Ponte di Rialto, la Basilica di San Marco, il Ponte dei Sospiri. I monumenti più celebri di Venezia vengono attirati a bordo. Al sicuro. Finalmente.

Sarà questa la soluzione finale? Quella immaginata dall'autore del video de "La Serenissima", il celebre brano dei Rondò Veneziano? In questo scenario futuristico non ci sono tracce del MOSE. Avrebbe dovuto salvarla lui Venezia. Cosa è successo?

Speriamo che il regista di "La Serenissima" non abbia poteri di veggenza. Nel 1981, anno in cui viene pubblicato questo brano, il MOSE non era ancora stato progettato. Il problema della laguna era emerso nel 1966 quando, nel mese di novembre fu registrato un innalzamento del livello del mare fino a 194cm. Il più alto mai raggiunto. La cosiddetta "acqua granda". Il 12 novembre scorso il livello si è fermato a 187cm.

Nel 1966 cominciò ad essere chiaro che si doveva salvare Venezia. Eventi del genere sarebbero stati sempre più frequenti. Ci si doveva "affrettare". Dovettero passare 36 anni per arrivare al progetto

definitivo. Ne sarebbero stati necessari altri 19 per completare l'opera. È previsto che il MOSE sia completato nel 2021. Dall'idea al collaudo sarà trascorso un tempo lunghissimo in termini di evoluzione tecnologica. L'opera che nascerà sarà probabilmente già obsoleta. Potrebbe funzionare, ce lo auguriamo, ma è possibile che con le nuove conoscenze tecniche si sarebbe potuta realizzare un'opera più efficiente e con un minor impatto sull'ecosistema lagunare.

I cambiamenti climatici renderanno queste eccezionali condizioni meteo sempre più frequenti fino ad assurgersi al livello di normalità. Una normalità alla quale non ci si può rassegnare. Il 28 novembre il Parlamento Europeo ha dichiarato l'emergenza climatica ed ambientale in Europa e nel mondo.

Gli stati membri dovranno impegnarsi concretamente nell'intraprendere misure per "combattere e contenere tale minaccia prima che sia troppo tardi", si legge nella risoluzione approvata dall'europarlamento. Il 02 dicembre a Madrid è cominciata la Conferenza mondiale sul clima (Cop 25) preceduta dalle manifestazioni dei giovani del Fridays for future del 30 novembre.

Da ogni parte si chiede di muoversi con urgenza. Si deve evitare, ha detto il segretario generale dell'Onu Antonio Guterres, di passare alla storia "come la generazione che ha messo la testa sotto la sabbia, che si gingillava mentre il pianeta bruciava". E l'Italia non può evitare di essere tra le nazioni che per prime dovranno avviare progetti efficaci.

Gli effetti dei cambiamenti climatici sul nostro paese potrebbero essere più devastanti che altrove. Dai rilievi condotti dall'ENEA gli eventi estremi in Italia stanno avendo un incremento superiore rispetto ad altri luoghi.

Come spiega Gianmaria Sannino, responsabile del laboratorio di modellistica climatica e impatti dell'ENEA "Il livello del Mediterraneo si alza più rapidamente rispetto all'oceano, e soprattutto si scalda. Il che libera più energia nel sistema atmosfera-mare e rende più probabile i fenomeni estremi" come quelli del 24 e 25 novembre scorsi.

L'Italia è un paese fragile. Compromesso da due fattori che finiscono per interagire mettendo a rischio la sicurezza. Cambiamenti climatici ed opere pubbliche fragili sono una combinazione devastante. Il clima butta giù quantità di piogge imprevedibili avviando un'alluvione, i piloni che si trovano sulla traiettoria del fiume d'acqua e fango si frantumano facendo precipitare un tratto dell'autostrada che collega Savona a Torino. Il cielo ha inondato il territorio d'acqua scatenando l'evento alluvionale.

Il Cielo ha voluto che in quel momento su quel tratto d'asfalto non transitasse nessuno.

Le minacce riguardano tutto lo stivale. Anche Roma. L'Autorità di bacino distrettuale dell'Appennino Centrale lancia l'allerta sull'alto rischio idrogeologico della capitale. Un pericolo che interessa "un territorio urbano di 1.135 ettari sul quale vivono e lavorano circa 300.000 persone".

Sotto accusa la scarsa manutenzione e quindi l'inefficienza del sistema fognario. Basterebbe un semplice acquazzone a scatenare gravi disagi.

I cambiamenti climatici stanno mettendo a nudo le debolezze infrastrutturali del paese. È necessario un impegno vigoroso e responsabile. Senza se. Senza ma. Chi si deve occupare dell'emergenza climatica e chi si deve occupare della realizzazione, della manutenzione, della revisione delle infrastrutture operano per la stessa causa: la sicurezza del paese e dei suoi cittadini.

Devono farlo senza risparmiare risorse e senza risparmiare tempo, imparando a conoscere il territorio e costruendo in armonia con esso.

Bisogna farlo in fretta. Il nostro territorio è debole. Potrebbe non esistere un'astronave così grande da poter mettere in salvo l'Italia intera.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

L'astronave

4

In evidenza

Le novità dello Sblocca Cantieri viste da ANAC: l'incompatibilità dei Bandi-tipo con le nuove norme

7

Sotto la lente

Appalti e accesso civico "universale"

16

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Stefano de Marinis
Avvocato, già vicepresidente FIEC

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

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

Il Punto

Gli istituti adottabili per la partecipazione alle gare al fine anche di acquisire, in parte, i requisiti: il subappalto, l'avvalimento, il raggruppamento temporaneo di impresa.

27

Nota a margine della Deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Lombardia del 12/9/2019 n. 352. Sull'affidamento dei servizi di progettazione in assenza dei fondi per la realizzazione dell'opera pubblica

34

Subappalto: nuova condanna della Corte di Giustizia sull'articolo 105 del Codice, norma sempre più da ripensare; il problema di come operare nel frattempo

39

Le PMI ancora in difficoltà con i Criteri Ambientali Minimi per la progettazione, costruzione e manutenzione degli edifici pubblici

43

L'iscrizione C.C.I.A.A. fra i criteri di selezione dei concorrenti

50

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Le novità dello Sblocca Cantieri viste da ANAC: l'incompatibilità dei Bandi-tipo con le nuove norme

IN
EVIDENZA

di Alessandra Verde

1. Inquadramento generale

Il 23 ottobre scorso il Presidente ANAC ha adottato un Comunicato avente ad oggetto "Compatibilità clausole del Bando-tipo n. 1 con il decreto legislativo 19 aprile n. 50, come novellato dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito in legge del 14 giugno 2019 n. 55". Con tale atto, l'Autorità si è posta il problema di esaminare l'impatto delle novità introdotte dal decreto Sblocca Cantieri sui contenuti del Bando-tipo n. 1, relativo all'affidamento di servizi e forniture sopra soglia¹, esprimendo una serie di considerazioni, in realtà applicabili anche agli altri Bandi-tipo approvati.

È noto infatti che il decreto Sblocca Cantieri ha introdotto importanti modifiche al Codice dei contratti pubblici, creando, invero, non poca confusione tra gli operatori del settore anche perché, in prima battuta, il decreto legge n. 32 aveva introdotto una serie di novità, poi in parte

eliminate o modificate ulteriormente dalla legge di conversione n. 55. Il che significa che occorre ora distinguere tre diversi assetti normativi a seconda del periodo di tempo considerato: la normativa vigente fino al 18 aprile 2019 che si applica alle gare pubblicate entro tale data; un periodo di "interregno", tra il 18 aprile e il 17 giugno, data di pubblicazione della legge di conversione, in cui la normativa introdotta dal D.L. n. 32, non confermata in sede di conversione, si applica alle sole gare pubblicate in tale lasso di tempo, ed infine la normativa in vigore dal 17 giugno scorso, scaturente dalle modifiche introdotte dalla legge di conversione, che si applica alle procedure avviate a decorrere da tale data. Nel testo definitivo dello Sblocca Cantieri sono state previste, tra l'altro, una serie di sospensioni di efficacia che non incidono direttamente sulle disposizioni del Codice, lasciandone inalterato il dato testuale e limitandosi a sospenderne l'applicazione per un periodo di tempo più o meno lungo².

1. Il Bando-tipo è stato approvato dalla stessa Autorità alla fine del 2017, con propria delibera n. 1228.

2. È il caso, tanto per fare qualche esempio, dell'art. 77 che disciplina il funzionamento dell'Albo nazionale dei Commissari di gara, oppure dell'art. 59, comma 1 nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, o ancora, come si vedrà meglio nel prosieguo del contributo, l'art. 105 in tema di subappalto, nella parte in cui è sospesa l'operatività del limite del 30% della quota subappaltabile e tale soglia è temporaneamente sollevata al 40%, e così via.

Dinanzi al descritto quadro normativo a dir poco complesso, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha tentato di porre un pò di ordine al fine di supportare gli operatori del settore e gli interpreti nel loro difficile compito. In particolare, l'intento dell'Autorità è quello di rendere ancora fruibile lo strumento del Bando-tipo n. 1 - ma il medesimo discorso vale, per esplicita ammissione dell'ANAC, anche per gli altri Bandi-tipo approvati - evidenziando le parti dello stesso su cui gli operatori dovranno intervenire al fine di renderlo compatibile con la normativa ora vigente e, in concreto, poterlo ancora utilizzare per le procedure di gara.

Si rammenta, in merito, che la vincolatività dei Bandi-tipo approvati dall'ANAC è espressamente prevista dall'art. 71, comma 1 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede che <<al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi>>;

eventuali deroghe agli stessi devono essere espressamente motivate nella determina a contrarre dalle stazioni appaltanti. I Bandi-tipo non sono, tuttavia, vincolanti per gli appalti nei settori speciali, in quanto l'art. 122 non richiama l'art. 71 tra quelli applicabili, e per gli appalti di servizi di cui all'Allegato IX (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, ecc.), perché l'art. 141, comma 5-septies, anche in questo caso non richiama l'art. 71 ed anche perché, al comma 1, nel descrivere il contenuto minimo dei bandi, richiama le informazioni di cui alla lettera F) dell'allegato XIV, parte I e non la lettera C), come fa invece l'art. 71.

Al di là della vincolatività o meno del Bando-tipo, seguirne la traccia nella redazione di un bando di gara è in ogni caso consigliabile per le Stazioni appaltanti.

Da ciò discende l'importanza del Comunicato del Presidente ANAC, il quale precisa che <<le clausole del predetto Bando sono state redatte tenendo conto del quadro normativo allora vigente e degli orientamenti giurisprudenziali espressi>>. Ciò posto, il quadro normativo risultante dall'entrata in vigore della L. 55/2019 è evidentemente <<diverso rispetto a quello tenuto presente dall'Autorità al momento dell'approvazione del predetto Bando-

tipo, conseguentemente (...) nel caso di **sopravvenute modifiche o integrazioni normative che dovessero incidere su talune clausole del Disciplinare tipo, le stesse dovranno intendersi sostituite dalle nuove disposizioni** nelle more dell'aggiornamento del Disciplinare medesimo. In tal caso, **non è richiesta la motivazione nella determina a contrarre per la eventuale deroga**>>.

Trattandosi di *ius superveniens*, gli operatori del settore sono obbligati ad applicare le nuove disposizioni in vigore adeguando ad esse i contenuti del bando: è pertanto logico che la conseguente deroga ai

contenuti del Bando-tipo nella versione approvata dall'Autorità nel 2017 non richieda alcuna motivazione.

Nel Comunicato del 23 ottobre l'Autorità specifica che provvederà a modificare il Bando-tipo all'esito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del regolamento governativo di attuazione del Codice, di prossima emanazione, e terrà conto anche delle eventuali ulteriori modifiche eventualmente apportate in quella sede al Codice. Nel frattempo, <<al fine di orientare l'attività interpretativa delle stazioni appaltanti ed evitare prassi applicative discordanti e/o erronee delle nuove disposizioni codicistiche>>, l'ANAC si è preoccupata di segnalare le clausole del Bando-tipo n. 1 da considerare sospese o comunque non conformi alle nuove disposizioni introdotte dallo Sblocca Cantieri.

L'ANAC, all'indomani della conversione in legge del decreto Sblocca Cantieri e alla luce delle importanti modifiche apportate dallo stesso al Codice dei contratti, si è posta il problema di rendere ancora fruibile lo strumento del Bando-tipo evidenziando le parti di esso su cui gli operatori dovranno intervenire al fine di renderle compatibili con la normativa ora vigente e, in concreto, poter ancora utilizzare tale utile traccia per le procedure di gara.



2. Le novità dello Sblocca Cantieri e le clausole del Bando-tipo non conformi. La nuova disciplina del subappalto e le problematiche ad essa connesse

Nel Comunicato di cui si discorre, l'ANAC elenca le principali novità introdotte dalla L. n. 55/2019, soffermandosi in particolare su quelle che incidono direttamente su specifiche clausole o riferimenti contenuti nel Bando-tipo.

La prima novità di rilievo è senza dubbio la modifica introdotta in tema di subappalto.

In merito, l'art. 1, comma 18, della legge di conversione del decreto Sblocca Cantieri ha previsto che, fino al 31 dicembre 2020, la quota subappaltabile non possa superare il 40 per cento dell'importo complessivo del contratto.

In realtà, è noto come sul limite della quota subappaltabile sia intervenuta di recente la Corte di giustizia europea la quale, con la sua sentenza del 26 settembre 2019, ad esito della causa C-63/18 scaturita da un rinvio pregiudiziale del TAR Lombardia, ha considerato incompatibile con il diritto comunitario qualunque limite posto alla quota subappaltabile.

Più precisamente, la Corte di Giustizia ha sostenuto che il ricorso al subappalto previsto nella normativa comunitaria mira a favorire la concorrenza perché consente la più ampia partecipazione alle commesse pubbliche, anche di rilevante entità, da parte di tutte le imprese, in special modo le piccole e medie imprese, cui il legislatore europeo ha sempre rivolto un'attenzione particolare. Vero è, d'altro canto, che le direttive europee ammettono che gli Stati membri introducano disposizioni più rigorose in materia al fine di tutelare l'ordine pubblico, la moralità e la sicurezza e a condizione che dette misure siano conformi ai principi del Trattato.

Tuttavia, si legge nella sentenza che <<dalla volontà del legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica, mediante l'adozione di

siffatte norme, le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto, **non** si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della facoltà di limitare tale ricorso a una parte dell'appalto fissata **in maniera astratta** in una determinata percentuale dello stesso>> e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori o dell'eventuale carattere non essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe o, ancora, a prescindere dal settore specifico dell'appalto o della natura delle prestazioni da eseguire.

In tema di limite al subappalto previsto dall'art. 105 comma 2 del Codice dei contratti, si è pronunciata recentemente la Corte di Giustizia UE, la quale ne ha sancito l'incompatibilità con i principi comunitari, considerandola sproporzionata rispetto all'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza che la stessa si prefiggeva di raggiungere.

Il Governo italiano si è difeso dinanzi alla Corte sostenendo che la limitazione della parte dell'appalto che può essere subappaltata ha lo scopo di rendere il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, consentendo in tal modo di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa negli appalti, purtroppo drammaticamente diffuso in Italia, e di tutelare così l'ordine pubblico.

Ciononostante, la Corte europea ha ritenuto che <<anche supponendo che una restrizione quantitativa

al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi (...) **eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo**>> perché, **vietando in modo generale e astratto** il ricorso al subappalto al di sopra di una certa soglia, **non si lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso** da parte dell'ente aggiudicatore e ciò comporta che una parte rilevante delle prestazioni debba essere realizzata dall'offerente stesso, <<sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, **anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione**>>.

Da ciò, il giudizio espresso di norma nazionale sproporzionatamente rigorosa rispetto a quella comunitaria e di sussistenza, pertanto, di un caso di *goldplating*.

3. Segue: la nuova disciplina del subappalto e le problematiche ad essa connesse. L'Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre adottato dall'ANAC

La pronuncia della Corte di Giustizia UE, per cui l'art. 105, comma 2 del nostro Codice dei contratti è incompatibile sotto i profili sopra descritti con la direttiva comunitaria, parrebbe comportare che, in teoria, qualunque impresa che volesse subappaltare anche il cento per cento dell'appalto ad altra impresa abbia la possibilità di farlo. Le stazioni appaltanti, in tal caso, dovrebbero limitarsi a disapplicare in automatico la normativa nazionale difforme.

Tuttavia, non è facile che gli operatori del settore disapplicino *tout court* una disposizione in vigore quale è l'art. 105 comma 2, del Codice, tra l'altro recentemente modificata proprio dallo Sblocca Cantieri, a dimostrazione del fatto che il legislatore italiano è restio ad accettare l'eliminazione di qualunque limitazione al subappalto.

Peraltro, non è chiara la portata di tale pronuncia in quanto la stessa è scaturita da un ricorso riferito ad una procedura sopra soglia. Ci si chiede infatti se i medesimi ragionamenti ivi svolti possano valere per le procedure sotto soglia, nelle quali la volontà di tutelare le piccole e medie imprese può non necessariamente passare attraverso l'uso

indiscriminato dello strumento del subappalto. Si tratta quindi di una pronuncia che lascia ancora aperte molteplici questioni.

Di più: è la stessa ANAC ad assumere un atteggiamento quantomeno attendista, se non di vera e propria tutela del diritto interno, laddove, con il Comunicato del Presidente del 23 ottobre, afferma che <<il paragrafo 9 "Subappalto" (del Bando-tipo n. 1, ndr) non è conforme all'art. 1, comma 18, l. 55/2019 **in quanto fino al 31 dicembre 2020 il limite massimo della quota subappaltabile è pari al 40% dell'importo complessivo del contratto**>>.

Poco dopo l'emanazione del Comunicato del Presidente del 23 ottobre, l'ANAC tratta nuovamente il tema dei limiti al subappalto nell'Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre scorso con il quale propone al Parlamento e al Governo un intervento normativo urgente volto ad adeguare la disciplina del diritto interno alle indicazioni provenienti dalla sentenza della Corte di Giustizia UE pronunciata ad esito della causa C-63/18.

In altri termini, l'ANAC suggerisce alle stazioni appaltanti di adeguare i propri bandi di gara alla nuova disciplina nazionale che aumenta – ma non elimina del tutto – la soglia massima della quota di appalto subappaltabile.

Immediatamente dopo questa presa di posizione, tuttavia, l'Autorità ha anche adottato un atto di segnalazione³ rivolto al Parlamento e al Governo al fine di proporre un'urgente modifica normativa inerente proprio la disciplina del subappalto, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia

europea sopra vista.

Nel citato Atto di segnalazione, l'Autorità fa una rapida disamina delle norme in tema di subappalto che si sono succedute nell'ordinamento italiano e rammenta che <<la finalità della più stringente norma nazionale rispetto a quella prevista dal legislatore comunitario è sempre stata, (...), quella della tutela degli interessi generali di primaria importanza della sostenibilità sociale, dell'ordine e della sicurezza pubblici, in un contesto – quello

3. Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1035 del 13.11.2019, nell'esercizio del potere di cui all'art. 213, comma 3, lett. d) D. Lgs. n. 50/2016.

del subappalto – in **cui i maggiori rischi di infiltrazione criminale e di condizionamento dell'appalto si associano a minori capacità di controllo e verifica dei soggetti** effettivamente coinvolti nell'esecuzione delle commesse>>.

In altri termini, il legislatore nazionale ha sempre voluto limitare il ricorso al subappalto, pur consapevole del fatto di discostarsi sotto questo aspetto dal legislatore comunitario, perché mosso da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro. Lo stesso Consiglio di Stato aveva a suo tempo avallato tale condotta, non qualificandola come un ingiustificato *goldplating*.

Al momento dell'emanazione del decreto Sblocca Cantieri, l'ANAC aveva in realtà evidenziato che l'innalzamento (temporaneo) della quota di affidamento subappaltabile (dal 30 al 50 per cento, poi scesa al 40 per cento in sede di conversione del decreto legge) e la completa eliminazione della verifica dei requisiti del subappaltatore in gara non parevano concretamente rispondere appieno alle osservazioni avanzate in sede di procedura di infrazione⁴ sollevata dalla Commissione europea.

Infatti, l'assenza di un limite al subappalto è bilanciata, nel diritto comunitario, dalla necessità di prevedere nella *lex specialis* di gara l'obbligo per i concorrenti di indicare in offerta l'eventuale loro volontà di subappaltare e i subappaltatori proposti, così da mettere la stazione appaltante in condizione di verificare la loro capacità, integrità e serietà. Per contro, le modifiche introdotte dallo Sblocca Cantieri hanno ridotto – ma non eliminato – i limiti per il subappalto

senza, tuttavia, adottare alcun accorgimento per la verifica in sede di gara dei subappaltatori, in quanto la loro individuazione e le conseguenti verifiche del possesso dei requisiti in capo ad essi restano confinate alla fase esecutiva.

Nel documento in esame, l'ANAC ripercorre i passaggi cruciali della sentenza della Corte europea e rileva che, in presenza di obblighi informativi e di adempimenti procedurali già esistenti nell'ordinamento interno, per i quali l'impresa subappaltatrice può essere assoggettata a controlli analoghi a quelli previsti per l'aggiudicatario, <<il limite al subappalto **non** costituisce lo strumento più efficace e utile per assicurare l'integrità del mercato dei contratti pubblici>>.

Al contrario, poiché la stazione appaltante è in grado di conoscere in anticipo le parti dell'appalto che si intendono subappaltare e l'identità dei subappaltatori proposti e, conseguentemente, è nelle condizioni di verificarne l'integrità morale e professionale mediante i controlli sul possesso dei requisiti di qualificazione e l'assenza dei motivi di esclusione, l'introduzione di un limite generalizzato e astratto per il ricorso al subappalto appare ingiustificato e sproporzionato rispetto al fine che si intende perseguire.

Infatti, secondo la Corte di Giustizia, come già detto, il problema del limite quantitativo si fonda sul fatto che la disciplina interna non lasci alcuno spazio a valutazioni caso per caso da parte della stazione appaltante circa l'effettiva necessità di una restrizione al subappalto

stesso, in considerazione delle circostanze concrete.

**Per trovare un
contemperamento tra la
posizione espressa dalla
Corte di Giustizia e le
esigenze di ordine pubblico
e trasparenza perseguite dal
legislatore italiano, l'ANAC
propone di prevedere la
generale ammissibilità del
subappalto, con obbligo di
motivare adeguatamente
eventuali limiti al subappalto
in relazione allo specifico
contesto di gara.**



4. Ci si riferisce alla procedura di infrazione n. 2018/2273 mossa all'Italia a gennaio del 2019, riguardante la mancata conformità del quadro giuridico italiano ante Sblocca Cantieri alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici e vertente su una serie di aspetti, quali il valore stimato degli appalti, le cause di esclusione, le opere di urbanizzazione e, appunto, i limiti al subappalto.

