

Rivista mensile - Anno X, Numero 8

febbraio  
2021

# MEDIA APPALTI

---

**Riassetto societario  
e affidamenti in house  
al vaglio della  
Corte europea**

---

**Considerazioni in tema  
di affidamento diretto  
dopo la legge 120/2020**

---

**L'importanza della  
permanenza dei requisiti  
del Consorzio e della  
Consoziata, fra "cumulo  
alla rinfusa"  
ed "avvalimento  
operativo interno"  
nei Consorzi stabili.**



**"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**

febbraio  
**2021**



# Caos

Un uomo, un singolo uomo e un pipistrello, proprio quell'esemplare, affetto da un virus sconosciuto, che entrano in contatto. L'incontro che innesca quel concatenarsi di eventi che porta all'esplosione della pandemia; il battito d'ali della farfalla brasiliana che provoca un tornado in Texas enunciato dal matematico e meteorologo statunitense Edward Lorenz nel 1972. Ad un anno dalla scoperta del paziente numero uno in Italia, quel tornado chiamato covid19 come ha cambiato la nostra vita? Ha agito sul nostro modo di socializzare e di lavorare, ci ha riscoperti vulnerabili, impreparati. Ha messo in crisi il nostro sistema di relazioni e il nostro sistema produttivo ed economico. Ci siamo fermati. Poi abbiamo ripreso. Ma nulla è tornato come prima. Nelle scuole, in famiglia, nei luoghi di svago, nelle aziende, negli uffici pubblici, tra i cantieri.

La pandemia ci ha catapultati in uno scenario nuovo. Una condizione con la quale dover convivere. Una convivenza forzata che, come qualsiasi cosa imposta, non è facile da accettare. Destabilizza la routine. La rifiutiamo. La viviamo come una limitazione, una castrazione delle nostre libertà. Ci confonde. È il caos.

Il caos paralizza. Sulla soglia di un labirinto,

differenti percorsi davanti ai nostri passi. Restiamo bloccati. Quale direzione prendere? Probabilmente la prima scelta sarà affidata al caso. Se la strada non dovesse essere quella giusta, ci ritroveremo al punto di partenza. Fatto tesoro dell'errore ci incammineremo verso un'altra via. Così, sbagliando e sperando nella buona sorte, prima o poi ci ritroveremo dall'altra parte del dedalo. Per arrivarci ci si deve muovere e non lasciarsi paralizzare dal panico.

Ad essere paralizzato, in questa fase della pandemia è il settore degli appalti pubblici. Si sperava in una ripresa rilanciata dal Decreto Semplificazioni. E invece i segnali sono di natura opposta. L'ANCE denuncia lo stallo; nei primi nove mesi del 2020 le ore lavorate si sono ridotte del 16,8%. Cosa blocca il rilancio? I tempi in primo luogo. La semplificazione contenuta nel Decreto di luglio non è una bacchetta magica. Favorisce l'affidamento diretto a discapito delle procedure ordinarie fino alla soglia di 150mila euro ma non agisce sui tempi di realizzazione dei lavori. Confartigianato ha di recente rilevato come in Italia le tempistiche siano notevolmente dilatate rispetto alla media europea. "Per realizzare un appalto pubblico infrastrutturale in Italia servono 7 mesi in più rispetto alla media europea" denuncia l'organizzazione degli artigiani.



La requisitoria si sofferma su lavori ordinari come il rifacimento di soli 20 km di una strada a doppia corsia che, calcolano gli artigiani, necessita con l'iter corrente di un tempo medio complessivo di 815 giorni, dalla pubblicità del bando di gara al termine dei lavori, comprendendo il pagamento dell'impresa appaltatrice. Che significa? Che i lavori che si dovrebbero sbloccare con il Decreto del 16 luglio 2020 li vedremo realizzati non prima di 2 anni. Nonostante le semplificazioni è sempre la burocrazia al banco degli imputati. "A rallentare i lavori sono i numerosi passaggi burocratici che incidono per il 54,3% sui tempi complessivi per completare le opere" afferma Confartigianato.

Alle inefficienze cristallizzate del sistema si aggiungono le nuove dinamiche dovute all'eccezionalità del momento. Con la pandemia abbiamo scoperto lo smart working. Lo applicano aziende private e uffici pubblici. E tra questi, gli uffici tecnici. Una condizione che non agevola l'agognata accelerazione del settore degli appalti. Lo rileva lo studio "Il mercato immobiliare tra emergenza covid-19 e smart working" della Banca d'Italia. Per Luigi Donato, Capo del Dipartimento Immobili e appalti, i ritardi sono dovuti "al congelamento delle procedure degli appalti, in corso o da bandire, determinato dalla legge 18/2020, e il dilatarsi dei tempi per l'approvazione dei progetti da parte dei diversi uffici pubblici".

È nel passaggio dall'inchiostro ai fatti che si aggrovigliano tutti quei fattori che non ci permettono di dare slancio ad un settore nel quale siamo fiduciosi per il futuro ma al quale non vogliamo dare fiducia. E così ogni annunciata semplificazione, per qualche arcana stregoneria è solo una nuova complicazione. Ad ogni riforma ci

sembra che il comparto debba prendere finalmente il volo. E invece non si fa altro che trasferire il sistema da una gabbia ad un'altra gabbia. E non è detto che la nuova sia più spaziosa della precedente perché si passa da un complessità di norme ad un'altra complessità.

