

Rivista mensile - Anno X, Numero 3

**luglio**  
**2020**

# MEDIA APPALTI

---

**Contratti pubblici:  
le modifiche normative  
acquisite ed il decreto  
semplificazioni**

---

**Il "grave illecito  
professionale"  
nell'evoluzione  
giurisprudenziale e  
normativa**

---

**Gli incarichi legali nello  
schema di regolamento  
attuativo del Codice dei  
contratti**

**"Guida  
pratica  
in materia di  
appalti pubblici"**

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

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

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

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

**Media**  
**Graphic**





**approfondimento  
aggiornamento  
giurisprudenza  
informazione  
consulenza  
normativa**



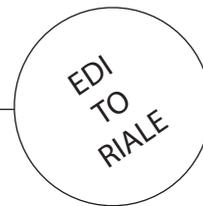
**Uno strumento utile  
per muoversi  
nel complesso  
e delicato  
mondo degli  
appalti pubblici**

**luglio  
2020**

---

# lo

---



Sul finire del XX secolo l'umanità entrò in possesso di uno straordinario strumento che le avrebbe semplificato l'esistenza. Non ne ebbe immediata consapevolezza.

Nei primi tempi lo utilizzò quasi esclusivamente come mezzo di svago. Successivamente qualcuno comprese che con quello strumento erano possibili operazioni più complesse e più importanti di uno scambio di foto ed opinioni, dello shopping online, della prenotazione delle vacanze. La vera svolta arrivò nei primi anni '20 del secolo successivo.

Un virus dilagò su tutto il pianeta. Costrinse la gente a restare a casa. Si dovette lavorare da casa. Studiare da casa. Affrontare questa situazione non fu cosa semplice per un paese come l'Italia aggrappato al lavoro in presenza in ufficio.

Il lavoro agile era una bella idea ma non c'era la volontà di praticarla sul serio.

Il virus cambiò prospettiva. Le aziende si organizzarono. Attivarono l'accesso in remoto per gli impiegati e si sperimentarono in un nuovo modo di stare in ufficio senza esserci fisicamente. Meno semplice fu per le pubbliche amministrazioni. Non erano attrezzate per attivare il lavoro da casa. Fu la paralisi dei servizi pubblici.

Nell'estate del 2020, mentre i contagi erano a livelli minimi, arrivò il decreto che avrebbe rinnovato la pubblica amministrazione. La digitalizzazione delle amministrazioni non era un progetto nuovo. Se ne parlava da almeno un decennio. La si attuava con scarsa dedizione. Ci volle l'epocale arrivo del covid19 per cambiare il corso della storia digitale del paese.

Il testo imponeva alle pubbliche amministrazioni di "sviluppare i propri sistemi con modalità idonee a consentire l'accesso da remoto ai propri dipendenti e favorire così il lavoro agile".

I dipendenti pubblici in smartworking. Ma la vera rivoluzione non era lo smartworking dei dipendenti pubblici. Una rivoluzione è tale quando intacca la realtà di un numero vasto di persone, un intero popolo. La vera rivoluzione era scritta nell'articolo 18 di quel decreto. Era intitolato "Identità digitale, domicilio digitale e accesso ai servizi digitali" ed elencava una serie di servizi di cui il cittadino avrebbe potuto usufruire attraverso il web.

La transazione da una PA burocraticizzata ad una semplificata sarebbe avvenuta attraverso delle regole omogenee per tutte le PA, raccolte in un "codice di condotta tecnologica, emanato dal Capo del Dipartimento della trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri".

Tali regole avrebbero governato gli acquisti ICT, lo sviluppo dei sistemi e la progettazione e realizzazione dei servizi digitali ai cittadini, la formazione tecnologica dei pubblici dipendenti e l'arruolamento di esperti che avrebbero affiancato i progetti di trasformazione digitale delle amministrazioni.

Acquisti di attrezzature e affidamento degli incarichi agli esperti che avrebbero timonato le PPAA sulla rotta del digitale sarebbero stati rapidi. Nello stesso Decreto si stabilì che gli appalti sarebbero stati assegnati senza gara fino ad un tetto di 5 milioni di euro. L'economia doveva ripartire. Non c'era più tempo per assecondare i tempi delle procedure standard. Tutto diventò più rapido, semplice, accessibile a chiunque, ovunque. Vedi figlio mio, all'epoca ero solo un bambino. Non comprendevo bene cosa stesse accadendo.

Da un giorno all'altro non ci fu più asilo, non ci furono più parchi giochi, corse, pizzerie, feste. Dovevamo stare a casa. Il mondo stava cambiando e quando il mondo cambia è meglio non uscire di casa mi dicevano i miei genitori. Tutta questa trasformazione fu una fortuna per noi millennia. Se avessimo dovuto aspettare i tempi degli adulti non avremmo mai avuto una digitalizzazione completa e noi, abituati ad avere uno smartphone tra le mani sin da piccoli, noi che avevamo imparato a risolvere ogni cosa attraverso una app, ci saremmo trovati in un mondo sconosciuto e invivibile, quello della lentezza burocratica, delle carte, della penna e della firma su un rigo segnato con la x.

Se oggi, avendo necessità di un documento, lo posso ottenere in pochi touch è grazie a quanto accadde nel 2020 quando un virus sconvolse le vite di tutti costringendo ognuno a cambiare il proprio stile di vita, costringendo gli Stati a cambiare il modo di gestire la cosa pubblica e offrire servizi a cittadini e imprese.

Risaliamo a bordo della macchina del tempo che ci ha fatto viaggiare fino quasi alla fine del primo secolo del secondo millennio. Luglio 2020. Scarichiamo IO sullo smartphone. L'applicazione messa a punto dallo stato "permette di interagire facilmente con diverse Pubbliche Amministrazioni, locali o nazionali, raccogliendo tutti i loro servizi, comunicazioni, pagamenti e documenti in modo sicuro e sempre a portata di mano". Cominciamo a far parte del cambiamento.

## sommario

### Editoriale

Io

4

### In evidenza

Contratti pubblici: le modifiche normative acquisite ed il decreto semplificazioni

7

### Sotto la lente

Il subappalto necessario: il Consiglio di Stato interroga la Corte di Giustizia sulla sostituzione del subappaltatore

13

### Il Punto

Gli affidamenti di servizi sociali tra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore

23

Il "grave illecito professionale" nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa

31

Gli affidamenti in house sono lesivi della concorrenza? La Consulta impone una riflessione e, soprattutto, ricorda l'obbligo di motivazione.

38

Gli incarichi legali nello schema di regolamento attuativo del Codice dei contratti

47

"Avvalimenti a cascata" nel vigore del Codice 2016, al vaglio della Plenaria: nota a Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 9 aprile 2020, n. 2331

56

### Pareri & Sentenze

60

### A Domanda Rispondiamo

65

### In pillole

68

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Avv. Stefano de Marinis**

Avvocato, già vicepresidente FIEC

**Avv. Massimiliano Lombardo**

Esperto e docente in materia di appalti pubblici

**Dott.ssa Alessandra Verde**

Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale della Sardegna

**Avv. Riccardo Gai**

Esperto in materia di appalti pubblici

**Avv. Emanuela Pellicciotti**

Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

**Dott. Stefano Usai**

Vice segretario del Comune di Terralba (Or)

**Editore:**

Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Tel. 0883.527171

Fax 0883.570189

www.mediagraphic.it

info@mediagraphic.it

**Avv. Adriana Presti**

Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Giuseppe Croce**

Esperto in appalti pubblici

# Contratti pubblici: le modifiche normative acquisite ed il decreto semplificazioni

di Stefano de Marinis

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Le vicende legate alla necessità di arginare gli effetti del contagio da Covid19, che in questi mesi hanno condizionato il Paese sovvertendone il quotidiano e compromettendone, in prospettiva, parte importante del ciclo economico, si sono inevitabilmente abbattute anche sul settore dei contratti pubblici, creando rilevanti problemi operativi e mettendo in luce un quadro normativo non privo di interrogativi sulla sua adeguatezza ad assicurare, almeno dinanzi ad eventi tanto straordinari, sia la corretta allocazione e gestione dei rilevanti oneri esecutivi derivanti dalle vicende occorse, sia, come in parte già noto, il più efficace sostegno alla ripresa, tramite attivazione della spesa pubblica.

Nell'ambito della cosiddetta normativa emergenziale, alcune prime misure tampone sono già state adottate relativamente alla responsabilità per inadempimento e all'erogazione dell'anticipazione contrattuale, nonché ad una serie di istituti particolari; un approccio più organico, a mezzo del cosiddetto decreto semplificazioni, è peraltro in via di definizione in questi giorni, con logiche e contenuti che avremo modo di richiamare nella seconda parte di questo intervento.

## L'emergenza COVID spinge il Paese verso riforme di sistema a lungo rinviate

In sintesi possiamo per ora dire che, in attesa di tale decreto, si è davanti ad un contesto normativo a macchia di leopardo, che non tocca, se non in un solo aspetto, il codice dei contratti, operando per il resto dal di fuori, con disposizioni volte a risolvere questioni puntuali e specifiche.

### 1. Le modifiche normative acquisite

Nel quadro degli interventi acquisiti, il primo riguarda il tema della responsabilità contrattuale che trova ora stabile disciplina nell'articolo 91 della legge 24 aprile 2020, n.27, di conversione con modifiche del decreto "Cura Italia" (n.18), che testualmente prevede che l'osservanza delle misure di contenimento del contagio da Covid 19 è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.

Il richiamo all'articolo 1218 - non già al 1256 che fa leva sull'estinzione del rapporto obbligatorio<sup>1</sup> - esclude (solo) la responsabilità del debitore per inadempimento laddove la prestazione convenuta sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, venendo incontro, nei casi che qui possono interessare, all'affidatario

---

1. Ai sensi dell'articolo 1256 cod. civ. il rapporto obbligatorio si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

della commessa che, per problemi conseguenti alle restrizioni legate alla pandemia, non sia stato in grado di far fronte ai propri impegni anche prima della generalizzata sospensione del 23 marzo<sup>2</sup>.

Non deve, peraltro, sfuggire come la norma non rechi richiami specifici alla figura dell'appalto o dell'appaltatore, né al codice dei contratti pubblici, che viceversa è citato nella parte successiva dello stesso articolo, in tema di anticipazione. Ne deriva che la previsione liberatoria, nel caso di dimostrata impossibilità sopravvenuta, opera sul piano civilistico generale, ed essendo l'appalto un contratto a prestazioni corrispettive l'esimente vale anche al contrario, per liberare la responsabilità della stazione appaltante per le proprie obbligazioni verso l'appaltatore.

Fa eccezione il caso dei mancati o ritardati pagamenti all'affidatario di commesse pubbliche, posto quanto espressamente previsto in materia dall'articolo 103, comma 4, della legge 27.

Peraltro, l'articolo 91 non configura la pandemia come esimente in sé, ma impone solo di valutare l'effettivo impatto delle misure adottate per limitarne la diffusione sui singoli contratti, caso per caso; in tale ottica, i protocolli firmati tra le parti sociali<sup>3</sup> recano una tipizzazione pattizia, ancorché non esaustiva, delle situazioni a tali fini rilevanti, fermo restando che la norma non fa riferimento alcuno all'eventuale

riconoscimento dei maggiori oneri sopportati per fermo attività.

Altro tema acquisito, direttamente interferente con la disciplina del codice dei contratti, è quello dell'anticipazione contrattuale, rispetto al quale si registrano ben due interventi: il secondo comma dell'articolo 91, che intervenendo direttamente sul comma 18 dell'articolo 35 del codice stesso, dispone che l'erogazione dell'anticipazione è consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, cioè senza che

sussista un contratto firmato in grado di impegnare la spesa; l'articolo 207 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, c.d. "rilancio", in fase di conversione senza modifiche sul punto, che ne eleva l'importo dal 20 al 30%, rendendola in tale misura erogabile anche su contratti in corso di esecuzione ancora capienti, laddove già concessa in misura inferiore al 30%, ovvero concessa e reincamerata in applicazione di previgenti regimi che così disponevano, o, ancora, in alcun modo concessa, in quanto all'epoca dell'affidamento non prevista dalla legge, come è il caso delle forniture e dei servizi ante decreto sbloccantieri 2019.

La norma, destinata a sostenere il settore imprenditoriale immettendo liquidità nel sistema senza aggravio di spesa pubblica, posta l'espressa previsione di operatività nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo

### **Gli effetti della pandemia sulla disciplina dell'adempimento dei contratti in corso**



### **Anticipazioni fino al 30% dell'importo contrattuale per immettere liquidità a fronte del blocco produttivo**



2. Ci si riferisce agli effetti di massimo e generalizzato blocco operativo del Paese, generatosi a seguito dell'entrata in vigore del DPCM 22 marzo 2020 (in GU 22 marzo 2020, n.76, dal titolo Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, con allegato l'elenco dei codici Ateco relativo alle attività sospese.

3. Si veda in tal senso l'apposta sezione dedicata alla tipizzazione delle ipotesi di esclusione della responsabilità del debitore anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti, riportata da ultimo nella parte finale dell'allegato 13 al dpcm 11 giugno 2020, in GU 11 giugno 2020, n.147.

intervento a disposizione della stazione appaltante, si applica fino al 30 giugno 2021, e cioè alle procedure avviate, mediante pubblicazione del bando o diramazione degli inviti entro tale data. Tale limitazione sembra, peraltro, riflettersi maggiormente nei confronti del settore forniture e servizi, dato che nei lavori i quadri economici degli interventi contemplano sin dall'inizio la copertura dell'intero importo contrattuale. Da notare, infine, come la norma si esprima in termini di facoltatività, che peraltro è la stessa facoltatività prevista dalla disciplina base, di cui all'articolo 35 del codice, da intendersi, quindi, come facoltà, in presenza dei presupposti di legge, vincolata<sup>4</sup>.

Altro intervento di diretta rilevanza nel campo dei contratti pubblici riguarda la modifica dell'elenco delle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. In particolare, l'articolo 4 bis della legge 5 giugno 2020, n. 40, di conversione del decreto "liquidità" (n.23), aggiunge alla lista recata dal comma 53 legge anticorruzione (190 del 2012): i servizi ambientali propriamente detti, inclusivi della raccolta rifiuti, nonché del già previsto loro trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto terzi, del relativo trattamento, oltre allo smaltimento, delle attività di risanamento e bonifica e degli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti; la ristorazione e la gestione di mense e catering; i servizi funerari e cimiteriali.

### 1.1 Ulteriori modifiche

Altre modifiche normative interferenti sulle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, presenti nel decreto "rilancio", riguardano: per tutte le gare avviate dal 19 maggio al 31 dicembre 2020, l'eliminazione, per stazioni

## Ampliamento attività soggette a tentativo d'infiltrazione mafiosa

appaltanti ed imprese, dell'obbligo di versare il contributo per il funzionamento dell'Anac (articolo 65); l'ulteriore proroga di validità dei DURC fino al 15 giugno 2020 (articolo 81); la non applicazione, fino al 30 settembre 2020<sup>5</sup>, delle disposizioni di cui all'articolo 48-bis del dpr n. 602/1973, in modo che l'operatore economico oltre a poter ricevere il pagamento delle somme di cui fosse creditore nei confronti delle P.A. anche se inadempiente rispetto al pagamento di cartelle esattoriali per almeno 5 mila euro, potrà altresì concorrere alle gare senza incorrere nella causa di esclusione di cui al comma 4 dell'articolo 80 del codice (articolo 153); gli aggiornamenti al TU 445/2000 in tema di dichiarazioni sostitutive, modalità di verifica a campione dei relativi contenuti e sanzioni in caso di falso (art.264).

Da notare infine che numerose disposizioni sparse, tanto nel decreto "rilancio" che nelle leggi 27, 40 e 41 (quest'ultima di conversione del decreto "scuola"), introducono in forma estemporanea e per singoli settori, soluzioni che, viceversa, sembrerebbero al momento dover esser materia, in termini generali e con logiche di sistema, del decreto semplificazioni.

Si va dalla legittimazione degli affidamenti diretti per il ripristino della funzionalità degli Istituti penitenziari (art. 86 legge 27) o per il noleggio autovetture da parte dell'Istituto Nazionale del lavoro (art. 96 decreto 34), all'utilizzo, senza condizioni, della procedura negoziata per acquisti di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e per l'accesso dei cittadini a servizi in rete (art.75 legge 27) o per l'individuazione di agenzie di somministrazione di lavoro e favorire l'emersione di rapporti di lavoro (art.103 decreto 34), fino all'attribuzione di veri e propri poteri

4. La lettera della norma (...) sembra lasciare intendere che il legislatore abbia preventivamente valutato come prevalente, rispetto alle finalità di contenimento della spesa pubblica, l'interesse delle imprese ad ottenere le somme necessarie per avviare i cantieri, imponendo temporaneamente alle stazioni appaltanti di concedere le anticipazioni sul prezzo dell'appalto. Così parere Anac sulla normativa AG 18/2015/AP ripreso nella Delibera 20 luglio 2016, n.781

5. Ai sensi del combinato disposto tra l'articolo 68, comma 1, della legge 27 e l'articolo 154 del decreto legge 34.

commissariali, modello decreto sbloccacantieri 2019, a Sindaci e Presidenti di Città metropolitane e Provincie per la realizzazione di interventi urgenti di riqualificazione dell'edilizia scolastica (art.7-ter legge 41) con sospensione di qualsiasi forma di responsabilità, salvo quella penale; ancora la possibilità di apportare modifiche contrattuali in deroga all'articolo 106 del codice per prestazioni individuali domiciliari e per progetti riguardanti l'accoglienza (art.86 bis legge 27), il cosiddetto SAL emergenziale per l'edilizia scolastica (art.232 decreto 34), forse ormai superato dall'intervenuta ripresa operativa, la realizzazione di opere puntuali (ospedale di Siracusa), con modalità Ponte di Genova in deroga ad ogni altra disposizione di legge diversa da quella penale (art. 42 bis, legge 40).

## 2. Il decreto semplificazioni

Su questo quadro cala, ora, il decreto semplificazioni, intervento autorevolmente definito come la "madre di tutte le riforme", il cui testo, al momento di andare in stampa, non risulta ancora formalizzato, ma i cui contenuti possono essere qui anticipati per provare a leggere le linee di intervento sulle quali fin da ora puntare.

### 2.1 Le modifiche del Codice a regime e le deroghe (vecchie e nuove) operanti fino al 31 luglio 2020

Relativamente al codice dei contratti, va detto che il Governo opera su piani diversi: accanto alla modifica a regime di un numero, peraltro limitato, di previsioni, come la disciplina dell'articolo 80, comma 4, sulle violazioni in materia contributiva e fiscale, o l'articolo 183, comma 15, in tema di PPP, abilitando i privati a presentare proposte anche per opere già incluse in programmazione, gran parte dell'intervento reca prescrizioni che, sulla falsariga dello sbloccacantieri 2019, intervengono dall'esterno, istituendo speciali regimi derogatori,

anche parziali, ad esempio in tema di sospensione dell'attività esecutiva ed eventuale risoluzione dei contratti in corso, a volte riferiti solo ai lavori, comunque destinati ad operare fino al 31 luglio 2021.

Tale è, peraltro, la nuova data limite che identifica l'esaurirsi del regime eccezionale conseguente alla pandemia, costituente il riferimento che legittima, in conformità alle indicazioni comunitarie<sup>6</sup>, il generalizzato ricorso all'abbreviazione dei termini che il decreto opera, specie per la gestione delle procedure di gara.

Al 31 luglio 2021 viene altresì riportato l'esaurirsi degli analoghi interventi derogatori già disposti nel 2019, ad esempio per il ripristino dell'appalto di progettazione ed esecuzione, e, forse, l'obiettivo temporale al quale il Governo oggi pensa ai fini dell'adozione di un nuovo codice.

L'opzione adottata peraltro alimenta, nell'immediato, un quadro normativo la cui complessiva ricostruzione diviene ancor più difficoltosa, e rispetto al quale solo le modifiche al regime delle responsabilità, specie per danno erariale, peraltro pur in un diverso contesto da tempo auspicato, e lo sdoganamento dell'istituto del collegio consultivo tecnico con conseguente ampio ricorso ad esso, addirittura come obbligo per lavori sopra soglia, sono in grado di dar senso ad un'iniziativa senza dubbio ambiziosa, a rischio, senza questi due pilastri, di ripercorrere logiche e storie già viste che non hanno certo prodotto gli effetti auspicati.

### 2.2 Affidamenti diretti e procedure negoziate per gli affidamenti sottosoglia...

In tal senso, e se le anticipazioni verranno confermate, il primo filone di intervento riguarda, la disciplina dei contratti "sotto soglia comunitaria", oggi regolata dagli articoli 36, comma 2, e 157 comma 2, del codice, finalizzato a ridurre le casistiche fin qui contemplate, incarichi tecnici

---

6. Così Comunicazione della Commissione (2020/C 108 I/01) Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19.

inclusi, sostanzialmente a due: affidamenti diretti fino a 150.000 euro; procedure negoziate con operatori economici invitati dalla stazione appaltante in numero crescente tra tale valore ed il limite di operatività della disciplina comunitaria valevole per ciascuna tipologia di contratti, al di sopra della quale si procede con gli strumenti ordinari ma potendo sempre utilizzare termini abbreviati. Tale opzione è accompagnata dalla previsione di un arco temporale massimo per la conclusione della procedura di affidamento, 2, 4 o 6 mesi dal suo avvio a seconda del tipo utilizzato e dell'importo del contratto, termini che, se non rispettati, generano sanzioni nei confronti del responsabile del procedimento, anche sul piano erariale, ovvero dell'operatore economico se sia quest'ultimo la causa del ritardo.

### **2.3 Le altre misure di semplificazione ed il riconoscimento delle spese sostenute per fronteggiare l'emergenza da Covid 19**

Per i lavori di importo comunitario si prevede una deroga alle norme su sospensione e risoluzione dei contratti in corso, di cui agli articoli 107 e 108 del codice, ridefinendo le relative ipotesi, incluso il caso in cui la prosecuzione del rapporto non possa aver luogo con l'affidatario e si ricorra alla graduatoria di gara per il riaffidamento alle condizioni offerte, non più come è oggi a quelle di aggiudicazione, o alla possibilità di nomina di un commissario straordinario con i poteri della legge sblocacantieri. Sempre fino al 31 luglio 2021, per contratti di qualsiasi tipo la consegna d'urgenza è sempre autorizzata; le visite relative allo stato dei luoghi a pena di esclusione sono richiedibili solo laddove strettamente indispensabili; per i contratti infracomunitari la cauzione provvisoria viene, di regola, esclusa, salvo specifica motivazione e, comunque, dimezzata; per la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni dell'urgenza, che si considerano comunque sussistenti. Sono ridisegnati compiti e competenze del Consiglio superiore LLPP e del CIPE, già aggiornati, ancorché in via temporanea, sempre dalla legge sblocacantieri.

Completano il pacchetto degli interventi, la previsione del cosiddetto "sal emergenziale", che

come accennato a questo punto perde molto della sua utilità per il generalizzato avvenuto riavvio delle attività esecutive, l'obbligo di attivare, entro fine anno, gli accordi quadro in essere, la remunerazione delle spese sostenute dagli appaltatori per assicurare l'operatività in sicurezza a seguito, o in occasione, della pandemia, da corrispondersi con il primo pagamento successivo all'aggiornamento del PSC. Tale previsione andrebbe espressamente estesa per lo meno ai servizi, come peraltro già previsto da alcune disposizioni speciali riguardanti l'erogazione dei servizi alla persona (articolo 48, comma 1, in fine, legge 27). Da notare, infine, che l'emergenza Covid viene ricondotta a causa di forza maggiore ai sensi della disciplina sulle sospensioni di cui all'articolo 107 comma 4 del codice, espressamente per l'intero comparto di lavori forniture e servizi.

### **2.4 Ulteriori questioni: ricorsi giurisdizionali; responsabilità per danno erariale ed abuso d'ufficio; procedimenti autorizzatori**

A latere del codice dei contratti, il decreto semplificazioni affronta i temi dei ricorsi giurisdizionali, delle responsabilità per danno erariale e abuso d'ufficio, nonché dei procedimenti autorizzatori, anche se su questo punto non sembrano esclusi ulteriori interventi legislativi ad hoc.

Relativamente ai ricorsi giurisdizionali la strada prescelta è quella di generalizzare la disciplina ex legge obiettivo, codificata più di recente nell'articolo 125 del cpa; vi si aggiunge che, in assenza di sospensiva, deve procedersi con la stipula del contratto dando peraltro alle stazioni appaltanti la possibilità di stipulare contratti di assicurazione della responsabilità per danni, nell'ipotesi in cui gli esiti finali del giudizio di merito dovessero riconoscere il diritto ai danni dell'operatore pretermesso.