L'ANAC dunque evidenzia che la **regola generale** dovrebbe essere <<quella del **subappalto senza limitazioni quantitative a priori**, al chiaro fine di favorire l'ingresso negli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza in gara>>.

Dovrebbero, però, essere previsti alcuni accorgimenti e contrappesi per garantire contestualmente la tutela dell'ordine pubblico e scongiurare il rischio di infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche.

Rileva infatti l'Autorità che, pur avendo la Corte europea censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno, **non sembra aver stabilito la possibilità per gli offerenti di ricorrervi in via illimitata**. Anzi, <<è di tutta evidenza - commenta ANAC - che il subappalto dell'intera prestazione o quasi, (...), snaturerebbe il senso dell'affidamento al contraente principale, dovendosi in tal caso favorire (...) la partecipazione diretta alla gara da parte di tali soggetti, con assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante>>.

Poiché anche la Direttiva parla di "parti" dell'appalto da subappaltare a terzi, la stessa lascia intendere che la regola generale sia quella del subappalto di una porzione e non dell'intera commessa.

Per trovare un contemperamento tra la posizione espressa dalla Corte di Giustizia e le esigenze di ordine pubblico e trasparenza perseguite dal legislatore italiano, l'ANAC propone di prevedere quale regola generale l'ammissibilità del subappalto, richiedendo alla stazione appaltante l'obbligo di motivare adeguatamente un eventuale limite ad esso in relazione allo specifico contesto di gara, senza, quindi, porre limitazioni generali e astratte che avrebbero l'effetto di restringere in modo

eccessivo e ingiustificato la concorrenza.

In tal senso, le limitazioni al subappalto potrebbero, ad esempio, essere ricondotte a motivazioni afferenti lo specifico settore economico o merceologico di riferimento; la natura - prevalente o accessoria - della prestazione; il valore e la complessità del contratto.

Ancora, una limitazione alla subappaltabilità potrebbe essere giustificata da specifiche esigenze di unitarietà dell'appalto, che ne sconiglino la parcellizzazione, per esempio per ragioni di prevenzione di fenomeni corruttivi o criminosi di cui sussista un particolare rischio in quel dato contesto.

Altre specifiche motivazioni che potrebbero essere adottate dalla stazione appaltante per limitare il ricorso al subappalto potrebbero essere eventuali ragioni di sicurezza alla luce delle specificità del cantiere, in quanto la presenza di diversi lavoratori appartenenti a più imprese potrebbe aumentare i rischi di scarso coordinamento nell'applicazione delle doverose misure di tutela del lavoro. Infine, restrizioni al subappalto potrebbero trovare fondamento nel limitato numero di operatori economici qualificati o dei possibili partecipanti, proprio al fine di promuovere la più ampia concorrenza, atteso che la presenza di uno o più subappaltatori potrebbe favorire accordi spartitori

in fase di gara.

L'Autorità raccomanda dunque il bilanciamento tra una più ampia possibilità di ricorrere al subappalto e le esigenze di trasparenza e di garanzia di affidabilità degli operatori economici affidatari degli appalti, soprattutto per commesse di rilevante entità.

La proposta di modifica legislativa avanzata da ANAC è quella di prevedere la generale subappaltabilità degli appalti, ponendo limiti eventuali e adeguatamente motivati solo entro determinate soglie. In tale ambito si confermerebbe l'attuale sistema della mera indicazione della intenzione di subappaltare alcune parti del contratto con verifica del subappaltatore in fase di autorizzazione. Oltre tali soglie, in assenza di limiti alla generale ammissibilità del subappalto, si potrebbe prevedere la verifica obbligatoria dei subappaltatori già in fase di gara.



A tal fine, le nuove norme potrebbero introdurre l'obbligo di indicare i subappaltatori già in fase di gara così da permettere alla stazione appaltante di effettuare le opportune verifiche preventive sui soggetti incaricati, che si aggiungerebbero e non si sostituirebbero a quelle previste in fase esecutiva, propedeutiche all'autorizzazione al subappalto di cui all'art. 105, comma 4, del Codice.

<<In sostanza, - propone l'ANAC - in caso di limiti al subappalto adeguatamente motivati ma entro determinate soglie, si potrebbe confermare l'attuale sistema della mera indicazione della intenzione di subappaltare alcune parti del contratto e di verificare il subappaltatore in fase di autorizzazione. **Oltre determinate soglie, invece, si potrebbe prevedere la verifica obbligatoria dei subappaltatori anche in fase di gara**>>.

Sopra soglia, l'ordinamento potrebbe anche ammettere la facoltà per il concorrente di indicare un elenco di subappaltatori potenziali entro un determinato (e limitato) numero, così da garantire, da un lato, i necessari controlli e, dall'altro, di contenere gli oneri dichiarativi gravanti sulle imprese e gli adempimenti di verifica in capo alle stazioni appaltanti.

Sempre in tema di subappalto, proseguendo nella disamina del Comunicato del Presidente ANAC del 23 ottobre scorso, si legge che l'art. 1, comma 18, L. n. 55/2019 ha disposto sino al 31 dicembre 2020 la sospensione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in gara⁵ e delle verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 D.lgs. n. 50/2016, riferite al subappaltatore. Pertanto, nel paragrafo 15.2 del Bando-tipo n. 1, riferito al DGUE, l'indicazione dei tre subappaltatori deve ritenersi automaticamente sospesa così come devono ritenersi sospesi, conseguentemente, sia l'obbligo di allegare per ciascun subappaltatore la documentazione indicata nel Bando-tipo che le verifiche in sede di gara sui subappaltatori.

4. Le altre novità dello Sblocca Cantieri e le clausole del Bando-tipo non conformi: l'inversione procedimentale, le modifiche agli obblighi di pubblicazione, la Commissione giudicatrice, le clausole sociali

Un'altra rilevante modifica introdotta dallo Sblocca cantieri ed esaminata dall'ANAC nel Comunicato del 23 ottobre è la c.d. inversione procedimentale delle fasi di gara. Tale istituto era già previsto nel Codice con riferimento ai settori speciali. L'art. 133, comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016 infatti prevede che <<nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che **le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti**.

Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice>>.

Nella versione definitiva dello Sblocca cantieri tale norma è stata estesa in via provvisoria, ovvero fino al 31 dicembre 2020, anche alle procedure aperte bandite nei settori ordinari.

Di conseguenza, il paragrafo 19 del Bando-tipo n. 1 riguardante lo svolgimento operazioni di gara e il paragrafo 21 "Apertura delle buste B e C, - Valutazione delle offerte tecniche ed economiche", primo capoverso, devono essere letti alla luce di tale estensione. Per tutte le gare bandite entro il 31 dicembre 2020, le stazioni appaltanti potranno prevedere nei bandi che l'esame delle offerte preceda la verifica dell'idoneità degli offerenti.

In disparte le valutazioni sull'opportunità di tale scelta da parte delle stazioni appaltanti: la stessa appare, invero, un po' rischiosa in quanto se, da

5. Obbligo previsto dall'art. 105, comma 6, D.lgs. 50/2016 e dall'art. 174, comma 2, terzo periodo, D.lgs. 50/2016.

un lato, essa avrebbe il merito di accelerare la procedura di affidamento nelle situazioni in cui il miglior offerente è in regola, dall'altro si rischia, in caso contrario, di perdere più tempo nel valutare offerte che avrebbero dovuto essere escluse sin dal principio per carenza dei requisiti generali o speciali, e di dover scorrere la graduatoria alla ricerca di un concorrente che, oltre ad aver presentato una buona offerta, sia anche in regola con il possesso dei requisiti, vanificando alla fine lo scopo del legislatore⁶.

Altra novità riguarda gli obblighi di pubblicazione ai fini della trasparenza sanciti dall'art. 29 del Codice.

L'art. 1, comma 20, lett. d) della L. 55/2019 ha, come è noto, soppresso il secondo, terzo e quarto periodo della citata disposizione⁷.

Non è dunque più obbligatoria la pubblicazione, sul sito istituzionale del committente, del provvedimento contenente l'elenco degli ammessi e degli esclusi alla fase di valutazione tecnico-economica. Per tale ragione, il presidente ANAC nel suo Comunicato specifica che non è conforme alla suddetta previsione il paragrafo 19 del Bando-tipo n. 1, concernente le

modalità di svolgimento delle operazioni di gara, e, più precisamente, il terzo capoverso, lett. d), in cui il Bando prevede che il RUP o il seggio di gara adotti <<il provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni dalla procedura di gara, provvedendo altresì agli adempimenti di cui all'art. 29, comma 1, del Codice>>.

Resta comunque fermo l'obbligo – sancito dall'art. 76, comma 5 del Codice – di comunicare via pec l'esclusione ai concorrenti interessati e, pertanto, il relativo provvedimento deve essere comunque adottato.

Ancora, l'art. 1, comma 1, lett. c), della L. n. 55/2019 ha sospeso fino al 31 dicembre 2020 l'obbligo sancito dall'art. 77, comma 3, del Codice di scegliere i commissari di gara tra gli esperti iscritti all'Albo nazionale tenuto dall'ANAC.

La conseguenza è che è stato sostanzialmente esteso il periodo transitorio già previsto dall'art. 216, comma 12, d.lgs. 50/2016 di perdurante vigenza della vecchia disposizione in tema di composizione delle Commissioni giudicatrici. Ciò significa che la previsione del Bando-tipo, redatta tenuto conto della disposizione transitoria, resta valida, salvo

Il Comunicato del Presidente ANAC affronta altri temi su cui lo Sbocca Cantieri ha apportato rilevanti modifiche ed evidenzia la necessità di rendere compatibili ad esse le corrispondenti clausole del Bando-tipo. È il caso, ad esempio, dell'inversione procedimentale, degli obblighi di pubblicazione e della composizione delle Commissioni giudicatrici.



6. Merita un cenno, perché connesso seppure indirettamente alle modifiche apportate dall'inversione procedimentale all'ordinario svolgimento delle operazioni di gara, una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, la sentenza n. 7270 del 24.10.2019, V Sez., di segno opposto rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale, per cui la mancata lettura in seduta pubblica dei punteggi tecnici (già assegnati e verbalizzati) prima dell'apertura dell'offerta economica non costituisce motivo di illegittimità della procedura.

7. Le disposizioni sopresse così recitavano: <<al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione>>.

ulteriori sospensioni, fino al 31 dicembre 2020⁸.

Infine, il Presidente ANAC richiama l'art. 50 del Codice dei contratti nella parte in cui prevede espressamente che le stazioni appaltanti inseriscano nei propri bandi, 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.

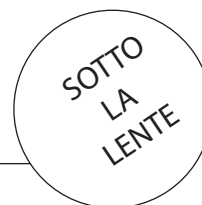
In merito, allo scopo di fornire alle stazioni appaltanti uno strumento utile di supporto, l'ANAC ha recentemente approvato le Linee Guida n. 13, aventi ad oggetto proprio la disciplina delle clausole sociali⁹. Il Presidente invita pertanto le stazioni appaltanti ad adattare il paragrafo 24 del Bando-tipo alle predette Linee Guida.

8. Si tratta del paragrafo 20 "Commissione giudicatrice" primo capoverso, (pag. 43), in cui si dice espressamente che, al momento della piena operatività dell'Albo nazionale dei Commissari, le prescrizioni del Bando-tipo saranno appositamente aggiornate.

9. Approvate con delibera ANAC n. 114 del 13 febbraio 2019.

Appalti e accesso civico “universale”

di Stefano Usai



Premesse

Il presente contributo cerca di dar conto della particolare situazione delineatasi circa la questione dell'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato agli atti della gara d'appalto (e dell'esecuzione del contratto).

L'aspetto di particolare rilievo, che crea non pochi problemi al RUP, è che a livello di Consiglio di Stato si è replicato il contrasto giurisprudenziale esistente a livello di giudici di primo grado.

Come si vedrà, l'orientamento dei TAR è diviso tra giudici che sostengono la perfetta soggezione del codice dei contratti alle norme in tema di accesso civico generalizzato (art. 5, comma 2, del decreto legislativo 33/2013 come modificato dal decreto legislativo 97/2016) e chi invece ne sostiene l'inapplicabilità.

Il Consiglio di Stato ha dapprima preso una posizione favorevole all'orientamento (probabilmente) maggioritario che afferma l'applicabilità ed al contempo, con la sentenza più recente ha sostenuto l'esatto contrario.

Nel contributo ci si limiterà alla sintesi di questi interventi evidenziando, però, che la posizione ultima assunta – ovvero la sostenuta inapplicabilità dell'accesso civico universale agli appalti – oggettivamente sembra quella maggiormente condivisibile.

1. L'accesso

Necessaria premessa, prima dell'analisi della questione principale è quella sulla vigenza nell'ordinamento di tre fattispecie di accesso, come spiegato dalla stessa giurisprudenza (1).

Come anche chiarito dalle linee guida ANAC espressamente dedicata all'accesso civico generalizzato, con la determinazione n. 1309/2019, è possibile distinguere, in primo luogo il (tradizionale) accesso documentale - a cui fa riferimento anche l'articolo 53 del codice dei contratti -, di cui agli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990, la cui finalità consiste nel "porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui

sono titolari" Accesso, pertanto, che esige rigorosi "requisiti" legittimanti (2).

L'accesso civico generalizzato deve essere tenuta distinta dall'accesso civico "semplificato" (sempre secondo le espressioni utilizzate dall'ANAC) delineato nell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo n. 33/2013 che introduce l'obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, "nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione", che "rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza" (3).



1. Cfr, tra le diverse, la sentenza del T.A.R. Trento n. 21/2017.

2. In particolare, nel documento dell'ANAC si legge che "la legge 241/90 esclude, inoltre, perentoriamente l'utilizzo del diritto di accesso ivi disciplinato al fine di sottoporre l'amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato, oltre che quello "semplice", è riconosciuto proprio "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico". Dunque, l'accesso agli atti di cui alla l. 241/90 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi. Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni. In sostanza, come già evidenziato, essendo l'ordinamento ormai decisamente improntato ad una netta preferenza per la trasparenza dell'attività amministrativa, la conoscibilità generalizzata degli atti diviene la regola, temperata solo dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi (pubblici e privati) che possono essere lesi/pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni. Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato".

3. Sentenza citata nota 6. Nelle linee guida ANAC, a proposito della distinzione tra le due fattispecie di accesso civico si legge che "l'accesso generalizzato non sostituisce l'accesso civico "semplice" (d'ora in poi "accesso civico") previsto dall'art. 5, comma 1 del decreto trasparenza, e disciplinato nel citato decreto già prima delle modifiche ad opera del d.lgs. 97/2016. L'accesso civico rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempienza. I due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a "chiunque", indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono quindi destinati a muoversi su binari differenti, come si ricava anche dall'inciso inserito all'inizio del comma 5 dell'art. 5, "fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria", nel quale viene disposta l'attivazione del contraddittorio in presenza di controinteressati per l'accesso generalizzato. L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3)".

Si giunge quindi, alla fattispecie evoluta del FOIA con l'accesso civico generalizzato, delineato nel comma 2 dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 33/2013 come modificato dal decreto legislativo 97/2016 secondo cui "chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5-bis".

Tale fattispecie (4) - "si traduce, in estrema sintesi, in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione" e risulta finalizzato (secondo quanto espressamente previsto dallo stesso art. 5, comma 2) a "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico".

2. La posizione della giurisprudenza di primo grado

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, del 5 giugno 2019 n. 3780 (favorevole, come si è anticipato all'applicazione dell'accesso universale alla materia degli appalti) prende atto dell'esistenza di materia di un duplice orientamento giurisprudenziale, un orientamento che poteva essere sostenuto come maggioritario secondo cui i documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. 50/2016 e pertanto restano esclusi dall'accesso civico c.d. generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013 ed il contrapposto - ma sicuramente minoritario - diverso orientamento per il quale, anche nella materia degli appalti deve riconoscersi l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato (nello stesso senso anche l'ANAC con il parere n. 317/2017).

Tra le prime pronunce ad affrontare la tematica che si inseriscono in quest'ambito, deve essere considerata la pronuncia del T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, n. 197/2018 (5).

Nel caso di specie, il concorrente, in relazione ad una gara per l'affidamento di un servizio di manutenzione e riparazione di automezzi di una ASL (a cui, peraltro, non aveva partecipato), presentava alla stazione appaltante la richiesta di accesso civico generalizzato per ottenere copia della documentazione di gara nella sua interezza ed in specie, "il contratto stipulato" ed "i documenti attestanti i singoli interventi, i preventivi dettagliati degli stessi, l'accettazione dei preventivi, i collaudi ed i pagamenti con la relativa documentazione fiscale dettagliata".

Il giudice, pur rammentando che la fattispecie presentava effettivamente limitati casi di esclusione, ne ravvisava una specifica nel caso in cui (come dispone il comma 3, dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 33/2013 come modificato dal decreto legislativo 97/2016) l'accesso risulti "subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990".

Si imponeva pertanto, come indagine propedeutica alla decisione, l'esigenza di focalizzare il rapporto tra l'inciso normativo appena riportato e l'ambito applicativo dell'articolo 53 del codice dei contratti. Considerazione propedeutica per chiarire se "la speciale disciplina contenuta nell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 (ivi ricompreso l'espresso richiamo all'applicabilità delle regole in materia di diritto di accesso ordinario) debba considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis".

A questo quesito il giudice - così come la maggior parte della giurisprudenza di primo grado successiva - risponde positivamente.

Secondo la sentenza sarebbe stato "lo stesso legislatore del 2016 a considerare e regolamentare l'ipotesi di discipline sottratte per *voluntas legis*, anche se precedente all'introduzione del nuovo istituto, alla possibilità di accesso generalizzato".

Il sistema normativo desumibile dall'articolo 53,

4. In questo senso, la sentenza citata nella nota 5.

5. Decisione annullata con la pronuncia del Consiglio di Stato in commento.

quindi, dovrebbe essere configurato come un una sorta di "complesso normativo chiuso" espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, "che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate".

Deve, pertanto, ritenersi esclusa – come si legge in sentenza - la possibilità di un accesso indiscriminato alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati.

In termini, sostanzialmente, analoghi – ma con ulteriori dettagli – si è espresso anche il TAR Marche, Ancona, sez. I, n. 677/2018.

Il giudice, come già avvenuto con la sentenza appena citata, esclude che l'accesso civico generalizzato possa essere utilizzato nei confronti degli atti dell'appalto, ivi compresi mandati di pagamento e provvedimenti relativi all'esecuzione del contratto.

La sentenza aderisce all'orientamento restrittivo del giudice emiliano evidenziando che la disciplina specifica del procedimento di accesso agli atti della gara costituisce uno dei casi di esclusione dall'accesso civico generalizzato ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 3, del decreto legislativo 33/2013.

Nel caso di specie, il diniego risulta fondato non solo (e non semplicemente) come ipotesi di esclusione dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla "materia" degli appalti ma per la circostanza che la motivazione – pur non necessaria nel caso di specie – risultava fondata non sugli scopi del

controllo sociale alla base del F.O.I.A. (e con le correlate finalità di prevenzione sull'attività della pubblica amministrazione) ma su un interesse meramente "egoistico" del richiedente.

Pur non essendo tenuto, infatti, il ricorrente nell'istanza precisava che la richiesta di accesso era finalizzata al reperimento di informazioni utili per la partecipazione ad una nuova gara bandita dalla stessa stazione appaltante.

La legittimazione, secondo il ricorrente, doveva ritenersi fondata dal "fatto di essere un operatore del settore, invitato fra l'altro alla nuova gara indetta" dalla stessa stazione appaltante.

Proprio questa motivazione, secondo quanto si legge in sentenza, l'istanza non poteva ritenersi condivisibile in quanto diretta a "distorcere" le finalità dell'accesso civico generalizzato.

In sentenza si puntualizza che l'istanza del ricorrente veniva espressa "in stretta correlazione con la nuova gara indetta dal Comune" risultando in realtà "finalizzata, non ad un controllo sul perseguimento di funzioni istituzionali o sull'utilizzo di risorse pubbliche" che costituisce l'autentica finalità di controllo sociale dell'accesso civico generalizzato.

In concreto, si è registrato il tentativo di un uso "distorso" della fattispecie che veniva azionata per "acquisire informazioni utili con riguardo all'esecuzione del precedente appalto (per esempio, al fine di verificare se la ditta controinteressata - che quasi certamente parteciperà alla nuova selezione - abbia commesso errori professionali gravi, tali da determinarne l'esclusione dalla nuova procedura)" (6).

6. Si trattava, semplificando, di un interesse strumentale ma con finalità essenzialmente "egoistiche". Circostanza, per cui, l'accesso civico generalizzato non potrebbe essere azionato. In questo stesso senso, in relazione non al procedimento d'appalto, ha avuto modo di esprimersi il TAR Puglia, Lecce, sez. III, con la sentenza n. 242/2019. Il ricorrente, esperito l'accesso documentale a dati afferenti il personale in servizio ai sensi della legge 241/90 - al fine di verificare eventuali disparità di trattamento -, ricevuto il rigetto si determinava ad adire il giudice riproponendo solo in fase di ricorso, la richiesta di ostensione degli atti ma per il tramite dell'accesso civico generalizzato. L'intento meramente "egosistico", emerge dalla sentenza, intenti possono essere perseguiti, evidentemente, solo con l'accesso documentale come disciplinato dalla legge 241/90 mentre, prosegue il giudice, la nuova fattispecie dell'accesso generalizzato non può tollerare un'interpretazione così estesa "da risultare abrogativa della Legge n. 241/1990". La disciplina dell'accesso civico generalizzato prevista dal comma 2 dell'articolo 5 del D. Lgs. n. 33/2013 "non può che essere interpretata come del tutto alternativa alla disciplina di cui alla legge n. 241/1990 e azionabile, da chiunque, solo in caso di un interesse alla legittima azione amministrativa e al suo controllo da parte della collettività e non nei casi in cui venga, invece, azionata una pretesa del singolo per suo esclusivo e concreto vantaggio". In sostanza l'istituto del F.O.I.A. "presuppone come implicita la rispondenza della richiesta stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica" e non può restare confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che non favorisce la partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischiando "di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto".

La richiesta, pertanto è stata respinta e ricondotta all'ambito naturale della legge 241/90 la cui legittimazione e fondamento – imprescindibili – costituiscono oggetto di valutazione nell'attività istruttoria del responsabile unico del procedimento. In tempi recenti questa posizione è stata ribadita dal T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, del 25 marzo 2019 n. 630.

Il ricorrente, nel caso trattato, ha proposto l'istanza di accesso ai "preventivi di spesa per i servizi di assistenza legale" per il recupero dell'evasione ed elusione tributaria richiamati nella determina dirigenziale di affidamento.

L'amministrazione comunale, per il tramite del proprio responsabile della trasparenza, respingeva la richiesta evidenziando che la stessa avrebbe dovuto essere presentata – in presenza di presupposti legittimanti tutti da dimostrare – sulla base dell'accesso documentale ai sensi dell'articolo 22 della legge 241/90.