Il bandolo della matassa sembra possa risiedere nella sottile linea di confine tra il confidare nelle potenzialità del settore e il diffidare in chi lo gestisce. È l'ombra della corruzione a pesare su tutto. Il sospetto che in ogni attore si annidi il germe della criminalità. Il vice presidente ANCE Edoardo Bianchi lo ha detto chiaramente: "se è un settore di furfanti lo si chiuda, non si continui a legiferare. Se è un settore che serve al paese lo si metta in condizione di operare".

Siamo nel bel mezzo del caos e la crisi di Governo, in un momento come questo, è un film che avvilito chi, con tanti sacrifici, sta cercando di sopravvivere alle proprie criticità. Aggiungiamo caos ad altro caos. Friedrich Nietzsche diceva che "bisogna avere un caos dentro di sé per generare una stella danzante". Ma il cielo della politica è solcato da evanescenti meteore: rapide scie di luce che si consumano schiantandosi al suolo. Giusto il tempo che intercorre tra due salite al Colle; per giurare e per dimettersi. E la storia vive di corsi e ricorsi. Un ballo di gruppo. Due passi avanti. Due passi indietro. E si finisce sempre nello stesso punto dal quale si è partiti. In questo balletto di stelle danzanti non ce ne sono: consoliamoci con quelle proposte da Milly Carlucci per dimenticare per un po' il caos che ci circonda.

## sommario

### Editoriale

Caos

4

### In evidenza

Riassetto societario e affidamenti in house al vaglio della Corte europea

7

### Sotto la lente

Possibilità di escussione delle garanzie fideiussorie: obbligo per le Stazioni appaltanti e facoltà per i Comuni

15

#### Hanno collaborato a questo numero:

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

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

**Dott.ssa Sonia Lazzini**  
Giurista e formatore in materia di obblighi assicurativi negli appalti e responsabilità pubbliche amministrazioni

**Avv. Ilenia Paziani**  
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

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

**Avv. Stefano de Marinis**  
Avvocato, già vicepresidente FIEC

**Avv. Giuseppe Croce**  
Esperto in appalti pubblici

### Il Punto

L'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto-soglia nell'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni. Spunti di riflessione alla luce della sentenza del TAR Piemonte del 17 novembre 2020 e del Parere precontenzioso ANAC n. 797 del 14 ottobre 2020

23

Considerazioni in tema di affidamento diretto dopo la legge 120/2020

29

Le modalità di comunicazione del soccorso istruttorio nelle gare telematiche (sentenza TAR LAZIO, n. 10550/2020)

36

L'importanza della permanenza dei requisiti del Consorzio e della Consorziata, fra "cumulo alla rinfusa" ed "avvalimento operativo interno" nei Consorzi stabili.

44

Collegio Consultivo Tecnico: norma inattuata. Doppio intervento del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici e della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome.

52

### Pareri & Sentenze

58

### A Domanda Rispondiamo

63

### In pillole

66



# Riassetto societario e affidamenti in house al vaglio della Corte europea

di Francesca Scura



## Premesse

Con una recente ordinanza, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione sulla compatibilità comunitaria della normativa nazionale ove intesa nel senso di consentire la prosecuzione dell'affidamento del servizio pubblico *in house* quando - a seguito di una operazione societaria di aggregazione - i requisiti del controllo analogo «pluripartecipato» non sussistano più rispetto a taluno degli enti locali che hanno in origine affidato il servizio di cui si tratta.

La questione - su cui non si rinvengono precedenti in giurisprudenza - coinvolge direttamente la previsione normativa, tuttora vigente, che consente il subentro e, quindi, la prosecuzione delle gestioni dirette in essere da parte del nuovo operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni: ciò a condizioni del rispetto di determinate condizioni (art. 3bis D.L. 138/2011), tra cui rientra la necessaria verifica da parte dell'affidante della persistenza dei presupposti iniziali dell'affidamento.

**1. L'in house «pluripartecipato» o «congiunto»**

Il punto di riferimento è la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 e in particolare l'art. 12, disciplinante i requisiti per disporre il cd. affidamento *in house*.

L'art. 12 della Direttiva è stato recepito, quasi alla lettera, dall'art. 5 del d.lgs. 18 aprile 2016 n.50 e dall'art. 2 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 (cd. Testo unico sulle società partecipate).

Il «controllo analogo» è individuato dalla Direttiva nell'«*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*».

Il controllo analogo «pluripartecipato» è stato disciplinato, in specie per tutelare quegli enti locali in possesso di partecipazioni di minoranza, nell'art. 12 cit.. Ci si riferisce alle ipotesi in cui il soggetto cui si intende conferire in via diretta un appalto o una concessione risulti controllato non già da un solo ente/organismo, bensì da una pluralità di enti, i quali sono in grado di esercitare il controllo solo in forma congiunta, risultando – se singolarmente intesi – privi di un siffatto potere.

A norma dell'art. 12 cit. le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica tale tipo di controllo allorquando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;
- ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica, secondo le regole generali elaborate con riguardo all'*in house providing* tradizionale e
- iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

La figura in questione risultava a ben vedere già contemplata, ben prima della citata Direttiva, in via giurisprudenziale, con le famose sentenze della Corte di giustizia *Teckal* e *Coditel Brabant SA*, che hanno definito i due requisiti dell'attività prevalente e del controllo analogo, precisando che il controllo analogo è possibile anche in presenza di



1. V. art 12: «Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. (...). Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.».