In tema di danno erariale, il decreto dispone che fino al 31 luglio 2021 la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica sia circoscritta

al caso di dolo, ma ciò solo per i comportamenti attivi, non anche per le omissioni; il dolo è da riferirsi all'evento dannoso in chiave penalistica e non civilistica. Per l'abuso d'ufficio il provvedimento intende intervenire sull'articolo 323 del codice penale, dando rilevanza alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti con forza di legge, e alla circostanza che da tali specifiche regole non residuino margini di discrezionalità per chi ha operato; ciò in luogo dell'attuale assetto, che fa generico riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento. In tema di semplificazione delle procedure autorizzative, fino al 31 dicembre 2021 è possibile adottare una conferenza di servizi semplificata, ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 241 del 1990, con tempistiche più brevi rispetto a quanto attualmente prescritto per il rilascio delle determinazioni di competenza da parte di tutte le amministrazioni coinvolte. Sempre nell'ambito della legge 241, viene altresì chiarito che nei casi di silenzio assenso già previsti dalla legge 241, la scadenza dei relativi termini fa venir meno il potere postumo di dissentire, fatto salvo quello di annullamento d'ufficio, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni, con conseguente espressa declaratoria

di inefficacia dell'atto di dissenso che sia adottato dopo la già avvenuta formazione del silenzio. In tema di razionalizzazione delle procedure di valutazione dell'impatto ambientale il decreto tra l'altro propone la presentazione, sin dall'avvio del procedimento da parte del proponente, del progetto di fattibilità o definitivo, in luogo degli attuali elaborati progettuali.

### **3. Conclusioni**

Rispetto all'impegnativo quadro tracciato dal decreto, che nella formulazione più recente supera i 50 articoli prevedendo numerosi altri interventi caratterizzati da intenti semplificatori relativamente a materie specifiche, anche connesse (ad esempio la realizzazione di dighe, autostrade, infrastrutture di rete per il trasporto dell'energia elettrica ecc.), un definitivo giudizio potrà esser tratto solo in un secondo momento, tenendo conto non solo del puntuale riscontro del testo quando pubblicato in gazzetta ufficiale rispetto a quello anticipato, ma anche, e soprattutto, di ciò che finalmente sarà contemplato al suo interno, al termine del relativo iter di conversione.

# Il subappalto necessario: il Consiglio di Stato interroga la Corte di Giustizia sulla sostituzione del subappaltatore

di Avv. Massimiliano Lombardo

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premessa

Il tema del subappalto c.d. "necessario", nella visione di due recenti pronunce del Consiglio di Stato: l'Ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia della Sez. III n. 3702/2020 e la decisione della Sez. V n. 3504/2020. Sembra sfumare la differenza con l'istituto dell'avvalimento nei Lavori Pubblici.

## 1. Due recenti pronunce del Consiglio di Stato a confronto sul tema del subappalto necessario

Il Consiglio di Stato si è recentemente pronunciato sul tema del c.d. "subappalto necessario", palesando una moderna rappresentazione dell'istituto (per la verità, in modo non scevro da qualche contraddizione).

Si tratta, in particolare, dell'Ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia della Sez. III n. 3702/2020 (con la quale si chiede di valutare – quasi lumeggiando una risposta negativa - la possibilità per il subappaltatore di integrare il requisito mancante della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili) e della decisione della Sez. V n. 3504/2020 (con la quale si legittima la sostituzione del subappaltatore necessario che *medio-tempore* abbia perso i requisiti).

Queste due pronunce, come si vedrà in prosieguo, mostrano comunque la tendenza ad un'interpretazione estensiva dell'istituto, in coerenza con l'andamento della giurisprudenza comunitaria, che – quanto meno per il settore dei lavori pubblici – sembrerebbe sbiadire la linea di confine con l'avvalimento.

## 2. La decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 4 giugno 2020, n. 3504

Si ricorda che il subappalto necessario (o "qualificatorio") è quell'istituto che consente all'operatore economico di qualificarsi e partecipare alle gare pubbliche per poter supplire alle qualificazioni (in particolare SOA) non possedute direttamente, solo dichiarando di voler subappaltare le relative prestazioni ad un soggetto debitamente qualificato.

La decisione in commento affronta il caso di un operatore economico che aveva indicato quale subappaltatore necessario un soggetto che, successivamente in corso di gara, è stato privato della qualificazione: la conseguenza, secondo la stazione appaltante, era la necessaria ed automatica esclusione del concorrente.

L'operatore economico escluso, ritenendo ingiusta la sanzione espulsiva, impugna il provvedimento ricordando di aver indicato non un solo subappaltatore qualificato, bensì una terna di subappaltatori, in cui gli altri operatori avevano comunque mantenuto le qualifiche.

Ricostruita la storia e richiamata la giurisprudenza – soprattutto comunitaria - sull'istituto del subappalto qualificatorio, il Collegio ritiene che le norme e gli arresti comunitari siano uniformemente orientati verso un'applicazione estensiva dell'istituto.

In tale ottica è stata letta la questione controversa, chiarendo l'interpretazione e la portata degli articoli 105 ed 80, commi 1 e comma 5, D. Lgs n. 50/2016, alla luce, in particolare, degli articoli 57 e 71 della Direttiva 24/2014/UE e della decisione della Corte di Giustizia del 30 gennaio

2020 emessa nella causa C-395/18, in materia di esclusione di un operatore economico in fase di gara, proprio a causa della perdita dei requisiti di un subappaltatore.

La conclusione cui giunge il Consiglio di Stato è che – a maggior ragione in presenza dell’indicazione di una terna di subappaltatori in sede di offerta - non è automatica l’esclusione del concorrente che abbia indicato un subappaltatore “qualificante” rivelatosi, poi, privo dei requisiti di qualificazione per eseguire le prestazioni oggetto di subappalto.

Di conseguenza, il Collegio ha rigettato l’appello avverso la sentenza del TAR Lombardia, gravata dall’appellante poiché non aveva confermato il principio pacifico (a suo dire) nella giurisprudenza nazionale – in ciò seguendo la prassi ANAC (peraltro ribadita recentemente dalla Delibera 27 maggio 2020, n. 462) – per cui alla perdita *medio tempore* del requisito (nella specie, la classe di iscrizione all’Albo dei gestori ambientali) da parte del subappaltatore necessario, si faceva conseguire *ipso facto* l’esclusione del concorrente, a sua volta privo del necessario requisito qualificante.

La sentenza di primo grado aveva in effetti valorizzato l’evoluzione dell’interpretazione dell’art. 105, comma 12 D.Lgs. n. 50/2016 in tema di subappalto, indicata dalla stazione appaltante, e sulla stessa linea si pone il Consiglio di Stato, richiamando la decisione dell’Adunanza Plenaria n. 9/2015 e ponendo a confronto i principi enunciati dall’interprete nazionale e da quello comunitario sul tema.

In particolare: “... non è in contestazione, nel presente giudizio, l’ammissibilità, dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, dell’istituto dell’appalto c.d. necessario o qualificatorio, la cui disciplina, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, è stata ricostruita dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 2 novembre 2015, n. 9. La validità del ricorso all’istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio anche nella vigenza dell’attuale codice dei contratti pubblici, ed anche nel settore dei servizi, è stata peraltro affermata in diverse pronunce del giudice amministrativo e nel caso di specie va presupposta, in quanto espressamente prevista dalle su riportate disposizioni della legge di gara, non fatte oggetto di impugnazione. ... Così chiarite le regole della gara, va confermato il dato di fatto che uno dei subappaltatori indicati nella terna a fini qualificatori da alcune delle imprese

*aggiudicatario, ha perso, non l’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali bensì la classe della categoria necessaria per l’esecuzione delle prestazioni accessorie, prima dell’adozione da parte della stazione appaltante del provvedimento di aggiudicazione, pur avendo il possesso di tale requisito di idoneità alla data di presentazione delle offerte e pur avendolo mantenuto per tutto il corso della procedura di gara, certamente fino alla verifica di congruità del 20 agosto 2018 ... nonché fino all’approvazione delle graduatorie dei lotti da parte della commissione giudicatrice.*

Ricorda, poi, che “La questione oggetto della presente decisione è, allora, esattamente quella posta col ricorso, in primo grado e in appello, vale a dire **se sia consentita la sostituzione di uno dei subappaltatori della terna, indicato dall’impresa concorrente al fine di procurarsi per suo tramite il requisito dell’idoneità professionale per le prestazioni oggetto del subappalto (subappalto c.d. necessario o qualificatorio)**, qualora il subappaltatore abbia perso in corso di gara tale requisito di partecipazione, previsto a pena di esclusione. ... Secondo la prospettazione dell’appellante, avendo detta società perso il requisito prima del provvedimento di aggiudicazione, le imprese concorrenti che si erano avvalse di tale operatore avrebbero dovute essere escluse stante il venir meno di un requisito soggettivo richiesto a pena di esclusione. A sostegno del proprio operato, invece, l’Amministrazione deduceva la piena applicazione dell’art. 105, co. 12, d.lgs. 50/2016 a mente del quale “l’affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80”.

Pur dissentendo dalla ricostruzione operata dalla stazione appaltante secondo la quale, ai sensi dell’art. 105, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016 (che dispone “L’affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80.”), la sostituzione del subappaltatore sarebbe possibile anche prima della stipula del contratto, perviene comunque alla decisione di sottrarre alla stazione appaltante il diritto di procedere all’automatica esclusione del concorrente rivelatosi *medio tempore* privo dei requisiti ed afferma che **un’interpretazione comunitariamente orientata esigerebbe**

***“la possibilità, invece, di consentire la sostituzione dei subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi venissero indicati in gara”.***

La stazione appaltante, quindi, prima di escludere il concorrente deve valutare *in concreto* se è possibile sostituire il subappaltatore “necessario” con un altro subappaltatore adeguatamente qualificato.

Il Collegio, rammenta che la proposta di aggiudicazione non consente affatto di ritenere chiusa la fase pubblicistica di scelta del contraente né di applicare l’art. 105, comma 12. Infatti *“manca ancora l’affidatario dell’appalto, in capo al quale soltanto insorgono le obbligazioni di indicazione del subappaltatore esecutore ... nonché di deposito del contratto di subappalto ... In conclusione, l’art. 105, comma 12, è norma applicabile alla fase esecutiva, non anche alla fase della procedura di gara”.*

Nel merito della questione, il Consiglio di Stato ha ritenuto di aderire alla tesi propugnata dalla recente sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. II, del 30 gennaio 2020 resa nella causa C-395-18, con la quale è stato rivisto in funzione “interpretativa-modificativa” l’ambito applicativo dell’istituto del subappalto.

Infatti, con la citata sentenza della Corte UE, è stato enunciato il principio per cui *“L’articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l’amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l’obbligo, di escludere l’operatore economico che ha presentato l’offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell’appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell’offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l’articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.”.*

Sul punto, il Consiglio di Stato – oltre a rilevare il vincolo interpretativo dato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, pur mutuandolo in via

analogica con un ragionamento riferito ai motivi di esclusione di cui all’art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 – richiama il proprio precedente orientamento, rammentando che *“risulta così confermato dalla Corte di Giustizia quanto già prospettato nel parere di questo Consiglio di Stato, 3 novembre 2016, n. 2286 ... nel quale, in riferimento proprio all’art. 105, comma 12, si è affermato che “Tale previsione costituisce trasposizione dei pertinenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali. Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Sicché, le disposizioni dell’art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria.”.*

La citata giurisprudenza comunitaria, quindi, è improntata alla *ratio* dell’ampliamento dell’istituto, ritenendolo **declinazione del principio del favor participationis**: in questa chiave di lettura, dunque, si può concludere che *“Sebbene si tratti di conclusione riferita ai motivi di esclusione di cui all’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 essa va estesa analogicamente all’ipotesi in cui il subappaltatore indicato sia risultato privo dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione da subappaltare. Tale ipotesi è infatti oggettivamente meno grave della ricorrenza di una causa di esclusione ed, ai fini della possibilità della sostituzione del subappaltatore, è a maggior ragione equiparabile a quest’ultima, come dimostrato dalla previsione dell’art. 71, comma 6, della direttiva 2014/24/UE che individua la sostituzione del subappaltatore come rimedio praticabile in caso di sussistenza sia di motivi obbligatori di esclusione sia di motivi non obbligatori di esclusione; d’altronde detta equiparazione è riconosciuta già dal citato parere n. 2286/2016 di questo Consiglio di Stato, con cui si è ritenuta possibile la sostituzione del subappaltatore, anche quando indicato in gara, se sia risultato privo dei requisiti oppure della qualificazione per eseguire la prestazione da subappaltare.”.*

### 3. Il corollario in tema di avvalimento

La decisione in commento affronta inoltre, *obiter dictum*, il tema della differenza fra subappalto necessario ed avvalimento.

Il Consiglio di Stato ricorda la ricostruzione dell'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio effettuata dall'Adunanza plenaria n. 9/2015, secondo cui, anche quando consentito per supplire la carente qualificazione del concorrente rispetto alle opere da subappaltare, il subappalto continua ad essere "un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice [...]. Si tratta di affermazione che pienamente si condivide e che non trova smentita nelle norme sul subappalto introdotte dall'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, in particolare in quella del sesto comma, che ha reso obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta per gli appalti ivi considerati. ... Tuttavia ... l'obbligatoria (per legge o per disciplinare, come nel caso di specie) indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta e l'indicazione nell'offerta dei servizi che si intendono subappaltare ad uno dei tre subappaltatori indicati, non trasforma il subappalto c.d. necessario o qualificatorio in un istituto diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, trattandosi all'evidenza di due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse (cfr., in tale senso, anche Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2015 cit.)."

A questo punto, il ragionamento si sposta verso il confine – che si fa' sempre più sottile, nella pratica delle strategie di gara – fra subappalto necessario ed avvalimento.

E così, il Consiglio di Stato puntualizza "A differenza di quanto accade con l'avvalimento, **il rapporto con l'impresa subappaltatrice, anche nel caso di subappalto c.d. necessario o qualificatorio, non è attratto nella fase della gara, ma continua a rilevare nella fase dell'esecuzione dell'appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell'art. 105, comma 7 (in tema di obbligazioni che, come già detto, sorgono per l'affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) e comma 8 (in**

*tema di responsabilità esclusiva dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei comma successivi dello stesso art. 105, tutti attinenti alla fase esecutiva, e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto."*

Ed è proprio sulla base di tale rilievo che si perviene alla decisione conclusiva "Ne consegue che l'interpretazione "comunitariamente orientata" degli artt. 80, comma 5, lett. c) e 105, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, quale risulta a maggior ragione dopo la sentenza della Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020 in causa C-395/2018, comporta che, quando è indicata una terna di subappaltatori in sede di offerta, l'esclusione del concorrente che abbia indicato un subappaltatore privo dei requisiti o della qualificazione per eseguire la prestazione da subappaltare non è automatica, anche qualora si tratti di subappalto c.d. necessario o qualificatorio, al quale cioè abbia fatto ricorso il concorrente sprovvisto di qualificazione impegnandosi a subappaltare l'esecuzione delle relative prestazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione. Pertanto, è rimesso alla stazione appaltante consentire la sostituzione del subappaltatore, a maggior ragione quando gli altri subappaltatori indicati nella terna abbiano requisiti e qualificazione. ... Occorre tuttavia verificare se, come sostiene l'appellante, tale possibilità fosse esclusa dalla legge di gara, ma ... ben si può ritenere pertanto ... che in tale eventualità, la legge di gara rendesse possibile alla stazione appaltante di consentire all'operatore economico come L., avente il requisito in proprio, di eseguire direttamente le prestazioni accessorie e, per altro verso, agli altri concorrenti aggiudicatari di sostituire P. con un'altra subappaltatrice della terna da essi indicata (sulla cui idoneità professionale la ricorrente non ha mosso contestazione alcuna)."

### 4. L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, Sez. III, 10 giugno 2020, n. 3702

A distanza di pochi giorni dalla decisione della V Sezione sopra esaminata, la portata "espansiva" dell'istituto del subappalto necessario sembra subire una possibile battuta d'arresto da parte di altra Sezione del Consiglio di Stato.

Con l'ordinanza del 10 giugno n. 3702 la III Sezione ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la pronuncia pregiudiziale sul seguente

quesito: *“Se gli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, unitamente ai 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), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate.”.*

Il Collegio, in proposito, mostra di propendere per una risposta positiva, ma non senza rilevanti difficoltà, che risiedono proprio nel tentativo di assimilare ed assottigliare **i confini fra subappalto necessario ed avvalimento**.

In tal modo, la portata espansiva dell’istituto sembra ridursi a ben più ristretti confini, nonostante l’ampia interpretazione ora esaminata e ripresa anche dalla decisione della stessa Sezione III, n. 3585 del 5 giugno 2020, degna di nota in quanto conferma che i requisiti tecnici di partecipazione posseduti ai fini dell’ammissione alla gara (nel caso di specie, acquisiti tramite contratto di affitto di ramo d’azienda) *“dopo l’aggiudicazione, possono anche venir meno senza che l’impresa patisca alcuna conseguenza rispetto all’esecuzione del contratto ... e allo stesso modo, qualsiasi ulteriore valutazione in merito al contratto di affitto di ramo di azienda - attinente alla sua eventuale e futura fase esecutiva - non assume valenza ai fini della legittima partecipazione alla procedura di gara...”*. Nel caso esaminato con l’ordinanza di rimessione, la concorrente di una gara indetta da Invitalia aveva impugnato (con ricorso incidentale) l’ammissione di altra impresa eccependo che la stessa risultava priva del requisito di qualificazione nella categoria SOA OS18 B in classifica V, richiesta ai fini della partecipazione alla gara: in particolare, eccepeva che la concorrente *“aveva ritenuto di soddisfare tale requisito in parte con il possesso della propria classifica, in parte con il subappalto frazionato, a tre subappaltatori”*.

Il TAR Puglia, in accoglimento della tesi ora esposta, aveva affermato che *“il concorrente (ovvero in sua vece il subappaltatore) deve possedere in proprio e “per intero” la qualificazione richiesta*

*dalla lex specialis (par. 15.2, 15.2.1 e 15.2.2 della sentenza).”* e, per tale motivo, aveva escluso il concorrente.

Il Collegio, adito in sede di appello, su questo tema *“ha ritenuto necessario sospendere il giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale”*, che viene esposta con l’ordinanza in commento.

Infatti, *“La questione interpretativa pregiudiziale di seguito proposta risulta dirimente ai fini della decisione del ricorso. Invero, qualora dovesse ritenersi che il diritto eurounitario non ammette preclusioni al frazionamento del requisito tra più subappaltatori ovvero tra questi e l’impresa concorrente, il giudizio a quo dovrebbe concludersi con una sentenza favorevole alla parte RTI e con la conseguente conferma della sua ammissione in gara. Per contro, nel caso in cui si dovesse accogliere l’opzione contraria, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza di conferma dell’annullamento dell’atto di ammissione.”*.

Nel caso specie il disciplinare di gara richiedeva ai partecipanti in gara, a pena di esclusione, l’attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA, ... per l’esecuzione (tra le altre) delle prestazioni di costruzione nella categoria (scorporabile e a qualificazione obbligatoria) OS 18-B, in classifica V, mentre il concorrente in sede di offerta aveva dichiarato di essere titolare di attestazione SOA per classifica inferiore e di voler fare ricorso al c.d. subappalto cd. “qualificante” o “necessario” al fine di soddisfare il requisito di partecipazione, indicando alcuni subappaltatori il cui cumulo consentiva il raggiungimento della classifica richiesta.

Il Tar ha accolto la tesi in forza della quale almeno un componente del RTI o in alternativa un suo subappaltatore avrebbe dovuto essere titolare di attestazione SOA per categoria e classifica (V) idonea a “coprire” per intero l’importo ... dei lavori OS-18B, con esclusione di qualsiasi facoltà di frazionamento del requisito tra più imprese. Tale conclusione è stata ricavata dalla convergente interpretazione della pertinente disposizione del disciplinare di gara e della normativa *ratione temporis* applicabile al caso, dalla quale il Tar ha tratto il convincimento che *“.. il sistema della qualifica distinta per importi deve essere applicato singolarmente a ciascuna impresa. È dunque*

da escludersi che il requisito di qualificazione richiesto dalla stazione appaltante, e derivante dall'importo dei lavori da affidare, possa essere 'coperto' dall'operatore economico attraverso una mera sommatoria degli importi per i quali risultano qualificati i vari soggetti indicati nella terna dei subappaltatori".

Secondo la stessa stazione appaltante, tuttavia "... non solo la clausola del disciplinare non introduce un divieto di frazionamento del subappalto, ma neppure nella normativa nazionale è rinvenibile alcuna limitazione al subappalto qualificante frazionato, non potendosi in tal senso intendere né l'art. 105 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, né l'art. 61 del d.P.R. n. 207/2010; ... di più, l'interpretazione della *lex specialis* e della normativa nazionale adottata dal Tar risulterebbe disarmonica anche rispetto ai principi di diritto eurounitario in punto di frazionabilità dei requisiti di partecipazione, reiteratamente affermati dalla Corte di Giustizia con riferimento agli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE e non contraddetti dalla successiva direttiva 2014/24/UE (CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punti 29 - 35; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punti 23 e 28; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14, punto 33).".

Ed anche il Collegio, sul punto "... ritiene non condivisibile l'esegesi resa dal primo giudice con riguardo alle disposizioni del disciplinare di gara. Al contempo, dubita che la normativa nazionale sia interpretabile nel senso indicato dal Tar e, in assenza di disposizioni specifiche in merito alla frazionabilità tra subappaltatori del requisito qualificante, reputa opportuno acquisire indicazioni nomofilattiche sulla sovraordinate disposizioni del diritto eurocomunitario."

In attesa dei chiarimenti da parte del giudice comunitario, tuttavia, ciò che rileva ai fini della presente analisi è soprattutto il quadro d'insieme tracciato con l'ordinanza di rimessione: emerge, infatti, **un'obiettiva incertezza sull'applicabilità del subappalto c.d. "frazionato"**, giacché l'interpretazione comunitaria che viene evocata a sostegno della tesi è costruita sul diverso istituto dell'avvalimento.

Il che sembra ridimensionare l'ampia applicazione dell'istituto, propugnata con la decisione più sopra commentata e, inoltre, sembra ancor più sollecitare una analisi sulle linee distintive tra i due istituti. Come ricorda il Consiglio di Stato, "Nel sistema

normativo nazionale, i requisiti di partecipazione nel comparto dei lavori sono puntualmente definiti dalla normativa di riferimento, secondo un doppio e connesso binario. ... La concreta definizione delle modalità di accesso alle gare varia in relazione alla tipologia e all'importo delle singole lavorazioni, incentrandosi su un principio generale e su una deroga. a) Per principio generale, ai fini della partecipazione alla gara e dell'esecuzione dei relativi lavori è sufficiente che il concorrente sia qualificato nella categoria prevalente, in una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori. In caso di aggiudicazione, il concorrente potrà eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorché privo delle relative qualificazioni (art. 12, comma 2, lett. a), D.L. n. 47/2014). Nella medesima ipotesi, il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche, dell'impresa concorrente. b) La descritta impostazione conosce una deroga nel caso in cui le categorie indicate come scorporabili rientrino in determinate tipologie di opere "specialistiche", per le quali la normativa di riferimento richiede la c.d. "qualificazione obbligatoria". Dette opere, infatti, non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione e, quindi, devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto ad esse abilitato (cfr. art. 12, comma 2, lett. b), D.L. n. 47/2014, convertito con legge n. 80/2014). La fattispecie qui all'esame rientra, appunto, nella tipologia da ultimo tratteggiata (subappalto "necessario" o "qualificante"), in quanto riguarda un concorrente privo dei requisiti di esecuzione relativi ad una categoria c.d. scorporabile a qualificazione obbligatoria (OS 18-B, in classifica V, di importo pari ad € 3.799.896,24).".

Tuttavia, sotto il profilo normativo, "il "subappalto necessario", previsto in vigore del decreto legislativo n. 163/2006 (art. 118), non trova espresse disposizioni regolative nel decreto legislativo n. 50/2016.