Il giudice analizza il rapporto, in particolare, tra le due fattispecie di accesso civico. L'istanza non poteva essere riconducibile alla fattispecie "semplice" considerato che i preventivi oggetto di ostensione non risultavano allegati alla determinazione di affidamento, e ciò è valso ad escludere la richiesta dall'ambito applicativo dell'accesso civico "semplice".

La riflessione determinante, in generale, è che i preventivi (ovvero le proposte tecnico/economiche) devono essere considerati come documenti relativi alla "procedura

di affidamento ed esecuzione" dell'incarico affidato.

Ed in questo senso, aderendo al ragionamento espresso dal giudice emiliano (7) gli stessi atti dovevano ritenersi esclusi dall'accesso civico c.d. "generalizzato" di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013.

3. La posizione favorevole all'applicazione della fattispecie agli atti del procedimento d'appalto

Nell'orientamento opposto, peraltro minoritario, deve essere inserita la pronuncia Tar Campania, Napoli, sez. VI, n. 6028/2017.

Nel caso di specie, il ricorrente – un operatore economico - presentava istanza di accesso civico generalizzato al fine di poter "visionare ed estrarre copia degli atti della Direzione dei lavori e/o del RUP". Lo scopo, dichiarato nella richiesta, era quello di verificare se l'appaltatore avesse o meno eseguito correttamente l'esecuzione dell'appalto dei lavori assegnati.

La stazione appaltante respingeva la richiesta evidenziando, in primo luogo, come la stessa risultasse "ispirata da motivazioni diverse" rispetto a quelle di un concorrente non aggiudicatario, non conformandosi, neppure, allo spirito dell'accesso civico generalizzato né d'altra parte risultava una

posizione legittimante la richiesta del tradizionale accesso documentale (ai sensi della legge 241/90).

L'accesso civico generalizzato/ universale, in estrema sintesi, si sostanzia in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione" e risulta finalizzato (secondo quanto espressamente previsto dallo stesso art. 5, comma 2) a "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico".



7. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, n. 197/2018.

Il giudice non viene persuaso dal ragionamento della stazione appaltante. In sentenza, si rammenta che l'accesso civico - in generale - ha invece "lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico", pertanto, sotto questo profilo la richiesta di verificare aspetti dell'esecuzione del contratto rientra a pieno titolo "nella finalità voluta dalla legge di consentire un controllo sull'uso delle risorse pubbliche".

Ulteriore annotazione, prosegue la sentenza, è che una indagine sulle "reali motivazioni" di una richiesta di accesso civico generalizzato, in ogni caso, non è riconducibile ai compiti attribuiti alla pubblica amministrazione. L'istruttoria del responsabile del procedimento, infatti, deve "limitarsi a verificare che non ricorrano casi di esclusione previsti dalla legge".

Non vengono in rilievo, secondo la sentenza, neppure aspetti di tutela del know how dell'aggiudicatario, visto che si può ritenere sufficiente fornire - in queste circostanze - un riscontro al richiedente nei limiti di quanto richiesto considerato che l'accesso civico generalizzato può avere ad oggetto (a differenza dell'accesso ordinario) non solo documenti ma anche meri "dati e informazioni".

Ulteriori elementi sono rinvenibili nella posizione assunta dal TAR Lombardia (8) (che ha anche espresso, come visto sopra, riflessioni opposte).

Nel caso di specie, il ricorrente chiedeva l'ostensione delle offerte tecniche ed economiche e del piano finanziario relative ad "una procedura negoziata per l'affidamento in concessione mista di beni e servizi di interventi finalizzati all'efficienza energetica sugli edifici di proprietà comunale".

La sentenza chiarisce come non possa certamente affermarsi che il c.d. accesso civico non possa applicarsi ai procedimenti di appalto delle pubbliche amministrazioni di cui al vigente D.Lgs. 50/2016.

La sentenza chiarisce come non possa certamente affermarsi che il c.d. accesso civico non possa applicarsi ai procedimenti di appalto delle pubbliche amministrazioni di cui al vigente d.lgs. 50/2016. In particolare, la tesi non può ritenersi suffragata dal mero riferimento al comma 3 dell'art. 5 bis, secondo cui l'accesso civico è escluso "nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990".

In particolare, la tesi non può ritenersi suffragata dal mero riferimento al comma 3 dell'art. 5 bis, secondo cui l'accesso civico è escluso "nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990".

Invero, prosegue il giudice, tali "condizioni, modalità o limiti", devono in generale essere correlati sia al principio generale di trasparenza, quale affermato all'art. 1 dello stesso d. lgs. 50/2016, sia al fatto che

essi sono coordinati, nell'ambito della stessa previsione a "divieti d'accesso", e non a restrizioni di minor rilievo: la disciplina di cui al citato D.Lgs. 33/2013 costituisce, in definitiva, regola generale e le eccezioni alla medesima devono essere interpretate restrittivamente, per evitare la sostanziale vanificazione dell'intendimento del legislatore di garantire l'accesso civico.

8. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, con la sentenza n. 45/2019.

4. La posizione dell'ANAC

Non è senza rilievo annotare che in questo stesso senso, del resto si è già espressa l'ANAC con la deliberazione n. 317/2017.

In particolare con la delibera si puntualizza che "le disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrano nell'ambito dei limiti e delle condizioni alle quali è subordinato l'accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis del d.lgs. 33/13. Con riguardo a tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del d.lgs. 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.lgs 33/2013".

5. Le sentenze del Consiglio di Stato

Il pronunciamento del Consiglio di Stato n. 3780/2019 costituisce una svolta importante sul tema dei rapporti tra la fattispecie introdotta con il decreto legislativo 97/2016 (9) dell'accesso civico generalizzato (10) e gli atti del procedimento d'appalto intesi sia con riferimento alla fase pubblicistica ed i correlati atti che si inseriscono nella procedura sia con riferimento ai provvedimenti che rientrano più propriamente nella fase esecutiva, di gestione del contratto stipulato.

La novità di rilievo è la definitiva, ritenuta ammissibilità/applicabilità dell'accesso civico

generalizzato rispetto ad ogni atto che riguarda il procedimento di affidamento dell'appalto e della correlata fase di esecuzione del contratto. Statuizione che si pone in perfetta antitesi rispetto a quello che - pur con riferimento alla giurisprudenza di primo grado, come si vedrà più avanti, - costituiva senza dubbio l'orientamento maggioritario.

Posizione, dell'orientamento maggioritario, che - salvo limitatissime eccezioni - tendeva ad escludere l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti dell'appalto.

Il giudice di Palazzo Spada, in questa sentenza, in premessa si puntualizza come ai fini di una corretta decisione, si deve necessariamente muovere dalla lettura coordinata e dalla interpretazione funzionale degli art. 53 d.lgs. 50/2016, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. 33/2013.

Il dato oggettivo indiscutibile è che "il legislatore, attraverso l'introduzione dell'accesso civico generalizzato" ha inteso consentire l'accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, "ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione, a "chiunque", prescindendo da un interesse manifesto".

Condividendo il ragionamento dell'appellante, in sentenza si precisa che l'art. 5 bis, comma 3 del d.lgs. n. 33/2013, nel momento in cui precisa che l'accesso civico generalizzato è escluso fra l'altro nei casi previsti dalla legge "ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al



9. Decreto legislativo rubricato "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 132 dell'8 giugno 2016).

10. Secondo la terminologia usata dall'ANAC in particolare, nelle "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013 - Art. 5- bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14/03/2013 recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»" adottate con determinazione n. 1309/2016 pubblicata in nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 7 del 10 gennaio 2017. Secondo la definizione utilizzata nel documento citato l'accesso civico generalizzato "si traduce, in estrema sintesi, in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione".

rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti" intende far riferimento a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie".

Se ciò venisse disconosciuto, l'obiettivo del legislatore risulterebbe completamente frustrato con la consanguente esclusione dell'intera materia relativa ai contratti pubblici "da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione", impedendo, in questo modo, quelle "forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" che si intende promuovere ed alimentare a fini preventivi di comportamenti patologici.

Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirando all'attuazione dello stesso, identico principio non consente di intercettare la ragione per cui la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dall'ambito dei contratti pubblici.

In realtà, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/90 va interpretato alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013.

Il d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha introdotto l'accesso civico novellando l'art. 5 d.lgs. n. 33/2013, si è dichiaratamente ispirato al cd. "Freedom of information act" ha determinato il superamento del principio dei limiti soggettivi all'accesso, riconoscendolo *erga omnes*, con la sola definizione di un "numerus clausus" di limiti oggettivi, a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, che sono appunto precisati nello stesso art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33/2013.

L'intento del legislatore delegato è quello di "favorire

forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", promuovendo così "la partecipazione al dibattito pubblico".

In tale senso, esemplare, è quanto già annotato dallo stesso Consiglio di Stato (in sede di Commiss. Speciale 24 febbraio 2016 n. 515) che esprimendo un parere favorevole sullo schema di decreto legislativo, ha apprezzato, tra gli altri, due aspetti, che assumono rilevanza per la decisione, In primo luogo, le ipotesi di esclusione indicate già nel decreto legislativo 97/2016 (articolo 5-bis) devono intendersi come casi eccezionali non estensibili analogicamente. Ed il Collegio non ha ritenuto che all'art. 53 del "Codice dei contratti" nella parte in cui esso rinvia alla disciplina degli artt. 22 e seguenti della l. 241/90, possa avere legittimare una interpretazione nel senso di

ritenere esclusa dall'accesso civico della materia degli appalti pubblici. In realtà, la recente normativa "sconta un mancato coordinamento" rispetto alle disposizioni sul procedimento amministrativo (legge 241/90 e succ. modif.), "a causa del non raro difetto, sulla tecnica di redazione ed il coordinamento tra testi normativi, in cui il legislatore incorre".

Per superare tale carenza di coordinamento occorre affidarsi ad una interpretazione non statica ma "costituzionalmente

orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso allorché, intervenuta la disciplina del d.lgs. 97/2016" valorizzando un impatto "orizzontale" dell'accesso civico, che deve ritenersi non limitabile (e non limitato) da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto). Ciò che può determinare limitazioni, all'accesso civico generalizzato, in definitiva potrebbe essere ravvisato solamente in prescrizioni "speciali" purchè interpretate restrittivamente. Ipotesi che, come si diceva, "la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno".

Ulteriore questione - per evitare di giungere

Per l'ANAC il diritto di accesso civico generalizzato può essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del d.lgs. 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.lgs. 33/2013"



a conclusioni opposte (ovvero per evitare la legittimazione di un "eccesso" di accesso agli atti della pubblica amministrazione) - è che la recente legislazione, prosegue la sentenza, "non ha certo regolato positivamente il diritto di chiunque ad accedere agli atti per mera curiosità o per accaparrarsi dati sensibili" nè ha consentito un "libero" accesso alla ordinaria "segretezza aziendale".

Con riferimento specifico al procedimento d'appalto la questione si atteggia anche in modo differente considerato che, a gara conclusa viene meno la tutela della "par condicio" dei concorrenti, e l'accesso civico generalizzato può dispiegare la sua funzione generale che introduce nel nostro ordinamento forme di "controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 5 co. 2 cit. d.lgs. 33).

Rafforza poi la tesi dell'ammissibilità dell'accesso civico, nella materia degli appalti, l'esigenza specifica e più volte riaffermata nell'ordinamento statale ed europeo, e cioè il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione (11).

Ciò risulta coerente con la posizione espressa

dalla Commissione Europea, che nella relazione concernente il contrasto alla corruzione in ogni ambito, sottolinea la necessità che l'ordinamento italiano promuova la trasparenza in ogni ambito, e particolarmente negli appalti pubblici "prima" ma anche "dopo l'aggiudicazione".

A tali indicazioni si è quindi ispirato lo stesso "Piano Nazionale Anticorruzione, proprio a partire dal 2016, anno di entrata in vigore del d.lgs. introduttivo dell'accesso civico".

L'ultimo inciso utile, al RUP e/o al responsabile della trasparenza (nel momento in cui si decide positivamente sulla richiesta di accesso) - della pronuncia -, è che nella richiesta di ostensione (il contratto stipulato con l'aggiudicatario; i preventivi dettagliati, i collaudi, i pagamenti "con la relativa documentazione fiscale dettagliata"), si presti particolare attenzione contingentando l'accesso solo a quella documentazione, inclusa quella fiscale, "strettamente relativa alla procedura di gara per cui è richiesto l'accesso civico, e alla

esecuzione dell'appalto". E quindi, solo quella funzionale a consentire il controllo diffuso sotteso alla fattispecie del F.O.I.A.

Per il Consiglio di Stato, sentenza 3780/2019, favorevole all'applicazione dell'accesso civico generalizzato agli atti dell'appalto, occorre affidarsi ad una interpretazione non statica ma "costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso allorché, intervenuta la disciplina del d.lgs. 97/2016" valorizzando un impatto "orizzontale" dell'accesso civico, che deve ritenersi non limitabile (e non limitato) da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto).



11. In sentenza viene valorizzato il richiamo al parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 (espresso sullo schema di decreto legislativo 97/2016) in cui si è chiarito che "la trasparenza si pone come un valore-chiave, in grado di poter risolvere uno dei problemi di fondo della pubblica amministrazione italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Tale valore può essere riguardato [...] come modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri [...]. In altri termini, se l'interesse pubblico - inteso tecnicamente come "causa" dell'atto e del potere amministrativo - non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità, occorre anche "rendere visibile" il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono [...] nonché rendere conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate".

6. Il nuovo approdo che nega l'applicabilità dell'accesso civico universale agli atti dell'appalto

Diverso è l'approccio della più recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503/2019. Secondo questa nuova, e definitiva posizione, per ritenere ammissibile l'accesso civico agli atti del procedimento d'appalto è necessario un intervento esplicito del legislatore non apparendo sufficiente – per ammetterne l'applicazione – evidenziare un mancato coordinamento tra norme (tra il decreto trasparenza ed il codice dei contratti).

La quinta sezione perviene, quindi, a soluzioni differenti rispetto alla terza sezione (sentenza n. 3780/2019) che, come visto, ha ammesso l'accesso civico generalizzato anche nella materia (e quindi agli atti della fase pubblicistica e civilistica) degli appalti.

Si premette in sentenza che nell'ambito delle tre fattispecie di accesso (documentale ai sensi della legge 241/90, accesso civico "semplice" e accesso civico generalizzato previsti nel decreto legislativo 33/2013) non è rinvenibile alcuna posizione di superiorità in quanto ciascuna fattispecie ha una specifica disciplina.

In particolare, l'accesso civico generalizzato non può essere considerato come fattispecie di "chiusura" che subentra qualora le altre fattispecie non possano essere applicate.

Nei rapporti reciproci, si rileva, "ciascuno opera nel proprio ambito, sicché non vi è assorbimento dell'una fattispecie in un'altra; e nemmeno opera il principio dell'abrogazione tacita o implicita ad opera della disposizione successiva nel tempo (...) tale che l'un modello di accesso sostituisca l'altro, o gli altri, in attuazione di un preteso indirizzo onnicomprensivo che tende ad ampliare ovunque i

casi di piena trasparenza dei rapporti tra pubbliche amministrazioni, società e individui".

L'aspetto che contraddistingue la pronuncia, che giunge come detto a soluzioni opposte (rispetto alla sentenza n. 3780/2019), è che nell'ambito del comma 3 dell'articolo 5 bis del decreto legislativo 33/2013 (in cui si prevedono i limiti all'accesso civico generalizzato) non opera una esclusione per "materie" ma, letteralmente, la norma individua in realtà dei "casi" – ovvero eccezioni assolute – in cui la trasparenza è costretta a recedere.

Si tratta di "casi" la cui individuazione è espressamente rimessa – per volontà del legislatore – ad altre disposizioni di legge, direttamente o indirettamente, richiamate dallo stesso comma 3 (sicché l'ampiezza dell'eccezione dipende dalla portata della normativa cui l'art. 5-bis, comma 3, rinvia).

Per la sentenza n. 5530/2019 (che esclude l'applicazione dell'accesso civico agli appalti), devono ritenersi sottratte dall'accesso generalizzato, i casi di segreto di Stato; i casi di divieti di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, i casi elencati nell'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (che, al suo interno, ricomprende intere materie), i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti".



In specie, devono ritenersi sottratte dall'accesso generalizzato:

- i casi di segreto di Stato;
- i casi di divieti di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, i casi elencati nell'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (che, al suo interno, ricomprende intere materie);
- i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti".

In tutte queste ipotesi, il RUP non deve operare alcun bilanciamento tra contrapposti interessi per verificare se l'accesso civico generalizzato debba o meno essere ammesso. Sono situazioni che in realtà trovano "altrove" una specifica disciplina ed a questa occorre rifarsi.

Più nel dettaglio, nel caso dell'accesso agli atti dell'appalto, è l'articolo 53 che contiene la specifica indicazione dei dati/elementi che, esclusivamente, possono legittimare l'ostensione.

In sentenza ben si chiarisce che le eccezioni riguardano tutte le ipotesi in cui vi sia una disciplina vigente che regoli specificamente il diritto di accesso, in riferimento a determinati ambiti o materie o situazioni, subordinandolo a "condizioni, modalità o limiti" peculiari, come nel caso degli appalti.

Il diritto di accesso agli atti della gara, pertanto, risulta espressamente perimetrato attraverso "il rinvio agli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e, quindi, mediante la fissazione delle deroghe del comma 2 (che elenca ipotesi di mero differimento) e del comma 5 (che elenca diverse ipotesi di esclusione assoluta ed un'ipotesi di esclusione relativa - quest'ultima dovuta all'eccezione alla lettera "a" posta dal comma 6)".

7. Limiti connaturati alla tipologia del procedimento

Secondo il giudice, si tratta di limiti che rispondono a scopi connaturati alla particolare tipologia di procedimento ad evidenza pubblica, quale quello di preservarne la fluidità di svolgimento (tanto da sottrarre i documenti procedurali, mediante il differimento, anche all'accesso che l'art. 10 della legge n. 241 del 1990 riconosce in ogni momento e fase ai partecipanti) e di limitare la possibilità

di collusioni o di intimidazioni degli offerenti. Per giungere, infine, anche al divieto di divulgazione di cui all'art. 53, comma 3.

Importanti anche le ulteriori considerazioni. Tra queste, l'affermazione secondo cui ammettere (sempre) l'accesso civico generalizzato in tema di appalti avrebbe per effetto quello di annullare le potenzialità (ed i limiti) dell'articolo 53 del codice. In sostanza, ogni soggetto avrebbe comunque accesso agli atti attraverso un utilizzo distorto della fattispecie del FOIA.

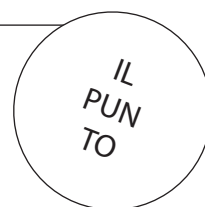
Ulteriore conseguenza è che le stesse stazioni appaltanti, se si affermasse la prevalenza dell'accesso civico generalizzato, subirebbero un notevole "incremento dei costi di gestione del procedimento di accesso" considerato che l'attuale "applicazione della normativa sull'accesso generalizzato, (...) si basa sul principio della gratuità (salvo il rimborso dei costi di riproduzione)".

Infine, il giudice ribadisce che la materia degli appalti risulta ben presidiata - sotto il profilo dei controlli e degli obblighi di trasparenza - dalle funzioni dell'ANAC e dalle previsioni (contenute nel decreto legislativo 33/2013) dell'obbligo di pubblicare, sostanzialmente, ogni atto/dato afferente i procedimenti di gara.

Gli istituti adottabili per la partecipazione alle gare al fine anche di acquisire, in parte, i requisiti: il subappalto, l'avvalimento, il raggruppamento temporaneo di impresa.

I riflessi nella loro applicazione su alcuni principi previsti, quale la rotazione degli inviti o l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti.

di Beatrice Corradi



Premessa

Il Codice degli appalti all'art. 45 definisce quali sono i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, dando una indicazione di operatore economico.

La lettura dell'articolo consente di conoscere in maniera precisa chi sia l'operatore economico in un'ottica ampia, di derivazione comunitaria, al fine di garantire la massima partecipazione. Ciò permette al concorrente di poter partecipare alle procedure anche nei casi in cui siano carenti i requisiti richiesti dall'amministrazione.

L'operatore economico è la persona fisica o giuridica, l'ente pubblico, il raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, gli enti senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati

membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice.

Rientrano quindi nella definizione di operatori economici gli imprenditori individuali, i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti secondo la norma di riferimento, gli imprenditori, i consorzi stabili, i raggruppamenti temporanei di concorrenti, i consorzi ordinari di concorrenti costituiti, le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

1. I raggruppamenti temporanei di impresa, l'avvalimento ed il subappalto, le finalità della massima apertura alle gare. La sentenza 26 settembre 2019 della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di subappalto

L'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016 distingue tre tipi di raggruppamento che, nel caso di "lavori", possono partecipare alle gare:

- 1) raggruppamento temporaneo di tipo verticale: quale riunione di operatori economici nell'ambito della quale, in caso di lavori scorporabili (definiti all'articolo 3, comma 1, lettera oo-ter, assumibili da uno dei mandanti), uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente;
- 2) raggruppamento di tipo orizzontale: quale riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria
- 3) raggruppamento misto, quando i lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate sono assunti da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

Il comma 3 precisa che, nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei "sono ammessi" se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento hanno i requisiti di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il legislatore, con le norme sopra indicate, ha attribuito alla Stazione Appaltante uno specifico potere discrezionale che, d'altronde, non comprende la possibilità di escludere il modulo partecipativo del raggruppamento o anche solo limitarlo nei suoi connotati essenziali.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici, anche di ridotte dimensioni, a gare di appalti di notevole entità.

La disciplina è diretta a garantire alle imprese un ampio margine di libertà di organizzazione dei fattori produttivi, con effetti strutturalmente pro-concorrenziali, nonché di garanzia dell'imparzialità,

della par condicio, di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità.

Questo perché la ratio del R.T.I. è quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti, consentendo ai soggetti privi dei requisiti necessari di partecipare singolarmente alla procedura competitiva oppure di accedervi in associazione con altri operatori economici, anche al fine di acquisire esperienze ed elementi curriculari da poter spendere in successivi affidamenti; non avrebbe, quindi, senso limitare la partecipazione alle sole ATI i cui membri siano già in possesso singolarmente dei requisiti di capacità economica di accesso; una clausola di tal guisa sarebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (così T.A.R. Campania, sez. IV, 28/08/2018, n. 5292).

Le disposizioni di cui sopra trovano un riferimento nell'art. 19 direttiva UE 2014/24/UE, ai sensi del quale <<gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto di cui trattasi. I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione>>.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è finalizzata, quindi, a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-

finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante (T.A.R. Lombardia, sez. IV, 11/12/2012, n. 3006).