2. Ed infatti, con la sentenza *Teckal* la CGUE ammise la legittimità dell'affidamento diretto «... nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».



una pluralità di soci pubblici, i quali singolarmente considerati siano titolari di partecipazioni di entità modesta, ma agiscano congiuntamente, anche nelle forme di una delibera a maggioranza; il Consiglio di Stato ripercorre poi i vari precedenti della Corte, secondo cui il controllo analogo, in linea di principio, sussiste quando gli organi statutari dell'ente affidatario partecipato siano composti da rappresentanti dei soci pubblici e, tramite tali organi, si eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

Dalla giurisprudenza della Corte risulta, ancora, che il controllo analogo è escluso quando, accanto ai soci pubblici, esista un socio privato, anche di minoranza, poiché questi, da un lato, perseguirebbe logiche di profitto incompatibili con quella del controllo pubblico, dall'altro si ritroverebbe indebitamente favorito rispetto alle imprese concorrenti non socie (sentenza *Stadt Halle*).

Va rammentato, inoltre, il principio secondo cui, ai fini del controllo analogo, la struttura del capitale sociale dell'affidataria deve rimanere la medesima nel periodo di riferimento (sentenza *SEA*), mentre tale requisito viene meno nel caso in cui, quando l'affidamento è disposto, il capitale sia interamente in mano pubblica, ma in base allo statuto si possa comunque successivamente cedere lo stesso, anche in parte, a privati. Oggi l'art. 12,

**Ai sensi dell'art. 3bis D.L. 138/2011 «L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste**

della Direttiva cit. ammette l'*in house* a «controllo analogo congiunto» anche quando il capitale dell'organismo sia aperto alla partecipazione di capitali privati (purché non comporti loro controllo o potere di veto).

Sempre nella giurisprudenza della Corte si ritrovava poi il principio – ora espresso nell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - in base al quale il ricorso all'*in house* rappresenta per l'amministrazione un'opzione residuale, percorribile soltanto a fronte di dimostrate ipotesi di fallimento di **mercato**.

## 2. Il caso di specie

Il giudizio origina dal ricorso presentato dinanzi al TAR Liguria dal Comune di Lerici avverso la Provincia di La Spezia, con cui il Comune chiedeva l'annullamento della deliberazione provinciale di

La Spezia nella parte in cui veniva indicata la società Acam Ambiente s.p.a. quale gestore *in house* del servizio di gestione rifiuti per il Comune di Lerici stesso sino al 31/12/2028.

Ben prima della delibera provinciale, il Comune di Lerici aveva disposto l'affidamento *in house* della gestione del ciclo integrato dei rifiuti nel territorio comunale, per il periodo 2005 - 2028, in favore della società ACAM s.p.a. - a totale partecipazione pubblica e capitale ripartito fra i Comuni interessati,

3. Si veda però l'ordinanza del Consiglio di Stato del 7 gennaio 2019, n. 138 che rimette alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa circa la compatibilità fra le disposizioni nazionali limitative del ricorso all'*in house* providing e le norme europee, che sembrano riconoscere a tale tipologia di affidamenti una valenza del tutto equiordinata rispetto alle altre forme conosciute dall'ordinamento (in primis all'affidamento con gara). L'ordinanza del 6/2/20 con cui la Corte riconosce la legittimità delle norme nazionali che subordinano la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto 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.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=223401&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5818664>

nella quale lo stesso Comune di Lerici deteneva una partecipazione. L'affidamento era stato disposto secondo il modulo dell'*in house* a controllo analogo congiunto, ai sensi della normativa europea e nazionale di riferimento che, nel testo allora vigente, dava in generale competenza ai Comuni in materia di servizi pubblici di rilevanza economica di proprio interesse (art. 113, comma 5, lett. c del D. Lgs. 18.8.2000, n. 267).

*Medio tempore* è intervenuta l'operazione di fusione per incorporazione tra la ACAM spa e la IREN s.p.a., multiservizi pubblica individuata tramite procedura di gara pubblica, che ha dato luogo alla nuova società Acam Ambiente s.p.a.. L'operazione è avvenuta nel quadro dell'art. 1 commi 611 e 612 della L. n. 190/2014, secondo cui gli enti locali sono tenuti ad «... un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse» entro un dato termine, tenendo conto di una serie di criteri indicati in modo espresso, uno dei quali è la «*aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica*».

All'operazione ha trovato applicazione l'art. 3-bis comma 2-bis del D.L. n. **138/2011**, secondo cui «*L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste*».

Poiché l'aggregazione comportava un forte ridimensionamento della quota societaria dei comuni soci di ACAM - tra cui il comune ricorrente -, quest'ultimo deliberava la sottoscrizione dell'accordo di investimento tra IREN ed ACAM soltanto in qualità di socio venditore, senza la successiva sottoscrizione di azioni IREN; successivamente, ritenuto non più strategico il mantenimento di una quota societaria assolutamente minoritaria del capitale sociale della nuova società, ha ceduto la partecipazione in ACAM alla società incorporante IREN, al prezzo di valutazione della **società**.

La Provincia di La Spezia aggiornava quindi il piano d'area provinciale di gestione del ciclo integrato dei rifiuti, indicando la nuova società, Acam Ambiente s.p.a., quale gestore del servizio nel territorio comunale, in forza di affidamento *in house* fino al 31/12/2028.

Il Comune di Lerici allora revocava l'affidamento *in house* del servizio di raccolta e trasporto rifiuti ad ACAM.

Ciò premesso, il Comune lamenta dinanzi al TAR che l'atto di affidamento *in house* deliberato dalla Provincia sia illegittimo e lesivo dei propri interessi, chiedendone l'annullamento o la riforma.