Nondimeno, la giurisprudenza ritiene trattarsi di istituto compatibile con l'attuale quadro normativo, stante la confermata vigenza dell'art. 12 del decreto legge n. 47/2014 (convertito, con modificazioni, con legge n. 80/2014), ed in particolare dei primi due commi dell'art. 12, riferiti alle categorie riguardanti le opere speciali

suscettibili di "subappalto necessario" in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni (v. Cons. Stato, sez. V, n. 5745/2019; Tar Lazio, sez. II, n. 3023/2019; Tar Piemonte, sez. II, n. 94/2018; Tar Napoli, sez. I, n. 1336/2018).".

Ma il vero "cuore" della questione controversa sta nella circostanza che non sussistono spunti normativi e interpretativi in tema di subappalto necessario "frazionato", ipotizzabile nell'ancora più specifico caso in cui **il requisito di qualificazione obbligatorio venga ad essere 'coperto' dall'operatore economico attraverso una sommatoria degli importi per i quali risultano qualificati i diversi operatori indicati nella terna dei subappaltatori.** In particolare, "La giurisprudenza nazionale ha chiarito che, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in sede di presentazione dell'offerta non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario - ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili (v. Cons. Stato, sez. V, n. 5745/2019; Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9).".

*Quid juris*, dunque, in tema di dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione frazionato tra più subappaltatori? La giurisprudenza, soprattutto quella comunitaria più recente, ammette l'avvalimento frazionato fra più ausiliari, ma nulla indica in tema di subappalto necessario. Ricorda il Collegio nell'ordinanza di rimessione, che "La disciplina eurounitaria del subappalto è desumibile dagli artt. 63 e 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici. ... La disciplina della direttiva sviluppa i principi concorrenziali espressi dagli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'art. 49 stabilisce: "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54,

secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali". L'art. 56 prevede: "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione".".

Questo il quadro normativo comunitario che, peraltro, reca linee generali e di mero inquadramento degli istituti.

Sotto il profilo giurisprudenziale, poi, si rammenta che "Chiamata a pronunciarsi sugli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE (per gli aspetti e le disposizioni che qui rilevano non contraddetta dalla successiva direttiva 2014/24/UE) la Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato: (i) il diritto di ciascun operatore di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, "a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi", purché si dimostri all'amministrazione aggiudicatrice l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari per eseguire l'appalto (cfr. CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punti 29 - 35; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punti 23 e 28; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14, punto 33); (ii) la libertà dell'offerente di "...scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami" (CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28); (iii) il generale principio di frazionabilità dei requisiti di partecipazione tra più imprese, suscettibile di deroga soltanto in presenza di comprovate circostanze eccezionali, ossia: "lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere associando capacità inferiori di più operatori" e per i quali il livello minimo di capacità deve essere raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, da un numero limitato di operatori economici (cfr. CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14).".

Ancora più in dettaglio, la Corte di Giustizia: "nella sentenza C 94/12 (punto 31), per suffragare la portata generale del diritto dei concorrenti di fare affidamento sulle capacità di più operatori, ha rinviato alle norme sul subappalto, statuendo: "nel medesimo senso, l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva in parola autorizza i raggruppamenti di operatori economici a partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici senza prevedere limitazioni relative al cumulo di capacità, così come l'articolo 25 della stessa direttiva considera il ricorso a subappaltatori senza indicare limitazioni in proposito"; nella sentenza C 406/14 (punto 33), resa in materia di subappalto, in maniera ancor più incisiva la Corte ha affermato che "l'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva (n. 2004/18, n.d.r.) – prevedendo la facoltà per gli offerenti di provare che, facendo affidamento sulle capacità di soggetti terzi, essi soddisfano i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, a condizione di dimostrare che, qualora l'appalto venga loro aggiudicato, disporranno effettivamente delle risorse necessarie per la sua esecuzione, risorse che non appartengono loro personalmente – sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato"; nella sentenza C 234/14 (punto 28), anche questa resa in materia di subappalto, la Corte ha ulteriormente precisato che "l'offerente rimane libero di scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami".

Tali pronunce di ampio respiro e orientate all'interpretazione estensiva, sono però emesse con riferimento a fattispecie riguardanti sia l'istituto dell'avvalimento che quello del subappalto, comprova che le pur obiettive differenze strutturali che intercorrono tra i due istituti (l'avvalimento rileva nella fase di implementazione dei requisiti di partecipazione ad una gara; il subappalto, posto "a valle" del contratto di appalto, attiene alla sua esecuzione) non elidono la loro comune connotazione quali moduli organizzativi alternativamente idonei a garantire l'ampliamento della possibilità di partecipazione alle gare anche a soggetti in apice sforniti dei requisiti di partecipazione (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 2675/2014 e n. 1224/2014; CGUE, 5 aprile

2017, C-298/15, punti 47 e ss.; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28; CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punto 31).

Tuttavia, non può essere pretermessa la *ratio* di tali sentenze, per cui tale interpretazione, per espressa affermazione della Corte di Giustizia, risponde all'obiettivo **dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile**, a vantaggio non soltanto degli operatori economici stabiliti negli Stati membri, ed in particolare delle piccole e medie imprese, ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici. Si tratta di obiettivi propri della direttiva 2004/18/CE e rafforzati dalla direttiva 2014/24/UE (v. considerando 1, 41, 78, 100 e 105 della direttiva 2014/24).

Difatti la Corte di Giustizia riconosce che **il ricorso al subappalto**, favorendo l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, **contribuisce, al pari dell'avvalimento, a realizzare l'obiettivo di rendere la concorrenza la più ampia possibile** (CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18, punto 27 e CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18, punto 39).

Il punto di caduta risulta proprio il confronto con l'istituto dell'avvalimento, che a parità di *ratio* offre l'occasione, da un lato, per illustrare le possibili obiezioni all'estensione anche al subappalto del principio del frazionamento dei requisiti; e, dall'altro, per accennare alle ragioni che hanno alimentato la linea prudenziale storicamente adottata dal legislatore italiano nel dare ingresso al subappalto nel sistema degli appalti pubblici.

In proposito, ricorda l'ordinanza che "sotto questo secondo aspetto rileva il fatto che il subappalto, confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sottratto ai controlli amministrativi aventi sede nella procedura di gara: (i) si presta ad una possibile sostanziale elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara e di incedibilità del contratto; (ii) costituisce un mezzo di possibile infiltrazione negli pubblici appalti della criminalità organizzata, la quale può sfruttare a suo vantaggio l'assenza di verifiche preliminari sull'identità dei subappaltatori proposti e sui requisiti di qualificazione generale e speciale di cui agli artt. 80 e 83, d.lgs. n. 50 del 2016; (iii) conosce una prassi applicativa talora problematica, poiché la tendenza dell'appaltatore a ricavare il suo maggior lucro

sulla parte del contratto affidata al subappaltatore (tendenzialmente estranea ad ingerenze della stazione appaltante) produce riflessi negativi sulla corretta esecuzione dell'appalto, sulla qualità delle prestazioni rese e sul rispetto della normativa imperativa in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro.”.

Ne deriva che “da questa serie di limiti disfunzionali (segnalati nei pareri n. 855/2016 e n. 782/2017 resi da questo Consiglio, rispettivamente, sul progetto di nuovo Codice dei contratti pubblici e sul decreto legislativo di correttivo al Codice) **hanno tratto spunto le opzioni restrittive inserite nel vigente codice degli appalti**, di recente e sotto diversi profili censurate dalla Corte di Giustizia (CGUE 26 settembre 2019, C-63/18; CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18).”.

Il Collegio accenna peraltro al rischio al quale il subappalto sembra esporre l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità, “*accresciuto da una reiterata impostazione normativa che, pur onerando il concorrente in gara della indicazione generalizzata, sin nell'atto dell'offerta, dei lavori o delle parti di opere che egli intende subappaltare (art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016), per il resto circoscrive a più limitate ipotesi l'obbligo di indicazione, già in sede di formulazione dell'offerta, del nominativo delle imprese subappaltatrici (art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016)*”.

Da qui, il Consiglio di Stato sembra orientato negativamente sull'estensibilità dell'istituto, allorché afferma: “*Le riportate ragioni di cautela (tutte presenti all'attenzione del legislatore comunitario, come chiaramente evincibile dalla lettura del considerando n. 105 della Dir. 2014/24/UE) rilevano in modo particolare nel caso del subappalto “necessario” proprio perché, mentre nell'ipotesi ordinaria del subappalto “facoltativo” l'appaltatore già possiede in proprio tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto, pur scegliendo, sulla base di una valutazione discrezionale e di mera opportunità economica, di subappaltare talune prestazioni ad un'altra impresa; viceversa, nel caso del subappalto “necessario” l'appaltatore difetta dei requisiti necessari per realizzare una o più prestazioni dell'appalto, motivo per cui è egli obbligato a subappaltarle ad un'impresa in possesso di quegli stessi requisiti.*”.

Ad avviso del remittente un significativo tratto differenziale permane, tuttavia, in relazione al fatto che **il subappaltatore esegue in proprio le opere affidategli, rispondendone esclusivamente nei confronti dell'impresa subappaltante**, unica responsabile nei confronti della stazione appaltante; **al contrario, nell'avvalimento l'ausiliario non è esecutore dell'opera** (se non nei limiti fissati dall'art. 89, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016) e, tuttavia, consentendo al concorrente di integrare i requisiti mancanti necessari per la partecipazione alla gara, egli diviene parte sostanziale del contratto di appalto, assumendone insieme al concorrente principale la **responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante** (art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016).

Dunque, divergenze significative tra i due istituti (avvalimento e subappalto) si riscontrano in ordine al regime di responsabilità dell'impresa ausiliaria ed al suo ruolo nella esecuzione dell'appalto. Le stesse si attenuano, come si è visto, nel caso del subappalto “necessario” soggetto all'obbligo della contestuale indicazione in sede di gara sia delle attività per le quali si intende ricorrere al subappalto, sia del nominativo dei subappaltatori e dei relativi requisiti (ai sensi art. 105 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016), tanto da giustificare la denominazione di “avvalimento sostanziale”.

## 5. Conclusioni

La giurisprudenza ammette senza dubbi l'esistenza di evidenti similitudini tra il subappalto qualificatorio e l'avvalimento.

Il giudice amministrativo coglie, nel contenuto delle direttive europee, come interpretate dalle richiamate pronunce Corte di Giustizia, una latitudine precettiva apparentemente estensibile ad ogni tipologia di rapporto ausiliario che consenta all'operatore in gara di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, “a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi” ed anche nella forma del frazionamento o del “cumulo di capacità”.

Come si afferma nell'ordinanza di rimessione sopra commentata, “*la Sezione rinviene negli orientamenti del giudice comunitario l'indicazione sintetica secondo la quale **istituti espansivi della concorrenza (quali sono intesi l'avvalimento***

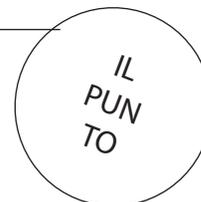
**e il subappalto) possono tollerare limitazioni proporzionate e occasionali, non quindi generali e astratte, ma di volta in volta calibrate dall'amministrazione aggiudicatrice** sulle peculiarità della singola gara ed in ragione degli eventuali fattori (il settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, la natura dei lavori, la tipologie di qualifiche richieste) che in essa concorrono a suggerire l'introduzione di specifiche condizioni restrittive. Appare, quindi, plausibile concludere che, in applicazione di queste stesse indicazioni ermeneutiche, anche nel caso sin qui delineato (subappalto necessario, implicante l'obbligo di indicazione delle prestazioni da subappaltare e del nominativo dei subappaltatori) debba valere un **principio generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga** nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e limiti ostativi oltre i quali la sicurezza e la qualità

dell'opera potrebbero essere messe a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito. In ipotesi siffatte la stessa stazione appaltante potrebbe dunque imporre, nella legge di gara, che il livello minimo della capacità in questione venga raggiunto da un unico operatore economico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici. È quanto avviene nella parallela materia dell'avvalimento ...".

Il parallelismo tra i due istituti, dunque, è tracciato e i confini si fanno evanescenti: in attesa della risposta da parte della Corte eurounitaria, non accenna a placarsi l'oscillazione di norme, prassi ed interpretazioni sui requisiti in tema di avvalimento e di subappalto, che genera senza dubbio forti incertezze tra gli operatori e le stazioni appaltanti, oltre a contenziosi che ritardano l'avvio dei contratti e non danno ancora soluzioni univoche per il mercato.

# Gli affidamenti di servizi sociali tra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore

di Alessandra Verde



## 1. Inquadramento normativo

La materia dell'affidamento dei servizi sociali ha, negli ultimi anni, richiamato sempre più l'attenzione degli addetti ai lavori del settore degli appalti pubblici, da un lato perché, in attuazione delle direttive UE del 2014, il nuovo Codice dei contratti, adottato con il d.lgs. n. 50/2016, come modificato nel 2017, l'ha considerata – a differenza del passato – assoggettata, pur se con qualche distinguo, alla normativa sugli appalti, e dall'altro in quanto nel 2017 è stato adottato il c.d. Codice del Terzo settore<sup>1</sup> che ha perseguito il dichiarato scopo di valorizzare gli enti *non profit* nei rapporti con la Pubblica amministrazione e di sistematizzare tutta la normativa ad essi afferente.

Il previgente d.lgs. n. 163/2006 faceva rientrare i servizi sociali tra i servizi esclusi dall'ambito di operatività del Codice, limitandone l'applicazione alle sole disposizioni in tema di specifiche tecniche e di avvisi circa l'esito delle procedure di affidamento. Trattandosi di servizi di interesse generale, strettamente connessi

alla soddisfazione di bisogni fondamentali della collettività quali la salute, l'assistenza, l'istruzione, ecc., a livello comunitario è stata storicamente lasciata ampia discrezionalità agli Stati membri di disciplinare e organizzare tali servizi nel modo ritenuto più consono, in base agli indirizzi e alla sensibilità politico-sociale di ciascuna comunità nazionale.

Tuttavia, nell'ultimo decennio si è fatta strada la consapevolezza che, a seconda delle modalità con le quali i servizi sociali vengono svolti, è possibile che si rischi di violare i principi di concorrenza e parità di trattamento. I servizi sociali possono infatti essere potenzialmente svolti da operatori economici e non soltanto da enti *non profit*. Riservarne l'affidamento solo a questi ultimi, soprattutto laddove siano riscontrabili in qualche modo profili di onerosità, potrebbe comportare una lesione alla libera concorrenza. Ne è seguito un parziale cambio di passo quando la direttiva 24/2014/UE ha riconosciuto agli Stati membri la libertà di organizzare la

**L'affidamento dei servizi sociali, ora incluso in via generale nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, seppure con alcuni correttivi, deve essere esaminato anche alla luce delle norme introdotte dal Codice del Terzo Settore, non sempre coordinate con la normativa sugli appalti.**



1. D. Lgs. n. 117 del 2017, adottato in attuazione della legge delega n. 106 del 2016.

prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, considerandoli servizi di interesse economico generale o servizi non economici di interesse generale e ha lasciato impregiudicata la libertà degli stessi di definire, <<in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico>>.

Nel nuovo Codice, attuativo della citata Direttiva UE, è introdotta la fondamentale novità dell'assoggettamento, in termini generali, dei servizi sociali alla normativa sugli appalti pubblici. Sono numerosi, infatti, gli articoli del d.lgs. n. 50/2016 che contemplano i servizi sociali:

l'art. 35, che prevede per essi una soglia superiore a quella ordinaria, gli artt. 70 e 72 che prevedono termini di validità degli avvisi di pre-informazione più lunghi per tale tipo di servizi, l'art. 95 che prescrive per essi l'impiego esclusivo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e così via.

Il nuovo Codice dei contratti quindi include i servizi sociali nel proprio ambito di applicazione ma con alcuni correttivi. Occorre infatti distinguere tra ipotesi incluse *tout court* cui si applica integralmente il Codice, ipotesi derogatorie, per cui è previsto un "regime alleggerito" ovvero una limitazione della concorrenza mediante una riserva a favore di alcune categorie di enti *non profit* e ipotesi escluse per cui sono applicabili esclusivamente i principi fondamentali: è il caso del trasporto sanitario di emergenza e di urgenza.

**Il Consiglio di Stato ha adottato un parere preliminare all'elaborazione delle Linee guida ANAC nel quale ha tracciato i profili distintivi tra servizi sociali da considerarsi oggettivamente estranei all'ambito di applicazione del Codice dei contratti, perché caratterizzati dal requisito dell'assoluta gratuità e non selettività, e le altre fattispecie, da assoggettare alla normativa sugli appalti.**



Fuori dall'ambito di applicazione del Codice – e pertanto da considerarsi del tutto estranee – restano infine le ipotesi in cui i servizi in questione non abbiano il requisito dell'economicità e dell'onerosità, secondo i dettami del Consiglio di Stato che, nel parere preliminare allo Schema di Linee guida ANAC<sup>2</sup> in materia di affidamento di servizi sociali, ha chiarito quando un servizio sociale debba essere considerato estraneo perché reso a valle di un procedimento privo di qualsivoglia carattere selettivo ovvero reso a titolo interamente gratuito.

In questo rinnovato panorama normativo si inserisce poi il Codice del Terzo Settore, ovvero il D. Lgs. n. 117/2017, che ha previsto una serie di forme di cooperazione (co-programmazione, co-progettazione e convenzioni) tra pubbliche amministrazioni

e enti *non profit* che hanno suscitato non pochi problemi interpretativi e di coordinamento con il Codice dei Contratti pubblici.

Lo schema di Linee guida predisposte dall'ANAC<sup>3</sup> - elaborato sulla base del succitato parere preliminare reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato - prima sottoposto alla consultazione degli *stakeholders* poi inviato, nella sua versione aggiornata, al Consiglio di Stato per un nuovo parere, tenta di fare chiarezza su tale complesso panorama normativo, avendo l'Autorità accertato come <<il mancato coordinamento della disciplina del terzo settore con la normativa in materia di contratti pubblici abbia portato allo sviluppo di prassi applicative disomogenee>>. L'ANAC ha pertanto ritenuto opportuno intervenire in materia mediante l'adozione di un atto di indirizzo a carattere generale.



2. Parere n. 2052 reso dalla Commissione speciale il 20 agosto 2018.  
3. Schema di Linee guida recanti <<Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali>>, elaborato a seguito della consultazione degli stakeholders e sottoposto a parere del Consiglio di Stato nel mese di novembre 2019.

## 2. Il parere preliminare della Commissione speciale del Consiglio di Stato alle Linee guida ANAC

Come accennato in premessa, l'Autorità ha voluto coinvolgere il Consiglio di Stato in via preliminare proprio per farsi tracciare la strada interpretativa da seguire per distinguere i servizi sociali da considerare assoggettati al Codice dei contratti dagli altri non assoggettati e fare così maggiore chiarezza rispetto alla reale portata applicativa di una serie di disposizioni inserite nel Codice del Terzo Settore che, come detto, non appaiono coordinate con la normativa appalti.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, dopo aver enumerato le varie disposizioni del Codice dei contratti e del Codice del Terzo settore riguardanti gli affidamenti di servizi sociali tra loro in potenziale contrasto, rammenta che «i Trattati Europei non attribuiscono all'Unione alcuna competenza in materia di enti *non profit*. Nonostante tale scelta di *policy* - tradizionalmente giustificata in ragione della prossimità tra le attività degli enti *non profit* e i sistemi nazionali di *welfare* - la competenza degli Stati membri deve, nondimeno, essere esercitata nel rispetto della disciplina in materia di concorrenza»>>. Ciò posto, il Codice del Terzo settore avrebbe dovuto perseguire - a parere della Commissione speciale - maggiormente l'esigenza imposta dal diritto europeo di «mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, **salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato**»>>.

La Commissione infatti, procedendo ad una disamina degli aspetti principali delle disposizioni presenti nel Codice del Terzo settore - gli artt. 55, 56 e 57 - evidenzia come le stesse non tengano in taluni casi nel debito conto il necessario rispetto dei principi - di superiore derivazione euro-unitaria - sanciti dalla normativa sugli appalti, cui non viene fatto alcun richiamo. Infatti, nel rammentare che esiste nel nostro ordinamento una **primazia**

del diritto europeo su quello nazionale, la Commissione evidenzia la conseguente necessità di interpretare il Codice del Terzo settore in chiave eurocompatibile e, quindi, in linea con i principi dettati dal Codice dei contratti pubblici, che dovranno in sostanza prevalere, essendo di diretta derivazione euro-unitaria.

Il ragionamento della Commissione prende le mosse dal concetto europeo di attività di impresa, da considerare assoggettata in linea generale alla disciplina comunitaria in materia di appalti. Essa è definita come «ogni iniziativa relativa alla realizzazione di beni, all'esecuzione di lavori od alla prestazione di servizi astrattamente contendibili sul mercato (*recte*, per i quali vi sia, in atto o in potenza, un mercato) e, come tale, potenzialmente realizzabile da più operatori intrinsecamente capace di coprire i costi con i ricavi»>>. Ne deriva - a parere della Commissione - «la conseguente necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo

di evitare la permanenza di "sacche" sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati»>>.

Le eccezioni a tale assunto generale sono solo quelle esplicitamente previste dallo stesso diritto euro-unitario, e, trattandosi di disposizioni eccezionali, sono come tali da interpretarsi in modo **tassativo**. Oltre alle ipotesi escluse, di cui parleremo più innanzi, rientrano nel novero delle eccezioni le fattispecie c.d. **estranee**, che fuoriescono totalmente dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti in quanto si riferiscono a fattispecie che mancano del fondamentale elemento dell'economicità. L'art. 2 del Protocollo 26 dei Trattati europei dispone infatti che «le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale **non economico**»>>. Alla stessa

**Secondo la Commissione speciale solo il rimborso spese a pie' di lista che escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le spese vive documentate, sostenute dall'ente non profit, consente di affermare la gratuità della prestazione del servizio e la rende estranea all'ambito di applicazione del Codice dei contratti.**



stregua, l'art. 164, comma 3, del Codice dei contratti stabilisce che <<i servizi **non** economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte>>.

La Commissione speciale si spinge a questo punto nel delineare i tratti distintivi delle fattispecie estranee:

- 1) la procedura non deve avere alcun carattere selettivo e non deve tendere, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale;
- 2) la procedura può anche prevedere l'affidamento (selettivo) ad un ente di diritto privato di un servizio sociale purché, tuttavia, lo stesso sia svolto a titolo integralmente gratuito.

Il primo punto è un corollario delle finalità del diritto europeo, il quale tende all'apertura del mercato e, pertanto, non si interessa a disciplinare rapporti tra pubblico e privato privi di qualsivoglia carattere selettivo e non tesi all'affidamento, neanche solo prospettico, di un servizio.

Il secondo punto deriva dal fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi: lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza in quanto si risolve in un fenomeno non economico, estraneo alle logiche di mercato perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi.

### **3. L'assenza di selettività e la non onerosità quali elementi qualificanti delle fattispecie estranee all'ambito di applicazione del Codice dei contratti**

Prima di proseguire nella disamina delle valutazioni svolte dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sulle varie forme di affidamento dei servizi sociali, appare utile preliminarmente sintetizzare le varie tipologie di cooperazione tra pubbliche amministrazioni ed enti *non profit* delineate dal Codice del Terzo settore.

L'art. 55 del D. Lgs. n. 117 del 2017 prevede che le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale dei servizi sociali, di istruzione e assistenziali da erogare, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento e mediante la

sottoscrizione di convenzioni.

La **co-programmazione** è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili; la **co-progettazione** invece, è una fase successiva, finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento volti a soddisfare i bisogni definiti nella precedente fase di programmazione. L'**accreditamento**, infine, è una modalità mediante la quale vengono individuati gli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato (co-progettazione e co-realizzazione), da porre in essere nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti da accreditare.

Lo strumento con cui le pubbliche amministrazioni e gli enti *non profit* si impegnano perché questi ultimi svolgano in favore di terzi le attività o i servizi sociali di interesse generale, in condizioni più favorevoli rispetto al ricorso al mercato, spesso a valle di un'attività di co-programmazione e/o co-progettazione, è la **convenzione**, disciplinata dall'art. 56 del Codice del Terzo settore.