L'istituto dell'avvalimento si pone, analogamente, come diretto a garantire alle imprese un ampio margine di libertà di organizzazione dei fattori produttivi, con effetti strutturalmente pro-concorrenziali, nonché di garanzia dell'imparzialità, della par condicio, di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità. Si tratta di un istituto "centrale" per la tutela della libera concorrenza e per l'applicazione del principio di "massima partecipazione".

Il principio del *favor participationis* alle pubbliche gare è corollario dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (ex art. 97 Cost.) e di libertà d'iniziativa economica (ex art. 43 Cost.) e l'avvalimento ne costituisce uno strumento.

Il diritto dell'Unione Europea prevede l'istituto dell'avvalimento in base al quale può essere riconosciuta, di regola, la facoltà di ciascuna impresa esecutrice di avvalersi di altre imprese per le quali possa attestare l'idoneità tecnica e la sussistenza di un vincolo giuridico che garantisca l'impegno a tenere fede all'obbligo assunto ai fini dell'esecuzione della propria prestazione.

Il Codice riporta all'art. 89, comma 1, esattamente quanto previsto dall'art. 63, comma 1, della direttiva 2014/24/UE, ovvero la possibilità per l'operatore economico di avvalersi delle capacità di altri soggetti in relazione alle "esperienze professionali pertinenti", a condizione, però, che siano questi ultimi a eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

La direttiva europea n. 2014/24/UE sulle procedure di affidamento degli appalti nei settori ordinari (art. 1, comma 1, lett. zz) ha previsto che l'istituto in questione deve essere disciplinato "nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto

di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto (...)". Da tale condizionamento particolarmente stringente sembra evincersi come l'intento del legislatore sia quello di fare un passo ulteriore in termini di concretezza del requisito esperienziale oggetto di avvalimento.

Alla stregua di tale disposizione, l'Autorità non ha ritenuto legittimo il ricorso all'avvalimento di requisiti rappresentati da "esperienze professionali pertinenti" quando il contratto di avvalimento non reca l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per i quali tali capacità sono richieste (Parere di Precontenzioso n. 221 del 01/03/2017; Parere di Precontenzioso n. 1343 del 20/12/2017). È stato ritenuto, infatti, che il contratto debba contenere tale impegno analogamente alla necessaria specifica indicazione delle risorse messe a disposizione che dà concretezza all'obbligo dell'ausiliaria di fornire all'ausiliata i mezzi necessari.

Nell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante, essendo, inoltre, prevista

una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante stessa, i cui limiti, sono, peraltro, discussi. Nel subappalto il soggetto responsabile verso l'amministrazione è la sola impresa appaltatrice, in quanto parte del

La ratio dell'istituto dell'avvalimento, quindi, assolutamente pro concorrenziale, trova esplicitazione e compimento nella fase di partecipazione alla gara a differenza del subappalto che ha come finalità il garantire l'esecuzione dell'appalto.



contratto (cfr ANAC 2012).

Il subappalto rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori mediante affidamento da

parte di un soggetto, già in possesso dei requisiti, ad un altro soggetto che realizzerà parte della prestazione ed esso non può superare i limiti previsti dalla disciplina speciale pubblicistica.

La ratio dell'istituto dell'avvalimento, quindi, assolutamente pro concorrenziale, trova esplicitazione e compimento nella fase di partecipazione alla gara a differenza del subappalto che ha come finalità il garantire l'esecuzione dell'appalto.

Proprio il tema del subappalto è stato oggetto di analisi con la sentenza 26 settembre 2019, causa C-63/18. in cui la Corte di Giustizia europea ha confermato l'anomalia della disposizione prevista dal D.lgs. n. 50/2016 che limita il ricorso al subappalto.

Secondo giurisprudenza costante in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile ed il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo.

La volontà del legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto, non può però comportare, è evidenziato, che gli Stati membri dispongano della facoltà di limitare tale ricorso.

In particolare il governo italiano, è indicato dalla Corte di Giustizia, sostiene che gli Stati membri possono prevedere misure diverse da quelle specificamente elencate nella direttiva 2014/24, al fine di garantire, in particolare, il rispetto del principio di trasparenza per limitare il coinvolgimento nelle commesse pubbliche delle associazioni criminali

Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione all'accesso all'appalto

eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che una normativa nazionale che limiti al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi contraddice con le finalità dell'istituto di non creare limiti alla partecipazione ed esecuzione alle gare.

Il Decreto 32/2019, c.d. Sbloccacantieri, alla luce delle modifiche della legge di conversione (l. 55/2019) prevede un parziale rivisitazione della disciplina del subappalto, eliminando in particolare l'obbligo della terna dei subappaltatori e alzando dal 30 al 40 per cento il limite

delle prestazioni subappaltabili (le modifiche se non confermate, verranno meno dal 31 dicembre 2020).

Secondo giurisprudenza costante in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile ed il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo.



2. Il principio di rotazione e gli istituti volti a garantire la partecipazione alla procedura. L'esempio del subappaltatore nella nuova procedura, operatore economico uscente nella precedente

Nelle Linee Guida Anac n. 4 il principio della rotazione è definito come segue "Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga

tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato.....

In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari..." Secondo il Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160 "Contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione e, tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione".

Per ultimo la sentenza del 5 novembre 2019 del Consiglio di Stato, è ancora più perentoria nel limitare l'accesso di soggetti precedentemente invitati e aggiudicatari "Se è vero che l'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50 cit. rimette alle Linee guida A.N.A.C. di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e che le Linee guida n. 4 nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 prevedevano (al punto 3.6) che "La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al

numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione", non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità

del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti".

Il principio di rotazione, presupposto ormai nelle procedure non aperte, deve essere messo a confronto con situazioni di fatto che possono venirsi a creare nell'ambito dello svolgimento di una procedura di gara, in cui non sono stati invitati l'uscente

o l'aggiudicatario fornitore.

Infatti, può accadere, che un operatore non invitato alla procedura, in quanto precedentemente invitato o aggiudicatario, risulti essere poi subappaltatore e quindi soggetto che fornirà, in parte, la prestazione ed avrà diretti, conseguentemente, contatti con l'Amministrazione (ad esempio con riferimento alla corresponsione dell'importo dovuto per le prestazioni dalli stessi eseguite).

Può accadere, che un operatore non invitato alla procedura, in quanto precedentemente invitato o aggiudicatario, risulti essere poi subappaltatore e quindi soggetto che fornirà, in parte, la prestazione ed avrà diretti, conseguentemente, contatti con l'Amministrazione (ad esempio con riferimento alla corresponsione dell'importo dovuto per le prestazioni

dalli stessi eseguite.

Il subappalto ha come finalità il garantire la

Può accadere, che un operatore non invitato alla procedura, in quanto precedentemente invitato o aggiudicatario, risulti essere poi subappaltatore e quindi soggetto che fornirà, in parte, la prestazione ed avrà diretti, conseguentemente, contatti con l'Amministrazione (ad esempio con riferimento alla corresponsione dell'importo dovuto per le prestazioni dalli stessi eseguite



L'obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni anticoncorrenziali da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.



massima partecipazione alle procedure, il principio di rotazione garantire una corretta ed equilibrata presenza nelle procedure di gara secondo una logica di alternanza negli affidamenti, evitando la formazione di rendite di posizione per perseguire così l'effettiva concorrenza.

Il principio di rotazione si applica nella fase degli inviti proprio per evitare che il gestore uscente, a fronte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa prevalere sugli altri operatori economici.

Infatti il principio di rotazione è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

Il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

L'obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni anticoncorrenziali da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.

In definitiva l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova

procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (cfr. Cons di Stato 12 giugno 2019, 3949; Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854; V, 31 agosto 2017, n. 4142).

A fronte di quanto sopra, tuttavia, si verificano casi in cui l'Amministrazione, in sede di offerta, viene a conoscenza del fatto che un precedente affidatario non invitato sarà il subappaltatore di una quota della prestazione che può essere individuata fino al 40% del valore complessivo.

Ciò in considerazione, in particolare, della posizione, ormai consolidata della giurisprudenza comunitaria, di rendere meno difficoltoso l'accesso alle piccole e medie imprese al fine di garantire l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Tale situazione può anche verificarsi mediante il ricorso all'avvalimento, quando il soggetto ausiliario mette a disposizione i propri requisiti ed eseguirà direttamente i servizi per tali capacità.

Gli istituti esaminati e la possibilità di accogliere modifiche soggettive rispetto all'iniziale soggetto aggiudicatario, rientrano nella esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere, tra l'altro, alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015).

Ciò per non l'ingiustamente "ingessare", senza alcuna valida ragione giustificativa, la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche. La libertà di iniziativa

Gli istituti del subappalto, dell'avvalimento e la possibilità di accogliere modifiche soggettive rispetto all'iniziale soggetto aggiudicatario, rientrano nella esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere, tra l'altro, alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato. Il principio di rotazione degli inviti trova, quindi, con il ricorso agli istituti citati, di fatto, una non applicazione completa e coerente rispetto alle relative finalità.

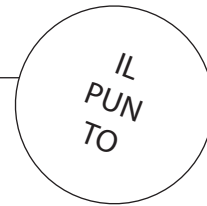


economica privata (art. 41 Cost.), ed il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), sono i presupposti per non ostacolare l'attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori (così, TAR Napoli, III, n. 7206/2018).

Il principio di rotazione degli inviti trova, quindi, con il ricorso agli istituti illustrati, di fatto, una non applicazione completa e coerente rispetto alle relative finalità.

Nota a margine della Deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Lombardia del 12/9/2019 n. 352. Sull'affidamento dei servizi di progettazione in assenza dei fondi per la realizzazione dell'opera pubblica

di Giuseppe Totino



Premessa

Il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito il legge 14 giugno 2019, n. 55, conosciuto come il decreto c.d. Sblocca Cantieri, ha previsto alcune specifiche norme in tema di affidamento dei servizi di progettazione - passate per certi versi sotto traccia - che ad una prima lettura sembrerebbero mal conciliarsi con gli obblighi di contingentamento delle spese imposto dai vincoli europei.

Si tratta nello specifico di due norme che consentono, in via derogatoria, di affidare a terzi ovvero internamente, il servizio di progettazione di alcune opere pubbliche anche in assenza della copertura finanziaria per la realizzazione dell'opera da progettarsi.

Le norme, rintracciabili ai commi 4 e 5 dell'articolo 1 del citato decreto, così recitano:

- *"Per gli anni 2019 e 2020 i soggetti attuatori di opere per le quali deve essere realizzata la progettazione possono avviare le relative procedure di affidamento anche in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione. Le opere la cui progettazione è stata realizzata ai sensi del periodo precedente sono considerate prioritariamente ai fini dell'assegnazione dei finanziamenti per la loro realizzazione".*

- *"I soggetti attuatori di opere sono autorizzati ad avviare le procedure di affidamento della progettazione o dell'esecuzione dei lavori nelle more dell'erogazione delle risorse assegnate agli stessi e finalizzate all'opera con provvedimento legislativo o amministrativo".*

È evidente il carattere derogatorio delle norme in parola, poiché capaci di incidere su uno dei cardini dei principi di buon andamento dell'agere amministrativo, per come applicabile alla programmazione e successivo affidamento di contratti pubblici, in quanto le citate norme consentono espressamente di bandire una procedura di gara per acquisire un qualsiasi livello di progettazione, anche qualora vi sia la disponibilità finanziaria esclusivamente per tale affidamento, quindi in assenza dei fondi per la realizzazione dell'opera.

Il contenuto della Deliberazione della Corte dei Conti emarginata nel titolo del presente contributo, ci offre l'opportunità di cogliere la portata prescrittiva delle disposizioni in materia di corretta attività di programmazione di una amministrazione, propedeutica alla realizzazione di un'opera pubblica.

**1. I principi espressi dalla Corte dei Conti.
Le pronunce più risalenti**

La magistratura contabile con la pronuncia in commento ha confermato la propria contrarietà alla costituzione del cosiddetto "parco progetti" cioè l'acquisizione, da parte delle amministrazioni, di una serie di progetti in vista di una futura ed incerta loro utilizzazione per l'eventuale realizzazione dei lavori oggetto della progettazione acquisita.

Secondo la Sezione Lombarda, infatti, l'affidamento degli incarichi di progettazione è oneroso sia sul piano procedurale, sia soprattutto sul piano contabile e pertanto erogare dei corrispettivi ad un soggetto all'uopo incaricato per acquisire progetti di opere pubbliche al solo fine di riporle in un cassetto e riservarsi solo successivamente se realizzarle o meno, sostanzierebbe un pagamento, a titolo di corrispettivo, di una prestazione di carattere oneroso, ma di discutibile utilità.

Invero, nulla di nuovo sotto al sole. Prima di addentrarci nei risvolti ermeneutici della recente Deliberazione lombarda, appare utile rammentare che l'orientamento a cui la Corte dei Conti ha mostrato di aderire, si palesa come del tutto in linea con la posizione assunta già da tempo dalla magistratura contabile, sin dall'emergere degli scandali e corrottele che hanno contrassegnato l'epilogo della nostra prima Repubblica.

La Corte dei Conti ha, spesso, additato la prassi invalsa in molte amministrazioni di affidare la sola progettazione in assenza della copertura finanziaria per la concreta realizzazione dell'opera,

come strumento di natura clientelare. Già negli anni '90, prima che tangente esplosivesse nel suo fragore mediatico, si rintracciavano pronunce della magistratura contabile siciliana¹ che sottolineavano come per "il Collegio, per un verso, nessuna censura poteva (n.d.r.) essere mossa alla deliberazione [...] di conferimento dell'incarico di progettazione: in effetti nessuna norma, all'epoca, prevedeva che per conferire un incarico di progettazione dovesse già essere a disposizione il relativo finanziamento o, comunque, la ragionevole possibilità (concetto alquanto indeterminato ed intrinsecamente aleatorio) di ottenerlo, né era necessario indicare con quali mezzi finanziari dovesse farsi fronte agli oneri di progettazione".

prassi assai diffusa che gli enti locali si dotassero del c.d. "parco progetti", purché conforme al piano triennale delle opere pubbliche, condizionando il pagamento dell'onorario all'ottenimento del finanziamento per il progetto medesimo, ancorché questo modus procedendi finisse per essere più uno strumento di gestione clientelare che degli interessi della collettività amministrata

Il medesimo collegio siciliano, rammentava che costituisse "difatti, prassi assai diffusa che gli enti locali si dotassero

del c.d. "parco progetti", purché conforme (come nel caso di specie) al piano triennale delle opere pubbliche, spesso condizionando il pagamento dell'onorario all'ottenimento del finanziamento per il progetto medesimo, ancorché questo modus procedendi finisse per essere più uno strumento di gestione clientelare che degli interessi della collettività amministrata".

In effetti, l'ordinamento giuridico non imponeva che in fase programmatica si dovesse tener presente della necessità di garantire ex ante la copertura finanziaria anche per i lavori, anzi, in alcuni casi, come chiarito nel 2002 dalla stessa Corte dei Conti, era *ius receptum* che "sulla base della legislazione vigente all'epoca (fino ai primi anni '90) la progettazione di massima poteva precedere l'attivazione dei finanziamenti necessari a finanziare l'opera pubblica finanziata"².

1. Corte dei Conti - Sez. giurisdizionale Sicilia - 16 marzo - 23 giugno 2000, n. 90
2. Corte dei Conti, Sez. II App. 10 aprile 2002, n. 122

Nello stesso periodo, la giustizia amministrativa, mostrava, in ogni caso, di aderire al medesimo orientamento della magistratura contabile, stabilendo in una celebre pronuncia che, in caso di mancato integrale finanziamento dell'opera che *"la progettazione di un'opera pubblica non può essere intesa come fine a se stessa, ma si ricollega alla concreta ed immediata possibilità di attuazione della stessa, anche al fine di assicurare la piena rispondenza del progetto alle condizioni di fatto e di mercato, allo stato dell'arte e della tecnica e all'interesse pubblico che l'opera intende soddisfare e che evidentemente non può essere valutato in termini di attualità. Infatti l'ordinamento positivo non prevede il c.d. parco-progetti, il quale consentendo alle amministrazioni di dotarsi preventivamente di progetti da utilizzare successivamente al verificarsi di necessarie condizioni, risponde essenzialmente a finalità di accelerazione degli interventi. Al contrario, l'ordinamento vigente risulta ispirato al criterio, rispondete al criterio di contenimento della spesa pubblica, secondo il quale la progettazione di un'opera pubblica non può andare disgiunta da una concreta ed immediata possibilità di realizzazione"* (cfr. Cons. Stato n. 113/1993).

Coerentemente con l'arresto anzi rammentato, la magistratura contabile ribadiva successivamente che *"la progettazione di un'opera pubblica non può costituire un'attività fine a sé stessa e svincolata dalle successive fasi di esecuzione dei lavori e finalizzazione dell'opera, con la conseguenza che l'affidamento di un incarico di progettazione va ontologicamente correlato non solo ad un'opera che sia stata programmata, ma anche ad un'indicazione sulla effettiva reperibilità delle risorse necessarie per la sua realizzazione. Risulta, altresì, indispensabile l'accertamento della fattibilità e della finanziabilità dell'opera pubblica,*

quale condizione minima e imprescindibile per il conferimento di un incarico di progettazione, al fine di evitare una spesa di denaro pubblico inutile" (vd. Corte dei conti Sicilia, Sez. App., 24/11/2008, n. 364).

Il principio anzi ricordato, pertanto, risulta essere un elemento ormai cardine del nostro ordinamento, posto al fine di garantire il rispetto del più generale criterio di diligenza, che deve sempre caratterizzare l'agere pubblico.

2. La motivazione della Sezione Lombardia

Invero, la Sezione della Regione Lombardia, fornisce alcuni spunti argomentativi ulteriori rispetto alle petizioni di principio appena ricordate, che vale la pena in questa sede approfondire.

La magistratura contabile, muove, infatti, dall'analisi dell'attuale assetto normativo in tema di programmazione di lavori pubblici, quale substrato argomentativo per giungere alle medesime conclusioni da tempo sottolineate.

Viene dunque evidenziato come l'analisi delle fattibilità dell'opera debba precedere o al più coincidere con la progettazione di primo livello, per evitare una spesa inutile di incarichi progettuali.

Viene ricordato che ai sensi dell'articolo 21, comma 3, del d.lgs. 50/2016, nella programmazione della prima annualità del programma triennale *"deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a*

contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici", con ciò sancendo la necessità di verificare l'adeguata

l'ordinamento positivo non prevede il c.d. parco-progetti, il quale consentendo alle amministrazioni di dotarsi preventivamente di progetti da utilizzare successivamente al verificarsi di necessarie condizioni, risponde essenzialmente a finalità di accelerazione degli interventi. Al contrario, l'ordinamento vigente risulta ispirato al criterio, rispondete al criterio di contenimento della spesa pubblica, secondo il quale la progettazione di un'opera pubblica non può andare disgiunta da una concreta ed immediata possibilità di realizzazione



copertura per la realizzazione delle opere individuate come prioritarie per il programma triennale.

L'articolo 23 del d.lgs. n. 50/2016, aggiunge la Sezione lombarda, nel prevedere che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici (progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo), pone l'accento sulla rilevanza della quantificazione delle spese per la realizzazione dell'opera e del relativo cronoprogramma.

La Sezione Lombardia ricorda, poi, che il d.m. 1 marzo 2019 (pubblicato in G.U. 25 marzo 2019, n. 71), attraverso le emende al d.lgs. n. 118/2011 - in tema di corretta appostamento e stanziamento di spese per investimento-, all'articolo 3, ha stabilito, sostanzialmente una stretta correlazione tra l'attività di programmazione delle amministrazioni con la relativa indicazione dei mezzi finanziari per realizzarla e progettazione.

Dalle modifiche introdotte - continua il Collegio contabile -, emerge che per la contabilizzazione, tra gli investimenti, delle spese per il livello minimo di progettazione, è necessario che i documenti di programmazione dell'ente, che definiscono gli indirizzi generali riguardanti gli investimenti e la realizzazione delle opere pubbliche (DUP, DEFR o altri documenti di programmazione), individuino in modo specifico l'investimento a cui la spesa di progettazione è destinata, prevedendone, altresì, le necessarie forme di finanziamento.

L'exkursus normativo richiamato, a detta della Sezione lombarda, induce a ritenere come vada "evidenziato che la progettazione di un'opera, seppur articolata secondo livelli, non può prescindere da un quadro trasparente e determinato a monte, relativamente alla sua realizzazione e, sotto il profilo contabile, relativamente aduna

chiara previsione ed effettiva contezza delle relative forme di finanziamento. La Sezione ritiene, pertanto, che il conferimento di un incarico relativo alle spese di progettazione, secondo le regole predette e da contabilizzare tra le spese di investimento, vada inserito nell'ambito di una effettiva e concreta programmazione dell'opera, ove, di conseguenza, anche le risorse e i mezzi finanziari complessivi da utilizzare devono essere conosciuti o conoscibili ex ante, con un grado di attendibilità tale da evitare che si faccia ricorso ad un affidamento - e quindi vengano utilizzate risorse pubbliche - non funzionalizzato al perseguimento di un concreto interesse pubblico".

La Sezione ritiene, pertanto, che il conferimento di un incarico relativo alle spese di progettazione, secondo le regole predette e da contabilizzare tra le spese di investimento, vada inserito nell'ambito di una effettiva e concreta programmazione dell'opera, ove, di conseguenza, anche le risorse e i mezzi finanziari complessivi da utilizzare devono essere conosciuti o conoscibili ex ante, con un grado di attendibilità



Da quanto sopra, emerge in totale limpidezza come, la legislazione vigente in tema di attività programmatoria, prima di poter affidare un servizio di progettazione sia necessario che i documenti di programmazione

dell'ente, che definiscono gli indirizzi generali circa il quadro esigenziale per gli investimenti in opere pubbliche, individuino in modo inequivoco l'investimento a cui la spesa di progettazione è destinata, prevedendone, altresì, le necessarie forme di finanziamento.

3. Conclusioni: quali margini di applicabilità delle norme dello sblocca cantieri?

L'analisi dell'attuale quadro normativo in materia di programmazione degli investimenti pubblici, per come divisato dalla Sezione lombarda della Corte dei Conti, ci induce, in conclusione, a spendere alcune considerazioni sulla reale portata delle norme recate nel decreto Sblocca Cantieri, in premessa riportate.

Di certo, non appare possibile propendere per una interpretazione per cui le citate disposizioni di cui all'articolo 1, commi 4 e 5, della legge 55/2019,

siano da considerarsi come un sovvertimento della regola generale, ora consacrata nella normativa prevista dal D.M. 1 marzo 2019, che impone la preventiva identificazione delle forme di finanziamento di un investimento per la realizzazione di una opera pubblica.