A supporto della propria tesi il Comune adduceva che:

1) la Provincia avrebbe dato atto della prosecuzione dell'affidamento *in house* ad ACAM del servizio di gestione di rifiuti anche con riferimento al Comune di



4. V. D.L. 13 agosto 2011, n. 138, art. 3bis, comma 2bis, secondo cui: «2-bis. L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste. In tale ipotesi, anche su istanza motivata del gestore, il soggetto competente accerta la persistenza dei criteri qualitativi e la permanenza delle condizioni di equilibrio economico-finanziario al fine di procedere, ove necessario, alla loro rideterminazione, anche tramite l'aggiornamento del termine di scadenza di tutte o di alcune delle concessioni in essere, previa verifica ai sensi dell'articolo 143, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, effettuata dall'Autorità di regolazione competente, ove istituita, da effettuare anche con riferimento al programma degli interventi definito a livello di ambito territoriale ottimale sulla base della normativa e della regolazione di settore.».

5. Gli altri Comuni, soci aderenti, invece, hanno ceduto le azioni ACAM da loro possedute ed hanno acquistato, sottoscrivendo un aumento di capitale riservato, una quota corrispondente di azioni IREN: come effetto finale, le azioni ACAM sono diventate azioni IREN e quest'ultima, tramite le controllate dell'ACAM, divenute controllate proprie, ha continuato a gestire i servizi ad esse in origine affidati.



Lerici, senza la preventiva ricognizione – mediante rituale comunicazione di avvio del procedimento - delle statuizioni del comune interessato, che aveva nel frattempo dismesso la partecipazione in ACAM e avviato il procedimento di ritiro della delibera di affidamento *in house* ad ACAM;

2) La delibera provinciale di affidamento presenterebbe profili di illegittimità in ordine

(a) al mancato esercizio delle competenze della Provincia e

(b) alla illegittima intromissione nelle competenze esercitate dal Comune ricorrente;

la Provincia, non avendo ancora individuato il gestore unico d'area, non potrebbe legittimamente statuire sull'esercizio temporaneo della gestione rifiuti, che spetterebbe ai comuni ai sensi dell'art. 198 del D.lgs. 152/2006;

3) a seguito della cessione delle quote di ACAM, il Comune di Lerici non possiede più alcuna partecipazione nella nuova società risultante dalla fusione tra ACAM ed IREN, sicchè la delibera provinciale sarebbe viziata nella parte in cui, con riferimento al Comune di Lerici, avrebbe omesso di considerare l'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto (segnatamente il controllo analogo) rilevanti per la prosecuzione della gestione *in house* del servizio;

4) prorogando l'affidamento alla nuova società fino al 2028, la Provincia violerebbe le direttive regionali, secondo cui non sono praticabili le soluzioni che consentirebbero la prosecuzione dei regimi in economia anche oltre il 2020;

5) l'affidamento provinciale non sarebbe conforme all'art. 3-bis del D.L. 138/2011, in quanto tale norma non deroga in alcun modo alla disciplina normativa sull'*in house providing*, disciplina che presuppone in ogni caso la permanenza del Comune all'interno della compagine sociale del soggetto *in house*, anche in misura minima.

**A seguito di operazioni di riorganizzazione societarie può venir meno il requisito del controllo analogo ponendo il problema della prosecuzione dell'affidamento in essere in capo ad una delle società parte dell'operazione stessa e precludendo il subentro della nuova società**

### 3. La decisione del TAR

Con la sentenza n. 847/2019, il TAR ligure, respingeva il ricorso del Comune, evidenziando come la normativa vigente consentisse il subentro del nuovo soggetto societario nell'affidamento *in house* esistente e pienamente efficace anche dopo il venir meno della partecipazione dell'ente comunale nella società divenuta affidataria:

1) la delibera provinciale su piano dei rifiuti, in quanto atto di pianificazione, ai sensi dell'art. 13 legge n. 241/1990, non è soggetta alle norme generali sulla partecipazione al procedimento amministrativo; inoltre la scelta di mantenere la gestione *in house* da parte della Provincia era dettata dalla legge regionale, che salvaguardava, fino alla scadenza, le gestioni *in house* esistenti affidate dai comuni;

2) per effetto della L.R. Liguria n. 1/2014 ed in applicazione dei principi costituzionali di sussidiarietà e adeguatezza, le funzioni connesse all'affidamento dei servizi in materia di gestione integrata dei rifiuti sono state attribuite alle province, sia a regime (art. 16, comma 2, lett. e) che - in via transitoria - fino all'approvazione dei piani d'area (art. 24 comma 2 secondo alinea della L.R. n. 1/2014); la delibera provinciale risulta conforme anche alla normativa statale di cui all'art. 3-bis comma 1-bis D.L. n. 138/2011, che ha finanche cura di precisare che le deliberazioni degli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali

a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, e di scelta della forma di gestione, «sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali»; 3) in merito ai presupposti di fatto a base

6. Tale omissione comporterebbe infatti la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 Costituzione, dell'art. 113 d.lgs. 267/2000, dell'art. 5 d.lgs. 50/2016 e del d.lgs. 175/2016 nonché la violazione dei principi della concorrenza e della parità di trattamento, di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, eccesso di potere per inesistenza dei presupposti di fatto e/o di diritto.

dell'affidamento provinciale, applicandosi il principio *tempus regit actum*, la gestione *in house* del servizio rifiuti nel comune di Lerici conservava validità ed efficacia sia all'atto dell'entrata in vigore delle leggi regionali che hanno inteso salvaguardare «le scelte di gestione omogenea tra più comuni già operative» (art. 14 comma 6 L.R. n. 1/2014) e - specificamente - quelle *in house* esistenti, sia all'atto della adozione della delibera provinciale impugnata;

4) la prescrizione regionale sulla non praticabilità degli affidamenti in economia anche oltre il 2020 concerne le sole gestioni «in economia», mentre il comune di Lerici non aveva in atto una gestione in economia, bensì *in house*;

5) all'atto dell'adozione del provvedimento impugnato, ACAM era affidataria *in house* del servizio rifiuti per il comune di Lerici con scadenza al 31.12.2018; il successivo venir meno della partecipazione del comune di Lerici in ACAM non renderebbe dunque illegittimo il relativo affidamento *in house* che è stato salvaguardato dalla L.R. n. 1/2014 sul solo presupposto che tale modalità di gestione fosse stata - a suo tempo - effettuata nel rispetto della previgente normativa (nel caso di specie, l'art. 113 comma 5 lettera c del D. Lgs. n. 267/2000).