Fatta questa premessa, la Commissione speciale rileva come tali forme di cooperazione tra pubbliche amministrazioni e soggetti del Terzo settore possano essere considerate fattispecie estranee all'ambito di applicazione della normativa sugli appalti solo se non prevedano alcun tipo di selezione a monte. Ad esempio, per quanto attiene alle convenzioni ex art. 56 del D. Lgs. n. 117/2017, le stesse possono considerarsi al di fuori della normativa euro-unitaria ove, con il sistema dell'accreditamento, ad esempio, la pubblica amministrazione si limiti alla mera individuazione dei soggetti del Terzo settore da inserire nella rete dei servizi sociali, senza che sia stato previamente individuato un numero o un contingente prefissato (c.d. accreditamento libero). Tale forma di ammissione allo svolgimento dei servizi sociali si risolve sostanzialmente in una sorta di abilitazione priva di carattere selettivo e non propedeutica all'affidamento di un servizio; la stessa, pertanto può essere considerata estranea all'ambito di applicazione della normativa sugli appalti.

Viceversa, laddove sia stabilito a monte un contingente massimo di operatori accreditabili, l'intrinseca selettività della procedura ne impone la

riconduzione entro il perimetro di applicazione del diritto euro-unitario.

Il medesimo discorso può svolgersi anche con riguardo all'istituto della co-progettazione, ex art. 55 del D. Lgs. n. 117/2017. Laddove la stessa si concreti in una procedura finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento, finirà per sostanziarsi in un rapporto fra Amministrazione e specifici enti del terzo settore che presenta a monte un momento selettivo fra gli operatori interessati. Da ciò ne discende l'attrazione della stessa nell'ambito applicativo della normativa contrattualistica euro-unitaria.

Pur in presenza di una procedura che abbia i caratteri della selettività, vanno tuttavia annoverati nell'ambito delle fattispecie estranee tutti gli affidamenti di servizi sociali che presentino l'altro fondamentale requisito della **oggettiva gratuità**. Nel prosieguo del ragionamento, infatti, la Commissione si sofferma sul concetto di gratuità, sostenendo che esso può consistere nella creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto, ovvero può estrinsecarsi nel sostenimento di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale. Si ha reale gratuità quando vi è un aumento patrimoniale di un soggetto - la collettività - cui corrisponde la diminuzione patrimoniale di un altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore.

In linea con tale interpretazione, la Commissione ha ritenuto che «solo il rimborso spese a pie' di lista che, in particolare, escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente, consente di affermare la gratuità della prestazione del servizio e, dunque, di postulare la estraneità all'ambito del Codice dei contratti pubblici».

Non è considerata ammessa, per tale ragione, alcuna forma di forfetizzazione dei rimborsi né di finanziamento a fondo perduto, né di finanziamento, acquisto o contributo in conto capitale, pena la fuoriuscita del servizio in questione dalla categoria dei servizi non economici di interesse generale, con conseguente reingresso del medesimo nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Secondo la Commissione, la gratuità «costituisce, in sé, un *vulnus* al meccanismo del libero mercato ove operano imprenditori che forniscono i medesimi servizi a scopo di lucro e dunque in maniera economica mirando al profitto». Da ciò scaturisce l'obbligo per la pubblica amministrazione, che decide di perseguire la strada della stipula di una convenzione o

di una co-progettazione ex D. Lgs. n. 117/2017, di motivare adeguatamente la propria scelta, motivazione quindi che «non solo è opportuna, ma deve considerarsi *condicio sine qua non* per l'esercizio di un tale potere».

#### **4. Le Linee guida ANAC e gli affidamenti di servizi sociali assoggettati al Codice degli appalti. Le ipotesi derogatorie**

Come già accennato, sulla scorta del parere preliminare reso dal Consiglio di Stato, l'ANAC ha adottato apposite Linee guida - a carattere non vincolante - recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali", al momento in corso di approvazione.

L'Autorità stessa dichiara che tale provvedimento segue l'impostazione offerta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 secondo cui «salve le disposte eccezioni (procedure di accreditamento c.d. libero e le procedure di co-progettazione e partenariato finalizzate a rapporti puramente gratuiti), le procedure previste dal codice del Terzo settore e, in generale, dalla normativa ancora in vigore

**Secondo la Commissione speciale, è essenziale che la pubblica amministrazione motivi in modo adeguato e puntuale la propria scelta di ricorrere alle modalità di affidamento dei servizi sociali disciplinate dal Codice del Terzo settore, che, in quanto strutturalmente riservate ad enti non profit, privano le imprese profit della possibilità di rendersi affidatarie del medesimo servizio a discapito della libera concorrenza.**



in *subiecta materia*, **configurano, in ottica europea, appalti di servizi sociali e, pertanto, sono sottoposte anche alla disciplina del codice dei contratti pubblici, che si affianca, integrandola, a quella apprestata dal codice del Terzo settore».**

La finalità perseguita è quindi quella di coordinare le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di affidamenti di servizi sociali, le previsioni del Codice del Terzo settore e la normativa speciale statale e regionale vigente in materia.

Principio fondamentale ribadito dall'Autorità è che l'affidamento di servizi sociali, trattandosi in termini generali di un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra una stazione appaltante e un operatore economico, avente ad oggetto la prestazione di servizi, configura la fattispecie dell'appalto o della concessione di servizi. Per tale ragione esso rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario.

Nell'ambito di tale perimetro vi sono tuttavia alcune fattispecie parzialmente derogatorie, per cui è previsto un regime "alleggerito", delineato dall'art. 142 del Codice dei contratti. Si tratta degli appalti di servizi indicati al comma 5-bis dello stesso art. 142 (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative).

L'affidamento dei servizi assoggettati a regime "alleggerito" deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovere il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. Inoltre, la programmazione di tali servizi va svolta integrando la disciplina generale con la normativa di settore, che impone il rispetto dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale,

responsabilità e unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali. In particolare, l'individuazione del fabbisogno di servizi sociali deve essere effettuata partendo dall'analisi storica della domanda del servizio, integrata da proiezioni sui fabbisogni futuri. Anche in tema di aggregazione della domanda, negli affidamenti di servizi sociali ex comma 5-bis occorre integrare le opzioni offerte dalla normativa codicistica con le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore, che prende, ad esempio, come riferimento - quale ambito di aggregazione - i distretti socio-sanitari. Il criterio di aggiudicazione di tali appalti deve essere esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

**Nell'ambito di operatività del Codice dei contratti sono contemplate anche alcune ipotesi parzialmente derogatorie alle norme e ai principi valevoli in generale per tutti i tipi di appalto. Si tratta degli affidamenti assoggettati al c.d. regime "alleggerito", disciplinato dall'art. 142, e delle due ipotesi di appalti "riservati" di cui agli artt. 112 e 143 del Codice.**

Infine, all'affidamento degli appalti di servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria si applicano le procedure semplificate di cui all'art. 36 del Codice.

Ai restanti appalti di servizi dell'allegato IX non indicati dal comma 5-bis si applicano integralmente tutte le disposizioni del codice dei contratti pubblici, pur con le specificità previste dall'art. 140.

Altre ipotesi derogatorie alla generale disciplina degli appalti previste dal Codice dei contratti sono quelle individuate dagli artt. 112 e

143. Si tratta, in entrambi i casi, di appalti riservati ad una determinata categoria di operatori. Ciò significa che il legislatore ha preferito sacrificare il principio della libertà di mercato e della concorrenza per perseguire il prioritario interesse pubblico di sostegno a particolari categorie di lavoratori svantaggiati o ad organismi ad impronta spiccatamente solidaristica.

Infatti, ai sensi dell'art. 112, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipare alle procedure di appalto e di concessione, o possono riservarne l'esecuzione, ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia **l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o**

**svantaggiate** o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il trenta per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

Si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno.

L'art. 143, invece, prevede che le stazioni appaltanti possano riservare ad organizzazioni, in possesso di specifici requisiti, il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX. I requisiti richiesti sono quelli elencati al comma 2, ovvero:

a) l'organizzazione deve avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1 dello stesso art. 143;

b) i profitti dell'organizzazione devono essere reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione; se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;

c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto devono essere basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero devono richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;

d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non deve aver aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione negli ultimi tre anni.

In tali casi, il contratto scaturente dall'appalto riservato non può avere durata superiore ai tre anni.

## 5. Le fattispecie escluse dal Codice dei contratti pubblici

All'interno del perimetro applicativo del Codice dei Contratti rientrano anche i c.d. servizi esclusi, ai quali si applica il solo art. 4 del Codice medesimo, secondo cui l'affidamento di lavori, servizi e forniture considerati esclusi deve soggiacere comunque al rispetto dei principi di **economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.**

Sono esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, previsti sia dall'art. 17 del D. Lgs. n. 50/2016 che dall'art. 57 del Codice del Terzo settore.

Per trasporto di urgenza si intende ogni situazione in cui sia necessaria una prestazione sanitaria non differibile, in assenza della quale la situazione del

paziente diventerebbe critica, e il paziente versi in condizioni tali da richiedere l'assistenza di personale sanitario in grado di effettuare anche il primo soccorso.

Dopo le prime incertezze interpretative, l'ANAC ha considerato rientranti nell'ambito derogatorio dell'art. 57 del Codice del Terzo settore anche i trasporti finalizzati ai trapianti di organi, alla trasfusione di sangue o emoderivati, alla somministrazione di farmaci e antidoti qualora risultino indispensabili a salvaguardare le fondamentali funzioni

vitali dei pazienti e siano, quindi, caratterizzati da imprevedibilità e somma urgenza nell'esecuzione.

Restano invece assoggettati al sistema dell'evidenza pubblica i "servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza" che rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140, 142, 143 e 144 del Codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il c.d. "regime alleggerito" di cui all'art. 142 o secondo il sistema della gara "riservata" a determinate categorie di operatori *non profit*, ai sensi dell'art. 143.

**I servizi di trasporto di emergenza e urgenza sono considerati esclusi e, pertanto, assoggettati al solo art. 4 del Codice che impone comunque il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.**



## 6. Le forme di cooperazione previste dal Codice del Terzo settore

Al di fuori delle ipotesi derogatorie espressamente individuate dal Codice dei contratti pubblici, aventi carattere tassativo, il ricorso alle fattispecie di cooperazione previste nel Codice del Terzo settore comporta di fatto l'espletamento di altre forme di appalti riservati. Per questa ragione, una scelta in tal senso deve essere adeguatamente motivata con riferimento alla ricorrenza in concreto degli specifici motivi che sostengono e giustificano il ricorso a procedure riservate agli organismi del Terzo settore. L'attivazione di una delle forme di affidamento previste dal codice del Terzo settore, infatti, priva le imprese *profit* della possibilità di affidamento del servizio, determinando una sostanziale segregazione del mercato.

Per tale motivo, ad esempio il ricorso alle convenzioni ex art. 56 del D. Lgs. n. 117/2017, che comporta una implicita deroga all'applicazione del Codice dei contratti, deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento "alla maggiore convenienza rispetto al mercato". <<Tale aspetto deve essere valutato – secondo l'ANAC - oltre che con riferimento alla convenienza economica del ricorso allo schema della convenzione, anche in relazione ai maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggior attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità, efficienza economica e adeguatezza>>.

Per quanto attiene all'istituto dell'accreditamento, l'Autorità ribadisce che solo quello c.d. "libero" è estraneo all'applicazione del Codice dei contratti. L'ANAC suggerisce alcune buone prassi alle pubbliche amministrazioni al fine di garantire la qualità del servizio erogato, la trasparenza e la parità di trattamento.

Con riferimento, invece, alla co-progettazione, anch'essa estranea al perimetro applicativo del D. Lgs. n. 50/2016 solo se svolta a titolo gratuito e non finalizzata all'affidamento del servizio al partner privato, l'ANAC prevede che, nei casi di deroga al Codice dei contratti, sia comunque necessario che la scelta del soggetto *partner* avvenga mediante procedure comparative nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, economicità ed efficacia. L'Autorità suggerisce di procedere alla pubblicazione di un avviso di indizione della procedura selettiva, con indicazione di un progetto di massima, dei requisiti di partecipazione, delle specifiche problematiche

sociali che si intendono affrontare, dei criteri e delle modalità che saranno utilizzati per l'individuazione del progetto, dei sistemi di monitoraggio, controllo e valutazione adottati. I criteri di selezione dovranno consentire l'adeguata valutazione dei requisiti di partecipazione, della proposta progettuale e delle modalità di compartecipazione proposte. La formula utilizzata per l'attribuzione dei punteggi dovrà tener conto della compartecipazione del soggetto privato in termini di risorse economiche e umane.

Negli altri casi, in cui la co-progettazione deve svolgersi nel rispetto dell'evidenza pubblica, la pubblica amministrazione procedente è tenuta a programmare adeguatamente gli interventi, mantenendo in capo a sé la titolarità delle scelte e predeterminando gli obiettivi generali e specifici, le aree di intervento, la durata del progetto e le caratteristiche essenziali, e proceda alla redazione di un progetto di massima che orienti i concorrenti nella predisposizione della proposta progettuale. I servizi sociali devono essere progettati in modo da essere facilmente accessibili da parte di tutti coloro che ne hanno bisogno. Deve essere garantita la continuità del servizio per tutta la durata del bisogno, il che non significa, tuttavia, che debba essere garantita la continuità nello svolgimento del servizio da parte dello stesso personale, se non nei limiti in cui sia possibile ricorrere alla clausola sociale. Non sono ammessi, infatti, a tal fine gli affidamenti diretti al di fuori delle ipotesi consentite, né deroghe al principio di rotazione.

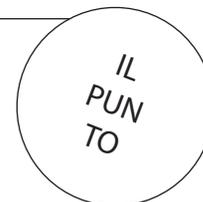
Eventuali deroghe al principio della rotazione, dipendenti dalla natura del servizio offerto oppure dalla situazione di svantaggio in cui versano i beneficiari del servizio, devono essere dettagliatamente ed adeguatamente motivate, anche in considerazione del fatto che l'importo per cui è consentito il ricorso alle procedure sotto soglia, per i servizi sociali, è particolarmente elevato.

È obbligatorio il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: dovranno essere valorizzati, tra l'altro, i parametri relativi alla qualità del servizio, all'organizzazione e alla qualifica professionale ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, alle attività di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti, di raccolta dei dati e informazioni.

La proroga è consentita nei soli casi previsti dall'articolo 106, comma 11, del Codice dei contratti. Al di fuori di tali ipotesi, la proroga della durata del contratto si traduce in un affidamento diretto non consentito in assenza dei presupposti normativi.

# Il “grave illecito professionale” nell’evoluzione giurisprudenziale e normativa

di Riccardo Gai



## 1. I dubbi interpretativi del grave illecito professionale

La tematica concernente il grave illecito professionale commesso dall’operatore economico, da intendersi quale elemento ostativo alla partecipazione alle pubbliche gare d’appalto, rappresenta una tematica davvero molto dibattuta e sempre attuale, sia per le riforme normative che essa ha subito negli ultimi anni, sia per l’interesse che la giurisprudenza mostra costantemente a tale riguardo.

Il d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti), disciplinante appunto il grave illecito professionale, nell’originaria formulazione contenuta nella lettera c) del comma 5 dell’art. 80, prevedeva che le stazioni appaltanti potessero escludere dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico nel caso si dimostri con mezzi adeguati che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, facendo riferimento alla seguente elencazione:

- le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio,

ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;

- il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;

- il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

**In tema di grave illecito professionale la Stazione appaltante è chiamata ad operare una valutazione discrezionale dell’idoneità del comportamento del concorrente che sia tale da porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità del concorrente, valutazione che attiene all’esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all’oggetto e alle caratteristiche dell’appalto.**

Va ricordato come l’elencazione sopra riportata è stata ritenuta, dalla giurisprudenza prevalente, quale elencazione meramente esemplificativa e non comportante una preclusione automatica della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante (v. Cons. di Stato, 2 marzo 2018, n. 1299); ciò traducendosi nella possibilità per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti prodotti, siano tuttavia qualificabili come “gravi illeciti professionali” e perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbia l’integrità o l’affidabilità del concorrente.

In sostanza, quindi, in tema di grave illecito professionale la Stazione appaltante è chiamata ad operare una valutazione discrezionale dell'idoneità del comportamento del concorrente che sia tale da porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, valutazione che attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Tuttavia, occorre segnalare l'esistenza di pronunce dei giudici amministrativo che, d'altro canto, hanno invece ritenuto che l'elencazione contenuta nell'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, avesse carattere tassativo e fosse, perciò, da considerare di stretta interpretazione. Si è infatti ritenuto in proposito che l'elencazione contenuta nel ridetto comma 5 lettera c) fosse da ritenersi tassativa e non integrabile al di fuori delle fattispecie in essa elencate (TAR Lazio, Sez. III quater, 2 maggio 2018, n. 4793). Seguendo tale orientamento, dunque, la discrezionalità dell'amministrazione risulterebbe assai limitata alle sole e tassative ipotesi contenute nella norma, potendo costituire l'esclusione del concorrente quale valutazione sostanzialmente vincolata al ricorrere di tali ipotesi specificamente individuate.

Tuttavia, come verrà meglio analizzato nel paragrafo seguente, dopo l'approvazione del DL 135/2018 (c.d. decreto semplificazioni), le incertezze legate all'interpretazione delle norma in esame paiono aver ceduto il passo all'orientamento giurisprudenziale prevalente, che attribuisce alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale nella valutazione del grave illecito professionale, senza che quest'ultima debba sentirsi limitata ad ipotesi tassative.

## 2. Il grave illecito professionale del Decreto semplificazioni e nel Decreto Sblocca Cantieri.

Il Decreto semplificazioni (DL 135/2018 convertito con la l. 12/2019), come poc'anzi anticipato, reca una modifica sostanziale dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016, dal momento che tutti quei comportamenti che la previgente disciplina di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), faceva rientrare nel concetto di "grave illecito professionale", secondo un'elencazione che, come

abbiamo visto, era ritenuta di carattere esemplificativo dalla giurisprudenza prevalente, rappresentano ora individualmente delle autonome cause di esclusione alle lettere c-bis) e c-ter), come segue

- c-bis): <<l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione>>;

c-ter) <<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>>.

Alla lettera c), invece, rimane la causa di esclusione che fa riferimento a <<gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità>>. Dalla nuova previsione non può

**La ratio della riforma sembrerebbe risiedere nell'esigenza di tutelare, oltre che l'interesse pubblico alla selezione di operatori che non si siano resi protagonisti di gravi illeciti tali da minarne la credibilità e l'efficienza, anche il vincolo fiduciario che deve sussistere tra stazione appaltante e ed aspirante affidatario della commessa, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di compromettere l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.**



dunque farsi a meno di notare che è venuto meno l'elenco dei comportamenti valutabili dalla S.A. alla stregua di un "grave illecito professionale", che mentre prima era indicati (ancorché in via meramente esemplificativa e non tassativa), oggi vengono lasciati alla più ampia discrezionale dell'Amministrazione.

La ratio della riforma sembrerebbe risiedere nell'esigenza di tutelare, oltre che l'interesse pubblico alla selezione di operatori che non si siano resi protagonisti di gravi illeciti tali da minarne la credibilità e l'efficienza, anche il vincolo fiduciario che deve sussistere tra stazione appaltante ed aspirante affidatario della commessa, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di compromettere l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.

Ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa potrà pertanto essere valutata come possibile causa di esclusione dalla stazione appaltante, anche in mancanza di un accertamento giudiziale definitivo.

Ma le novità non si sono fermate al Decreto Semplificazioni, dal momento che il c.d. Decreto Sblocca-Cantieri (DL 32/2019 convertito con legge 55/2019) ha inserito all'art. 80 la lettera c-quater, a norma della quale le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora l'operatore economico <<abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto con sentenza passata in giudicato>>.

Innanzitutto, a differenza delle previsioni delle lettere precedenti, in questo caso sembra necessario un preliminare contenzioso in quanto l'inadempimento grave parrebbe dover essere accertato unicamente dal Giudice e fino all'espletamento di tutti i gradi di giudizio; se così è, non basterebbe allora una mera lettera di contestazione da parte di un subappaltatore per vedersi l'operatore economico escluso dalla gara.

In secondo luogo, sarebbe interessante poter appurare se il "grave inadempimento" previsto dalla lett. c-quater debba essere legato ad una iniziativa giudiziale finalizzata ad ottenere un provvedimento risolutivo del rapporto, o anche

soltanto "conservativo".

Al momento è arduo fornire risposte, dato che la casistica è scarsa per non dire inesistente. Tuttavia non può negarsi che anche quest'ultima novità, introdotta dal decreto Sblocca-cantieri, sarà certamente foriera d'ulteriore contenzioso per la scarsa chiarezza della sua formulazione.

### **3. Il potere discrezionale dell'amministrazione nella valutazione dei gravi illeciti professionali ed il principio del *clare loqui*: la sentenza del TAR Sardegna n. 349/2020.**

Non v'è dubbio, a questo punto, anche alla luce delle descritte novelle legislative, che in tema di grave illecito professionale sia stato riconosciuto in capo alla stazione appaltante un ampio potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti che può riguardare una molteplicità di condotte che la stessa stazione appaltante può valutare attraverso il suo prudente apprezzamento e che non sono in alcun modo tassative.

Ciò comporta indubbiamente, per i concorrenti, un onere aggiuntivo consistente nella necessità di dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione.

Si tratta del cosiddetto principio del *clare loqui*, ossia del principio che obbliga i privati, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, di non tralasciare alcuna informazione che li riguardi, anche quella apparentemente più insignificanti, proprio per dare modo all'amministrazione stessa di poter discrezionalmente valutare se tali comportamenti possano o meno incidere sull'integrità e affidabilità dei concorrenti. Ciò ovviamente non può che destare numerose problematiche di carattere interpretativo.

In soggetta materia vengono dunque in rilievo gli immanenti principi di lealtà e affidabilità e professionale dell'aspirante contraente che presiedono in genere ai contratti e in specifico modo – per ragioni inerenti alle finalità pubbliche dell'appalto e dunque a tutela di economia e qualità della realizzazione – alla formazione dei contratti pubblici e agli inerenti rapporti con la stazione appaltante. Il concorrente è perciò

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

Risulta in proposito piuttosto dirompente la più recente evoluzione giurisprudenziale che fa rientrare nel concetto di "grave illecito professionale" ex art. 80 comma 5 lett. c) d.lgs. 50/2016 <<qualunque condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si riveli contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa, e che risulti in grado di mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico.

Tra queste si inquadrano anche le condanne per reati che in sé non sono ostativi come sono, invece, quelli previsti dall'art. 80, comma 1 d.lgs. 50/2016, ma che possono assumere rilevanza ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c)>>. (TAR Sardegna, Sez. II, sentenza 17 giugno 2020 n. 349).

Ciò sta a significare che tutte le condanne penali hanno rilievo ai fini della valutazione del grave illecito professionale, anche al di fuori della tassativa elencazione dell'art. 80, comma 1: ciò evidentemente

non lascia scelta alcuna al concorrente, se non quella di dichiarare tutte le condanne ricevute, anche quelle che, secondo la propria valutazione, non avrebbero pertinenza alcuna con l'oggetto della gara.

La succitata sentenza, infatti, chiaramente ribadisce che <<In sede di dichiarazione circa i "gravi illeciti professionali" non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scelta circa i fatti da indicare, sussistendo, al contrario, un principio di doverosa onnicomprensività della dichiarazione tale da consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza>> (TAR Sardegna, Sez. II, sentenza 17 giugno 2020 n.

349). In tal senso per i concorrenti non vi sono alternative: occorre dichiarare ogni circostanza per evitare che una dichiarazione omessa, o anche soltanto reticente, possa far determinare la stazione appaltante all'esclusione del concorrente. Secondo la citata sentenza, infatti, la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa. Tuttavia, proprio per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sono posti a carico

di quest'ultimo gli obblighi informativi: l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti.

La citata sentenza rincara la dose quando afferma, poi, che <<Nel caso di gravi illeciti professionali, l'esclusione del concorrente dalla gara trova la propria causa nella mancata

indicazione della condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente. Quindi, nel caso di omessa dichiarazione, è legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la

**Il principio del clare loqui, ossia il principio che obbliga i privati, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, di non tralasciare alcuna informazione che li riguarda, anche quella apparentemente più insignificante, dà modo all'amministrazione stessa di poter discrezionalmente valutare se tali comportamenti possano o meno incidere sull'integrità e affidabilità dei concorrenti.**



*cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante>>* (v. ancora TAR Sardegna, Sez. II, sentenza 17 giugno 2020 n. 349).

L'omessa dichiarazione in ordine a una condanna penale, dunque, fa scaturire un effetto espulsivo automatico del concorrente non tanto a causa di una "presunzione di rilevanza" della condanna medesima ai fini della sussistenza del grave illecito professionale, ma proprio perché tale omissione impedisce alla stazione appaltante di poter esercitare il proprio potere discrezionale al fine di rilevare in concreto se tale condanna possa ritenersi o meno rilevante.