La portata delle disposizioni previste dalla Sblocca cantieri norme che consentono ai soggetti attuatori di opere pubbliche di affidare i servizi di progettazione anche in assenza di disponibilità finanziaria -, deve, invero, essere letta come derogatoria del principio generale esclusivamente per limitati e specifici casi:

1. *“le opere per le quali deve essere realizzata la progettazione”, senza la quale si perderebbero i relativi fondi;*
2. *“nelle more dell'erogazione delle risorse assegnate agli stessi e finalizzate all'opera con provvedimento legislativo o amministrativo”.*

A bene vedere, trattasi di due ipotesi assai bene identificabili e che contemplano, in ogni caso, in coerenza col quadro normativo contabile anzi delineato, la conoscibilità ex ante delle fonti di finanziamento per la concreta realizzazione dell'opera.

La prima ipotesi, sembra essere relativa ai casi in cui l'accesso alla fonte di finanziamento sia limitata nel tempo e che vi si possa accedere solo ove sia stata già acquisita la progettazione almeno di primo livello, in assenza della quale l'ente si troverebbe costretto a perdere ogni possibilità di realizzazione. L'affidamento dell'incarico di

progettazione, pertanto, in questa ipotesi è legittimato dalla necessità di evitare il rischio di riallocazione delle risorse inizialmente stanziato.

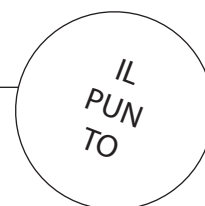
La seconda ipotesi, pare essere relativa al diverso caso in cui la fonte di finanziamento sia già stata identificata per via legislativa o amministrativa, ma per ragioni connesse ai ritardi nei trasferimenti o di erogazione delle somme sulla posta di bilancio, non sia disponibile la sorte capitale per la realizzazione dell'investimento. In tal caso, l'amministrazione può procedere all'affidamento della progettazione sulla base della liquidità presente sulla posta di bilancio, nelle more delle successive erogazioni previste dalla normativa applicabile.

Alla luce di quanto anzi rassegnato, le norme in commento, lungi da doversi ritenere come un avallo al ripristino della prassi invalsa sopra ricordata che, per finalità a volte non del tutto trasparenti, conduceva le amministrazione ad accumulare “parco progetti” nel cassetto, sono, invece, da considerarsi come degli strumenti utili apprestati dal legislatore per permettere di avviare le procedure di affidamento solo qualora la fonte di finanziamento possa comunque essere precisamente indicata negli strumenti di programmazione dell'ente, rispondente essenzialmente a finalità di accelerazione degli interventi.

Tale interpretazione appare, di fatto, essere l'unica coerente coi principi di buon andamento e contingentamento della spesa pubblica divisati dalla magistratura contabile.

Subappalto: nuova condanna della Corte di Giustizia sull'articolo 105 del Codice, norma sempre più da ripensare; il problema di come operare nel frattempo.

di Stefano de Marinis



1. La decisione: Corte di giustizia, sez. V, 27 novembre 2019, in causa C-402/18, sul c.d. Caso Tedeschi

A due mesi dalla sentenza sul "caso Vitali"¹, la Corte di Giustizia è tornata ad esprimersi sulla compatibilità della disciplina italiana del subappalto nei contratti pubblici rispetto al diritto comunitario, confermando la precedente pronuncia ed estendendo le relative censure alla previsione che, per legge, fissa un limite massimo al ribasso applicabile al subappaltatore sui prezzi unitari di aggiudicazione.

Trattasi della sentenza C-402/18, del 27 novembre 2019, sul "caso Tedeschi", che nasce dalla pretesa del secondo classificato ad una gara per l'affidamento di servizi di pulizia di revocarne gli esiti, in ragione del fatto che l'aggiudicatario aveva superato il limite del 30% nel ricorso all'attività di

terzi e che, all'atto della verifica dell'offerta, ne aveva giustificato i contenuti allegando l'utilizzo di subappaltatori che, in quanto cooperative sociali, godevano di agevolazioni in grado di assicurare riduzioni sul costo del lavoro al di sopra del limite del 20% previsto dall'articolo 105, comma 14, del Codice dei contratti di cui al d.lgs.50/2016, per l'autorizzazione del sub affidamento².

Coerentemente con quanto sempre ritenuto in sede comunitaria rispetto alla legislazione nazionale, i giudici di Lussemburgo hanno condannato non già il diritto del committente a sindacare l'offerta presentata, o i termini delle giustificazioni rese sui relativi contenuti, bensì la previsione codicistica che vincola, in modo generale e astratto, l'esercizio di attività discrezionale in capo alle stazioni appaltanti, riducendo o azzerando ogni ambito valutativo in rapporto alle fattispecie che, di volta in volta, sono destinate a venire in evidenza.

1. Trattasi della decisione della Corte di giustizia, sez.V, 26 settembre 2019, in causa C-63/18, già commentata sul precedente numero 8/2019 di Questa Rivista, pag.7.

2. La pronuncia origina dall'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, VI Sezione, 11 giugno 2018, n.3553, in sede di appello sulla sentenza del Tar Lazio - Roma, Sezione III, n.12511/2017, che ha sottoposto alla Corte di Giustizia il seguente quesito: "se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 25 della Direttiva 2004/18 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e 71 della Direttiva 2014//24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118 commi 2 e 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento".

2. Oltre ai limiti quantitativi, viola la disciplina UE anche il tetto di legge al ribasso applicabile ai corrispettivi del subappalto

La Corte, infatti, ha testualmente stabilito che *osta* all'applicazione del diritto comunitario la normativa nazionale che: a) *limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi*; b) *limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione*.

Orbene, mentre il primo punto della pronuncia, come accennato, non costituisce novità rispetto alla decisione sul caso Vitali, i cui contenuti sono già stati fatti oggetto di analisi alla quale si fa qui integrale rinvio³, il secondo pone problematiche operative nuove, anche integrative rispetto ad alcune delle conclusioni basate sulla precedente decisione; ciò nonostante la sentenza C-402/18 riguarda la disciplina *ante* Codice, in specie l'articolo 118, del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 (Codice c.d. de Lise).

3. La pronuncia riguarda la disciplina previgente, ma le sue indicazioni valgono anche per quella odierna: occorre un intervento legislativo a chiarimento

Le affermazioni che vi si leggono, infatti, sembrano poter pienamente valere anche in rapporto alla normativa attuale.

In tal senso vale considerare come, né le regole comunitarie sul subappalto, né la normativa interna, appaiano mutate in forza delle riformulazioni più recenti.

Sul piano comunitario è la stessa decisione di novembre che, pur precisando come il proprio riferimento sia la Direttiva appalti del 2004, non già quella del 2014, finisce per utilizzare le stesse argomentazioni della sentenza Vitali (che alla nuova evidentemente si riferisce): ripetendone,

in più passaggi ed in modo pedissequo, i relativi contenuti; considerandola applicabile "per analogia" (punto 47). Sul piano della normativa interna vale, di per sé, il confronto testuale, posto che la formula dell'articolo 118, comma 4, del vecchio codice, è identica, nel fissare il limite massimo dello scarto tra prezzi di appalto e subappalto, a quella che si legge nel comma 14, dell'articolo 105, del nuovo.

Data quindi la spendibilità della decisione che qui si commenta anche rispetto alla legislazione odierna, si rafforza la necessità di un intervento urgente del legislatore per porre fine alle incertezze ed alle difformità operative che, ovviamente, si generano; ciò sia in relazione alla più che concreta ipotesi di diretta disapplicazione, ad opera delle stazioni appaltanti, di norme in acclarato contrasto con il diritto comunitario, sia per il rischio, anch'esso tutt'altro che remoto, della perdita dei finanziamenti europei, laddove questi risultino utilizzati, qualsiasi sia il valore del contratto, in violazione delle Direttive applicabili in ragione di tempo.

Non a caso la Provincia di Bolzano ha già provveduto ad aggiornare i propri disciplinari e capitolati speciali d'appalto per forniture e servizi, regolando l'istituto in conformità al diritto dell'Unione⁴, mentre ANAS sembra andare in senso diverso, posto che i bandi più recenti tuttora richiamano l'operatività dell'articolo 105, incluse, quindi, le limitazioni ivi contemplate.

Tanto premesso, per quel che specificamente riguarda le (censurate) limitazioni alla possibilità di fissare in modo libero i prezzi di subappalto, va preliminarmente osservato come il rischio della loro eliminazione, paventato anche nel corso del giudizio di fronte alla Corte di Giustizia, sia quello di compromettere *la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto* (punto 68), ovvero, in rapporto alla specificità del caso, di innescare *forme occulte di dumping salariale, idonee a produrre effetti anticoncorrenziali* (punti 19 e 56).

3. Vedi nota n.1

4. Fonte www.provincia.bz.it > lavoro-economia > appalti > news 2 ottobre 2019

4. L'autorizzazione del subappalto è il punto nodale per evitare abusi e distorsione

Nel farsi carico dell'osservazione, le argomentazioni rese dalla Corte confermano, anzitutto, che, essendo il subappalto istituito generalmente ammesso, per giustificare i prezzi offerti in gara è legittimo riferirsi alle condizioni economiche alle quali si impegnano ad operare i subappaltatori.

Nel merito, i giudici osservano che, sebbene *l'obiettivo della tutela dei lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto possa, in linea di principio, giustificare talune limitazioni al ricorso al subappalto* e sebbene l'articolo 26 della Direttiva 2004/18/CE consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici *di esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione di un appalto* basate anche *su considerazioni sociali*, la disciplina nazionale in esame eccedeva *quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale*. Ciò in quanto *il limite del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi* (punto 65).

Nel caso di specie, infatti, il subappalto prevedeva il ricorso a cooperative sociali che, come precisa la decisione, beneficiano, di diritto, di *... un regime preferenziale in materia di fiscalità, di contributi, di retribuzione e di previdenza sociale*, che mira a *facilitare l'integrazione nel mercato del lavoro di alcune persone svantaggiate, rendendo possibile il versamento ad esse di un corrispettivo meno elevato di quello che si impone nel caso di altri soggetti che effettuano prestazioni analoghe* (punto 67).

Escluso con tale argomento, peraltro non scevro da elementi di perplessità, il rischio di dumping salariale, e considerato altresì che il subappalto va preventivamente dichiarato proprio per verificare i singoli presupposti in grado di legittimarlo (vedi *infra*), la decisione giunge ad estendere la portata delle proprie affermazioni a tutto l'ambito delle prestazioni astrattamente subappaltabili, altresì allegando, qui in modo senz'altro più efficace, che *la mera circostanza che un offerente sia in grado di limitare i propri costi in ragione dei prezzi che egli*

negozia con i subappaltatori non è di per sé tale da violare il principio della parità di trattamento, contribuendo piuttosto a una concorrenza rafforzata e quindi all'obiettivo perseguito dalle direttive adottate in materia di appalti pubblici (punto 74).

Sulla tutela della *redditività dell'offerta* e della *corretta esecuzione dell'appalto* si legge, infine, che *... anche supponendo che il tetto del 20% intenda perseguire detto obiettivo, tale limite generale e astratto è, in ogni caso, sproporzionato rispetto all'obiettivo ... dal momento che esistono altre misure meno restrittive che ne faciliterebbero il raggiungimento* (punto 70).

Dal piano della censura legislativa a quello propositivo - forse meno appropriato per un organo giudicante - per la tutela degli interessi considerati la Corte si spinge a suggerire *che gli offerenti indichino, nella loro offerta, la quota parte dell'appalto e i lavori che ... hanno intenzione di subappaltare* - cosa che la legge italiana già dispone - nonché *l'identità dei subappaltatori proposti*, prevedendo, altresì, la possibilità *... per l'ente aggiudicatore, di vietare agli offerenti di sostituire i subappaltatori*, assumendo peraltro che tale divieto operi laddove *l'ente non abbia potuto verificare previamente l'identità, la capacità e l'affidabilità dei nuovi subappaltatori proposti* (idem).

Tale affermazione va, peraltro, messa in parallelo con altra, rinvenibile nella medesima decisione, secondo la quale, *qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle loro offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti ... l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del l'aggiudicatario* (punto 37).

5. La Corte di giustizia traccia una strada

Dall'analisi congiunta delle affermazioni che precedono, sembra, quindi, potersi dedurre che, per la Corte, due sarebbero i casi:

- quello di un subappalto per così dire ordinario, dove il fatto di potersene avvalere è

legato alla presentazione, in gara, dell'operatore proposto come subaffidatario, peraltro senza caratteri di vincolatività data la possibilità di intervenire anche successivamente, autorizzando *nuovi subappaltatori proposti*;

- quello del subappalto avente ad oggetto parti ritenute dalla stazione appaltante *essenziali*, dove la possibilità di ricorrervi è legata a valutazioni di idoneità dell'operatore proposto, effettuate necessariamente in sede di ammissione alla gara. Ciò, fermo restando che, in ogni caso, il subappalto non potrà essere negato, nè successivamente revocato, in base ad acritiche valutazioni basate sulla mera affermazione che i prezzi presentano scostamenti maggiori del 20% rispetto a quelli di aggiudicazione, bensì solo in forza di complete valutazioni e analisi che motivino in ordine all'insostenibilità dello sconto applicato e al rischio di compromettere, in tal modo, la corretta esecuzione dell'appalto.

Unica osservazione al riguardo è che le cosiddette prestazioni *essenziali*, alle quali anche la sentenza Tedeschi, peraltro, fa richiamo, non erano contemplate nella Direttiva del 2004, normativa alla quale la decisione in commento, come detto, viceversa si riferisce; la relativa menzione compare per la prima volta nelle vigenti Direttive e, tra l'altro, non già nell'articolato riguardante il subappalto, bensì in quello che il legislatore nazionale riferisce al cosiddetto avvalimento. Solo nel secondo paragrafo dell'articolo 63 della Direttiva 2014/24/UE, infatti, si prevede *che in caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici ..., da un partecipante al raggruppamento.*

Ne deriva: da una parte, la prova che in ambito comunitario il subappalto è (giustamente) letto come una forma di avvalimento; dall'altra che, in forza del principio per cui l'esecuzione diretta di una prestazione implica (salvo circoscritte fattispecie riguardanti i lavori⁵) il possesso della relativa qualificazione, nel caso in cui per la prestazione

indicata come *essenziale* dalla stazione appaltante un concorrente non risulti espressamente qualificato, l'indicazione in gara del subappaltatore in possesso della qualificazione richiesta costituirà, a tutti gli effetti, un obbligo.

6. La gestione operativa dei subappalti secondo le indicazioni comunitarie

Tanto premesso, ed in attesa di un intervento legislativo a chiarimento, che sembrerebbe oggi avere natura prioritaria, laddove le stazioni appaltanti intendano regolare il proprio operato in conformità al diritto comunitario, come interpretato dalle decisioni "Vitali" e "Tedeschi", dovrebbero, anzitutto, dare per superati tutti i vincoli quantitativi fissati dall'articolo 105 del codice; ciò con riferimento sia all'entità massima delle prestazioni subappaltabili, tanto se riferite all'appalto in genere (comma 2) che alle cosiddette SIOS (comma 5), sia alla percentuale di scostamento tra i prezzi di subappalto e quelli di aggiudicazione (comma 14).

Dovrebbero, poi, prevedersi specifiche valutazioni per l'individuazione di eventuali prestazioni da considerare "essenziali" che, proprio per le ragioni e le argomentazioni che i giudici comunitari hanno sempre prospettato, non potranno esser tali da finire per essere sempre presenti in qualsiasi appalto, azzerando i presupposti della loro identificazione e rilevanza caso per caso; per quanto riguarda i lavori, tantomeno coincidere con l'elencazione ed i presupposti operativi definiti dal D.M. 248/2016.

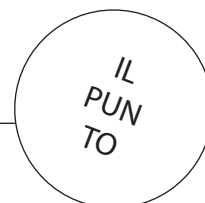
Solo per le prestazioni *essenziali* dovrebbe, poi, esser prevista la verifica in gara del possesso delle specifiche qualificazioni richieste, direttamente in capo al concorrente, al quale resterebbe peraltro preclusa la possibilità di subappaltarle; diversamente, laddove ne fosse privo, dell'indicazione di un subappaltatore in possesso di dette qualifiche, quale condizione di partecipazione.

Si dovrebbero, infine, autorizzare i subappalti in base a ponderati giudizi di merito e non solo a meri automatismi.

5. Categorie SOA a qualificazione non obbligatoria

Le PMI ancora in difficoltà con i Criteri Ambientali Minimi per la progettazione, costruzione e manutenzione degli edifici pubblici.

di Emanuela Pellicciotti



1. La consultazione pubblica delle Linee guida per l'applicazione dei C.A.M. nell'edilizia pubblica

L'Autorità Nazionale Anti Corruzione ("ANAC"), il 28 ottobre 2019 ha posto in ostensione le Linee guida per l'applicazione dei "Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici". I Criteri Ambientali Minimi ("CAM"), ai quali si riferisce l'ANAC, sono quelli pubblicati (in forma di Decreto ministeriale) sulla Gazzetta Ufficiale del 6 novembre 2017, n. 259.

Il riferimento, più correttamente, è al Decreto del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare 11 ottobre 2017 con il quale sono stati adottati i "nuovi" CAM per l'affidamento della progettazione e degli interventi sugli edifici pubblici - riportati nell'Allegato al Decreto stesso, che sostituiscono quelli contenuti nell'Allegato 2 al decreto 11 gennaio 2017 (pubblicato sulla G.U. 6 novembre 2017, n. 259).

Premesse

L'ANAC pone in consultazione pubblica le Linee guida per l'applicazione dei "Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici (Gazzetta Ufficiale 06/11/2017, n. 259)". Il dubbio è che essi possano ostacolare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici.

L'aggiornamento dell'ottobre 2017 si è reso necessario in conseguenza della novella al Codice appalti, apportata dal c.d. "I Correttivo" (il D.Lgs. n. 56/2017), che ha sostituito i commi 2 e 3 dell'art. 34 prevedendo che un Decreto ministeriale indicasse - per gli interventi di ristrutturazione - modalità applicative che tenessero conto della tipologia e della localizzazione dell'intervento da eseguirsi.

Con l'occasione, i "nuovi CAM" – che sono parte integrante del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi dell'Amministrazione pubblica ("PAN GPP") – hanno recepito anche i contenuti delle Comunicazioni della Commissione Europea n. 397/2008 inerente al "Piano d'azione su produzione e consumo sostenibili e politica industriale sostenibile", n. 400/2008 relativa a "Appalti pubblici per un ambiente migliore" e n. 615/2015 recante "L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare".

Entro il 29 novembre 2019, quindi, gli operatori interessati avrebbero potuto far pervenire le loro osservazioni all'Autorità e, pertanto, si attende di conoscere l'orientamento delle Imprese – in particolare le Piccole e Medie Imprese ("PMI") – in relazione alle istruzioni applicative elaborate dall'ANAC.

L'ANAC, tuttavia, ha già dichiarato alla stampa che sono pervenute segnalazioni, da parte di alcuni operatori economici, in relazione a presunti ostacoli posti dall'applicazione dei CAM all'edilizia pubblica, con particolare riferimento alle micro e piccole imprese edili. Ed è proprio sull'onda di tali segnalazioni che l'ANAC ha inteso avviare un confronto con gli *stakeholder* "al fine di far emergere le criticità rilevate dalle imprese nell'applicazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di gara per l'affidamento dei lavori ... pur nel rispetto delle esigenze di tutela ambientale", risolvendosi, infine, a predisporre le Linee guida oggi poste in consultazione.

Interessante, in tal senso, è la presentazione dell'Autorità alle Linee guida: "L'articolo 34 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che per gli affidamenti di qualsiasi importo, relativamente alle categorie di forniture, servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP), le stazioni appaltanti inseriscono nella documentazione progettuale e di gara almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

I medesimi criteri ambientali minimi, in particolare i criteri premianti, devono essere tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei

documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Sulla base di tali presupposti, e delle difficoltà operative connesse all'attuazione delle previsioni di cui al predetto articolo 34 del Codice dei contratti pubblici e al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017, l'Autorità ritiene opportuna l'adozione, in stretta collaborazione con il Ministero medesimo, di linee guida ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, volte a fornire indicazioni di supporto alle stazioni appaltanti per l'attuazione delle procedure di affidamento di contratti pubblici per le quali si ricorre ai criteri ambientali minimi in materia di edilizia."

Da questa breve introduzione traspare, infatti, la preoccupazione già rappresentata lo scorso anno dall'Autorità: cioè che l'applicazione rigida dei CAM possa ostacolare l'apertura alle PMI del mercato dei contratti pubblici.

Tale preoccupazione sembra enfatizzata nell'ambito della progettazione, costruzione e manutenzione degli edifici pubblici, cioè in un mercato che è tanto vasto, quanto spesso dominato dai grandi gruppi imprenditoriali specializzati nel *facility management*.

2. L'importanza dei CAM nei contratti pubblici

Come noto, l'art. 34 D.Lgs. n. 50/2016 dispone non solo l'obbligatorietà dei CAM, ma anche evidenti effetti premianti che conseguono alla puntuale applicazione degli stessi (in particolare, proprio per i lavori edili di manutenzione). Precisamente: "Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ... I criteri ambientali minimi, ... in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ... Nel caso dei

contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi ... sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. L'obbligo ... si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione."

Dunque, ai sensi dell'art. 34 del Codice appalti è evidente la centralità dei CAM nella filiera degli appalti pubblici, tanto da costituire essi la concreta modalità con cui la pubblica Amministrazione - inserendo i CAM nella *lex specialis di gara*, indipendentemente dall'importo dell'affidamento - attinge gli obiettivi di tutela ambientale che le derivano anche dai "Programmi d'Azione" comunitari per la sostenibilità ambientale dei consumi.

Nel fare ciò, l'obiettivo dell'Amministrazione è quello di ottenere prodotti (o manufatti, nel caso di lavori pubblici) sostenibili sotto il profilo ambientale, ma anche quello di attivare una sorta di "circolo virtuoso" nel mondo dei contratti pubblici, tale per cui l'operatore economico che viene premiato con un punteggio tecnico più elevato, in conseguenza dell'applicazione dei CAM, induce gli altri operatori ad "adeguarsi", proprio per poter ottenere le stesse condizioni e fare il loro ingresso in gara con pari competitività.

I CAM, quindi, si sostanziano in indicazioni rivolte alle stazioni appaltanti - che si affiancano alle usuali previsioni contenute nei capitolati di gara -, per l'espletamento delle gare relative alla progettazione e realizzazione/manutenzione di edifici pubblici e per l'esecuzione dei relativi contratti, con l'obiettivo di razionalizzare gli acquisti della pubblica Amministrazione (anche in termini di lavori pubblici) in chiave di maggior sostenibilità degli stessi e consentendo di ridurre gli impatti ambientali degli interventi di nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione degli edifici, considerati nell'ottica del loro "ciclo vita". Sotto tale punto di vista, quindi, il comportamento e le finalità dell'Amministrazione pubblica sono certamente immuni da censure e non si può

contestare che essi comportino una illegittima restrizione del mercato degli appalti pubblici - a danno delle PMI, in particolare -.