#### 4. L'appello al Consiglio di Stato

Contro la decisione del TAR il Comune di Lerici ricorre al Consiglio di Stato, che, con l'ordinanza del 18/11/2020 n. 7161, chiede l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, su istanza dello stesso Comune, al fine di accertare la compatibilità con le norme europee in tema di *in house* delle norme nazionali nella parte in cui consentono di continuare una gestione originariamente affidata *in house* quando i relativi presupposti, in particolare

quello del controllo analogo, non sussistano più.

La posizione del Comune si basa sulla violazione dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 4 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 (cd. Testo unico sulle società partecipate) per cui l'originario affidamento *in house* del servizio non avrebbe potuto essere mantenuto dalla Provincia in quanto dello stesso non esistevano più i presupposti:

- il servizio di gestione dei rifiuti urbani nel Comune ricorrente, a suo tempo affidato legittimamente *in house* alla ACAM S.p.a. (con controllo analogo congiunto), viene ora affidato alla IREN, e per essa alla sua controllata, senza che rispetto a nessuna di queste due società il controllo analogo più sussista;

- le azioni ACAM, già di proprietà del Comune ricorrente, sono diventate azioni IREN, e i presupposti del controllo analogo congiunto sono scomparsi già in questo momento. Infatti, la partecipazione nella IREN ha peso irrilevante, comunque non tale da potere influenzare le scelte della società in questione, la quale oltretutto, opera in tutta Italia, e quindi anche in aree del tutto estranee alla Provincia di La Spezia. Va inoltre considerato che la IREN è una società quotata sicché la presenza di privati nel suo capitale è normale e fisiologica. Nel momento poi in cui il Comune ha ceduto la propria partecipazione nella IREN così acquisita è venuto a mancare qualsiasi collegamento - e quindi, ogni possibile controllo - del Comune sulla società stessa.

Nella situazione descritta, la Provincia di La Spezia, con l'atto impugnato, ha disposto l'affidamento del servizio per il Comune ricorrente in via diretta, senza procedere ad alcuna gara: secondo la tesi sostenuta dal Comune, ciò realizzerebbe un affidamento diretto illegittimo, per mancanza - sopravvenuta, in questo caso - dei requisiti

7. L'articolo 4, comma 1, del Testo unico sulle società partecipate stabilisce che «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non direttamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». La Corte di Giustizia - interpellata con ordinanza del Consiglio di Stato, V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138 - ha chiarito, con ordinanza del 6/2/2020, cause riunite C-89/19 e C-91/19, che è legittima la normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici.

dell'affidamento *in house*. In questo quadro - ritiene il Consiglio di Stato - il Comune avrebbe interesse ad impugnare l'affidamento diretto perché è suo interesse che il servizio nel proprio territorio sia gestito in modo legittimo.

Per contro, le resistenti deducevano che la selezione di IREN come società incorporante, in quanto effettuata tramite gara, soddisferebbe i requisiti necessari per proseguire il servizio, sicché non vi sarebbe alcun affidamento diretto senza i presupposti dell'*in house*.

Secondo questa prospettazione, la procedura pubblica con cui si è scelto il partner per l'aggregazione (ossia la IREN) avrebbe dato luogo anche all'affidamento del servizio, disposto quindi a monte dalla gara esperita e non dalla delibera provinciale successiva. Se è vero che la gara non aveva, all'evidenza, per oggetto l'affidamento del servizio in questione, tuttavia, secondo le resistenti, si può ragionevolmente sostenere che lo comprendesse indirettamente, in base al principio logico e pratico per cui nel più sta il meno. Accogliendo la tesi della Provincia, non si configurerebbe alcun affidamento diretto illegittimo.

La questione è sicuramente rilevante ai fini della decisione: se fosse corretta la tesi sostenuta dal Comune appellante, andrebbe accolto il ricorso di primo grado, con annullamento dell'atto di affidamento impugnato. Di conseguenza la Provincia, competente in base alla legge regionale citata, dovrebbe disporre un nuovo affidamento in modo legittimo, quindi o mediante pubblica gara oppure mediante affidamento *in house* a soggetto che ne abbia i requisiti.

Seguendo invece la tesi opposta, il motivo di appello andrebbe respinto, perché l'affidamento sarebbe stato disposto in modo legittimo.

A prescindere da ogni considerazione nel merito, il Supremo giudice amministrativo si vede costretto a disporre il rinvio alla Corte europea e la conseguente sospensione del giudizio in quanto, ai sensi dell'art. 267 comma 3 TFUE, il Consiglio di Stato è giurisdizione nazionale di ultima istanza. Il rinvio è preceduto da una rapida disamina della normativa e della giurisprudenza rilevanti. Il punto di partenza della analisi del giudice amministrativo è la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, e

il Testo Unico sulle società partecipate, che, all'art. 2 comma 1 lettere c) e d), definisce il controllo analogo e il controllo analogo congiunto; norme, queste, che - ricorda il Consiglio di Stato - sono soltanto ricognitive di un istituto già esistente in via giurisprudenziale.