Ad avviso della giurisprudenza citata, peraltro, all'omessa dichiarazione in ordine a condanne penali non può porsi rimedio neanche attraverso il soccorso istruttorio, pena la violazione del principio di par condicio tra in

concorrenti. Il TAR Sardegna ha infatti aggiunto che *<<Il soccorso istruttorio non è invocabile allorquando il concorrente abbia omesso la dichiarazione di un episodio astrattamente rilevante ai fini della valutazione della propria affidabilità professionale.*

*Lo strumento è infatti di ausilio nel chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara ma non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti>>*. Tale orientamento conferma l'esigenza, per i concorrenti, di porre attenzione

**<<Nel caso di gravi illeciti professionali, l'esclusione del concorrente dalla gara trova la propria causa nella mancata indicazione della condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente. Quindi, nel caso di omessa dichiarazione, è legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante>>** (TAR Sardegna, Sez. II, sentenza 17 giugno 2020 n. 349).



a tutti i precedenti da dichiarare in sede di gara per far sì che, considerando che in alcun modo potrebbe avviarsi alla mancata dichiarazione della condanna subita, che farebbe automaticamente scaturire l'esclusione dalla gara.

Tra l'altro, lo stesso TAR Sardegna ha posto l'accento anche sui reati estinti, precisando che *<<L'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna) non si determina in modo automatico per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non interviene tale provvedimento*

*giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" ed il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna>>*.

#### **4. Problemi e prospettive: la rimessione all'Adunanza Plenaria**

Alla luce di quanto rappresentato, è evidente come – nell'attuale assetto normativo e giurisprudenziale – gli oneri dichiarativi dei concorrenti risultino assai gravosi per i concorrenti.

Occorrerebbe dunque perseguire il difficile, ma non impossibile, obiettivo di tutela di opposti e

rilevanti interessi: da un lato quello di escludere dalla competizione concorrenziale quei soggetti che si sono resi protagonisti di episodi o vicende tali da ledere la moralità professionale e, quindi, l'affidabilità; dall'altro, quello di preservare in ogni caso il principio di massima partecipazione non appesantendo oltremodo gli oneri partecipativi per i concorrenti che rischiano di doversi cimentare in una vera e propria corsa ad ostacoli per poter aspirare all'aggiudicazione di un commessa pubblica.

L'equilibrio tra questi due interessi va garantito da una acquisizione del principio di tipicità dei motivi di esclusione (espressamente scolpito all'art. 83, comma 8 del Codice) non limitato al profilo (di ordine formale) della mera preclusione alla introduzione di fattispecie escludenti non normativamente prefigurate (c.d. *numerus clausus*), ma esteso al profilo (di ordine sostanziale) della sufficiente tipizzazione, in termini di tassatività, determinatezza e ragionevole prevedibilità delle regole operative e dei doveri informativi.

È un problema che si pone, in modo particolare, per le omissioni dichiarative (ovvero per le dichiarazioni reticenti): per le quali occorre distinguere il mero (e non rilevante) *nihil dicere* (che, al più, legittima la stazione appaltante a dimostrare, con mezzi adeguati, "che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali", diversi dalla carenza dichiarativa, idonei "a rendere dubbia la sua integrità o affidabilità") dal *non dicere quod debetur* (che, postulando la violazione di un dovere giuridico di parlare, giustifica di per sé – cioè in quanto illecito professionale in sé considerato – l'operatività, in chiave sanzionatoria, della misura espulsiva).

Chiaro, in tal senso, il riferimento al comportamento dell'operatore che abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura (cfr. lettera c-bis): che pone, peraltro,

il problema di conferire determinatezza e concretezza all'elemento normativo della fattispecie, per individuare con precisione le condizioni per considerare giuridicamente dovuta l'informazione.

Il rischio che l'ampio potere discrezionale attribuito all'amministrazione sulla valutazione dei gravi illeciti professionali incida sui principi costituzionali posti a tutela della difesa sembra piuttosto alto dal momento che si introduce un regime più restrittivo suscettibile di anticipare gli effetti pregiudizievoli del giudicato penale, civile o amministrativo.

Sotto questo ultimo profilo, non c'è dubbio che l'attuale disciplina normativa abbia conferito maggiore indeterminazione della categoria del 'grave illecito professionale', nulla precisando in merito a quali possano essere le ipotesi di gravi illeciti professionali idonei a mettere in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore, e quindi causarne l'esclusione; ipotesi, che, logicamente, dovrebbero essere ulteriori rispetto alle fattispecie di cui alle nuove lettere c-bis e c-ter.

**Il rischio che l'ampio potere discrezionale attribuito all'amministrazione sulla valutazione dei gravi illeciti professionali incida sui principi costituzionali posti a tutela della difesa sembra piuttosto alto dal momento che si introduce un regime più restrittivo suscettibile di anticipare gli effetti pregiudizievoli del giudicato penale, civile o amministrativo.**



In effetti l'attuale assetto normativo pare essere eccessivamente penalizzante per le imprese che aspirano a concorrere nei pubblici appalti, poiché da un lato, come sopra accennato, sembrerebbe sussistere una evidente compressione delle garanzie costituzionali poste a presidio del diritto di difesa, dall'altro, la necessità per le imprese di dichiarare ogni vicenda pregressa pena l'esclusione in caso di dichiarazione omessa o reticente pone in capo ai concorrenti un onere piuttosto gravoso ai fini della partecipazione alla gara.

Non è un caso se la quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria (ordinanza 9 aprile 2020, n. 2332) l'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di dichiarazioni, rese per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, relative a

gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'affidabilità dell'impresa. Il Consiglio di Stato ha evidenziato i contrapposti interessi che vengono in rilievo nell'applicazione della disciplina degli obblighi dichiarativi delle imprese e la necessità, ai fini della applicazione della stessa, di sciogliere la questione degli effetti della dichiarazione rispetto al suo contenuto (di informazioni false, fuorvianti o semplicemente omesse).

Ad avviso del Consiglio di Stato, si tratta, così acquisito, di *<<obbligo essenziale e strumentale, finalizzato (solo) a mettere in condizione la stazione appaltante di conoscere tutte le circostanze rilevanti per l'apprezzamento dei requisiti di moralità e meritevolezza soggettiva: non obbligo fine a se stesso, ma servente. Nondimeno, la sua (distinta) previsione come (specifico, legittimo ed autonomo) motivo di esclusione testimonia (ad onta della, non decisiva, scissione della lettera c) e della successiva lettera c-bis) da ultimo operata dal d.l. n. 135 del 2018, convertito dalla l. n. 12 del 2019) della sua attitudine a concretare, in sé, una forma di grave illecito professionale: nel qual caso, il necessario nesso di strumentalità rispetto alle valutazioni rimesse alla stazione appaltante finisce per dislocarsi dal piano del concreto apprezzamento delle circostanze di fatto, rimesso alla mediazione valutativa della*

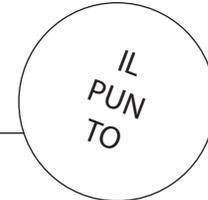
*stazione appaltante, al piano astratto di una illiceità meramente formale e presunta, operante de jure>>.*

Per il Consiglio Stato, dunque, si ravvisa la necessità di una puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi *<<Sui quali si scaricano, con evidente tensione, opposti e rilevanti interessi: da un lato quello di estromettere senz'altro dalla gara i soggetti non affidabili sotto il profilo della integrità morale, della correttezza professionale, della credibilità imprenditoriale e della lealtà operativa; dall'altro, quello di non indebolire la garanzia della massima partecipazione e di non compromettere la necessaria certezza sulle regole di condotta imposte agli operatori economici, presidiate dalla severa sanzione espulsiva>>.*

**il Consiglio Stato, in tema di grave illecito professionale, ha ravvisato la necessità di una puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi <<Sui quali si scaricano, con evidente tensione, opposti e rilevanti interessi: da un lato quello di estromettere senz'altro dalla gara i soggetti non affidabili sotto il profilo della integrità morale, della correttezza professionale, della credibilità imprenditoriale e della lealtà operativa; dall'altro, quello di non indebolire la garanzia della massima partecipazione e di non compromettere la necessaria certezza sulle regole di condotta imposte agli operatori economici, presidiate dalla severa sanzione espulsiva>> (ordinanza 9 aprile 2020, n. 2332).**



# Gli affidamenti in house sono lesivi della concorrenza? La Consulta impone una riflessione e, soprattutto, ricorda l'obbligo di motivazione



di Emanuela Pellicciotti

## Premesse

Gli affidamenti in house devono essere motivati in ordine al mancato ricorso al mercato: questo è il principio confermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 100/2020. Quali orizzonti potrebbe aprire tale interpretazione? È il tramonto delle società in house, o solo un avvertimento a ben considerare quanto prescritto dagli articoli 1, comma 2 e 4, D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175?

### 1. La sentenza della Consulta n. 100/2020: prime riflessioni e reazioni

La Corte costituzionale con la sentenza n. 100 del 27 maggio – 3 giugno 2020 si è pronunciata sulla questione ad essa rimessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, Sez. II, con l'ordinanza 15 novembre 2018, n. 886.

Il T.A.R. Liguria, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (il "Codice appalti"), nella parte in cui si impone alle pubbliche Amministrazioni, qualora intendano affidare in house servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, di esplicitare le motivazioni di tale scelta – in particolare, chiarendo "in concreto" i motivi del mancato ricorso al mercato –.

All'esito della disamina, la Consulta conferma la legittimità costituzionale della norma censurata, ritenendo che l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato – imposto, appunto, dall'art. 192, comma 2 del Codice appalti per gli affidamenti *in house* –, sia rispondente ad interessi

costituzionalmente tutelati, *in primis* quello della trasparenza dell'azione amministrativa e, subito a seguire, quello sulla libertà di iniziativa economica – si potrebbe aggiungere anche l'obbligo di adeguamento ai principi comunitari, in particolare quello della libertà di concorrenza –.

Nello specifico, la Consulta ha dichiarato che la citata disposizione del Codice appalti non è viziata da eccesso di delega, rispetto a quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a) della Legge-delega n. 11/2016 – non risultando l'obbligo di valutazione della "convenienza/razionalità in concreto" imposta all'Amministrazione, in contrasto con il c.d. "divieto di *gold plating*".

La sentenza in commento, dunque, non ha carattere particolarmente innovativo, né interpretativo, ma senz'altro si distingue per aver confermato con nitore un principio forse sin troppo dimenticato, nell'ambito degli appalti pubblici, in nome – dapprima - della "speditezza" negli affidamenti e – poi - della "semplificazione" degli stessi.

Nella presente analisi, dunque, ci si propone di ripercorrere i passaggi motivazionali della sentenza in esame, cercando di proiettarne l'immagine su uno schermo più ampio, ed ipotizzando il diffondersi dei principi enunciati nelle difese delle parti e nelle considerazioni della Corte, in generale, a tutti gli affidamenti *in house* a favore delle società partecipate.

Questo esercizio – si immagina – potrà tornare utile per la lettura orientata delle annunciate "semplificazioni" normative che – sempre restando ai *rumors* di stampa – dedicano ampio spazio

agli affidamenti di rilevanti segmenti di mercato (soprattutto nel settore dei Lavori Pubblici) alle società partecipate, che si apprestano a rinnovata vitalità.

Per verità di cronaca, pochi giorni prima della pubblicazione della sentenza della Consulta, la stessa Sez. II del T.A.R. Liguria, con la sentenza 6 maggio 2020, n. 278 sembra modificare il proprio precedente orientamento, anticipando le conclusioni della Corte costituzionale. Il caso ultimamente deciso, però, è peculiare e riguarda una procedura aperta indetta, dapprima e poi sospesa, per procedere, poi, all'affidamento *in house* dei medesimi servizi – senza la previa valutazione di congruità economica dell'*in house providing* prescritta dall'art. 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 e senza alcuna comparazione con le offerte presentate dai concorrenti nella gara revocata -. Il T.A.R. Liguria, in questo caso, ha riconosciuto che l'affidamento *in house* è viziato da contraddittorietà e sviamento di potere: in tale conclusione, si ricorda la recente decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 681 e, soprattutto, l'antesignana decisione della Sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732, che è stata illuminante anche in un periodo precedente all'emanazione delle grandi riforme del 2016: ci si riferisce, in particolare, al Codice appalti (il D.Lgs. n. 50/2016) ed alla legge di riforma delle Società partecipate (il D.Lgs. n. 175/2016).

## 2. I contenuti della sentenza: i fatti di causa e la visione del T.A.R. Liguria

Come anticipato, la sentenza in commento verte sull'analisi circa la legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del codice appalti, il quale dispone: *"Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche."*

Detta norma, si premette, deve essere coordinata

necessariamente con una disposizione *a priori*: l'art. 4, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 175/2016 che, a sua volta, prevede: *"... le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale ..."* (laddove il precedente art. 2, lett. h) qualificava i "servizi di interesse generale" come *"attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale;"*, cioè, in pratica, servizi usualmente sottratti al mercato o ivi resi disponibili a prezzo maggiore rispetto a quelli praticati mediante l'affidamento *in house* mentre la seguente lett. i) definiva i "servizi di interesse economico generale" come quelli *"erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato"*). Le società *in house*, quindi, esistono in quanto è stata valutata *ex ante* la compatibilità delle attività da esse svolte con le disposizioni contenute nella norma di riferimento - il D.Lgs. n. 175/2016 -.

Questo, però, non è sufficiente: per poter affidare *in house* attività acquisibili sul mercato, le Amministrazioni pubbliche devono effettuare un'ulteriore valutazione: quella sulla "convenienza in concreto", ossia sull'opportunità di ottenere tramite l'*in house providing* condizioni più vantaggiose rispetto al mercato – ricreando così la *ratio* di contenimento della spesa pubblica, sottesa al già citato art. 4, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 175/2016.

Nella sentenza della Consulta, quindi, ciò che sembra spiccare è un indiretto "avvertimento" alle società partecipate ad attenersi al ruolo per esse designato dalla legge di riforma: esse – viste quali soggetti eccezionalmente sottratti ai principi comunitari di libera concorrenza – non possono risultare affidatarie dirette di attività che, surrettiziamente (leggasi "senza idonea motivazione in concreto"), vengono così sottratte al libero mercato.

In tale contesto, si inserisce la vicenda esaminata dal rimettente T.A.R. Liguria, che verteva sulla controversia promossa da una società di gestione parcheggi, nei confronti del Comune di Alassio.

La società ricorrente, gestore uscente dei parcheggi cittadini in forza di aggiudicazione mediante procedura aperta, aveva impugnato l'affidamento del predetto servizio – da parte del Comune di Alassio – alla sua società *in house*. Tale affidamento era avvenuto dopo che la gara indetta, alla scadenza del contratto precedente, era andata deserta.

Il Comune, *in limine* alla scadenza, aveva preferito non indire una nuova gara, ma di affidare direttamente il servizio.

A dire della ricorrente, l'indizione di una nuova procedura concorrenziale – distinta da un diverso piano di investimenti e da migliori parametri economici – avrebbe consentito un più ampio ricorso al mercato, con conseguente vantaggio anche per l'Amministrazione.

Invece, con l'impugnata Deliberazione della Giunta comunale, si era proceduto all'affidamento diretto alla società *in house* del Comune – per la verità, accompagnando tale affidamento con una relazione illustrativa sulle "ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, richiesta dall'art. 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221" -.

La ricorrente, però, deduce la "violazione dell'art. 106 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dei principi comunitari in materia di *in house providing* – violazione dell'articolo 1 della L. n. 241/1990 e del principio di trasparenza – violazione dell'articolo 3 della legge 241/1990 e del principio della motivazione – violazione dell'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 – violazione dell'art. 34, comma 20, decreto-legge 179/2012 – violazione degli articoli 3 bis commi 1 bis e 6 bis del d.l. 138/2011 – eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento e della carenza di istruttoria", contestando i contenuti delle citate Delibera di Giunta e relazione.

Innanzitutto, prospettando "la violazione dei principi comunitari in materia di *in house providing*, non avendo l'amministrazione dato adeguatamente conto della preferenza per tale modello rispetto alle altre possibili forme di affidamento, delle

*valutazioni economico-qualitative dei servizi offerti e della verifica dell'effettiva capacità del gestore di svolgere correttamente il servizio affidato; nonché la violazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (d'ora in avanti: codice dei contratti pubblici), ai sensi del quale l'affidamento diretto dovrebbe essere necessariamente preceduto da una valutazione che dia conto delle ragioni che fanno propendere per una delle diverse tipologie, «motivando, secondo una logica di preferenza via via decrescente, in ordine all'impossibilità di utilizzare: 1) in prima battuta, lo strumento – altrimenti sempre preferibile – dell'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica; 2) in subordine, quello dell'affidamento a società mista, che in ogni caso presuppone la gara per la scelta del socio privato; 3) in via di ulteriore subordine, quello dell'affidamento *in house* e senza gara»".*

Alla contestata violazione degli anzidetti principi generali, segue la censura della violazione del dovere di motivazione "in concreto" sulla convenienza di procedere all'affidamento *in house*, piuttosto che ricorrere al mercato, mediante l'indizione di una nuova gara, stavolta strutturata in modo più finanziariamente o economicamente più "opportunistic".

Infatti, si censura "l'inesistenza di qualsiasi comparazione tra le forme di gestione e la carenza di motivazione e istruttoria ... la ricorrente deduce che sarebbe quanto meno «sospetto» il comportamento del Comune, che, dopo avere bandito una procedura andata deserta a causa di valutazioni tecnico-economiche sugli investimenti necessari palesemente erronee, anziché «aggiustare il tiro», con l'indizione di una nuova procedura strutturata su un progetto tecnico-economico sostenibile per il mercato, avrebbe sottratto ad ogni possibile confronto concorrenziale soltanto una parte dei servizi precedentemente posti in gara (la gestione dei parcheggi a pagamento); «[l]a stessa progressione temporale degli atti impugnati costituirebbe spia dell'eccesso di potere per sviamento, apparendo verosimile che la decisione di affidare il servizio *in house* fosse antecedente, e prescindesse del tutto dalle valutazioni contenute nella relazione illustrativa», predisposta dal Comune ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012".

Tale argomentazione, in particolare, induce il T.A.R. Liguria a sollevare la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 76 della Costituzione – ed in relazione all'art. 1, comma 1,

lettere a) ed eee), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) – ponendo in dubbio la compatibilità dell'art. 192, comma 2, del Codice appalti con le succitate norme.

Il TAR, innanzitutto, rileva come il contratto del quale si verte in causa sia un affidamento di servizi – comunque disponibili sul mercato – e che rientra nell'ambito della "soglia" comunitaria: questo a qualificarne l'importanza in termini di "sottrazione" alla libera concorrenza del servizio stesso.

Anche in tal senso, dunque, assume un peso specifico più consistente l'obbligo motivazionale circa la scelta del Comune di affidare *in house* il predetto servizio.

In questo passaggio, quindi, il T.A.R. si interroga sulla fondatezza della censura relativa alla mancata valutazione "in concreto" circa la convenienza dell'affidamento: *"Essa costituirebbe, dunque, alla luce dell'unico motivo di ricorso, il parametro legislativo alla stregua del quale il rimettente è chiamato a valutare la legittimità dei provvedimenti impugnati, sotto il profilo dell'indicazione espressa delle ragioni del mancato ricorso al mercato e della congruità e/o adeguatezza delle stesse, e ciò perché la società ... non contesterebbe affatto la sussistenza, in capo alla controinteressata ... , delle condizioni stabilite dall'art. 5, comma 1, lettere a), b) e c), del codice dei contratti pubblici per il legittimo ricorso all'in house providing (controllo dell'amministrazione aggiudicatrice analogo a quello esercitato sui propri servizi, 80 per cento dell'attività della controllata effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante, e assenza di partecipazione diretta di capitali privati)."*

Aggiunge, poi, il T.A.R. un argomento a supporto dell'*in house providing*, ricordando che *"... è noto l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'in house providing, che costituisce una modalità di aggiudicazione di una concessione o di un appalto pubblici a soggetti formalmente distinti ma sottoposti ad un controllo talmente penetrante di*

*un'amministrazione da costituirne sostanzialmente un'articolazione organizzativa, e che rappresenta una modalità alternativa all'esternalizzazione (così detto outsourcing) mediante l'avvio di una procedura di evidenza pubblica. ... Si tratterebbe di una specifica applicazione del principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche, più efficacemente scolpito dall'art. 2, comma 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione ..."*.

Tale illustre "genealogia" di questo modello di affidamento, tuttavia, non ne consente l'utilizzo irrazionale e generalizzato: al contrario, ne fa' un'ipotesi *"eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio di opportunità e convenienza economica"*.

In tale contesto, quindi, il T.A.R. dubita della legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2 D.Lgs. n. 50/2016 poiché *"nell'imporre un onere motivazionale supplementare circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, abbia palesemente ecceduto rispetto ai principi e ai criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 11 del 2016, in violazione dell'art. 76 Cost."*

L'art. 1, comma 1, della legge delega ha infatti fissato, tra gli altri, i seguenti principi e criteri direttivi: 1) alla lettera a), il cosiddetto divieto di *gold plating*, ossia di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive; dunque, la norma sospettata d'illegittimità costituzionale avrebbe innanzitutto violato il citato criterio direttivo, in quanto avrebbe introdotto un onere amministrativo di motivazione più gravoso rispetto a quello strettamente necessario per l'attuazione della direttiva 2014/24/UE, che ammette senz'altro gli affidamenti *in house* ove ne ricorrano le condizioni (vds. art. 12 della citata direttiva 2014/24/UE).

Per di più, *"l'introduzione dell'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato non avrebbe nulla a che vedere con la valutazione sulla congruità economica delle offerte o con la pubblicità e la trasparenza degli affidamenti mediante l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un*

elenco di soggetti aggiudicatori di affidamenti in house.”.

### 3. I contenuti della sentenza: la difesa della Presidenza del Consiglio dei Ministri

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, intervenuta nel giudizio di costituzionalità in esame, chiede la reiezione della questione posta dal T.A.R. Liguria e – con una linea significativa difensiva, scolpita alla luce delle più recenti pronunce del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia UE sull’*in house providing* - osserva *in limine* che “al legislatore delegato, secondo la giurisprudenza costituzionale, spettano ... margini di discrezionalità nell’attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la ratio e che l’attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo (sentenze n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, n. 119 del 2013). L’art. 76 Cost. non riduce, infatti, la funzione del legislatore delegato ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal legislatore delegante (sentenza n. 250 del 2016).”: non può parlarsi, dunque, a stretto rigore, di “eccesso di delega”.

Quanto, poi, alla dedotta violazione dell’art. 1, comma 1, lettera a), della legge delega n. 11/2016, sottolinea che tale norma dispone il divieto del c.d. “gold plating” (delineato dalla Commissione europea nella comunicazione dell’8 ottobre 2010), ossia, genericamente, “la pratica delle istituzioni nazionali di andare oltre quanto richiesto dall’Unione nel recepimento della legislazione europea.”; tuttavia, per poter articolare una censura sul punto, occorrerebbe una puntuale più definizione di tale pratica vietata.

Infatti, “l’esatta individuazione di tale fenomeno andrebbe operata tenendo conto della finalità di omogeneità che la legislazione europea mira a realizzare nell’ambito dell’Unione, per garantire parità concorrenziale tra i suoi cittadini. Ove la legislazione europea riconosca ai singoli Stati facoltà di autonoma disciplina, in relazione alla individuazione di più stringenti sistemi di tutela, non potrebbe ravvisarsi una ipotesi di gold plating.”.

In conclusione, “essa, dunque, non parrebbe configurabile nel caso di specie, poiché la legislazione nazionale di recepimento non comporta una diminuzione della necessaria parità

concorrenziale nell’ambito delle procedure di gara per l’assegnazione degli appalti.”.

Anzi, secondo la difesa della Presidenza del Consiglio dei Ministri la norma sospetta d’illegittimità costituzionale, per contro, muovendo dalla «presunzione di preferibilità» delle procedure ad evidenza pubblica rispetto al modulo *in house*, si porrebbe nella direzione della necessaria realizzazione di un vasto regime di concorrenzialità.

### 4. I contenuti della sentenza: le considerazioni della società ricorrente

Meritano una segnalazione anche le difese della società ricorrente che, in particolare, si concentrano sulla questione del divieto di *gold plating*, asseritamente violato dalle norme di cui si discute la legittimità costituzionale.