Tuttavia, la vera criticità nell'applicazione dei CAM sta proprio nell'eccessiva "conformizzazione" a tali criteri, il cui risvolto più evidente è quello di attribuire ai concorrenti che li utilizzano un punteggio sproporzionatamente più alto, rispetto agli operatori che non vi si adeguano.

In altri termini, quindi, la corretta applicazione dei CAM postulerebbe che questi costituiscano "uno degli elementi di valutazione", cui attribuire effetti premiali, ma - appunto - non "l'unico elemento".

L'ANAC, nelle premesse delle Linee guida in ostensione, contribuisce ad attribuire il corretto peso ai CAM, ricordando: *"Il PAN GPP fornisce un quadro generale sul Green Public Procurement, definisce gli obiettivi nazionali, identifica le categorie di beni, servizi e lavori di intervento prioritario per gli impatti ambientali e i volumi di spesa sui quali definire i Criteri ambientali minimi (CAM). Detta inoltre specifiche prescrizioni per gli enti pubblici, che sono chiamati a: effettuare un'analisi dei propri fabbisogni con l'obiettivo di razionalizzare i consumi e favorire il decoupling (la dissociazione tra sviluppo economico e degrado ambientale); identificare le funzioni competenti per l'attuazione del GPP coinvolte nel processo d'acquisto; redigere uno specifico programma interno per implementare le azioni in ambito GPP. Il PAN GPP prevede, infine, un monitoraggio annuale per verificarne l'applicazione, con relativa analisi dei benefici ambientali ottenuti e delle azioni di formazione e divulgazione da svolgere sul territorio nazionale. Sulla base di quanto previsto dal PAN GPP sono stati definiti i Criteri ambientali minimi, ossia i requisiti ambientali richiesti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato."*

Subito prima di addentrarsi nell'elaborazione delle Linee guida, poi: *"l'Autorità ha ritenuto opportuno adottare, in stretta collaborazione con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, delle linee guida volte a fornire indicazioni di carattere operativo di supporto alle stazioni appaltanti per l'attuazione delle procedure di affidamento di contratti pubblici per le quali si ricorre ai criteri ambientali minimi di cui al decreto*

del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici) – di seguito, anche d.m. 11.10.2017 – con l'obiettivo di contemperare il principio del favor participationis, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, con il principio della tutela ambientale.”.

L'atteggiamento prudenziale di ANAC si riflette anche sull'ambito di applicazione dei CAM; in proposito, infatti si conferma che: *“L'obbligo di adozione dei criteri ambientali minimi ... è da intendersi riferito alle "Specifiche tecniche per gruppi di edifici" ... e alle "Condizioni di esecuzione (clausole contrattuali)". I "Criteri di aggiudicazione (criteri premianti)" ... di natura facoltativa, sono tenuti in considerazione ai fini della definizione dei criteri di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo l'attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai criteri ambientali minimi con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti. È, invece, da ritenersi facoltativo, a discrezione della stazione appaltante, l'inserimento nella documentazione di gara dei criteri ambientali minimi individuati nella ... "Selezione dei candidati”.*

Le Linee guida, poi, assumono la valenza di indicatori – ri-espandendo la loro sfera d'azione – allorché l'ANAC precisa: *“Alcune delle indicazioni di carattere generale riportate nel presente documento possono ritenersi estensibili anche ad altri settori dei lavori pubblici nonché a servizi e forniture.”* E ancora, quando afferma: *“L'adozione dei criteri ambientali minimi è da ritenersi applicabile agli appalti di lavori nei settori ordinari e speciali, agli appalti di lavori nel settore dei beni culturali, nel rispetto delle esigenze di tutela dei predetti beni, ai contratti di concessione di cui alla parte III del Codice dei contratti pubblici e ai contratti di cui alla parte IV del medesimo codice.”.*

3. Alcune riflessioni di fondo sull'applicabilità delle Linee guida

Tuttavia, proprio sul tema dell'obbligatorietà/facoltatività dell'ambito di applicazione dei CAM, l'autorità chiede agli *stakeholders* di esprimere la loro opinione: dunque, nel fare ciò, l'ANAC stessa chiede agli operatori economici di contribuire a tracciare il perimetro di operatività dei CAM, proprio al fine di non compromettere il delicato equilibrio dell'accesso agli appalti pubblici per le Imprese – in particolare per le PMI -.

Nell'esposizione che segue, si proverà a dimostrare che le Linee guida si snodano in una costante tensione verso un difficile equilibrio, fra la necessità di dare concreta applicazione al tema degli acquisiti sostenibili (anche in termini di lavori negli edifici pubblici) e quello di consentire anche ad operatori di piccole, medie e micro imprese di poter attingere il mercato dell'edilizia pubblica.

Ne deriva un insieme di norme regole applicative che, nel complesso, cercano di ridurre al minimo le previsioni sanzionatorie e di incentivare al massimo l'utilizzo dei CAM.

In altri termini, le Linee guida consistono in una vera e propria “regolamentazione”, privilegiando gli aspetti operativi, piuttosto che quelli di natura “normativa” o sanzionatoria.

La sensazione, tuttavia, è quella che il contributo richiesto agli *stakeholders* in sede di ostensione serve proprio per consentire alle stazioni appaltanti di applicare in concreto le norme di sostenibilità ambientale – già dalla fase di predisposizione dei documenti di gara – e di strutturarsi per poter verificare – anche in questo caso, in concreto – l'applicazione dei CAM anche in sede di esecuzione – sin dalla fase di cantierizzazione -.

In altri termini, il contributo apportato dalla consultazione pubblica porterà proprio a colmare il faticoso passaggio da disposizioni astratte e “di principi”, all'applicazione “in concreto” dei CAM. Trattandosi, appunto, di “criteri ambientali”, la maggiore difficoltà consiste proprio nell'applicare i suddetti criteri a tipologie di interventi edilizi assai diverse fra loro e diversamente disciplinate.

Si pensi, ad esempio, alla progettazione ed esecuzione di interventi di nuova costruzione e

di manutenzione; per questi ultimi, infatti, oltre ad una fase di progettazione ed autorizzatoria assai semplificata (anche per quanto concerne la verifica), sovente si rende difficoltoso applicare criteri ambientali migliorativi, che apportino un apprezzabile miglioramento dell'immobile cui accedono.

Sotto altro aspetto, sarebbe interessante verificare la coerenza delle Linee guida con le semplificazioni apportate dal c.d. "Decreto Sblocca Cantieri", in particolare con riferimento alle semplificazioni introdotte per gli interventi di manutenzione e nella ri-espansione dell'appalto integrato: in questi casi, infatti, la sensazione è che i poteri delle stazioni appaltanti, anche in ordine all'applicazione concreta dei CAM, possano risultare fortemente ridotti – soprattutto per quanto concerne la fase di progettazione – e di controllo.

Altro aspetto che si dovrà verificare nella pratica è quello della "tenuta" complessiva delle disposizioni che tendono ad agevolare l'ingresso delle PMI nel settore degli appalti dell'edilizia pubblica.

Le previsioni incentivanti, infatti, mal si conciliano con l'attuale stato di crisi finanziaria in cui versano la maggior parte dei titolari del patrimonio immobiliare pubblico.

Pertanto – pur dovendo rispondere all'Amministrazione alle molteplici sollecitazioni provenienti già dalle riforme del 2012-2013 in materia di adeguamento del patrimonio immobiliare pubblico a standard di efficienza ed economicità – appare difficoltoso ipotizzare meccanismi incentivanti che, sin dalla computazione della base d'asta, possano attrarre le PMI.

E' più facile ipotizzare, quindi, che la capacità di resilienza delle piccole e medie imprese si potrà verificare nella loro strutturazione in gruppi più grandi (ad esempio, in reti di imprese), oppure nel "consueto" schema di partecipazione, anche minoritaria, a raggruppamenti con imprese più grandi, capaci di assorbire i maggiori costi derivanti dall'adeguamento ai CAM.

In quest'ultimo caso, le PMI potranno – come spesso accade – contribuire alla specializzazione del raggruppamento, apportando un contributo di peculiare qualificazione.

Per meglio illustrare i contenuti delle Linee guida, si seguirà l'iter argomentativo dell'Autorità.

4. Breve excursus sui contenuti delle Linee guida

Le Linee guida, a questo punto, suddividono l'analisi dell'Anticorruzione in due segmenti: l'inserimento dei CAM nella documentazione di gara e la concreta modalità di applicazione dei medesimi.

Sul primo argomento, l'ANAC concentra la sua riflessione sulla centralità della progettazione e, anticipandone le conclusioni, essa afferma: *"Ritenendo la progettazione un'attività strategica ai fini dell'applicazione dei criteri ambientali minimi, si è posta particolare attenzione alla stessa, cercando di fornire indicazioni sia per le procedure di gara volte all'affidamento della progettazione che per le attività proprie di progettazione. Gli stakeholder sono invitati ad esprimere la loro opinione al riguardo, segnalando la necessità di fornire ulteriori chiarimenti. Analogamente, si ritengono utili le indicazioni che gli stakeholder vorranno fornire in merito alle modalità di individuazione dei criteri ambientali minimi da inserire nella documentazione di gara, con particolare riferimento ai criteri cosiddetti di "selezione dei candidati", che potrebbero in qualche modo ostacolare la partecipazione alle procedure di gara soprattutto delle medie, piccole e micro imprese. Al riguardo, si chiede un parere sugli elementi da tener in considerazione al fine di definire le casistiche per le quali è opportuna la richiesta dei predetti criteri."*

Anche in questo caso, dunque, l'Autorità chiede il contributo degli operatori economici soprattutto per poter correttamente applicare i CAM al delicato settore della progettazione degli interventi su edifici pubblici, ma cercando di rispettare il principio di *favor participationis* e, quindi, il diritto delle PMI di accedere anche a tali attività.

Sul punto, si impone una ulteriore riflessione, ove si consideri che – complice le norme sugli incentivi ai tecnici interni alla P.A. – la progettazione viene sovente effettuata all'interno della stazione appaltante; anche in tali casi, i tecnici della stazione appaltante terranno in dovuta considerazione i CAM, giacché è espressamente previsto che: *"L'adozione dei criteri ambientali minimi è prevista fin dalla progettazione dell'intervento, sia essa interna o esterna alla stazione appaltante; non è possibile l'inserimento di criteri ambientali minimi nella documentazione di gara relativa alla"*

procedura di affidamento dei lavori se il progetto esecutivo dei lavori medesimi non li abbia già previsti.”.

L'importanza nodale della progettazione – anche ai fini dell'applicazione dei CAM – è sottolineata dall'inciso: *“Per le procedure di affidamento aventi ad oggetto la sola esecuzione delle opere, negli elaborati del progetto esecutivo sono puntualmente indicati i criteri ambientali minimi che sono stati adottati in sede di progettazione mentre nella documentazione di gara sono specificati quelli richiesti per l'esecuzione delle opere.”.*

Atale disposizione segue, poi, la correlata previsione in sede di verifica: *“La documentazione di gara indica le specifiche modalità di verifica del rispetto del singolo criterio, ossia la documentazione che l'offerente o l'affidatario è tenuto a presentare e le attività che il direttore lavori e/o la commissione di collaudo, preposti al controllo della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, sono tenuti ad eseguire per comprovare l'attuazione del criterio medesimo, in coerenza con le indicazioni già previste dal d.m. 11.10.2017. La stazione appaltante può valutare l'opportunità di mettere a disposizione degli operatori economici dei formulari per le dichiarazioni che gli stessi sono tenuti a produrre.”.*

Le Linee guida, poi, riprendono la via della prudenza, circoscrivendo ed adeguando ai casi specifici le disposizioni ministeriali – che, tra l'altro, si affiancano ad eventuali leggi regionali in materia -.

Infatti: *“I criteri ambientali minimi inseriti nella documentazione di gara sono strettamente correlati alla tipologia di opera oggetto di affidamento, alle caratteristiche tecnico-progettuali della stessa, al contesto in cui si colloca e agli obiettivi che la stazione appaltante intende perseguire con la realizzazione dell'intervento, tenendo, altresì, conto delle indicazioni che il d.m. 11.10.2017 fornisce con riferimento alle diverse casistiche di intervento (nuove costruzioni, ristrutturazione urbanistica, ristrutturazione importanti di primo livello o di secondo livello, ristrutturazione urbanistica, demolizione, ecc.) nonché delle specifiche tecniche indicate nel decreto medesimo”.*

E ancora: *“L'applicazione dei criteri ambientali minimi è limitata ai materiali e alle lavorazioni*

indicati nel d.m. 11.10.2017; il progettista può comunque decidere di utilizzare altri materiali e componenti non indicati nel decreto medesimo. Il progettista può inoltre decidere di prevedere l'uso di materiali e componenti con prestazioni ambientali superiori a quanto previsto dai criteri ambientali minimi di cui al predetto decreto. In fase di progettazione, è opportuno che il progettista effettui un'attenta analisi di mercato volta a verificare la disponibilità dei materiali con le caratteristiche indicate”.

Infine, quanto all'incisività dei CAM sul “costo” delle opere, le Linee guida dispongono che: *“L'inserimento dei criteri ambientali minimi sin dalla fase di progettazione implica che gli stessi siano considerati anche ai fini della redazione del computo metrico per la definizione del costo dell'intervento, utilizzando prezzi che tengano conto della specifica richiesta dei criteri medesimi ovvero prezzari regionali aggiornati con voci di prezzo inerenti l'applicazione degli stessi; ciò, oltre a consentire agli offerenti di presentare un'offerta adeguata alle prestazioni da eseguire, appare necessario al fine di evitare possibili elementi di contenzioso con l'appaltatore in fase esecutiva per l'eventuale richiesta di importi aggiuntivi per le lavorazioni interessate dai criteri inseriti. In assenza di un prezzario regionale adeguato nel senso sopra indicato, la stazione appaltante provvederà all'elaborazione di prezzi ad hoc sulla base anche di analisi comparative con altri prezzari.”.*

Alla luce proprio di quest'ultima considerazione – che vede i maggiori costi ridistribuiti sulla base d'asta -, l'applicazione dei CAM assume una connotazione incentivante per gli operatori: in tale disposizione, quindi, può rinvenirsi la cura dell'Autorità verso gli interessi anche delle PMI – che in tal modo non verrebbero a subire integralmente il peso dell'adeguamento ai CAM, ma verrebbero incentivate da basi d'asta più ricche -.

Sempre nell'intento di perseguire la più ampia apertura del mercato dell'edilizia pubblica alle PMI, possono leggersi le disposizioni in materia di predisposizione della documentazione di gara.

In tale ottica va letta la previsione secondo la quale: *“Tenuto conto dell'effetto preclusivo alla partecipazione degli operatori economici che i criteri relativi alla “selezione dei candidati”*

possono avere nelle procedure di gara aventi ad oggetto la realizzazione dei lavori, l'inserimento degli stessi nella documentazione di gara deve essere attentamente ponderato in funzione anche della tipologia di intervento e della rilevanza dello stesso, avendo come principio ispiratore quello di consentire la più ampia partecipazione alle procedure di gara. Si consiglia la richiesta dei criteri di "selezione dei candidati" nei casi in cui il possesso di requisiti aggiuntivi sia da ritenersi strettamente necessario ad assicurare la migliore tutela ambientale e per interventi di particolare rilevanza in termini di importo, di natura dell'intervento, di ubicazione territoriale e di impatto nel contesto circostante. Non appare opportuna la richiesta dei predetti criteri per interventi di manutenzione ordinaria di ridotta rilevanza, per interventi di riparazione o locali o per interventi di ristrutturazione di piccola entità". Infine, si rileva una particolare attenzione alla effettiva applicazione dei CAM, con l'attribuzione dei poteri di verifica e sanzionatori.

Su tale tematica, l'ANAC chiede un contributo di riflessione in sede di ostensione -: *"Per rendere effettiva l'applicazione dei criteri ambientali minimi, è necessario che la stazione appaltante metta in atto una serie di azioni durante la fase di esecuzione del contratto volte a verificare il rispetto delle prescrizioni contrattuali inerenti la tutela ambientale. Si chiede agli stakeholder di valutare l'impatto delle misure indicate e segnalarne di ulteriori, qualora ritenute insufficienti."*

In particolare, le Linee guida prevedono sia una verifica dell'applicazione dei CAM in fase di progettazione, sia una attenta sorveglianza in fase di esecuzione.

Infatti, per la fase di progettazione si legge: *"Prima dell'approvazione della progettazione esecutiva, nell'ambito della verifica preventiva di cui all'articolo 26 del Codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante verifica che i livelli della progettazione precedenti siano conformi ai criteri ambientali minimi e che siano coerenti tra loro e con le indicazioni dalla stessa fornite nella documentazione di gara inerente l'affidamento del servizio di progettazione. Inoltre, è necessario riscontrare che le modalità di verifica dell'attuazione dei criteri siano coerenti con quanto indicato nel d.m. 11.10.2017 in materia di "verifica" dei singoli criteri."*

E, quanto alla fase di esecuzione: *"La stazione appaltante, per il tramite del direttore lavori, verifica che l'appaltatore in fase di esecuzione rispetti le indicazioni del progetto esecutivo e del capitolato speciale d'appalto in merito all'attuazione dei criteri ambientali minimi; si raccomanda di prestare particolare attenzione ai criteri premianti indicati nell'offerta dell'appaltatore medesimo. Fermo restando quanto previsto all'articolo 6, comma 6, e all'articolo 7, comma 4, del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 49 del 7.3.2018, le stazioni appaltanti ribadiscono nel disciplinare di incarico del direttore lavori che lo stesso è tenuto a verificare il rispetto da parte dell'esecutore delle prescrizioni di cui ai criteri ambientali minimi previsti nella documentazione di gara."*

E, in conclusione, quanto all'aspetto sanzionatorio, si prevede: *"Al fine di garantire la piena attuazione dei criteri ambientali minimi previsti nella documentazione di gara, le stazioni appaltante possono prevedere un sistema di sanzioni da applicare in caso di mancato rispetto delle previsioni contrattuali in materia di criteri ambientali minimi. Il sistema sanzionatorio è chiaramente indicato nella documentazione di gara."*

L'iscrizione C.C.I.A.A. fra i criteri di selezione dei concorrenti

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica i **criteri di selezione** corrispondono ai requisiti richiesti per la partecipazione alle gare d'appalto, da distinguersi dai criteri di aggiudicazione (ovvero di selezione della migliore offerta).

I criteri di selezione sono oggi indicati dall'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016 (di recepimento dell'art. 58 della direttiva UE 2014/24/UE e delle analoghe norme delle direttive 23 "concessioni" e 25 "utilities"), da considerarsi in senso stretto come requisiti specifici del singolo appalto e comunemente **distinti**

dai requisiti cd. generali o morali disciplinati all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 come «*motivi di esclusione*», che vengono invece richiesti per partecipare ad una qualunque gara d'appalto e vengono perciò ritenuti "personali".

In termini generali, nell'osservanza del principio di buon andamento ed imparzialità, la partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche d'appalto deve essere quindi governata dal principio del *favor participationis*, ferma restando la necessaria affidabilità degli offerenti. L'equilibrio tra detti principi viene raggiunto stabilendo dei requisiti che condizionano l'ammissione alla gara: in tal

senso la predeterminazione dei requisiti da parte della legge serve a limitare la discrezionalità amministrativa della stazione appaltante.

Il legislatore del D.Lgs. n. 50/2016 ha concentrato nel citato art. 83, oltre al recepimento delle Direttive 2014 circa i criteri di selezione dei concorrenti, anche la disciplina del soccorso istruttorio e quello dedicato al sistema del *rating* di impresa. Tema centrale dell'art. 83 è pertanto la disciplina dell'**accesso alla gara** da parte dei potenziali concorrenti, ispirata – come detto – al principio del *favor participationis*, da bilanciarsi con l'esigenza di coinvolgere soltanto soggetti

che forniscano adeguate garanzie circa la concreta capacità di eseguire le prestazioni oggetto della gara: è chiara dunque la necessità di introdurre dei criteri di partecipazione volti a evitare la partecipazione di soggetti incapaci di garantire il soddisfacimento delle esigenze della Pubblica Amministrazione alla base dell'appalto.

Nel presente contributo andremo ad analizzare nel dettaglio uno dei citati criteri di selezione dei concorrenti, ovvero **l'iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura (C.C.I.A.A.) assunto al ruolo di requisito di idoneità professionale.**

I criteri di selezione dell'art. 83 D.Lgs. 50/2016 sono requisiti specifici del singolo appalto, distinti dai requisiti cd. generali o morali dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016

1. Cenni sulla disciplina dell'art. 83 del D.Lgs. 50/2016

Come anticipato, il nostro legislatore ha trasfuso la disciplina dell'art. 58¹ della direttiva UE 2014/24/UE (nonché le analoghe norme delle direttive "concessioni" e "utilities") nell'**art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016** che, in continuità rispetto al previgente D.Lgs. n. 163/2006, dispone che la partecipazione alle procedure di aggiudicazione da parte degli operatori economici sia condizionata, oltre che al possesso dei cd. requisiti morali di cui all'art. 80, anche alla sussistenza di **specifici requisiti** di idoneità professionale, di adeguate capacità economica e finanziaria nonché tecniche e professionali.

Nel dettaglio, l'art. 83 - nell'individuare le **modalità di carattere oggettivo attraverso le quali le stazioni appaltanti possono procedere a una selezione quantitativa del numero dei partecipanti** - dispone testualmente che:

«1. I criteri di selezione riguardano esclusivamente:
 a) **i requisiti di idoneità professionale**;
 b) *la capacità economica e finanziaria*;
 c) *le capacità tecniche e professionali*.
 2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente **l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione**».

La disciplina di cui all'art. 83 appare in generale però più stringente rispetto a quella previgente (ove era previsto che «i criteri di selezione **possono**

riguardare»), chiarendo, innanzitutto, al comma 1, che i criteri di selezione adottabili dalle stazioni appaltanti riguardano **"esclusivamente"** 1) i requisiti di idoneità professionale; 2) la capacità economica e finanziaria; 3) le capacità tecniche e professionali, di cui lo stesso art. 83 fornisce, ai commi successivi, il contenuto nell'ambito del quale la stazione appaltante potrà esercitare la propria discrezionalità.

In termini generali, inoltre, i criteri di selezione vengono assoggettati dal comma 2 dell'art. 83 al rispetto di un **duplice parametro**: l'attinenza e la proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto. In ogni caso, sia l'idoneità professionale (lettera a) sia la capacità economica e finanziaria menzionata (lettera b) sia le capacità tecniche e professionali (lettera c), sono soggette alla clausola generale secondo cui requisiti e capacità devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, in ragione dell'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti.