Sul piano nazionale, invece, il Consiglio di Stato rammenta, innanzitutto, che l'art. 113 del TUEL consentiva l'affidamento *in house* e che tale norma era vigente all'epoca dell'affidamento *in house* disposto dal Comune di cui si tratta (2005): di qui la possibilità per gli enti locali di affidare il servizio costituendo a tale scopo una società di capitali a partecipazione pubblica. Successivamente è intervenuta la norma nazionale sulla gestione integrata dei rifiuti urbani ossia l'art. 200 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, ai sensi del quale il servizio è gestito dalle Regioni, che vi procedono individuando ambiti territoriali ottimali ed hanno potestà legislativa integrativa al riguardo. Si richiama quindi il quadro regionale, evidenziando che la Regione Liguria (con la L.R. n. 1/2014) ha previsto che gli ambiti territoriali coincidano con le Province, le quali gestiscono il servizio per i Comuni che ne fanno parte. Tali enti devono provvedere necessariamente all'affidamento o per pubblica gara o *in house* nei casi in cui esso è consentito.

La ricognizione normativa del Supremo Giudice amministrativo si conclude con il richiamo alle norme in tema di partecipazioni societarie pubbliche: il Consiglio di Stato ricorda, nella specie, l'art. 1, commi 611 e 612, della L. n. 190/2014, nonché il già citato art. 3 bis comma 2 bis D.L. n. 138/2011, che ha previsto la continuità di gestione fra l'originario affidatario e il soggetto a lui subentrato.

## 5. Il rinvio alla Corte di giustizia

Delineato il quadro normativo, il Supremo Giudice mostra chiaramente di aderire alla posizione della Provincia e delle altre resistenti, pur riconoscendo, tuttavia, a giustificazione forse di una maggior cautela da utilizzare, che nella giurisprudenza amministrativa non esistono precedenti sul punto: l'attenzione deve porsi sul momento concorrenziale, che si raggiunge, in termini sostanziali, quando più operatori competono, o possono competere, per assicurarsi il relativo mercato nel periodo di riferimento, «independentemente dalla

qualificazione giuridica dello strumento con il quale ciò avviene».

In questo senso, argomenta il Consiglio di Stato, «è irrilevante che l'affidamento di un dato servizio, nella specie quello relativo al Comune ricorrente appellante, avvenga per mezzo di una gara il cui oggetto è quel singolo servizio - isolatamente considerato ovvero assieme ai servizi per gli altri comuni dell'ambito - ovvero avvenga mediante una gara il cui oggetto è l'attribuzione del pacchetto azionario della società che tali servizi svolge, perché in entrambi i casi la concorrenza è garantita. Si sarebbe nella sostanza di fronte ad un fenomeno simile a quello del negozio indiretto, a titolo di esempio come nel caso in cui, invece di cedere un immobile con un contratto di compravendita, si preferisca cedere il pacchetto azionario della società che ne è proprietaria: il risultato economico finale è il medesimo, e quindi è corretto, in linea di principio, che le operazioni siano soggette alla stessa disciplina».

In altri termini, l'aggregazione societaria non deve eludere il meccanismo della gara per l'affidamento dei servizi. Ma se una gara «a monte» per la scelta del partner in funzione dell'aggregazione stessa sia stata esperita, allora sarebbe legittimo il mantenimento degli affidamenti in capo al nuovo soggetto. Il Consiglio di Stato sembrerebbe qui riferirsi alla giurisprudenza europea sulla cd. gara a doppio oggetto, basata su una sostanziale equiparazione/assimilazione tra la gara per la scelta del socio e la gara per l'affidamento del servizio, sebbene non se ne faccia alcuna menzione nell'ordinanza.

In questo caso, viene in considerazione una società mista, l'affidamento alla quale è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto<sup>8</sup>.

Tuttavia la fattispecie resterebbe problematica laddove, all'esito dell'aggregazione, venissero meno i requisiti che legittimano l'affidamento del servizio.

Ad ogni modo, il Consiglio di Stato, stante l'espressa istanza del ricorrente, ritiene necessario, in conclusione, sollevare questione di pregiudizialità chiedendo alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, di pronunciarsi sul quesito:

- se l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 osti ad una normativa nazionale la quale imponga un'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a seguito della quale l'operatore economico succeduto al concessionario iniziale a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, prosegua nella gestione dei servizi sino alle scadenze previste, nel caso in cui:

(a) il concessionario iniziale

sia una società affidataria in house sulla base di un controllo analogo pluripartecipato;

(b) l'operatore economico successore sia stato selezionato attraverso una pubblica gara;

(c) a seguito dell'operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistano rispetto a taluno degli enti locali che hanno in origine affidato il servizio di cui si tratta.

**Alla Corte di Giustizia UE si chiede se sia legittima la prosecuzione nell'affidamento in house da parte dell'operatore economico risultante da una aggregazione con la società originaria affidataria, il quale sia stato selezionato con procedure trasparenti, laddove vengano meno i requisiti del controllo analogo pluripartecipato che caratterizzavano l'affidamento originario**



8. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset.



# Possibilità di escussione delle garanzie fideiussorie: obbligo per le Stazioni appaltanti e facoltà per i Comuni

di Sonia Lazzini

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premessa

Prima di tutto una precisazione sul titolo del presente articolo.

L'oggetto delle nostre riflessioni verrà concentrato sulle possibilità di escussione delle garanzie fideiussorie provvisorie, con beneficiarie le Stazioni appaltanti, ma anche relativamente alle concessioni edilizie, con beneficiari i Comuni.