Interessante è la ricostruzione dell’istituto, che parte dalle osservazioni contenute nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 dell’Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, avente ad oggetto lo schema di Codice appalti, nell’ambito del quale si è osservato che “la legge delega da un lato impone al Governo il divieto di gold plating e il recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle direttive, dall’altro consente essa stessa criteri di maggior rigore rispetto alle direttive”.

Tale contraddizione, solo apparente, si spiegherebbe - secondo il Consiglio di Stato - con l’esigenza di trovare “un temperamento a tutela di interessi e obiettivi ritenuti dal Parlamento più meritevoli, quali sono la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia, la trasparenza, una tutela rafforzata della concorrenza, la salvaguardia di valori ambientali e sociali.”.

Si rimarca, poi, che “il Consiglio di Stato avrebbe quindi sottolineato come il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive. Così, in termini generali, il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall’altro, ritenersi giustificato

*(quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali.”.*

Dunque, anche il citato, autorevole parere avrebbe individuato, nelle norme del decreto delegato che costituiscono un recepimento delle direttive, uno strumento più oneroso del cosiddetto “minimo comunitario”, non includendovi quella sospettata d’illegittimità costituzionale dal TAR Liguria.

Dunque, *“il divieto di gold plating, in sede di attuazione della delega legislativa: 1) è destinato a trovare un necessario contemperamento nella tutela di valori costituzionali preminenti, quali l’efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione, l’ottimale impiego delle risorse pubbliche e – non ultimo – la trasparenza degli atti amministrativi; 2) deve tener conto delle concrete esigenze e criticità dell’ordinamento interno, come evidenziato nell’AIR; 3) risulta comunque finalizzato a garantire l’assenza di ostacoli ingiustificati alla concorrenza e alla parità di trattamento degli operatori presenti nel mercato, non potendo essere inteso come un «rafforzamento», ancorché indiretto, dei limiti posti all’apertura al confronto concorrenziale dei servizi pubblici.”.*

In ordine, poi, alla portata “sistematica” della norma censurata di illegittimità costituzionale la società ricorrente ne evidenzia, invece, la coerenza e continuità *“con le scelte compiute dal legislatore a far tempo almeno dal 2008. Ed infatti, l’art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, prevedeva che, nel caso di affidamenti in house, «l’ente affidante deve dare pubblicità alla scelta motivandola in base ad un’analisi di mercato». Il successivo e a tutt’oggi vigente art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, in materia di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in conformità agli obblighi di trasparenza e motivazione degli atti amministrativi, impone all’amministrazione, quale che sia la forma di gestione prescelta (evidenza pubblica o affidamento diretto), di dare conto, in una apposita relazione, delle ragioni che la hanno determinata.*

*Poiché la gestione in house si contrappone, come unica alternativa, alle diverse ipotesi di ricorso al mercato, sarebbe evidente, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, che la motivazione dell’affidamento diretto non possa prescindere*

*dallo spiegare perché si è deciso di non aprire il confronto con il mercato.”.*

Conclude, quindi, che *“tali «canoni interpretativi» avrebbero trovato «positiva rispondenza» nell’art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che, a differenza di quanto sostenuto dal rimettente, non richiederebbe un più gravoso onere motivazionale rispetto a quello imposto dall’art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012.*

*La norma censurata, dunque, lungi dal concretizzare un eccesso di delega, si collocherebbe nel solco delle scelte già compiute dal legislatore, il che sarebbe logico in un’attività di codificazione che deve coordinarsi con il tessuto normativo preesistente.”.*

Infine, passando alla qualificazione del caso concreto e ricordando i precedenti della Consulta nelle sentenze n. 325/2010 e n. 46/2013, afferma che *“Fermo quanto sopra dedotto, l’onere motivazionale in questione non concretirebbe alcuna ipotesi di gold plating, perché, come si ricaverebbe dalla giurisprudenza costituzionale in materia di affidamenti interorganici, esso è posto a tutela della concorrenza. ... Tale orientamento sarebbe stato confermato dalla successiva giurisprudenza costituzionale, che avrebbe ribadito come l’affidamento in regime di delegazione interorganica «costituisca un’eccezione rispetto alla regola generale dell’affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica» e queste considerazioni non sarebbero smentite neppure dalle sopravvenute direttive 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione e 2014/24/UE sugli appalti pubblici.”.*

Infine, in limine alla decisione, la ricorrente assume che la norma censurata di legittimità costituzionale sarebbe stata, invece, giudicata compatibile con le norme comunitarie, come ben espresso nelle *“considerazioni già svolte dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, con due recenti pronunce (quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita, e nona sezione, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco spa), che avrebbe fugato ogni dubbio in ordine alla compatibilità comunitaria della norma indubbiata dal TAR Liguria.”.*

In conclusione, *“con l’ultima sentenza citata, in particolare, la Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, avrebbe affermato che l’art. 12, paragrafo 3, della direttiva*

*2014/24/UE non osta ad una norma nazionale (l'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici) che subordina la conclusione di un'operazione interna (cosiddetto affidamento in house) all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna. Alla luce di tale esplicita presa di posizione della Corte di giustizia, sarebbe ancora più evidente la non contrarietà della norma censurata ai criteri di delega invocati dal rimettente.*"

### **5. I contenuti della sentenza: le conclusioni della Consulta**

Come anticipato, la Corte costituzionale ha escluso sia l'incostituzionalità dell'art. 192, comma 2 D.Lgs. n. 50/2016 per vizio di eccesso di delega, sia per la violazione del divieto di *gold plating* – non riconoscendo a quest'ultimo alcuna valenza prescrittiva, né dignità di principio generale di valenza euro-unitaria -.

Anzi, proprio con riferimento al divieto di *gold plating* ha fatto proprie le considerazioni espresse dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, confermando che l'obbligo di motivazione – si direbbe "rafforzata" o "in concreto" – imposto all'Amministrazione dalla norma stessa è proprio espressione del bilanciamento degli interessi pubblici e privati, omaggiando i valori costituzionali di trasparenza e buon andamento della pubblica Amministrazione e, infine, si pone a tutela del principio generale di libera concorrenza – del quale l'affidamento *in house* costituisce eccezione -.

Tale norma – raccogliendo l'esito dell'analisi giuridica svolta dalla ricorrente – si pone, poi, in continuità con la legislazione nazionale precedente, che impongono l'obbligo motivazionale per le scelte che hanno effetti sul mercato degli appalti pubblici. In particolare, la Corte costituzionale anticipa che: *"la questione – che ripropone sotto l'angolo visuale del vizio di delega, il noto dibattito, particolarmente vivo nella giurisprudenza amministrativa, sulla natura generale o eccezionale dell'affidamento in house – non è fondata in relazione ad entrambi i parametri interposti dedotti."*: la stessa Consulta, quindi, preannuncia la "portata generale" delle considerazioni che si appresta ad esprimere in relazione agli affidamenti *in house*.

All'affermazione così solenne, segue l'analisi delle

censure proposte, a cominciare da quella inerente il divieto di *gold plating*.

In relazione a tale netta asserzione del Giudice rimettente la Corte ritiene di premettere che il problema così sollevato sembra "perdere quota" ove si consideri che tale divieto – pur se inserito nella legge delega per l'attuazione delle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici – "è imposto da tale criterio direttivo e dalle norme da esso richiamate, ma non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati (salvo che per le norme direttamente applicabili)". Precisamente, *"Il termine gold plating, tuttavia, compare nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010, che reca delle riflessioni e delle proposte per il raggiungimento dell'obiettivo di una legiferazione «intelligente», comunitaria e degli Stati membri, in grado di ridurre gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese. ... Nella comunicazione si precisa che «il termine gold-plating si riferisce alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro»."*

Secondo la Consulta, *"nel nostro ordinamento il divieto di gold plating è stato introdotto dall'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012)», con l'inserimento nell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246 (Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), dei commi 24-bis, ter e quater. ..."*

Quindi, più propriamente, *"da tali disposizioni emerge con chiarezza che la ratio del divieto, assunto a criterio direttivo nella legge delega n. 11 del 2016, è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato."*

A conferma di tale finalità, si cita non solo il parere n. 855 emesso dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato il 1° aprile 2016, relativo allo schema del Codice appalti, ma anche la costante linea interpretativa della Corte di Giustizia UE, che "nell'affermare la non contrarietà della norma oggi scrutinata all'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE, ha ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva 2014/24/UE e all'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) discende la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze» e, conseguentemente, quel principio «li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» (Corte di giustizia, nona sezione, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296; nello stesso senso, Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita).".

In conclusione, quindi, ne discende la compatibilità costituzionale della norma censurata.

Sotto altro profilo, "nemmeno sussiste la violazione dell'art. 1, comma 1, lettera eee), della medesima legge delega, che impone, per quanto qui rileva, di garantire «adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione»".

La Consulta, con una puntuale "sententia" ricorda, in proposito, che "va evidenziato anzitutto che il criterio direttivo trova il suo epicentro non tanto nel generico obbligo di adeguata pubblicità e trasparenza – che, in quanto principio fondamentale dell'azione amministrativa (art. 97

Cost. e art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), non richiede una conferma nelle normative di settore – quanto nel suo essere riferito, in particolare, agli affidamenti diretti, segno di una specifica attenzione a questo istituto già da parte del legislatore delegante. È dunque alla stregua di questo dato che occorre valutare la scelta del legislatore delegato di imporre, per tali casi, un onere di motivazione circa il mancato ricorso al mercato.".

Tale principio, nell'ottica di "interpretazione diffusa" di cui si è detto all'inizio, è forse il punto nodale della decisione in commento ed è forse la vera luce-guida cui potranno rifarsi gli interpreti. La nitidezza di tale principio non scompare dietro le numerose citazioni dei precedenti giurisprudenziali della stessa Consulta, diffusi nella sentenza, anzi, la linea omogenea tracciata da tali pronunce, non fa' che accrescerne la luce.

Ricorda, poi, la Corte che il solco normativo è coerente con l'interpretazione appena enunciata. Infatti: "Già l'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133 e poi abrogato a seguito di referendum, richiedeva, tra le altre condizioni legittimanti il ricorso all'affidamento in house nella materia dei servizi pubblici locali, la sussistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato». L'onere motivazionale in questione, poi, contrariamente a quanto ritenuto dal rimettente, non si discosta, nella sostanza, da quello imposto dall'art. 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221.".

La via tracciata non poteva che concludersi con una sorta di monito, indirizzato alle società partecipate, che ricorda l'adagio dantesco "...considerate la vostra semenza..." e, con parole più moderne, ricorda: "Infine, l'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia

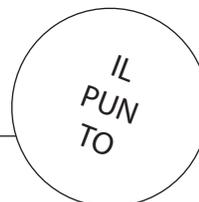
*di società a partecipazione pubblica), che reca la rubrica «oneri di motivazione analitica», manifesta la stessa cautela verso la costituzione e l'acquisto di partecipazioni di società pubbliche (comprese quelle in house), prevedendo, nella sua versione attuale, che «l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica ... deve essere analiticamente motivato ..., evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato». Si tratta di una scelta di fondo già vagliata da questa Corte, che – con specifico riferimento alle condizioni allora poste dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, ma con affermazioni estensibili anche al caso odierno – ha osservato: «siffatte ulteriori condizioni ... si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Ciò comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo*

*imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in contrasto ... con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato» (sentenza n. 325 del 2010; nello stesso senso, sentenza n. 46 del 2013).".*

*Resta, in conclusione, l'"avviso ai naviganti": "si deve dunque concludere che la specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la ratio ed è coerente con il quadro normativo di riferimento (tra le tante, sentenze n. 10 del 2018, n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, e n. 119 del 2013).".*

*Ed ora, anche dal Decreto Semplificazioni, si attendono i riscontri ed i nuovi capitoli di questa storia degli affidamenti in house: un po' avventura ed un po' romanzo paradigmatico dei tempi.*

# Gli incarichi legali nello schema di regolamento attuativo del Codice dei contratti



di Stefano Usai

## Premesse

Lo schema di regolamento attuativo del Codice – giunto alla sua terza elaborazione – contiene, tra gli altri, anche una norma specifica in tema di affidamento di servizi legali (di interesse, in particolare, per gli enti locali) nell’ambito del sotto soglia comunitario.

Si tratta di una norma specifica inserita nel Titolo III dello schema appositamente dedicato alle acquisizioni di appalti per importi inferiori alla soglia comunitaria (così come calibrate nell’articolo 35 del Codice dei contratti).

L’analisi della norma risulta di particolare interesse per i RUP su come strutturare l’acquisizione del servizio considerato che, nella sostanza, per l’attuale procedimento il legislatore prevede un “semplice” corredo di soli principi generali.

La disposizione, che si andrà a commentare, risolve sicuramente le annose questioni poste dall’affidamento dell’incarico legale anche in relazione alla possibilità della stazione appaltante di predisporre l’albo dei legali e sul correlato compenso.

## 1. Le norme del codice

Come si annotava in premessa, gli incarichi legali presi in considerazione dall’articolo 14 dello schema di regolamento (rubricato: Affidamento dei servizi legali di importo inferiore alle soglie comunitarie) sono previsti nell’articolo 17 del Codice – relativo ai cc.dd. contratti esclusi dall’applicazione integrale del Codice - risultando soggetti ad una sola “normativa” di principi di carattere generale.

In particolare, l’articolo 4 del Codice (rubricato: “Principi relativi all’affidamento di contratti pubblici esclusi”) prevede – per ciò che interessa gli incarichi legali - che “L’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti (...) esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, (...)”.

## 2. La norma dello schema di regolamento

L'articolo 14 dello schema di regolamento, come detto, introduce maggiori dettagli istruttori a disposizione del RUP chiarendo, in primo luogo, l'ambito oggettivo di riferimento.

Detto ambito applicativo emerge dal primo periodo del primo comma dell'articolo in parola laddove si legge che "I servizi legali di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), nn. 1, 2 e 5 del codice (...)".

I servizi legali, pertanto, presi in considerazione sono gli incarichi:

1) di rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni:

1.1) di arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale;

1.2) di procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;

2) di consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza

divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni;

(...)

5) di altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri.

Si tratta degli incarichi anche presi in considerazione dalle linee guida ANAC n. 12 (del 2018) in cui – in premessa – si chiarisce che "possono essere ricondotti nell'elenco di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici esclusivamente le tipologie di servizi legali ivi indicate, che non rientrino negli affidamenti ricompresi nell'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici (v. par. 2.). A tal fine, rileva la circostanza che l'incarico venga affidato, nel

rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, per un'esigenza puntuale ed episodica della stazione appaltante. In tale ipotesi, si configura la tipologia contrattuale del contratto d'opera intellettuale, di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile e non assumono rilevanza, ai fini della disciplina applicabile alla procedura di selezione, il valore economico del contratto e l'eventuale superamento della soglia di rilevanza comunitaria".

## 3. Appalto o incarico di collaborazione?

Il primo aspetto, pertanto, su cui occorre soffermarsi, è quello lungamente affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che l'ANAC risolve precisando – come anche confermato dal Consiglio di Stato (parere 2017/2018) – che il singolo/specifico incarico, banalizzando, di "assistenza" legale non è un appalto ma un incarico di collaborazione.

Si può parlare di appalto solamente nel caso di esternalizzazione dell'intero servizio legale che richiede un impegno articolato da parte dell'appaltatore.

**Il primo aspetto, pertanto, su cui occorre soffermarsi, è quello lungamente affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che l'ANAC risolve precisando – come anche confermato dal Consiglio di Stato (parere 2017/2018) – che il singolo/specifico incarico, banalizzando, di "assistenza" legale non è un appalto ma un incarico di collaborazione.**



## 4. Le fattispecie interessate dalla norma regolamentare

Sulla precisa individuazione delle fattispecie di incarico individuate dall'articolo 14 dello schema di regolamento in commento è preziosa, per il RUP, l'indicazione dell'ANAC contenuta nelle linee guida più volte citate.

Secondo l'ANAC, rientrano nella disposizione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), n. 1 gli incarichi di patrocinio legale conferiti in relazione ad una specifica e già esistente lite. Mentre, rientrano nella disposizione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), n. 2 i servizi di assistenza e consulenza legale preparatori ad un'attività di difesa in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o

giurisdizionale, anche solo eventuale. La consulenza legale – precisa ancora l'autorità anticorruzione - deve essere contraddistinta da un elemento di tipo teleologico, ossia la finalità di "preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1" oppure dalla presenza di un presupposto oggettivo, che può consistere in un "un indizio concreto" o in "una probabilità elevata" che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento.

### 5. La consulenza legale

Nel caso di consulenza legale in preparazione di uno specifico procedimento deve essere già individuabile un procedimento giudiziario, arbitrale o di conciliazione di cui l'amministrazione intende valutare l'attivazione o nel quale la stessa è stata convenuta.

A titolo esemplificativo, questa situazione ricorre quando l'amministrazione ha l'esigenza di un parere legale preventivo volto ad acquisire elementi necessari a valutare la possibilità di tutela di una propria posizione giuridica soggettiva attraverso la promozione di uno dei procedimenti di cui al n. 1, della lettera d) dell'articolo 17 o per valutare l'eventuale fondatezza di una pretesa da altri vantata nei propri confronti nell'ambito di uno dei procedimenti di cui al n. 1 e le possibili strategie difensive, ivi compresa l'opportunità di addivenire ad una conciliazione.

La consulenza legale può considerarsi riferita a controversie qualora sia prestata in ragione della sussistenza di un indizio concreto che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di un procedimento giudiziario, arbitrale o di conciliazione e ciò ricorre quando, ad esempio, l'amministrazione abbia ricevuto un atto di diffida o messa in mora, una richiesta di accesso agli atti ai fini di tutela o, comunque, un qualsiasi altro atto da cui si evinca la potenziale attivazione di uno dei predetti procedimenti.

La probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di un procedimento giudiziario, arbitrale o di conciliazione può ritenersi sussistente, sempre a titolo esemplificativo, nei casi in cui la questione sia oggetto di oscillazioni giurisprudenziali o quando la medesima fattispecie e/o fattispecie analoghe siano state già oggetto di un pregresso contenzioso.

### 6. L'abilitazione alla professione

I servizi legali di all'articolo 17, comma 1, lettera d), n. 1 e n. 2 possono essere svolti solo dai soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato nello Stato membro di provenienza. Ai sensi dell'articolo 2, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», per i soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato in Italia è necessaria altresì l'iscrizione ad un albo circondariale.

Infine, rientrano nella disposizione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), n. 5 del Codice dei contratti pubblici i servizi legali strettamente legati all'esercizio di pubblici poteri, che rappresentano un presupposto logico dell'esercizio del potere, ponendosi alla stregua di una fase del procedimento in cui il potere pubblico è esercitato.

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

### 7. La posizione della giurisprudenza

La posizione della giurisprudenza – e quindi le definitive indicazioni utili per il RUP – vengono chiaramente sintetizzate nel parere, sopra citato, espresso dal Consiglio di Stato. Tecnicamente, appare quanto meno opportuno riportare il passo estremamente chiaro delineato dalla commissione incaricata del parere sullo schema delle linee guida n. 12 dell'ANAC appositamente dedicate ai servizi legali.

In questo si legge che:

a) In relazione alla questione della corretta configurazione in termini di appalto o meno degli incarichi legali, "deve rilevarsi che le prestazioni di servizi legali – alla luce della causa, intesa come funzione economico-individuale dell'operazione negoziale – possono essere inquadrate in due differenti tipologie di contratti a seconda della esigenze da soddisfare e dunque della funzione svolta. In primo luogo, viene in rilievo il contratto d'opera intellettuale che si caratterizza per il fatto che il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato

in forma imprenditoriale (artt. 2229 e ss.)”.

b) La prestazione professionale in parola, rappresenta “l’ordinaria modalità attraverso la quale i servizi legali vengono prestati. Il contratto tra avvocato e cliente, infatti, si caratterizza per il fatto che il primo esegue l’incarico assunto personalmente. La prevalenza del lavoro personale sull’organizzazione dei mezzi è ragione dell’*intuitu personae* che connota il contratto d’opera professionale: il cliente decide di affidarsi a quel professionista perché ne riconosce le capacità nell’esecuzione della prestazione”.

c) In alternativa, invece, “può venire in rilievo anche un contratto di appalto di servizi, il quale presuppone che l’appaltatore, invece, esegua la prestazione servendosi dell’organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (art. 1655 cod. civ.)”. I servizi legali, avendo riguardo alla funzione concreta perseguita dalle parti, possono essere resi anche in questo diverso contesto negoziale. Ciò si verifica quando il cliente richiede una prestazione continuativa che viene resa da uno o più professionisti organizzati che si impegnano a trattare l’intero contenzioso del cliente stesso”.

d) In questo contesto, viene in considerazione “un vero e proprio “servizio”, vale a dire la messa a disposizione di una struttura imprenditorialmente organizzata destinata a soddisfare i bisogni del committente di volta in volta che essi si presentano.

L’oggetto della prestazione, quindi, è predeterminato quanto alla sua natura giuridica (attività legale) ma il suo contenuto non è predeterminato al momento dell’affidamento del servizio, bensì si definisce al bisogno”.

La distinzione tra la prima e la seconda

fattispecie, proseguono le linee guida dell’autorità anticorruzione possono venire in considerazione della dimensione della P.A. interessata.

**Le prestazioni di servizi legali – alla luce della causa, intesa come funzione economico-individuale dell’operazione negoziale – possono essere inquadrare in due differenti tipologie di contratti a seconda della esigenze da soddisfare e dunque della funzione svolta. In primo luogo, viene in rilievo il contratto d’opera intellettuale che si caratterizza per il fatto che il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 e ss.)”.**



## 8. La disciplina regolamentare

Il primo comma dell’articolo 14 dello schema di regolamento, quindi, si riferisce agli incarichi legali – secondo le definizioni anzidette - nell’ambito del sottosoglia comunitaria (e quindi, per gli enti locali, di importo inferiore ai 214mila euro ex art. 35 del Codice).

Per intenderci, come visto, i classici incarichi di gestione del servizio legale (controversie, consulenze, assistenza etc).

Lo schema di regolamento evidenzia che tali appalti possono essere oggetto di affidamento diretto nel rispetto dei principi di cui all’articolo 4 del Codice. Non viene richiamato, pertanto, l’articolo 36 del Codice norma, come noto, che costituisce il micro sistema normativo in tema di acquisizioni nel sotto soglia comunitario (oggetto, tra l’altro, di profonda deroga da parte dell’imminente DL “Semplificazioni”).

La differenza tra le due norme, per certi versi, è sostanziale e non deve essere sottovalutata.

In particolare, la “pubblica amministrazione, in ragione delle sue dimensioni organizzative e delle attività che esercita, può avere necessità di ricorrere all’uno o all’altro degli indicati modelli contrattuali.

In particolare, settori e che solo raramente è coinvolta in vicende contenziose, avrà la necessità di conferire, quando ciò accada, un incarico singolo ad un professionista individuato al solo scopo di difesa in quel giudizio (o per la consulenza in vista di quel preciso giudizio)”.

Sotto si riportano i commi di interesse a confronto:

Art. 4 del Codice	Art. 36, primo comma, del Codice
<p>1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.</p>	<p>1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli art. 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'art. 50.</p>

I principi classici dell'evidenza pubblica di cui all'art. 4 vengono interamente richiamati con riferimento all'articolo 30 del Codice nel cui primo comma si legge che "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

**Lo schema di regolamento evidenza che i servizi legali possono essere oggetto di affidamento diretto nel rispetto dei principi di cui all'articolo 4 del Codice per l'intero sottosoglia comunitario.**



**9. La questione dell'economicità negli incarichi legali**

Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

Manca, invece, nell'articolo 4 il richiamo alla rotazione quale vincolo imprescindibile nel sotto soglia comunitario per evitare la costituzione di

posizioni di rendita a tutto vantaggio del pregresso affidatario.

A parere di chi scrive, anche considerato che – come si vedrà più avanti – la norma prevista nello schema di regolamento legittima la predisposizione dell'albo dei legali, il RUP non potrà prescindere dall'applicazione mediata della rotazione.

Mediata nel senso che, in caso di prosecuzione del contenzioso tra i vari (eventuali) gradi di giudizio un problema di alternanza non dovrebbe porsi considerato che la prosecuzione con lo stesso

legale di un contenzioso, ad esempio, con epilogo positivo in primo grado ben può rappresentare quel valore aggiunto (in termini di conoscenza del problema e di speditezza del procedimento).

Situazioni istruttorie simili si possono evidenziare nel caso di un previo parere legale su una controversia che poi dovesse sfociare con ricorsi delle parti interessate. In sostanza, l'aspetto della rotazione non deve essere sottovalutato dal RUP ma deve anche essere oggetto di maggior attenta considerazione circa la sua "ottusa" applicazione.