A riguardo è stato osservato che «*la stazione appaltante è titolare di un margine di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara. Tale esercizio di discrezionalità è stato ritenuto compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione*

1. L'art. 58 della Direttiva 2014/24/UE dispone che

«1. I criteri di selezione possono riguardare:

- a) abilitazione all'esercizio dell'attività professionale;
- b) capacità economica e finanziaria;
- c) capacità tecniche e professionali.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di cui ai paragrafi 2, 3 e 4. Le amministrazioni aggiudicatrici limitano i requisiti a quelli adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia la capacità giuridica e finanziaria e le competenze tecniche e professionali necessarie per eseguire l'appalto da aggiudicare. Tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

2. Per quanto riguarda l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici siano iscritti in un registro professionale o commerciale, tenuto nel loro Stato membro di stabilimento, come descritto nell'allegato XI, o soddisfino qualsiasi altro requisito previsto in tale allegato ...».

più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate (ex multis, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 3083; T.A.R. Lazio, sez. II, 8 febbraio 2017, n. 2115). Dunque, se l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tale possibilità (sindacabile in sede giurisdizionale quanto all'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto) incontra il limite che tale scelta non sia irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito (Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2014 n. 2775; id. 22 settembre 2009 n. 5653; id., sez. VI, 23 luglio 2008 n. 3655)» (TAR Toscana - Firenze, sez. I, sentenza 23 ottobre 2017, n. 1267).

I criteri di selezione adottabili dalle SA riguardano "esclusivamente" 1) i requisiti di idoneità professionale; 2) la capacità economica e finanziaria; 3) le capacità tecniche e professionali



2. Requisiti di idoneità professionale

Soffermandoci in particolare sui **REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE** di cui alla lettera a) del comma 1 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016, lo stesso articolo nei commi successivi dispone che: «3. **Ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a)**, i concorrenti alle gare, se

cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, **devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali.** Al cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, è richiesta la prova dell'iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XVI, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito ovvero mediante attestazione, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri

professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui è residente. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio Paese d'origine i servizi in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione».

La suddetta disposizione appare in linea con la previsione di cui all'art. 39 del previgente D.Lgs. n. 163/2006 (rubricato "Requisiti di idoneità professionale")² in cui era prescritto che i concorrenti possono essere invitati a provare la loro iscrizione alla C.C.I.A.A..



2. Ai sensi dell'art. 39 del D.Lgs. n. 163/2006 «1. I concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali. Si applica la disposizione dell'articolo 38, comma 3. 2. Se si tratta di un cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, può essergli richiesto di provare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI A per gli appalti pubblici di lavori, all'allegato XI B per gli appalti pubblici di forniture e all'allegato XI C per gli appalti pubblici di servizi, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito.

...
4. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio paese d'origine il servizio in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi».

Come nella precedente disciplina, infatti, è lasciata alla stazione appaltante la facoltà di richiedere ai concorrenti alle gare di attestare il possesso di requisiti di idoneità professionale mediante la loro **iscrizione alla C.C.I.A.A.**

la quale, secondo il **combinato disposto del comma 1, lettera a) e del comma 3 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016**, costituisce un requisito di idoneità professionale per la partecipazione alle gare pubbliche, funzionale alla selezione dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico.

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 non ha dunque apportato modifiche sostanziali, così come tali modifiche non sono state introdotte dalle Direttive del 2014: l'art. 58 della direttiva 2014/24/UE, infatti, inserisce - per quel che rileva ai fini del presente contributo - tra i criteri di selezione «l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale» precisando che a riguardo le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici siano iscritti in un registro professionale o commerciale.

Come osservato in giurisprudenza, «nelle gare pubbliche indette per l'affidamento di appalti l'iscrizione del partecipante alla Camera di commercio è **requisito di ammissione** perché consente di verificare la corrispondenza dell'oggetto dell'iscrizione con quello dell'appalto e, di conseguenza, la specifica capacità tecnica posseduta dai contraenti» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 aprile 2015, n. 1874).

3. Corrispondenza fra l'iscrizione alla C.C.I.A.A. e l'oggetto dell'appalto - excursus giurisprudenziale

In ordine a detto requisito la giurisprudenza è stata più volte chiamata a dirimere diverse questioni proprio circa la "corrispondenza" fra le attività dell'impresa descritte nel certificato di iscrizione camerale e l'oggetto dell'appalto per la quale la stessa impresa ha formulato offerta.

Sul punto è stato osservato che la **corrispondenza contenutistica tra le risultanze descrittive**

La disciplina dell'art. 83 del D.Lgs. 50/2016 è in linea con le previgenti disposizioni del D.Lgs. 163/2006



della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione camerale e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste, **non deve però essere intesa in**

senso assoluto, come una perfetta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento ma, in ossequio ai principi di massima partecipazione e concorrenzialità, **deve essere accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, attraverso una valutazione globale e complessiva delle prestazioni oggetto di affidamento.**

In particolare i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che «Va premesso che nell'impostazione del nuovo codice appalti, l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, commi 1 lett. a) e 3, d.lgs. n. 50/2016), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma 1. 3.2. Utilità sostanziale della certificazione camerale è quella di **filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico.** Da tale ratio - e nell'ottica di una lettura del bando fedele ai principi vigenti in materia di contrattualistica pubblica, che tenga cioè conto dell'oggetto e della funzione dell'affidamento (1363 1367 1369 c.c.) - si desume la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; e ciò in quanto, l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953). 3.3. A parziale mitigazione di tale impostazione si sostiene, d'altra parte, che **detta corrispondenza**

contenutistica (tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto) non debba tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapponibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa vada appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. Diversamente, una rigida e formalistica applicazione del requisito condurrebbe all'ammissione alla gara dei soli operatori aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara (indipendentemente dal peso delle diverse prestazioni ad esso inerenti), con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo-concorrenziale. 3.4. Dunque, **l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti va temperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l'ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. TAR, Valle d'Aosta, 12 gennaio 2016 n. 2; TAR Catania, sez. III, 6 dicembre 2016, n. 3165)» (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 10 novembre 2017, n. 5182; di identico tenore anche Consiglio di Stato, sez. III, 10 novembre 2017, sentenza nn. da 5182 a 5186). Nel caso di specie, poiché l'appalto era stato suddiviso in prestazioni principali (servizi di ristorazione e di distribuzione pasti) e secondarie (manutenzione ordinaria dei locali di pertinenza del servizio, degli impianti tecnologici, nonché manutenzione ordinaria e straordinaria delle attrezzature, dei macchinari e degli arredi di cucina) ed i requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale, nonché i criteri di aggiudicazione erano stati rapportati solo alle prime, il Consiglio di Stato ha ritenuto irrilevante la mancata indicazione delle seconde nell'oggetto sociale riportato nel certificato camerale prodotto**

La certificazione camerale ha il compito di filtrare l'ingresso in gara dei soli operatori in possesso di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto della gara

dall'aggiudicataria.

Con riferimento all'**individuazione dell'attività "conferente" rispetto a quella oggetto dell'appalto**, il Giudice Amministrativo ha ancora osservato che questa «non può che essere intesa **l'attività prevalente svolta dall'impresa**, sia perché si tratta di quella qualificante ai fini dell'iscrizione alla CCIAA (restando invece sullo sfondo le indicazioni sancite nell'oggetto sociale, che nulla dicono in ordine all'effettivo svolgimento delle attività medesime), sia perché il Bando faceva espresso riferimento al requisito dell'iscrizione per 'attività' e non per 'oggetto sociale'...; in particolare, l'individuazione ontologica della tipologia di azienda avviene solo attraverso l'attività principale, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, mentre l'oggetto sociale, meramente riportato, esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati (VI, n. 2486/2015; IV, n. 5729/2013). La prescrizione della *lex specialis* della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività da appaltare, non può che essere finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato, mentre nessun rilievo può attribuirsi, in luogo del citato requisito, all'oggetto sociale dell'impresa, il quale abilita quest'ultima a svolgere quella determinata attività, ma nulla dice sull'effettivo svolgimento della stessa (cfr. VI, n. 2380/2009)>> (Consiglio di Stato, III, 10 agosto 2017, n. 3988)]» (TAR Puglia - Lecce, sez. II, sentenza 30 novembre 2017, n. 1887).

Nel solco del riferito principio, il Consiglio di Stato si è di nuovo espresso in una recentissima sentenza secondo cui «Pertanto, da tale ratio delle certificazioni camerali, nell'ottica di una lettura del bando che tenga conto della funzione e dell'oggetto dell'affidamento, si è desunta la necessità di una congruenza o corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal

*complesso di prestazioni in esso previste: l'oggetto sociale viene così inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. di Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 648; IV, 23 settembre 2015, n. 4457). **Quando, dunque, il bando richiede il possesso di una determinata qualificazione dell'attività e l'indicazione nel certificato camerale dell'attività stessa, quest'ultima va intesa in senso strumentale e funzionale all'accertamento del possesso effettivo del requisito soggettivo di esperienza e fatturato, costituente il requisito***

di interesse sostanziale della stazione appaltante:

pertanto, sebbene eventuali imprecisioni della descrizione dell'attività risultanti dal certificato camerale non possono determinare l'esclusione della concorrente che ha dimostrato l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi di esperienza e qualificazione richiesti dal bando, nondimeno non può ritenersi irragionevole o illogica la previsione della legge di gara che richieda l'iscrizione alla CCIAA per

l'attività oggetto dell'appalto, poiché tale iscrizione è finalizzata a dar atto dell'effettivo ed attuale svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuano solamente i settori, potenzialmente illimitati, nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, esprimendo soltanto ulteriori indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati.

La su indicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte

in contratto. L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione e il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; III, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796). In definitiva ... l'accertamento della concreta coerenza della descrizione delle attività riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla lex specialis e con l'oggetto del contratto di appalto complessivamente considerato va svolto sulla base del confronto tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto (cfr. Cons. di Stato, V, 25 settembre 2019, n. 6431; V, 25 luglio 2019, n. 5257)» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 novembre 2019 n. 7846).

Se il bando richiede il possesso di una determinata iscrizione alla C.C.I.A.A., quest'ultima va intesa in senso strumentale e funzionale all'accertamento del possesso effettivo del requisito soggettivo di esperienza e fatturato



Si registrano inoltre delle pronunce del Giudice Amministrativo volte a dirimere

la questione relativa alla possibilità che l'attività prevalente di un'impresa possa essere identificata con il cd. **CODICE ATECO**.

Circa l'elemento in questione, per completezza espositiva, si rileva che si tratta di una combinazione alfanumerica che identifica una **Attività Economica**, dove le lettere individuano il macro-settore economico mentre i numeri (da due fino a sei cifre) rappresentano, con diversi gradi di dettaglio, le specifiche articolazioni e sottocategorie dei settori stessi. Dal 1° gennaio 2008 è in vigore la nuova classificazione Ateco 2007, approvata dall'ISTAT: con i codici Ateco 2007, viene pertanto adottata la stessa classificazione delle attività economiche per fini statistici, fiscali e contributivi, in un processo di semplificazione delle informazioni gestite dalle pubbliche amministrazioni ed istituzioni.

Proprio con riferimento al codice ATECO è stato osservato che l'attribuzione di detto codice non

ha finalità certificative dell'attività in concreto svolta dall'impresa e non rileva dunque ai fini dell'attribuzione alla medesima del requisito sostanziale di idoneità tecnico-professionale richiesto dal bando: i codici Ateco hanno «preminente funzione statistica, in quanto finalizzati ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel Registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente o accessoria» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 17 gennaio 2018, n. 262; da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 11 febbraio 2019, n. 985).

A riguardo il Giudice Amministrativo ha di recente osservato ancora che *«È lo svolgimento dell'attività che dimostra il possesso del requisito dell'idoneità tecnico-professionale, non già l'iscrizione ovvero l'annotazione camerale sopravvenuta, adempimenti questi ultimi che, come la registrazione, servono solo ad attribuire data certa all'effetto utile. ... Anche ove il bando richiedesse l'iscrizione alla CIIAA con un particolare Codice ATECO, quest'ultimo, se ottenuto, non avrebbe alcuna portata certificativa dell'attività effettivamente esercitata dall'impresa e, come tale, sarebbe inidoneo di per sé solo a comprovare il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale dei servizi analoghi, non potendo la loro portata essere enfatizzata a discapito della valorizzazione della situazione effettiva in cui devono trovarsi le imprese iscritte nei pubblici registri (si veda parere Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC n. 98 del 5 giugno 2013). Ciò che rileva allo scopo della partecipazione è il possesso da parte dell'impresa contraente, in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato dal bando, della capacità tecnica e della specifica professionalità, necessarie per la corretta esecuzione delle prestazioni affidate e certificate,*

con effetto ricognitivo, da un'iscrizione alla Camera di Commercio avente un oggetto congruente con quello dell'appalto» (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2018, n. 3035; id., 17 gennaio 2018, n. 262, id., 14 aprile 2015, n. 1874)» (TAR Piemonte – Torino, sez. I, sentenza del 2 dicembre 2019, n. 1190).

4. Escluso l'avvalimento per dimostrare il possesso del requisito della iscrizione alla C.C.I.A.A

Il nostro legislatore, nel recepire la Direttiva 24/UE/2014, all'**art. 89³ del D.Lgs. 50/2016** non ha indicato la possibilità per il concorrente di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per dimostrare il possesso dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. coerente rispetto all'oggetto dell'appalto: l'avvalimento è infatti consentito solo per *«soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'**articolo 83, comma 1, lettere b) e c)**».*

Poiché il requisito di idoneità professionale è di tipo soggettivo, un'impresa non può giovare dell'avvalimento per acquisire il requisito dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. di cui è carente

Con un consolidato orientamento formatosi già sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, il Giudice Amministrativo ha chiarito infatti che, nonostante la portata generale dell'istituto dell'avvalimento, resta salva l'infungibilità dei requisiti sia

di ordine generale che di idoneità professionale, in quanto di tipo soggettivo, sicché un'impresa, non può giovare dell'avvalimento per acquisire il requisito dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. di cui è carente.

Con riferimento al caso specifico in cui l'aggiudicatario non aveva dimostrato ai sensi della *lex specialis* di gara il possesso dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. e la sua coerenza rispetto al contenuto contrattuale il Consiglio di Stato ha osservato

3. L'art. 89 infatti prevede che «1. L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi ...».

che «poiché il requisito atteneva alle necessarie capacità soggettive per partecipare alla gara, il suo difetto da parte dell'aggiudicataria comportava, ex se, l'esclusione, indipendentemente dalla previsione nella legge di gara, poiché tale carenza integrava l'ipotesi di cui all'art. 46, comma 1- bis del d.lgs. n.163 del 2006 relativa alla mancanza "degli elementi essenziali" dell'offerta. Aggiungasi che i requisiti professionali previsti dall'art. 39, del d.lgs. n. 163 del 2006 (tra cui l'iscrizione nel registro della Camera di Commercio) sono cosa diversa da quelli di esperienza tecnica di cui all'art. 42 ... Quindi, mentre alla carenza del requisito di esperienza tecnica può pacificamente porsi rimedio con ricorso allo strumento dell'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del Codice dei contratti, per cui il concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, **il requisito professionale di cui trattasi non può ritenersi essere validamente oggetto di avvalimento**» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 giugno 2016, n. 2384; TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, sentenza del 3 gennaio 2014, n.1).

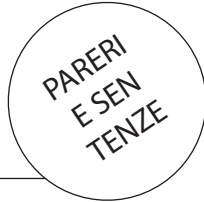
Il riferito principio ha trovato conferma anche in ambito di prassi: l'ANAC si è conformata indicando che la mancata iscrizione al registro delle imprese tenuto presso le CCIAA non possa essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa «*attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma*». Tale conclusione poggia, ad avviso dell'ANAC, sulla premessa che «*i requisiti di cui all'art. 39 D.Lgs.*

163/2006, "inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un alto grado di soggettività, configurino uno status" e, pertanto, non possono essere oggetto di avvalimento. A ciò aggiungasi che l'iscrizione al Registro delle Imprese è da considerarsi infungibile non solo in quanto prescritta per tutte le imprese esercenti un'attività commerciale in relazione alla nozione di imprenditore, di cui all'art. 2083 c.c., ma anche perché essa deve essere riferita all'attività oggetto del contratto. Infatti, l'iscrizione a detto registro, per una determinata attività, caratterizza l'imprenditore sotto il profilo della sua professionalità ovvero dell'idoneità soggettiva a concorrere alla procedura di affidamento e ad essere contraente della pubblica amministrazione» (ANAC, Deliberazione n. 28/2013 - Adunanza del 19 giugno 2013).

5. Conclusioni

Alla luce dell'analisi di cui ai paragrafi che precedono, è evidente come la questione dell'attività esercitata dall'impresa rispetto a quella corrispondente (più o meno) oggetto dell'appalto, sia una problematica di rilievo, da doversi verificare caso per caso e in concreto, sia nel momento in cui un operatore economico si determina a partecipare ad una gara sia al fine di valutare un eventuale giudizio in caso dell'intervenuta esclusione per carenza del requisito di idoneità professionale ovvero per contestare l'ammissione di un operatore carente del requisito in questione.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 4/12/2019, n. 8296

In caso di mancata allegazione della cauzione provvisoria è ammesso il soccorso istruttorio solo se il documento presentato in sanatoria sia di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione

“...la giurisprudenza amministrativa, già nel vigore della disciplina previgente, era giunta alla conclusione che la mancata allegazione all’offerta della cauzione provvisoria, come pure della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva (cfr. Cons. Stato, V, 6 settembre 2018, n. 5230), non fosse causa di esclusione, per essere, invece, la stazione appaltante tenuta ad attivare il soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la documentazione mancante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138; III, 23 novembre 2017, n. 5467; III, 27 ottobre 2016, n. 4528, che aggiunge la precisazione per la quale il principio esposto trova applicazione a prescindere dagli stati soggettivi del concorrente relativi all’imputabilità o meno dell’omissione o della irregolarità; nonché in precedenza Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687; a differenza della cauzione falsa cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1846).

Tale orientamento va ribadito anche con il nuovo codice dei contratti pubblici; il soccorso istruttorio previsto ora dall’art. 83, comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è attivabile in quanto le (ragioni di) invalidità della cauzione provvisoria, ma analogo discorso vale per la dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di “carenze di elementi formali della domanda” ovvero ipotesi di “mancanza, incompletezza” o di “irregolarità essenziale” della documentazione allegata alla domanda di partecipazione (e, dunque, non dell’offerta economica o tecnica)....”

Consiglio di Stato, Sez. V, 29/11/2019, n. 8168

La nomina della commissione giudicatrice, anche in caso di mancanza di regole predefinite, appare sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l’insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all’incarico ricevuto

“«sebbene sia preferibile la previa incorporazione delle regole di procedura in un atto fonte della stazione appaltante, l’operato non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole. Occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza. Circostanza che nel caso di specie è da escludere, potendosi condividere quanto in proposito affermato dal primo giudice, ossia, che “la nomina della commissione giudicatrice appare sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l’insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all’incarico ricevuto» (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4865).”

TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 28/11/2019 n. 2887

Lo scostamento del costo del lavoro rispetto alle tabelle ministeriali non determina automatico giudizio di inattendibilità

"...per giurisprudenza costante, lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi – che rappresentano costi medi orari del lavoro e non costi effettivi, costituendo, pertanto, un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta – non può ex se comportare un automatico giudizio di inattendibilità, essendo, invece, necessarie discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali valori (Cons. Stato Sez. V, 18/02/2019, n. 1097; TAR Lazio, sez. Terza-quater, 12 febbraio 2019, n. 1842; Cons. St., sez. V, 25 ottobre 2017, n. 4912; id., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2580; id., sez. III, 14 maggio 2018, n. 2867 e 18 settembre 2018, n. 5444)."

Corte di Giustizia Europea, 27/11/2019, n. C-402/18

Corte di Giustizia Europea e subappalto

"... i limiti previsti dal diritto interno in materia di subappalto possono rendere più difficile l'accesso agli appalti pubblici per le imprese, specialmente per quelle di piccole e medie dimensioni, ostacolando così l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Esso rileva che detti limiti possono altresì precludere agli acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e più diversificate. Infatti, il fatto di consentire il ricorso al subappalto solo per una parte dell'appalto, fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dell'importo di quest'ultimo, e a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, non sarebbe previsto dalla direttiva 2004/18 e si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di apertura alla concorrenza e con quello teso a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici ...

... La 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, dev'essere interpretata nel senso che:

- essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi;
- essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione."

TAR Basilicata, Sez. I, 21/11/2019, n. 853

Non rileva il carattere risalente dell'iscrizione e l'intervenuta sentenza di assoluzione ai fini dell'obbligo dichiarativo in capo all'operatore economico in applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c)

"- sussiste l'obbligo dell'onnicomprendività della dichiarazione, per cui l'operatore economico è tenuto a dichiarare tutte le situazioni potenzialmente rilevanti per consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza riguardo all'affidabilità e all'integrità dell'operatore stesso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25/7/2018, n. 4532; sez. V, 11/6/2018, n. 3592; sez.

V, 19/11/2018, n. 6530), vieppiù se si ha riguardo alle informazioni risultanti dal casellario dell'ANAC (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21/11/2018, n. 6576);

- il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei fatti accertati ai fini dell'esclusione è rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 20/12/2018, n. 7173);

- all'operatore economico, dunque, non pertiene alcun filtro valutativo riguardo ai fatti da dichiarare e l'eventuale omissione dichiarativa di situazioni, reputate irrilevanti, integra un "grave errore professionale endoprocedurale" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28/3/2018, n. 1935; sez. V, 3/9/2018, n. 5142).

In applicazione di tali coordinate, deve dunque ritenersi che la ditta controinteressata avesse l'obbligo di dichiarare la precedente esclusione risultante dal casellario ANAC. La riscontrata omissione, costituendo un grave illecito endoprocedurale nei sensi sopra indicati, avrebbe dovuto comportarne l'esclusione dalla gara.

Né possono rilevare, in senso contrario a tale conclusione, il carattere risalente dell'iscrizione e l'intervenuta sentenza di assoluzione "... per l'ipotizzato reato di turbativa d'asta, collegato ai fatti all'origine dell'esclusione, in quanto circostanze che, per quanto esposto, non posseggono alcuna idoneità a derogare all'obbligo di clare loqui, normativamente imposto a salvaguardia della pienezza delle attribuzioni della stazione appaltante, in specie vulnerate dall'omissione di cui si è resa responsabile la ditta controinteressata."