All'intero di questa distinzione, c'è appunto una profonda differenza per quanto concerne l'escussione delle relative garanzie, in che senso?

Mentre negli appalti pubblici, al manifestarsi di alcune situazioni, la giurisprudenza considera un OBBLIGO la richiesta di quanto dovuto garantito (sia con cauzione che con fideiussione), nelle concessioni edilizie questa possibilità risulta essere una facoltà.

Ovviamente queste considerazioni non sono mere osservazioni di chi scrive, ma vengono esposte in tre adunanze plenarie del Consiglio di Stato che sono:

per quanto concerne l'escussione della garanzia provvisoria:

Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero 8 del 4 maggio 2012

Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero 34 del 10 dicembre 2014

per quanto concerne l'escussione della garanzia per le concessioni edilizie:

Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero 24 del 7 dicembre 2016

Vedremo come la successiva giurisprudenza ha sempre fatto riferimento agli importanti principi in esse contenuti.

Partiamo quindi dal problema dell'eventuale obbligo di escussione nelle concessioni edilizie.

**1. Il Comune può esigere il pagamento dei contributi ancora dovuti con la maggiorazione delle sanzioni per omesso o ritardato pagamento, pur non avendo mai provveduto all'escussione della garanzia fideiussoria né altrimenti sollecitato il debitore al pagamento di quanto ancora dovuto**

La questione principale è se, alla scadenza dei termini previsti per il pagamento rateale del contributo di costruzione, sia individuabile un onere collaborativo in capo alla Amministrazione concedente, desumibile dai principi generali in tema di buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori di matrice civilistica ovvero dal principio di leale collaborazione proprio dei rapporti intersoggettivi di diritto pubblico, che si spinga fino al punto di ritenere che l'Amministrazione sia obbligata alla sollecita escussione della garanzia fideiussoria, al fine di non aggravare la posizione del soggetto obbligato, tenuto altrimenti al pagamento (oltre che delle rate non corrisposte) delle sanzioni di legge per omesso o ritardato pagamento.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (numero 24 del 7 dicembre 2016) non ha dubbi relativamente alle disposizioni del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) ed infatti valga il seguente principio di diritto:

**<<Un'amministrazione comunale ha il pieno potere di applicare, nei confronti dell'intestatario di un titolo edilizio, la sanzione pecuniaria prescritta dalla legge per il caso di ritardo ovvero di omesso pagamento degli oneri relativi al contributo di costruzione anche ove, in caso di pagamento dilazionato di detto contributo, abbia omesso di escutere la garanzia fideiussoria in esito alla infruttuosa scadenza dei singoli ratei di pagamento ovvero abbia comunque omesso di svolgere attività sollecitatoria del pagamento presso il debitore principale>>.**

Questo il ragionamento giuridico che ha portato ad una tale affermazione:

Prima di tutto, il mancato pagamento del contributo di costruzione, quale prestazione patrimoniale imposta funzionale a remunerare l'esecuzione di opere pubbliche, legittima l'amministrazione all'applicazione di sanzioni pecuniarie crescenti

in rapporto all'entità del ritardo e, in caso di persistenza dell'inadempimento, alla riscossione del contributo e delle sanzioni secondo le norme vigenti in materia di riscossione coattiva delle entrate

Non va dimentico che la disposizione (art. 16 d.P.R. cit.) che prevede il meccanismo della prestazione della garanzia per il caso di pagamento rateale del contributo di costruzione, sia alla disposizione (art 42, d.P.R. cit.) che disciplina le sanzioni per l'omesso o ritardato pagamento.

Importante è cogliere il fatto che nessuna di tali disposizioni consente di enucleare elementi letterali da cui desumere, anche indirettamente, la sussistenza di un onere collaborativo, o soltanto sollecitatorio dell'adempimento, a carico della amministrazione creditrice del contributo, una volta che siano venuti a scadenza i termini per il pagamento.

Inoltre la fonte normativa che attribuisce al Comune la facoltà richiedere garanzia all'intestatario di un titolo edilizio cui sia stato accordato il beneficio della rateizzazione del contributo di costruzione nulla prevede riguardo all'ipotizzato **dovere dell'amministrazione di attivarsi al più presto per la escussione della garanzia fideiussoria.** Orbene, viene segnalato nella citata adunanza plenaria "anche dalla portata letterale delle disposizioni che integrano il regime sanzionatorio, si evince come l'applicazione dell'aumento di contributo sia correlata al fatto in sé del suo mancato o non puntuale pagamento da parte dell'obbligato, **senza distinzione alcuna, sul piano delle conseguenze del meccanismo sanzionatorio, tra l'ipotesi dell'obbligazione del solo debitore e quella in cui sia stata prestata una garanzia fideiussoria accessoria per il pagamento del suddetto contributo.**

E soprattutto, ciò che appare davvero dirimente, è che la norma sanzionatoria non riconnette rilevanza alcuna ai comportamenti delle parti diverse dal debitore principale (e cioè della amministrazione e del fideiussore) antecedenti al fatto-inadempimento. **Ciò che unicamente rileva, nella logica della norma sanzionatoria, è il semplice mancato pagamento della rata di contributo imputabile al debitore principale.**