## 10. La motivazione dell'affidamento diretto

L'affidamento diretto, ultimo periodo del primo comma dell'articolo 14 dello schema di regolamento prevede che lo stesso possa essere declinato in un provvedimento "adottato nelle forme di cui all'articolo 8, comma 1, primo periodo del presente regolamento" in cui il RUP darà "atto del rispetto dei predetti principi da parte della stazione appaltante".

L'art. 8 richiamato dispone in tema di modalità di affidamento diretto richiamando la c.d. determinazione a contrarre/ di affidamento a contenuto semplificato di cui all'articolo "32, comma 2, secondo periodo, del codice stesso".

Si richiama, per intendersi, una determina di affidamento che dovrà dar conto del rispetto dei principi declinati nell'articolo 4 del Codice.

A sommosso parere, è in quest'atto che il RUP dovrà anche dar conto delle ragioni che hanno determinato il mancato rispetto della rotazione.

Non si può, in questo frangente, ribadire l'essenza singolare dell'unico atto con cui, secondo il Codice ed il regolamento (che a ben vedere ne sancisce una applicazione assolutamente residuale ai soli casi di affidamento diretto, e quindi nell'ambito dei 40mila euro come previsto nell'articolo 36 mentre, come visto, gli incarichi legali possono essere affidati direttamente fino all'intero sotto soglia comunitario).

L'unico atto in parola, la c.d. determina semplificata, si caratterizza per essere adottata senza alcuna prenotazione sull'impegno di spesa a monte e, considerata la regola della contabilità armonizzata che impone l'impegno solo dopo assunta l'obbligazione giuridica perfezionata, il rischio che corre il RUP è di predisporre la proposta di affidamento – per il dirigente/responsabile del servizio – senza la formalizzazione sulla copertura finanziaria.

Pertanto, anche in questo caso (o forse meglio dire, soprattutto in questo caso vista la possibilità – se la norma dovesse trovare conferma – di procedere con affidamenti diretti fino ad importi inferiori, per gli enti locali, ai 214mila euro) è meglio che il procedimento amministrativo contrattuale di affidamento abbia un avvio e una conclusione: ovvero abbia una determina a contrarre con prenotazione di impegno di spesa e l'atto successivo di impegno che segue la stipula della convenzione/contratto con il legale interessato.

È bene annotare che, in tema di affidamento diretto, l'ANAC ha meglio puntualizzato l'esigenza di una adeguata motivazione – da inserire nella determina a contrarre – che deve essere fornita dal RUP.

In questo senso, sempre nelle linee guida citate si legge che "L'affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'articolo

17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici è possibile, nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre".

## 11. La legittimazione dell'Albo dei legali

Altra disposizione fondamentale della norma dello schema in commento è la legittimazione sulla possibilità della stazione appaltante di costituire uno specifico albo di legali da cui attingere in situazioni di necessità.

A tal proposito, il secondo comma precisa che "Le stazioni appaltanti possono istituire un elenco aperto di avvocati, disciplinato con specifico atto generale, suddiviso per materie e specializzazioni. Salvo motivate eccezioni, il soggetto cui affidare i servizi di cui al comma 1 è scelto tra i soggetti iscritti all'elenco".

**Non si può, in questo frangente, ribadire l'essenza singolare dell'unico atto con cui, secondo il Codice ed il regolamento (che a ben vedere ne sancisce una applicazione assolutamente residuale ai soli casi di affidamento diretto, e quindi nell'ambito dei 40mila euro come previsto nell'articolo 36 mentre, come visto, gli incarichi legali possono essere affidati direttamente fino all'intero sotto soglia comunitario).**



La previsione è piuttosto esplicita su alcune indicazioni che il RUP deve "proporre" alla propria stazione appaltante.

In primo luogo, l'eventuale decisione di costituire l'albo deve essere assunta previa adozione di uno "specifico atto generale". In questo senso, quindi, si deve ritenere che attività propedeutica essenziale sia quella di predisporre uno specifico regolamento interno che disciplina la costituzione dell'albo e la responsabilità del RUP nella scelta dei legali. Sulla costituzione dell'albo già l'ANAC, con le linee guida citate – ma anche con dei pareri (es. delibera n. 303/2020) – si è espressa favorevolmente sulla costituzione dell'albo/elenco dei legali e con le linee guida n. 12 fornisce le relative indicazioni istruttorie al RUP.

In questo senso, nel documento citato si legge che rientra "nelle migliori pratiche per l'affidamento dei servizi legali di cui all'articolo 17 del Codice dei contratti pubblici la costituzione di elenchi di professionisti, eventualmente suddivisi per settore di competenza, previamente costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta, pubblicati sul proprio sito istituzionale".

## 12. Le modalità di costituzione dell'Albo

Ammissa la possibilità della costituzione dell'albo/elenco dei legali, anche suddiviso per materie/specificità, è importante analizzare le indicazioni istruttorie contenute nelle linee guida per la costituzione di un elenco in modo oggettivo, trasparente e pubblicizzato in maniera adeguata.

In questo senso, nel documento dell'ANAC si legge che "l'amministrazione", una volta costituito l'albo, "può restringere tra essi il confronto concorrenziale al momento dell'affidamento, con effetti positivi in termini di maggiore celerità dell'azione amministrativa".

Inoltre, perché "la costituzione di un elenco di professionisti sia conforme ai principi di cui all'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici è necessario che l'amministrazione pubblichi sul proprio sito istituzionale un avviso, finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti nell'elenco, nel quale sono indicati i requisiti richiesti per l'iscrizione, le eventuali categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco. Sarebbe auspicabile che la comunicazione della pubblicazione dell'avviso fosse trasmessa anche al Consiglio dell'Ordine del Tribunale nel cui circondario ha sede l'amministrazione, al fine di rafforzare la pubblicità della notizia.

L'iscrizione dei soggetti interessati, provvisti dei requisiti richiesti e analizzati sulla base dei *curricula* o da sintetiche schede riepilogative della carriera professionale, deve essere consentita senza limitazioni né temporali, né quantitative. Allo scopo di contemperare i principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, la stazione appaltante può prevedere che l'elenco sia ristretto e limitato ai professionisti che soddisfano al meglio, sulla

base di criteri di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione previsti nell'avviso, le esigenze dell'amministrazione.

In ogni caso, l'elenco dovrà favorire un effettivo confronto concorrenziale, essere pubblicato sul sito istituzionale e ammettere la possibilità di modifiche, integrazioni e nuove iscrizioni".

La selezione dall'elenco degli operatori qualificati tra cui svolgere la valutazione comparativa avviene sulla base di criteri non discriminatori, che tengano conto, almeno:

a) dell'esperienza e della competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione;

**La stazione appaltante motiva la scelta del professionista inserito nell'elenco, esplicitando con chiarezza le ragioni sottese, garantendo l'equa ripartizione degli incarichi, onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni professionisti, ferma restando la necessità che il profilo selezionato sia adeguato all'oggetto e alla competenza professionale richiesta per lo svolgimento dell'incarico da affidare.**



b) della pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione;

c) del costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali.

La stazione appaltante motiva la scelta del professionista inserito nell'elenco, esplicitando con chiarezza le ragioni sottese, garantendo l'equa ripartizione degli incarichi, onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni professionisti, ferma restando la necessità che il profilo selezionato sia adeguato all'oggetto e alla competenza professionale richiesta per lo svolgimento dell'incarico da affidare.

In relazione all'affidamenti di incarichi di minore rilevanza, ad esempio perché seriali o di importo contenuto, è possibile utilizzare il criterio della rotazione.

In ogni caso, la stazione indica in modo chiaro nell'avviso pubblico per la costituzione degli elenchi i criteri di selezione, il relativo procedimento e gli eventuali limiti al numero di incarichi conferibili.

### **13. La scelta fuori dall'albo deve essere motivata**

Come si legge nella norma regolamentare, una volta costituito l'albo/elenco una diversa scelta del legale extra detto "catalogo" deve trovare adeguata motivazione da inserire, anch'essa, nella determina a contrarre predisposta a cura del RUP.

Ulteriore elemento che deve essere annotato è che l'esigenza di verificare i requisiti generali viene soddisfatta in fase di affidamento dell'incarico fermo restando che i requisiti debbono essere posseduti già in fase inserimento nell'albo/elenco.

In questo senso, il parere ANAC espresso con la deliberazione n. 330/2020 in cui si legge (nella massima) che "Gli operatori economici che prendono parte all'esecuzione di appalti pubblici devono possedere i requisiti generali di moralità, tra cui quello di regolarità contributiva.

In caso di costituzione di un apposito elenco di

avvocati, da consultare ai fini del conferimento del singolo incarico professionale, tali requisiti devono essere posseduti dai professionisti al momento della richiesta di iscrizione nel citato elenco e debbono essere controllati al momento di ogni singolo affidamento, fermo restando, da un lato, che non può esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 (prima art. 38 d.lgs. 163/2006) e, dall'altro, che la stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa può valutare di svolgere in ogni momento le verifiche ritenute necessarie".

### **14. Il compenso**

Lo schema di regolamento, con il terzo comma dell'articolo 14, interviene anche sulla questione del compenso del legale (altra questione fortemente dibattuta) con la specifica per cui "Il compenso dell'avvocato per i servizi di cui al comma 1 è determinato nel rispetto del principio dell'equo compenso e, comunque, dei parametri per la liquidazione dei compensi stabiliti dall'ordinamento forense".

Non è possibile, pertanto, una competizione che cerchi di esasperare il criterio dell'elemento economico con conseguente preferenza (praticamente esclusiva) della competenza e della specializzazione (e, quindi, dello stesso curriculum del legale).

Anche in tema, possono risultare utili le indicazioni dell'ANAC – da estremizzare nel senso della residualità del dato economico (a meno che le richieste non risultino sproporzionate rispetto all'incarico).

Nelle linee guida citate si legge che proprio il criterio dell'economicità (tra i principi che il RUP deve presidiare nell'affidamento dell'incarico) "impone alle amministrazioni un uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto, in virtù del quale le stesse, prima dell'affidamento dell'incarico, sono tenute ad accertare la congruità e l'equità del compenso, nel rispetto dei parametri stabiliti da ultimo con decreto ministeriale 8 marzo 2018, n. 37.

In considerazione della natura dei servizi in questione e dell'importanza della qualità delle

relative prestazioni, il risparmio di spesa non è il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione; tuttavia, il richiamo all'economicità implica la necessità di tener conto dell'entità della spesa e di accertarne la congruità.

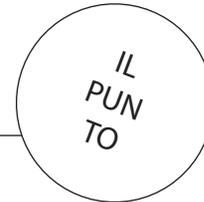
A titolo meramente esemplificativo nella motivazione sull'affidamento dell'incarico si può giustificare alternativamente la congruità del compenso pattuito sulla base di un confronto con la spesa per precedenti affidamenti, o con gli oneri riconosciuti da altre amministrazioni per incarichi analoghi o, ancora, con i parametri fissati nel decreto ministeriale 10 marzo

**Lo schema di regolamento, con il terzo comma dell'articolo 14, interviene anche sulla questione del compenso del legale (altra questione fortemente dibattuta) con la specifica per cui "Il compenso dell'avvocato per i servizi di cui al comma 1 è determinato nel rispetto del principio dell'equo compenso e, comunque, dei parametri per la liquidazione dei compensi stabiliti dall'ordinamento forense".**



2014, n. 55, «Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247», come modificato ad opera del decreto ministeriale 8 marzo 2018, n.37, nonché di una valutazione comparativa di due o più preventivi. In quest'ultimo caso, trattandosi di servizi esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, l'amministrazione stabilisce discrezionalmente il numero di preventivi da confrontare, più confacente alle proprie esigenze, tenendo conto anche del valore economico dell'affidamento».

# “Avvalimenti a cascata” nel vigore del Codice 2016, al vaglio della Plenaria: nota a Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 9 aprile 2020, n. 2331



di Adriana Presti

## Premessa

La V sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria un quesito interpretativo diretto a chiarire la disciplina dell'avvalimento nell'ipotesi di appalto integrato, istituto di norma consentito nel vigore del sistema normativo di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006. Il quesito, in particolare, concerne la possibilità (o meno), per il progettista "indicato" dalla impresa concorrente (e quindi ad essa "esterno"), di potersi a sua volta avvalere di altri soggetti in possesso dei requisiti tecnico-professionali in capo al medesimo progettista indicato assenti.

## 1. La controversia

Nell'ambito di una procedura di gara per l'aggiudicazione dell'appalto di progettazione e realizzazione di una centrale di teleriscaldamento, il progettista "indicato" dalla impresa, poi risultata aggiudicataria, non essendo in possesso dei requisiti tecnico-professionali ed organizzativi prescritti dal bando di gara aveva supplito a tale carenza ricorrendo all'avvalimento dei requisiti detenuti da terzi soggetti professionali.

La seconda classificata proponeva ricorso avverso l'aggiudicazione a tale impresa, censurando la mancata esclusione dell'aggiudicataria per carenza di requisiti speciali nel progettista incaricato ed indicato ai sensi dell'articolo 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, non potendo il difetto di tali requisiti

essere suppliti mediante "avvalimento a cascata". Il TAR per il Friuli Venezia Giulia, con sentenza 11 gennaio 2013, n. 18, respingeva il ricorso sostenendo che, in applicazione dei principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell'articolo 49 del codice dei contratti e degli articoli 47 e 48 della direttiva del 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, l'avvalimento avrebbe dovuto ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori.

La sentenza veniva appellata dinanzi al Consiglio di Stato il quale, con pronuncia non definitiva n. 4849 del 22 ottobre 2015, disponeva in un primo momento la sospensione (impropria) del giudizio in quanto nell'ambito di un diverso e parallelo procedimento giurisdizionale era stato sottoposto, dinanzi alla Corte di giustizia UE, un quesito circa la compatibilità comunitaria della normativa interna nella parte in cui quest'ultima non sembra(va) consentire un simile avvalimento di secondo grado. A ciò seguiva l'estinzione del procedimento dinnanzi alla CGUE. Il Consiglio di Stato, pertanto, con ordinanza n. 4982 del 30 ottobre 2017, – ritenuta la perdurante rilevanza della questione – sottoponeva alla stessa Corte di giustizia analogo quesito circa la compatibilità "con l'art. 48 direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18 di una norma, come quella di cui all'art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista indicato' il quale ultimo, a sua volta, non essendo concorrente, non può ricorrere all'istituto dell'avvalimento".

Con sentenza della Corte di giustizia UE, sez. IX, 14 febbraio 2019, C-710/17 il quesito tuttavia veniva dichiarato irricevibile, dal momento che si trattava di un appalto c.d. sotto soglia peraltro privo di un "interesse transfrontaliero certo".

A fronte della richiamata (ultima) pronuncia della Corte di giustizia UE, il giudizio è proseguito dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, con l'ordinanza in commento ha ritenuto di deferire siffatta questione all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma. 1 cod. proc. amm..

## 2. Gli orientamenti a confronto

Giova anzitutto rammentare che la disposizione di cui all'art. 53, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006, *ratione temporis* vigente, così disponeva: "*Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione ... gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta [...]* Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione) [...]".

Sull'ammissibilità dell'avvalimento in tale situazione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è pronunciato in modo difforme. In particolare due sono i contrapposti orientamenti giurisprudenziali che si sono registrati in materia. Secondo un primo orientamento consolidato il raggruppamento di professionisti non può ricorrere all'avvalimento, poiché tale possibilità è riservata dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 al solo operatore economico che domanda di partecipare alla gara e questo, se intende farvi ricorso, deve dichiarare il possesso dei requisiti da parte del soggetto ausiliario (in tal senso, ad. es., Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072). Mentre i

**La V sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria un quesito interpretativo diretto a chiarire la disciplina dell'avvalimento nell'ipotesi di appalto integrato, istituto di norma consentito nel vigore del sistema normativo di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006. Il quesito, in particolare, concerne la possibilità (o meno), per il progettista "indicato" dalla impresa concorrente (e quindi ad essa "esterno"), di potersi a sua volta avvalere di altri soggetti in possesso dei requisiti tecnico-professionali in capo al medesimo progettista indicato assenti.**



quindi precluso il ricorso all'avvalimento, riservato esclusivamente ai soggetti che rivestono la qualità di concorrenti nella gara.

Mentre secondo un orientamento di segno sicuramente più permissivo, l'avvalimento, in conformità alla sentenza CGUE, 10 ottobre 2013, in C-94-2012, si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di gara (Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4929).

## 3. Le ragioni della remissione all'Adunanza Plenaria

Il Collegio, partendo dal confronto tra gli orientamenti giurisprudenziali contrapposti testé evidenziati, ha osservato che, pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento – strumentale alla massima partecipazione nelle gare di appalto e all'effettività della concorrenza per i principi eurocomunitari –, l'istituto deve essere comunque temperato con l'esigenza di

progettisti "indicati" ai sensi del richiamato articolo 53, comma 3, non rivestono una simile qualifica. Sicché è stato escluso che la figura del "progettista qualificato", cui l'impresa non avente i requisiti si rivolge, si avvalga a sua volta di altro progettista (in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2015, n. 1425). Anche l'ex AVCP si è pronunciata a sostegno di tale divieto, stante l'inammissibilità di privare di qualsivoglia garanzia la stazione appaltante, la quale non ha rapporti diretti con i progettisti indicati e, a maggior ragione, non ne avrebbe con eventuali ausiliari degli stessi (AVCP determinazioni nn. 2/2012 e 4/2012). Infatti, secondo la giurisprudenza il progettista indicato rappresenterebbe un mero collaboratore esterno al quale sarebbe

assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto.

In tale scenario, la questione sostanziale consiste nello stabilire se il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia del citato art. 53, comma 3, del D.Lgs. 163/2006 possa ricorrere a un progettista terzo, utilizzando a sua propria volta l'avvalimento. In sostanza, se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti.

La giurisprudenza, sopra richiamata, del Consiglio di Stato (n. 1072/2014) ha negato che il progettista "indicato" ai sensi di quella previsione possa a sua volta fare uso di avvalimento, regolato dall'art. 49 citato, militando in tal senso le seguenti considerazioni:

a) vi osta la lettera dell'art. 49, per il quale solo «*il concorrente*» singolo, consorziato o raggruppato può ricorrere all'avvalimento quale istituto di soccorso al concorrente in gara; sicché va escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando;

b) il fatto che, se già il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a maggior ragione non ne è legato il suo ausiliario, il quale è un terzo che per la sua posizione non può offrire garanzie all'Amministrazione: invero, solo il concorrente che va a stipulare il contratto va ad assumere obblighi contrattuali con l'amministrazione appaltante: e l'ausiliario, per l'art. 49, comma 2, lett. d), si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie che mancano al concorrente, mediante apposita dichiarazione; inoltre l'ausiliario diviene *ex lege* responsabile in solido con il concorrente per le prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4) e la responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo sulla base che l'impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente, al segno che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già con la domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento.

Inoltre, dall'art. 53, comma 3, D.Lgs. n. 163 del 2006 si evince che la norma statuisce che il progettista qualificato, del quale l'impresa concorrente intenda "avvalersi" in alternativa alla costituzione di un'A.T.I., va solo indicato, senza prescrivere che debbano anche prodursi le dichiarazioni dell'art. 49 per l'avvalimento, e imposte all'impresa ausiliaria (dichiarazione dell'impresa avvalente di impegno

a mettere a disposizione dell'impresa avvalsa le risorse necessarie all'esecuzione del contratto; dichiarazione dell'impresa avvalente di non partecipare alla gara in proprio o quale associata o consorziata e di non trovarsi in situazioni di controllo ex art. 34, comma 2 con altra impresa contestualmente partecipante alla gara, ecc.) o all'impresa partecipante avvalsa (contratto di avvalimento intercorso con l'impresa ausiliaria avvalente).

Da ciò sembra discendere che, nel caso del sistema di selezione costituito dall'appalto integrato, il progettista prescelto dall'impresa partecipante e indicato alla stazione appaltante non assuma la qualità di concorrente: questa spetta solo all'impresa concorrente, e il primo resta solo un collaboratore esterno, la cui posizione non ha diretto rilievo con l'amministrazione appaltante.

Se poi è lo stesso progettista indicato a ricorrere a sua volta a requisiti posseduti da terzi, si avrebbe in sostanza una catena di avvalimenti di "ausiliari dell'ausiliario": il che non solo amplifica la carenza di rapporto diretto verso l'amministrazione appaltante: ma è anche di ostacolo, a tutto concedere, a un agevole controllo da parte della stazione appaltante sul possesso dei requisiti dei partecipanti. Ebbene la sentenza del Cons. Stato, III, 1° ottobre 2012, n. 5161, sul punto rileva che, trattandosi di un istituto di soccorso al concorrente in gara, è da escluderne l'applicabilità all'impresa ausiliaria a sua volta priva dei requisiti, altrimenti si avrebbe una catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria tale da ostacolare quel controllo agevole sul possesso dei requisiti.

Nella stessa prospettiva, la giurisprudenza (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1251) ha affermato che l'avvalimento è già una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi delineate rigorosamente, per garantire l'affidabilità, *in executivis*, del soggetto concorrente. Ne segue che sarebbe irrinunciabile la sussistenza di un rapporto diretto e immediato tra l'ausiliario e l'ausiliato, legati da vincolo di responsabilità solidale per l'intera prestazione dedotta nel contratto.

La fattispecie di avvalimento a cascata non sarebbe, perciò, permessa, giacché elide quel necessario rapporto diretto tra ausiliaria e ausiliata,

così allungando e indebolendo la catena giuridica che lega i vari soggetti, con riflessi effetti evidenti in punto di responsabilità solidale, per il soggetto ausiliato riguardo al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere.

#### 4. Considerazioni conclusive

L'orientamento più incline a ritenere ammissibile l'avvalimento per così dire di secondo livello da parte del progettista indicato si basa sulla giurisprudenza eurounitaria secondo cui l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti ma a tutti gli operatori economici tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza della V sezione, 2 ottobre 2014, n. 4929 (pronuncia isolata nel suo caso), infatti, è pervenuto a tali conclusioni rifacendosi alla pronuncia della Corte di Giustizia 10 ottobre 2013, C-94/2012 ed in particolare all'assioma che l'avvalimento si applica non solo ai "concorrenti" ma a tutti gli "operatori economici", tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare i requisiti in sede di gara. Per tale via si è così ritenuto di poter ritenere consentito l'avvalimento da parte del progettista indicato.

Ma tale assunto non è del tutto persuasivo, in quanto, sul piano dell'esegesi delle norme, sembra fondarsi su una interpretazione della nozione di "operatori economici" che non trova riscontro nell'art. 1, comma 8 e nell'art. 4, comma 1 della Direttiva 2004/18/UE, i quali utilizzano tale termine solo per indicare i "concorrenti", i quali, a seconda del tipo di procedura di gara, vengono denominati "candidati" o "offerenti". In altri termini, la categoria degli "operatori economici che non domandano di partecipare alla gara" non sembra esistere proprio in quanto il termine "operatori economici" non viene mai utilizzato per indicare soggetti che concorrenti non sono: prova ne sia che gli "ausiliari" sono nella direttiva denominati "altri soggetti" e non "operatori economici".

Dirimente è poi che la citata sentenza della Corte di giustizia concerne il tema dell'avvalimento plurimo e frazionato, all'epoca precluso dall'art. 49, comma 6 del D.Lgs. 163/2006, disposizione in ordine alla quale la Corte ha sancito l'incompatibilità con il diritto comunitario. Si tratta dunque di una pronuncia circoscritta al diverso tema

dell'ammissibilità o meno di ricorrere a più di una impresa per integrare un requisito mancante.

Si è dunque al cospetto di una fattispecie diversa da quella esaminata dal Consiglio di Stato, dove il tema consiste per l'appunto nello stabilire se nella vigenza del precedente Codice di cui al D.Lgs. 163/2006 - stante il divieto espresso dell'avvalimento a cascata ad opera dell'art 89, comma 6 del D.Lgs. 50/2016 - fosse consentito il ricorso all'avvalimento da parte del progettista indicato, che non solo non è un operatore economico/concorrente ma, secondo la giurisprudenza nazionale, è un mero collaboratore del concorrente, il quale non è qualificabile neanche come ausiliario, non assume alcuna responsabilità solidale e non è tenuto alle dichiarazioni previste per l'ausiliario.