Consiglio di Stato, Sez. III, 21/11/2019, n. 7935

"la stazione appaltante non è più obbligata, nella comunicazione d'ufficio dell'avvenuta aggiudicazione, ad esporre le ragioni di preferenza dell'offerta aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura"

"L'art. 76 cit. prevede due diverse modalità di comunicazione ai concorrenti delle informazioni relative alle procedure di gara e, per quanto d'interesse, quelle attinenti all'aggiudicazione: ...b) al comma 5, d'ufficio, "immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni" l'amministrazione aggiudicatrice comunica l'intervenuta aggiudicazione all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare l'impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

Come di recente chiarito da Cons. St., sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251, la disposizione attualmente vigente non precisa più – se non, dunque, nel suo secondo comma in relazione alla comunicazione che avvenga su richiesta scritta dell'interessato – come, invece, il comma 5 bis del previgente art. 79, d.lgs. n. 163 del 2016, che: "La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lett. c), [le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro, n.d.s.] e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lett. a), b) e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5 lett. b-ter) mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviato."

TAR Marche, Ancona, Sez. I, 20/11/2019, n. 707

Il principio di rotazione in pillole....

"... secondo la giurisprudenza prevalente, - la rotazione (n.d.r) - si applica a prescindere sia dal tipo di procedura utilizzata dalla stazione appaltante sia dalle modalità con le quali il gestore uscente si era aggiudicato la gara originaria.....

... il principio di rotazione, che non è disciplinato nelle c.d. direttive appalti (essendo un istituto del diritto interno, specifico delle gare sotto soglia)...

... la pur doverosa applicazione del principio di rotazione non può dar vita ad una ulteriore causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica e dunque il principio in parola non impone alla stazione appaltante il divieto assoluto di invitare alla nuova gara l'appaltatore uscente....

... pertinenti norme del Codice dei contratti pubblici stabiliscono che la decisione di invitare l'appaltatore uscente sia esternata nel primo atto della procedura (la deliberazione a contrattare o, al limite, la lettera d'invito), per cui la procedura non è di per sé illegittima se tale motivazione viene esternata nel provvedimento di aggiudicazione...

... si deve anzitutto verificare quale sia lo stato del mercato di riferimento (cfr. art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, in cui è più volte ripetuto l'inciso "...ove esistenti..."). In questo senso rileva sia il numero assoluto di operatori del settore (elemento che, nel caso di specie, avrebbe potuto indurre la stazione appaltante a ritenere applicabile il principio di rotazione, visto che le officine attrezzate per svolgere il servizio de quo sono migliaia e dunque "c'è mercato"), sia il numero di quelli che hanno chiesto di partecipare alla specifica gara ..."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 683 DEL 17 luglio 2019

PREC 100/19/F

"la definizione dei criteri di selezione delle offerte tecniche è espressione della cd. discrezionalità tecnica, sindacabile solo se le valutazioni compiute appaiano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti"

"l'Autorità ha altresì sottolineato come "In generale, le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo."..... la definizione dei criteri di selezione delle offerte tecniche è espressione della cd. discrezionalità tecnica, sindacabile solo se le valutazioni compiute appaiano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (sul sindacato della discrezionalità tecnica cfr., ex multis, parere di precontenzioso n. 687 del 18 luglio 2018; parere di precontenzioso n. 193 del 1° marzo 2018; parere di precontenzioso n. 797 del 19 luglio 2017; parere di precontenzioso n. 210 del 1° marzo 2017; parere di

precontenzioso n. 528 del 4 maggio 2016; parere di precontenzioso n. 198 del 25 novembre 2015; Parere di precontenzioso n.37 del 1 aprile 2015; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 882; Tar Venezia, sez. I, 7 giugno 2018, n. 613);”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 680 DEL 17 luglio 2019 PREC 90/19/S

“la definizione dei costi della sicurezza c.d. “esterni” spetta alla stazione appaltante, chiamata a fissarli a monte della procedura”

“ai sensi dell’art. 23, comma 16, del d. lgs. 50/2016, la definizione dei costi della sicurezza c.d. “esterni” spetta alla stazione appaltante, chiamata a fissarli a monte della procedura, e che su di essi i concorrenti non dispongono di alcun potere dispositivo, sicché anche una loro eventuale indicazione sul punto sarebbe solo pedissequamente riprodottriva di quella posta a base della procedura. Infatti, non vi è alcuna norma che imponga ai concorrenti, tanto meno a pena di esclusione, di riprodurre nell’offerta la quantificazione dei costi da interferenza già effettuata dalla stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. III, 22. Dicembre 2015 n. 5815).”

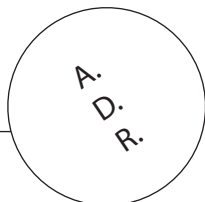
Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 653 DEL 10 luglio 2019 PREC 18/19/S

E’ possibile prevedere nei bandi requisiti di capacità tecnica rigorosi purchè non discriminanti e abnormi

“...secondo costante e pacifica giurisprudenza, i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità tecnica anche particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell’Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche superiori a quelli previsti dalla legge (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 4 gennaio 2017 n. 9; delibera n. 1087 del 25 ottobre 2017);”

A Domanda Rispondiamo



1 Una amministrazione può procedere all'affidamento di un servizio/fornitura non inserito nella programmazione biennale?

Un acquisto può comunque essere inserito in programmazione anche in occasione delle modifiche in corso d'anno, ed eventualmente avviato nelle more dell'approvazione della modifica, nei casi in cui rientri fra le fattispecie di cui all'art.7 comma 8 lett. b) e c):

(b)l'aggiunta di uno o più acquisti in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale; c)l'aggiunta di uno o più acquisti per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie) e comma 9:

(Un servizio o una fornitura non inseriti nell'elenco annuale possono essere realizzati quando siano resi necessari da eventi imprevedibili o calamitosi o da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari. Un servizio o una fornitura non inseriti nella prima annualità del programma possono essere altresì realizzati sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione) del DM 14/2018;

2 È una facoltà o un dovere per la S.A. intervenire consentendo la partecipazione dei concorrenti, quando la piattaforma telematica dove si espleta la gara, non è continuativamente funzionante, prima della scadenza del termine di partecipazione?

L'Art. 79 d.lgs. 50/2016 c. 5-bis, stabilisce che: "Nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento.....". La finalità di tale disposizione è quello di consentire di rimediare a eventuali malfunzionamenti delle piattaforme informatiche, onde evitare che circostanze estrinseche possano riflettersi, nei procedimenti di gara, in termini negativi sul principio di massima partecipazione e di par condicio dei concorrenti. Secondo i giudici amministrativi tale norma consente all'amministrazione non solo di sospendere o rinviare la procedura qualora riscontri anomalie nel funzionamento della piattaforma o della rete in corso di gara, ma anche di riaprire i termini per la presentazione delle offerte se tale situazione interviene alla fine della gara (*Consiglio di Stato, sent. n. 4135/2017*).

3

L'irrogazione di penali in precedenti rapporti contrattuali determina automaticamente l'esclusione dalla gara?

No. L'esclusione è demandata alla valutazione discrezionale della Stazione Appaltante. L'art. 80 del Codice Appalti stabilisce al comma 5, lett. c), che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico, qualora *"la stazione appaltante 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"* ed alla lett. c-ter) qualora *"l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa"*. Per quanto riguarda le "altre sanzioni", è intervenuta in soccorso l'ANAC, che vi ricomprende l'applicazione di penali e l'escussione delle garanzie. Le medesime Linee Guida prevedono l'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di comunicare all'ANAC i provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto. Pertanto, è stata circoscritta la rilevanza dei provvedimenti di applicazione delle penali, ritenendo ostativi quelli che, singolarmente o cumulativamente, raggiungono un importo pari all'1% dell'importo del contratto. Ciò in conformità al dato normativo che attribuisce rilevanza al presupposto della gravità dell'illecito. Il Tar Puglia – Lecce, sez. II, con sentenza n. 519 del 28 marzo 2019 richiama le modifiche in corso delle medesime Linee Guida sui gravi illeciti, *dove verrà a breve eliminato l'obbligo di comunicazione delle penali di importo superiore all'1% del valore del contratto, sicché le stazioni appaltanti saranno tenute a comunicare esclusivamente le penali*

che rappresentano inadempienze particolarmente gravi o dimostrative, per la loro ripetitività, di una persistente carenza professionale. Tanto premesso, si può ragionevolmente sostenere che l'irrogazione di penali contrattuali non integra di per sé la violazione dei doveri professionali e non costituisce prova di grave negligenza, così come definita dal legislatore poiché l'applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque "grave negligenza" potendo l'inadempimento derivare – non irragionevolmente – anche da una serie di più svariati comportamenti di soggetti terzi oppure anche da eventi esterni (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2019, n. 2794).

4

È possibile per le stazioni appaltanti affidare servizi tecnici a costo zero?

L'unica possibilità per le stazioni appaltanti di acquisire gratuitamente delle prestazioni tecniche o servizi intellettuali, è il ricorso all'art. 19 del codice, ossia ai contratti di sponsorizzazione. In ogni caso l'amministrazione deve effettuare una valutazione precisa della prestazione che vuole ricevere e della contropartita che concederà, purché non vi sia sproporzione tra le prestazioni.

5

Se una procedura di gara, segue un iter più lungo delle previsioni, a causa di una sospensione e riapertura dei termini, il CIG scade?

Attualmente la vita del CIG è disciplinata dalla Delibera numero 1 del 11 gennaio 2017 Anac la quale stabilisce che il CIG deve essere perfezionato entro il termine massimo di novanta giorni dalla sua acquisizione, pena la sua automatica cancellazione. Un codice identificativo gara perfezionato pertanto non ha scadenza.

6 Possono essere affidate in subappalto delle prestazioni ad concorrenti che hanno preso parte alla procedura di gara?

Se il decreto sblocca cantieri aveva abrogato il divieto di tali affidamenti, in fase di conversione, tale abrogazione non è stata confermata e quindi il divieto opera per le gare indette dal 14/06/2019. Allo stato attuale, il comma 4 dell'art. 105 prevede espressamente che: *"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto."*

7 La clausola di revisione prezzi prevista nel contratto d'appalto opera automaticamente o necessita di una valutazione da parte della Stazione Appaltante?

Il Consiglio di Stato (Sez. III, sentenza del 6.06.2018, n. 4827) ha ritenuto che, anche se la clausola di revisione prezzi sia stata espressamente inserita nella lex specialis, non si può ritenere che vi sia una automatica applicazione ma la decisione è sempre rimessa alla specifica valutazione discrezionale della P.A. che opera un bilanciamento tra l'interesse del privato e quello pubblico rivolto al contenimento della spesa. Dunque, il contraente non può vantare un diritto soggettivo, ma solo un interesse legittimo.

Si ritiene pertanto che sussista l'obbligo dell'Amministrazione di istruire il procedimento, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto al fine di esprimere la propria determinazione e procedere – se ne sussistono i presupposti – alla revisione del corrispettivo dell'appalto.

8 Il gestore uscente può rifiutarsi di fornire i dati utili ai fini dell'applicazione della clausola sociale e del riassorbimento del personale?

Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa provvede a richiederli all'operatore uscente, mentre l'assenza della collaborazione dell'appaltatore uscente sembrerebbe configurare anche una specifica sanzione, integrando gli estremi del grave illecito professionale di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice dei contratti, e comunque essere valutato ai fini di un'esclusione dall'elenco degli imprenditori invitati alla gara (*Parere C.d.S. sulle Linee guida recanti la disciplina delle clausole sociali*).

A titolo preventivo, le stazioni appaltanti valutano inoltre la possibilità di inserire, negli schemi di contratto, specifiche clausole che obbligano gli appaltatori a fornire le informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale.

9 La clausola di revisione prezzi ha efficacia retroattiva?

Sì, la clausola di revisione prezzi ha efficacia retroattiva. Nel caso di contratti di appalti pubblici ad esecuzione periodica o continuativa riguardanti servizi o forniture, deve ritenersi nulla la clausola secondo cui il diritto al compenso revisionale può essere riconosciuto soltanto dalla data della relativa richiesta e non può essere accordato con efficacia retroattiva (*Cfr. sentenza T.A.R. Piemonte-Torino, Sez. I, 06.02.2015*)

L'AINOP (Archivio Informatico Nazionale delle Opere Pubbliche) ... nuovi adempimenti per le stazioni appaltanti nella scia della "buona tradizione italiana"



IN
PIL
LOLE

di Giuseppe Croce

All'indomani degli eventi luttuosi determinati dal crollo del ponte Morandi a Genova, si è avuta una specifica produzione normativa indirizzata e mirata alla fattispecie.

Lasciando alla sensibilità di ciascuno, ragionamenti più o meno giuridici sulla c.d. legislazione di urgenza che si intensifica in occasione di eventi "specifici" ancor più se luttuosi, ci si imbatte gioco forza nel decreto legge n. 109 del 28 settembre 2018, convertito nella legge n 130/2018.

Tale provvedimento, dal contenuto ampio e articolato circa i contenuti, come noto si è trascinato dietro molteplici polemiche e per quel che rileva oggi, ha impostato agli artt. 13 e 14 un nuovo adempimento a carico di "tutti i soggetti

che a qualsiasi titolo gestiscono o detengono dati riferiti ad un'opera pubblica o all'esecuzione di lavori pubblici", stante la necessità di implementare la costituita banca dati AINOP presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con informazioni tecniche, amministrative, contabili per ciascuna opera pubblica sita su territorio nazionale.

Sulla base dei dati forniti l'AINOP genererà uno specifico codice identificativo della singola opera (IOP) in grado di identificare univocamente l'opera medesima riportandone come se fosse una "carta di identità" le caratteristiche essenziali e distintive quali tipologia, localizzazione, anno di messa in esercizio e inserimento dell'opera nell'infrastruttura.

L'AINOP sarà formato dalle seguenti sezioni:

- a) ponti, viadotti e cavalcavia stradali;
- b) ponti, viadotti e cavalcavia ferroviari;
- c) strade - archivio nazionale delle strade, di seguito ANS;
- d) ferrovie nazionali e regionali - metropolitane;
- e) aeroporti;
- f) dighe e acquedotti;
- g) gallerie ferroviarie e gallerie stradali;
- h) porti e infrastrutture portuali;
- i) edilizia pubblica.

Le sezioni sono suddivise in sottosezioni, ove sono indicati, per ogni opera pubblica:

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

Al codice IOP saranno poi riferiti tutti gli interventi di investimento pubblico, realizzativi, manutentivi conclusi o in programmazione, progettazione, esecuzione che insistono totalmente o parzialmente sull'opera tramite indicazione dei rispettivi CUP.

L'AINOP, attraverso la relazione istituita tra codice IOP e codice CUP, assicura ai sensi degli articoli 213 e 29 del Codice, l'interoperabilità tra i sistemi con la BDAP e l'attuazione sempre più fattuale – si spera – del c.d. principio di unicità dell'invio dei dati e delle informazioni (principio di tutto sommato recente codificazione introdotto nel codice degli appalti nel 2017 col correttivo d.lgs. 56/2017).

In sostanza l'obiettivo non è solo il censimento delle opere, ma anche la calendarizzazione degli interventi manutentivi sulle opere pubbliche in

un'ottica preventiva, attraverso un monitoraggio costante dell'opera. L'AINOP ai sensi del comma 8 dell'art. 13 del D.L. 109/2018, è sviluppato *"tenendo in considerazione la necessità urgente di garantire un costante monitoraggio dello stato e del grado di efficienza delle opere pubbliche, in particolare per i profili riguardanti la sicurezza ... Le informazioni contenute nell'AINOP consentono di pervenire ad una valutazione complessiva sul livello di sicurezza delle opere per agevolare il processo di programmazione e finanziamento degli interventi di riqualificazione o di manutenzione delle opere stesse e del grado di priorità dei medesimi"*.

Ed anche sul punto si lascia alla sensibilità di ciascuno ogni valutazione circa la sufficienza di un nuovo adempimento, che si aggiunge ai precedenti, a garantire interventi concreti sulle opere!

Il D.L. stabiliva che fin dal 15 dicembre 2018 i soggetti detentori dei dati dovevano già esser pronti, mettendo a disposizione i dati in loro possesso secondo le modalità che sarebbero state definite dal M.I.T. con apposito decreto che doveva essere emesso entro 60 giorni dall'entrata in vigore del Decreto Genova; trattasi del Decreto Ministeriale del M.I.T. n. 430 giunto invece l'08 ottobre 2019 ed è in vigore dal 22 novembre.

Nelle tempistiche "ideali" del Decreto Genova, l'inserimento dei dati doveva essere completato entro il 30 aprile 2019; inutile dire che ad oggi la piattaforma AINOP raggiungibile attraverso il link <http://ainop.mit.gov.it/> è ancora nella versione "Test beta".

Il comma 14 dello stesso Decreto Genova, dedica altresì particolare attenzione al *"Sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali in condizioni di criticità e piano straordinario di monitoraggio dei beni culturali immobili"*, prevedendo che *"A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sovrintende alla realizzazione e gestione, in via sperimentale, di un sistema di monitoraggio dinamico da applicare alle infrastrutture stradali e autostradali, quali ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari, individuate dal Ministero stesso con apposito decreto, che presentano condizioni di criticità connesse al passaggio di mezzi pesanti. A tal*

fine, i soggetti che a qualsiasi titolo gestiscono le infrastrutture stradali e autostradali individuate dal Ministero forniscono al Ministero stesso i dati occorrenti per l'inizializzazione e lo sviluppo del sistema di monitoraggio dinamico, dotandosi degli occorrenti apparati per operare il controllo strumentale costante delle condizioni di sicurezza delle infrastrutture stesse anche utilizzando il Building Information Modeling - BIM. Il citato Sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali in condizioni di criticità reca l'identificazione delle opere soggette a monitoraggio tramite il Codice IOP, di cui all'articolo 13".

Con l'entrata in vigore del D.M. 430 del 08/10/2019 oltre ad istituire un tavolo tecnico permanente incaricato di coordinare il processo e le modalità di alimentazione dell'AINOP e garantire il rispetto delle tempistiche attuative; è stato poi definito l'impalcato informativo (si veda l'allegato tecnico A al Decreto), attraverso il quale i soggetti obbligati agli obblighi informativi, provvederanno ad avviare le comunicazioni utili per alimentare la banca dati attraverso il 3 step previsti per mandare a pieno regime l'assolvimento in questione ed in particolare:

Fase 1 da avviare entro 6 mesi dall'entrata in vigore del D.M.:

- Per le autostrade e le strade statali, gli aeroporti, le ferrovie nazionali, le dighe e le risorse idriche nazionali e i porti non di interesse esclusivamente turistico di competenza statale, dovranno essere resi disponibili i dati riguardanti tutte le sottosezioni di cui all'allegato tecnico A.
- Per le strade regionali, le ferrovie regionali, le dighe e le risorse idriche non di interesse nazionale, i porti di interesse turistico, l'edilizia pubblica statale e regionale, dovranno essere resi disponibili i dati riguardanti le sottosezioni di cui all'allegato A Parte I punto 1 lett. a) e b).
- Per le strade provinciali e comunali, le metropolitane, le risorse idriche provinciali e comunali e l'edilizia pubblica provinciale e comunale, dovranno essere resi disponibili i dati riguardanti la macro sottosezione di cui all'Allegato Tecnico A, parte I, punto 1, lett. a).

Fase 2 da avviare entro dodici mesi dall'entrata in vigore del D.M.:

- Per le strade regionali, le ferrovie regionali, le dighe e le risorse idriche non di interesse nazionale, i porti di interesse turistico e l'edilizia pubblica statale e regionale, dovranno essere resi disponibili i dati riguardanti le macro sottosezioni di cui all'Allegato tecnico A, parte I, punto 1, lett. c), d), e), f) e g).
- Per le strade provinciali e comunali, le metropolitane, le risorse idriche provinciali e comunali e l'edilizia pubblica provinciale e comunale, dovranno essere resi disponibili i dati riguardanti le macro sottosezioni di cui all'Allegato tecnico A, parte I, punto 1, lett. b) e c).

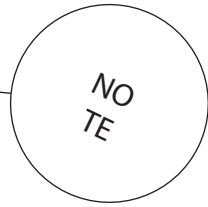
Fase 3 da avviare entro il 31 dicembre 2020:

- Per le strade provinciali e comunali, le metropolitane, le risorse idriche provinciali e comunali e l'edilizia pubblica provinciale e comunale, dovranno essere resi disponibili i dati riguardanti le macro sottosezioni di cui all'Allegato tecnico A, parte I, punto 1, lett. d), e), f) e g).

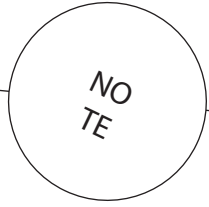
Pertanto, in questa fase, la piattaforma sarà utilizzata dai soggetti conferenti e dai soggetti vigilanti ai fini dell'alimentazione della base dati.

A seguito del consolidamento del processo di acquisizione, alcune informazioni saranno rese disponibili in modalità aperta, come dati aperti (opendata). Per l'accesso alla piattaforma AINOP da parte dei soggetti conferenti o delle strutture vigilanti, in modalità di pre-esercizio, nel rispetto delle fasi indicate nel decreto 430 del 8 ottobre 2019, dovrà essere trasmessa, da parte del responsabile della struttura competente, una comunicazione alla seguente casella di posta elettronica: ainop@pec.mit.gov.it.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti mette a disposizione un servizio di supporto raggiungibile al seguente indirizzo di posta elettronica: monitoraggio.infrastrutture@mit.gov.it.



A series of horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for handwritten notes. The lines are evenly spaced and cover most of the page's vertical space below the "NOTE" circle.



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

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

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

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

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

Il sottoscritto

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

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

A:		
Via		N.
CAP	Città	Prov.

MODALITA' DI PAGAMENTO:

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

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

Data ___/___/___

Firma _____

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

MEDIAAPPALTI

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

Mediagraphic

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

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®)
25; 26 e 27 novembre Trieste

APPALTI

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
12 dicembre Torino

La disciplina del subappalto
10 dicembre Trieste

Gli appalti sotto soglia comunitaria: stravolgimenti importanti alla luce delle recenti novità normative e giurisprudenziali
10 dicembre Pescara; 4 febbraio 2020 Ancona;

Gli adempimenti post-aggiudicazione: le verifiche dei requisiti e la gestione delle informazioni alle banche dati
10 dicembre Napoli

Il nuovo applicativo MOP della BDAP-MEF per il Monitoraggio - Corso Pratico
11 dicembre Trento; 17 dicembre Parma

La documentazione di gara dopo il decreto c.d. "sblocca cantieri" e la relativa legge di conversione
12 dicembre Lecce

Tecniche di redazione dei capitolati delle gare di servizi e forniture
21 gennaio 2020 Roma

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

ANTICORRUZIONE E PERFORMANCE

La normativa Anticorruzione nelle sue ricadute pratiche
10 dicembre Cagliari

Anticorruzione e antiriciclaggio: aspetti organizzativi ed operativi
10 dicembre Roma; 23 gennaio 2020

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

L'adempimento degli obblighi in materia anticorruzione e trasparenza
11 dicembre 2019 e 18 dicembre 2019

MAGGIORI INFORMAZIONI SU SEDI E DATE DEI SEMINARI SU 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!