Eppure, l'impostazione dell'art 53, comma 3, del D.Lgs. n. 163/06 sembra chiara nello stabilire che per partecipare a gare che, oltre alla esecuzione, hanno per oggetto anche la progettazione, o si possiedono i requisiti richieste per quest'ultima, o si partecipa in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione o ci si avvale di progettisti qualificati da indicare nell'offerta.

Di talché vi è pur sempre l'alternativa di includere il progettista qualificato nel proprio raggruppamento temporaneo di imprese, ferma restando la possibilità per il RTI di ricorrere all'avvalimento, qualora sussista un difetto di requisiti in capo al componente progettista. Ne consegue che qualora, invece, si ricorra ad un progettista indicato esterno, non pare in linea con l'intera *ratio* dell'istituto, l'avvalimento ad un soggetto terzo rispetto al progettista indicato, il quale, oltre a non essere solidalmente responsabile delle prestazioni oggetto di progettazione, non è tenuto a rilasciare alcuna dichiarazione ex art. 38 del D.lgs. 163/2006. Ma l'ultima e definitiva parola spetta ora all'Adunanza Plenaria.

# Pareri & Sentenze



## **Tar Toscana, Sez. I, 26/06/2020, n. 801**

*La mancata indicazione dei CAM (Criteri Minimi Ambientali) non integra clausola impeditiva alla partecipazione alla gara*

"...il presunto omesso rispetto dei Criteri ambientali minimi (...) non viene ovviamente ad integrare una qualche clausola direttamente impeditiva della partecipazione della ricorrente alla procedura; né può sostenersi che l'omesso rispetto dei cd. C.A.M. venga a rendere <<impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara>> (come sostenuto da parte ricorrente, anche nelle memorie conclusionali) risultando del tutto indimostrata la "stima" del valore economico di tale omissione (...) contenuta nel secondo motivo di ricorso.

Con tutta evidenza, la conclusione raggiunta dalla Sezione con riferimento alla problematica della legittimazione e dell'interesse all'impugnazione del bando da parte di ricorrente che non abbia partecipato alla procedura non incidono poi per nulla sull'inderogabilità del rispetto dei cd. C.A.M. già affermata dalla Sezione (sulla base del richiamo operato dalla previsione di cui all'art. 34 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) con la precedente sentenza 14 maggio 2018, n. 645, ma con riferimento alla diversa ipotesi del ricorrente che abbia partecipato alla gara e contesti, sotto tale profilo, l'esercizio del potere di aggiudicazione."

## **Tar Sardegna, Sez. II, 23/06/2020, n. 355**

*Sulla differenza tra l'affidamento diretto previa valutazione di preventivi ex art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016 e la procedura negoziata*

"...Del resto, la stessa Anac che, impropriamente definisce la procedura di cui alla lettera b) dell'art. 36 "procedura negoziata" (paragrafo 5 delle Linee guida n. 4) e che, in verità, procedura negoziata in senso stretto non è (la disposizione, non a caso, si riferisce a un "affidamento diretto" previa valutazione di 5 operatori economici), del tutto correttamente rammenta poi che "l'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura" (paragrafo 5.1.2.).

Occorre ancora ricordare che, ad essere rigorosi, la procedura prevista dall'art. 36 lettera b) del codice dei contratti è diversa dalla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando che, invece, viene prevista dallo stesso art. 36 per le diverse fattispecie disciplinate dalle lettere c) e c bis) del medesimo articolo..."

**TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 23/6/2020, n. 240**

*Il verbale di gara è privo di valenza provvedimentoale*

"...il verbale di gara è un mero atto interno al procedimento di evidenza pubblica, come tale privo di valenza provvedimentoale e, quindi, non di per sé lesivo né autonomamente impugnabile.

L'unico atto munito di valenza provvedimentoale e connotato di carattere lesivo, oltre al provvedimento che dispone l'esclusione di un concorrente, è il provvedimento di aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. III, 28.6.2019, n. 4447)."

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 22/6/2020, n. 3790**

*"Le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo"*

*"Il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina di gara, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico ed articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo"*

"... in base a principi più che consolidati, le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, V, 28 ottobre 2015, n. 4942; id., IV, 21 settembre 2015, n. 4409; id., V, 26 maggio 2015, n. 2615) ..... nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina di gara, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico ed articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici (in termini Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5308; V, 3 aprile 2018, n. 2051)...."

**TAR Toscana, Sez. I, 11/6/2020, n. 698**

*L'avvalimento destinato a surrogare la mancanza dei titoli di studio e professionali il soggetto ausiliario deve eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste*

"...nel caso di avvalimento destinato a surrogare la mancanza dei <<titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o ...(delle) esperienze professionali pertinenti>>, prevede che <<gli operatori economici poss(a)no tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi

eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste>>, la più recente giurisprudenza che ha affrontato la problematica (Cons. Stato sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191; 6 ottobre 2018, n. 5750; T.A.R. Lazio, Latina, 30 maggio 2019, n. 401) e gli orientamenti manifestati dall'A.N.A.C. in sede di pareri di precontenzioso (in questo senso, si veda, il parere approvato con delibera 2 maggio 2018 n. 419, depositato in giudizio da parte ricorrente)..."

### **Consiglio di Stato, Sez. III, 05/06/2020, n. 3566**

*Legittima la gara "ponte" per soddisfare un fabbisogno strettamente necessario e nelle more della conclusione della gara in corso di esecuzione*

"Passando al merito, è dedotto innanzitutto l'illegittimo ed immotivato ricorso alla gara ponte nonché la sproporzione delle cifre poste a base delle due gare rispetto ai bacini di utenza, sul rilievo che la procedura indetta dall'Azienda sanitaria (...) – peraltro non supportata da congrua istruttoria e motivazione – incide per ben il 23% sulla gara centralizzata, con la conseguenza che la procedura di gara negoziata espletata in via autonoma da parte della Asl (...) priverà di significato economico quella in corso di svolgimento da parte della Stazione unica appaltante (...). Giova premettere che, contrariamente a quanto affermato dalla appellante, la determina a contrarre ex art. 32, d.lgs. n. 50 del 2016 (...) reca una sintetica ma certamente congrua individuazione delle ragioni sottese alla procedura, da rinvenire nella necessità di reperire materiale protesico "per un fabbisogno strettamente necessario, nelle more della gara regionale in corso di esecuzione". Evidente dunque l'intento dell'Azienda sanitaria che, a fronte di una domanda – attuale o stimata – di protesi superiore alle scorte e per assicurare la prestazione sanitaria agli utenti, ha ritenuto opportuno approvvigionarsi con una propria procedura prevedendo tempi non brevi per la conclusione della gara centralizzata. Ha peraltro ben chiarito che tale fornitura era per coprire lo "stretto necessario" e solo perché era ancora in corso la procedura bandita dalla Stazione unica appaltante (...) e non c'erano altri contratti attivi o accordi di collaborazione tra soggetti aggregatori. A corollario di tale previsione e a dimostrazione dell'effettivo intendimento della Asl di indire una procedura "ponte", l'art. 2 del disciplinare aggiungeva, con rappresentazione anche graficamente maggiormente evidente rispetto a tutte le altre disposizioni, che "il contratto relativo alla fornitura del presente appalto è da intendersi in ogni caso anticipatamente risolto se, nel frattempo, intervenga l'aggiudicazione della corrispondente gara d'appalto regionale da parte della Stazione Unica Appaltante (...)"

### **TAR Campania, Salerno, Sez. I, 3/6/2020, n. 632**

*"Va affermata la sussistenza di un obbligo dell'impresa di dichiarare la sottoposizione a giudizio penale per un reato che può avere incidenza sulla affidabilità imprenditoriale e sulla professionalità"*

"In linea generale, è dibattuto in giurisprudenza se i fatti idonei a pregiudicare la professionalità dell'operatore, anche se non tipizzati nell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, debbano essere sempre dichiarati, a pena di automatica esclusione, oppure se viceversa, tale omissione dichiarativa non comporti l'automatico effetto escludente dalla gara, dovendo sempre e comunque rimettersi all'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, ai fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente.

In ragione del contrasto registrato nel Consiglio di Stato tra tali due tesi, con l'ordinanza n. 2332 del 2020 della Sezione Quinta la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, che dovrà pronunciarsi....Il Collegio ritiene tuttavia preferibile l'opposto orientamento, in base al quale, anche oltre le ipotesi tipizzate dall'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016, sussiste in capo all'operatore un obbligo di dichiarare fatti ragionevolmente idonei a compromettere la professionalità e l'affidabilità. In base a quest'ultimo preferibile indirizzo, il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari dell'adozione di un'ordinanza di

custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa...va affermata la sussistenza di un obbligo dell'impresa di dichiarare la sottoposizione a giudizio penale per un reato che può avere incidenza sulla affidabilità imprenditoriale e sulla professionalità....Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che la dichiarazione resa dall'operatore economico circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali" può essere "omessa" (quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "grave illecito professionale"), "reticente" (quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente) o "completamente falsa" (che consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero).

Il Collegio ritiene che la mancata indicazione nella domanda di partecipazione alla gara del rinvio a giudizio in questione e dei fatti allo stesso sottesi integra l'ipotesi di omessa dichiarazione."

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 261 DEL 17 marzo 2020**  
**PREC 6/2020/S**

*"Divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta"*

"Negli affidamenti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il criterio premiante di valutazione dell'offerta connesso al fatturato viola il principio di separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione e non può giustificare l'eccezione disciplinata dall'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 non attenendo né all'organizzazione dell'operatore economico né alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto.

La soglia di sbarramento, prevista dalla lex specialis di gara per l'ammissione delle offerte tecniche, determinandosi in base all'attribuzione di punteggi attribuiti a criteri soggettivi configuranti un'eccezione al divieto di commistione non conforme alla normativa, è essa stessa illegittima compromettendo ingiustificatamente la più ampia partecipazione alla procedura di gara."

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 227 DEL 4 marzo 2020**  
**PREC 5/2020/S**

*"Offerta economica – Principio di segretezza – Imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa"*

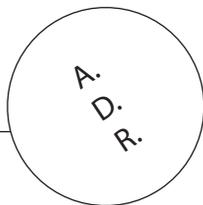
"Nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti pubblici sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il principio di segretezza dell'offerta economica e il divieto di commistione con l'offerta tecnica rispondono a principi inderogabili di trasparenza e parità di trattamento dei concorrenti al fine di evitare il pericolo che la preventiva conoscenza di elementi dell'offerta economica possa condizionare le valutazioni della commissione di gara rispetto all'offerta tecnica."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 207 del 26 febbraio 2020  
PREC 23/2020/L**

*"Offerte anormalmente basse – Criterio del prezzo più basso – Soglia di anomalia – Taglio delle ali – temporaneo accantonamento delle offerte ai soli fini delle operazioni di calcolo della soglia di anomalia"*

"Il legislatore, nella nuova formulazione della lett. a) del comma 2-bis dell'art. 97 - come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 20, lett. t) della L. 14 giugno 2019, n. 55 - ha cristallizzato il principio in base al quale l'operazione del taglio delle ali è solo virtuale e consiste nel temporaneo accantonamento delle offerte che presentano valori estremi ai soli fini del computo della soglia di anomalia. Tale principio va applicato anche in una procedura sotto soglia nella quale la lex specialis prevede il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte, ai sensi del comma 8 dell'art. 97 del Codice, nell'ambito delle quali le offerte "accantonate" vanno considerate come offerte ammesse alla gara da assoggettare al meccanismo dell'esclusione automatica o alla diversa valutazione di congruità (nel caso in cui non operi l'esclusione automatica)."

# A Domanda Rispondiamo



## 1

### La revisione dei prezzi dei contratti si applica anche in caso di rinnovo?

La revisione dei prezzi dei contratti si applica solo alle proroghe contrattuali, come tali previste ab origine negli atti di gara ed oggetto di consenso "a monte", ma non anche agli atti successivi al contratto originario con cui, mediante specifiche manifestazioni di volontà, viene dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto identico a quello originario per quanto concerne la remunerazione del servizio, senza che sia stata avanzata alcuna proposta di modifica del corrispettivo.

## 2

### I membri componenti di una commissione giudicatrice ex art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 devono essere in possesso del diploma di laurea?

Il c. 1 dell'art. 77, Codice, stabilisce: "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto".

La qualifica di "esperto", richiesta dall'art. 77, c. 1 non richiede necessariamente il possesso del diploma di laurea. O meglio, il possesso della laurea è un elemento astrattamente idoneo a garantire la competenza tecnica, ma ciò non esclude che la qualifica di esperto possa desumersi dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale.

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato i requisiti di competenza dei Commissari di gara di cui all'art. 77 del Codice devono essere interpretati nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai medesimi possano prescindere dal possesso di uno specifico titolo di studio e possano essere desunte dai curricula professionali dei medesimi (**ex plurimis, TAR Abruzzo sentenza n. 119 del 6-03-2020; C.d.S., V, 18 luglio 2019, n. 5058**).

### 3

#### **Quali sono le attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa ex art. 1 comma 53 della legge 190/2012?**

Il "Decreto Liquidità" (Decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23), nell'iter di conversione, si è arricchito di un articolo, l'articolo 4 bis, con l'inserimento di nuove attività nella lista di cui all'articolo 1, comma 53, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Il "nuovo" articolo 1 comma 53 della Legge 6 novembre 2012, n. 190 dopo la modifica del "Decreto Liquidità" risulta pertanto essere così articolato:

#### **53. Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività:**

- a) (abrogata);
- b) (abrogata);
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.
- i-bis) servizi funerari e cimiteriali;
- i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering;
- i-quater) servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.

Per cui, con l'entrata in vigore delle modifiche apportate dal Decreto Liquidità, occorrerà prestare attenzione, qualora negli appalti (o concessioni) siano presenti prestazioni rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53, dell'art. 1, della legge 6 novembre 2012, n. 190, verificando che gli operatori economici concorrenti siano iscritti nell'elenco (c.d. white list) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la

propria sede o che abbiano presentato domanda di iscrizione al predetto elenco entro il termine decadenziale previsto nella lex di gara.

### 4

#### **Negli appalti di manutenzione del verde pubblico le stazioni appaltanti nella lex specialis di gara devono prevedere requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli previsti dagli articoli 83 ed 84 del Codice?**

Negli appalti di manutenzione del verde (in particolare negli appalti di servizi) si deve tener conto dell'articolo 12 della Legge 28 luglio 2016 n.154. Tale norma prevede che l'attività di costruzione, sistemazione e manutenzione del verde pubblico o privato affidata a terzi possa essere esercitata:

- a) dagli iscritti al Registro ufficiale dei produttori, di cui all'articolo 20, comma 1, lettere a) e c), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 214;
- b) da imprese agricole, artigiane, industriali o in forma cooperativa, iscritte al registro delle imprese, che abbiano conseguito un attestato di idoneità che accerti il possesso di adeguate competenze.

La norma quindi aggiunge requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dagli articoli 83 ed 84 del Codice dei Contratti Pubblici.

Secondo giurisprudenza prevalente (Cfr. Tar Lazio Sez. III, sentenze n. 11116 del 4 ottobre 2017, n. 11311 14/11/2017 e n. 11117 dell'8/11/2017) quello dell'articolo 12 della predetta norma è un requisito di idoneità professionale, i giudici emiliani invece (Tar Emilia Romagna, Bologna sentenza n. 404 del 07.05.2019) delimita la sua operatività alla fase esecutiva.

In ogni caso, quello che preme sottolineare è l'opportunità nella predisposizione dei bandi di gara (soprattutto per i servizi manutentivi del verde) avere ben presente che l'articolo 12 della Legge 154/2016, come regolato dall'Accordo Stato Regioni del 22.2.2018, è in vigore e può esplicare i suoi effetti.

# 5

## **Relativamente ai gravi illeciti professionali, quali limiti incontra l'operatore economico nel rendere la dichiarazione in fase di partecipazione ad una gara?**

Secondo un orientamento giurisprudenziale l'art. 80 comma 5 lett. c bis del codice imporrebbe agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; III, 29 novembre 2018, n. 6787). Tuttavia, un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza la individuazione di un generale limite di operatività (tale non essendo, il comma 10 dello stesso art. 80) "potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa" (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171; 3 settembre 2018, n. 5142).

L'ANAC con delibera n. 464 del 27/05/2020 ha precisato che l'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui richiama l'onere del concorrente di dichiarare quanto necessario ai fini del corretto svolgimento della procedura, deve trovare applicazione secondo un criterio di interpretazione sistematica delle norme e secondo principi di ragionevolezza e proporzionalità, al fine di non pregiudicare ingiustificatamente la partecipazione dei concorrenti alla procedura.

Pertanto, le dichiarazioni esigibili devono ritenersi quelle che abbiano ad oggetto circostanze tali da poter ingenerare nella stazione appaltante, anche solo astrattamente, una possibile valutazione di non integrità o non affidabilità del concorrente nell'ambito della verifica concernente l'illecito professionale grave cui sono dedicate le norme del Codice contenute all'art. 80, comma 1, lettere c), c-bis), c-ter e c-quater e che rientrano nel triennio. La necessità di un siffatto limite generale di operatività deriva, del resto, dall'art. 57, § 7 della Direttiva 2014/24/UE, che ha fissato in tre anni

dalla data del fatto la rilevanza del grave illecito professionale, seguita dalle Linee guida ANAC n. 6/2016, precedute dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2286/2016 del 26 ottobre 2016, che ha affermato, tra altro, la diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della previsione di cui al predetto paragrafo.

## Il c.d. “affidamento ponte”, tra affidamento diretto e diritto al confronto concorrenziale ...

di Giuseppe Croce

IN  
PIL  
LOLE

Si coglie spunto da una recentissima sentenza del Consiglio di Stato, la n. 3566 del 05 giugno u.s. (probabilmente “colorata” di una specificità che le è propria poiché direttamente connessa al settore di intervento – settore sanitario – nonché dalla peculiarità del periodo emergenziale), per fare qualche riflessione sulla necessità o meno di allargare l’analisi competitiva tra i diversi operatori del settore esistenti, in sede di c.d. “affidamento ponte” ex art. 63 c. 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016, da elaborare, nelle more di completamento di una procedura ordinaria.

La norma, lo rammentiamo, prevede al comma 2 che: “*Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata ... c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.*”

In connessione col comma 6, diviene poi obbligatorio non omettere il momento del confronto tra operatori in quanto: “*Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L’amministrazione aggiudicatrice sceglie l’operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell’articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l’affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.*”

Se questo è il sub strato normativo e operativo generalmente praticato e praticabile in sede di procedura di per se stesse eccezionali; va menzionato un orientamento vigente (ma a parere dello scrivente assolutamente settoriale), per il quale la comparazione cede il passo all’affidamento diretto!

Il Consiglio di Stato ha statuito nella predetta sentenza n. 3566/2020 che "... l'Azienda sanitaria di Matera abbia agito avendo ben presenti gli obblighi che ad essa fanno capo, id est, in via primaria, assicurare agli utenti del servizio sanitario le prestazioni di cui necessitano. Sarebbe certamente stata passibile di censura ove avesse opposto al cittadino avente diritto ad una protesi acustica che le scorte erano finite e che occorreva attendere la conclusione di una gara, peraltro di incerta durata.

Detto presupposto giustifica anche la decisione di appaltare la fornitura di apparati protesici (e i servizi alla stessa strettamente connessi) per un importo presunto a base d'asta di 180.000,00 euro che, essendo inferiore alla soglia comunitaria ex art. 35, comma 1, lett c), d.lgs. n. 50 del 2016, consente il ricorso alla procedura negoziata senza bando, con "consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti" (art. 36, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016).

Si tratta, quindi, di una gara ponte ben giustificata e che non vanifica quella bandita dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata, che ha, anzi, costituito il parametro per l'individuazione della richiesta dei prodotti da acquisire e la cui conclusione rappresenta – in virtù di espressa clausola di anticipata risoluzione – motivo per risolvere anticipatamente il rapporto di fornitura senza diritto ad alcun compenso ulteriore a quello derivante dalle prestazioni effettivamente erogate (art. 2 del disciplinare di gara e art. 4 del capitolato tecnico)."

Aggiungiamo un tassello al principio innanzi espresso.

La Commissione Europea in tema di orientamenti sull'utilizzo della normativa in materia di appalti pubblici nella situazione emergenziale, con la Comunicazione 2020/C 108 I/01, specificamente dedicata all'acquisizione di beni e servizi (dispositivi di protezione) collegati all'emergenza Covid-19, ha sottolineato come: "Gli acquirenti pubblici possono prendere in considerazione varie opzioni:

– in primo luogo, in caso di urgenza possono avvalersi della possibilità di ridurre considerevolmente i termini per accelerare le procedure aperte o ristrette.

– Se tali margini di manovra non fossero sufficienti, possono ricorrere a una procedura negoziata senza previa pubblicazione. Infine potrebbe anche essere consentita l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato, purché

quest'ultimo sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.

– Gli acquirenti pubblici dovrebbero inoltre prendere in considerazione la ricerca di soluzioni alternative e interagire con il mercato.

I presenti orientamenti riguardano in particolare gli appalti in casi di estrema urgenza, che consentono agli acquirenti pubblici di effettuare acquisti anche nel giro di giorni o addirittura di ore, se necessario. Proprio per situazioni quali l'attuale crisi della Covid-19, che presenta un'urgenza estrema e imprevedibile, le direttive dell'UE non contengono vincoli procedurali. In concreto, la procedura negoziata senza previa pubblicazione consente agli acquirenti pubblici di acquistare forniture e servizi entro il termine più breve possibile. Come stabilito all'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE («la direttiva»)(2), tale procedura consente agli acquirenti pubblici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti e non sono previsti obblighi di pubblicazione, termini, numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali. Nessuna fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE. Questo significa, nella pratica, che le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna."

Merita sul punto attenzione (ma per il senso inverso a quello fino ad ora delineato) anche la sentenza (piuttosto datata per la verità) del TAR Napoli n. 1204 del 04/03/2019, dalla quale emerge che occorre anzitutto verificare sempre che siano sussistenti i presupposti normativi per il ricorso ad un sistema di affidamento che, attesa la sua portata acceleratoria e compressiva del principio di concorrenza, deve essere inteso come disciplina di stretta interpretazione (Consiglio di Stato, V Sezione, 13 giugno 2016 n. 2529; T.A.R. Lazio, Roma, I Sezione, 4 settembre 2018 n. 9145).

Il Tar rammenta che in aderenza alla norma applicata, deve sussistere l'assoluta impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione.

Dovendosi evidenziare anche la violazione del sesto comma dell'art. 63 che imponeva alla stazione

appaltante non solo la consultazione di altri operatori economici (non essendosi in presenza di un affidamento diretto, nemmeno applicabile nel caso di specie, ma pur sempre di una procedura negoziata), ma anche la previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.<sup>1</sup>

La pronuncia *de qua* è stata poi appellata e ribaltata nei presupposti interpretativi di merito dal Consiglio di Stato del 26/09/2019 n. 2686.

In allineamento al principio di necessaria attività valutativa tra cinque operatori economici, si segnala altresì, la Delibera ANAC n. 305 del 10/04/2019 (questa volta dedicata ai servizi postali! E non alla materia sanitaria ...!) nella quale l'Autorità precisa in un passaggio che: *"... Anche nel caso in cui ricorrano gli estremi dell'estrema urgenza, non è comunque consentito l'affidamento diretto. Infatti, in base al comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, applicabile a tutti i casi di utilizzo della procedura*

*negoziata senza bando, «le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria nonché tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.»<sup>2</sup>.*

Resta perciò la sensazione che è assolutamente necessario scandagliare il panorama giurisprudenziale vigente all'atto dell'adozione di scelte strategiche che in via residuale orientino (anche solo per necessità), verso l'istituto del c.d. contratto ponte!

1. In adesione si veda anche Tar Campania Napoli sent. n. 1223 del 05/03/2019.

2. In tal senso si segnala anche il contributo dell'associazione G.B. Vighenzi – Associazione Nazionale Professionale dei Segretari Comunali e Provinciali – <https://www.segretaricomunalivighenzi.it/16-05-2019-procedura-negoziata-senza-bando-non-equivale-a-una-trattativa-diretta-con-un-unico-soggetto>.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)**

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato  
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

**MEDIAAPPALTI**

Publicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)  
Servizio Abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.  
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)  
Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma 2020

SEMI  
NARI

A causa della complessa situazione che si è creata in seguito alla diffusione del Covid-19, e nel rispetto delle attuali indicazioni del Governo, il calendario dei corsi è in aggiornamento continuo.

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)

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



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