L'argomento esegetico-letterale depone pertanto

per l'insussistenza di un dovere di "soccorso" dell'amministrazione comunale nei confronti del beneficiario di un titolo edilizio in ritardo nel pagamento del contributo di costruzione. **Per contro, sempre sulla base del tenore letterale delle richiamate disposizioni, l'amministrazione è tenuta, trattandosi di attività vincolata prevista direttamente dalla fonte normativa di rango primario (che trova applicazione ove la regione non abbia diversamente articolato l'entità delle sanzioni nel rispetto dei parametri fissati dalla legge nazionale), all'applicazione delle sanzioni alla scadenza dei termini di pagamento, senza potersi sottrarre al potere-dovere di aumentare, in funzione sanzionatoria, l'importo del contributo dovuto."**

Di conseguenza, si può affermare che **risulta sfornita di base normativa ogni opzione interpretativa che corredi il potere sanzionatorio del comune al previo esercizio dell'onere di sollecitazione del pagamento presso il debitore principale ovvero presso il fideiussore.**

Pertanto, continuano i giudici di Palazzo Spada, "In tale sistema, l'amministrazione comunale, allo scadere del termine originario di pagamento della rata **ha solo la facoltà di escutere immediatamente il fideiussore onde ottenere il soddisfacimento del suo credito**; ma ove ciò non accada, l'amministrazione avrà comunque il dovere/potere di sanzionare il ritardo nel pagamento con la maggiorazione del contributo a percentuali crescenti all'aumentare del ritardo".

In definitiva, **la facoltà per l'amministrazione di escutere direttamente il fideiussore (nei casi, quali quello di specie, in cui non è stato convenuto il beneficium excussionis) non può tradursi, in difetto di espressa previsione normativa, in una decadenza dell'amministrazione dal potere di sanzionare il pagamento tardivo dell'obbligato, essendo tale potere incondizionatamente previsto.**

Inoltre è importante sottolineare che ove sia costituita a richiesta della amministrazione, la garanzia fideiussoria, quale obbligazione accessoria di quella principale, **è prestata nell'interesse esclusivo dell'ente locale, al fine di offrire maggiori garanzie di soddisfacimento del**

**gettito relativo alla speciale entrata di diritto pubblico di che trattasi (i.e. il pagamento del contributo di costruzione) e rappresenta, ex latere debitoris, l'onere correlato al beneficio della rateizzazione del pagamento.**

Osserva l'Adunanza plenaria che, nella fattispecie in esame, l'applicazione dei canoni civilistici della correttezza e della buona fede nell'adempimento delle obbligazioni ed in sede di esecuzione contrattuale (artt. 1175 e 1375 cod.civ.), ove anche applicati allo speciale rapporto che lega - in posizione non paritetica - l'Amministrazione che rilascia il titolo edilizio ed il privato cittadino (cui viene imposto il pagamento dei relativi oneri) non potrebbe condurre a conclusioni diverse da quelle fin qui esposte.

Non è pertanto esigibile, neanche secondo i canoni del diritto civile, un onere collaborativo a carico dell'amministrazione creditrice tale per cui la stessa possa essere giuridicamente tenuta a sollecitare il pagamento del credito alla scadenza del termine ovvero ad escutere tempestivamente (e necessariamente) l'obbligazione fideiussoria prestata in suo favore. **E, d'altra parte, anche secondo i canoni civilistici, il creditore non è onerato, e ancor meno obbligato, ad escutere preventivamente il fideiussore prima di agire nei confronti del debitore (salvo che non si rinvenga una clausola contrattuale in tal senso).**

Ma non solo, viene sottolineato sempre nell'Adunanza plenaria del 2016 "Anche il richiamo al capoverso dell'art. 1227 cod. civ. è fuorviante e non vale a costituire una valida base giuridica per l'individuazione di un onere collaborativo della amministrazione comunale nell'immediata attuazione del rapporto obbligatorio onde non aggravare la posizione del debitore.

Ed invero viene qui facile osservare come la maggiorazione del contributo di costruzione in ragione del ritardo nel pagamento prevista dal richiamato art. 42 d.P.R. n. 380 del 2001 (e dalle analoghe disposizioni normative precedenti) non ha natura risarcitoria o corrispettiva, bensì di sanzione pecuniaria nascente al momento in cui diviene esigibile la sanzione principale.

Orbene, l'onere di diligenza che la appena richiamata disposizione del codice civile, ispirata

a principi di solidarietà sociale, fa gravare sul creditore si iscrive nella ben distinta fattispecie del concorso del fatto colposo del creditore nella causazione di un danno.

Nel caso in esame, non sarebbe corretto sul piano giuridico configurare alla stregua di un fatto colposo la mancanza di sollecitudine della amministrazione creditrice nell'agire a tutela del proprio credito (in senso non diverso, Corte cost. n. 308 del 1999). Del pari non corretta sarebbe l'assimilazione delle sanzioni pecuniarie derivanti *ex lege* dal mancato pagamento imputabile esclusivamente al debitore ai danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza."

(...)

Anche in ragione di tanto, e cioè del rapporto non corrispettivo delle prestazioni delle parti, non sarebbe esigibile a carico dell'amministrazione un onere di verifica riguardo al puntuale pagamento, nel rispetto delle scadenze fissate per le singole rate, del contributo di costruzione (nelle suindicate sue componenti), **né sarebbe esigibile la tempestiva escussione della garanzia fideiussoria pena, altrimenti, la decadenza dal potere sanzionatorio."**

Questi importanti principi sono stati condivisi dal Consiglio di Stato in una recentissima sentenza (numero 229 del 7 gennaio 2021) di cui riportiamo un significativo passaggio:

"Va, in primo luogo, sottolineato come, a garanzia degli importi dovuti per gli oneri relativi alla rilasciata concessione, la società odierna appellata **abbia presentato polizza fideiussoria, recante indicazione dell'espressa rinuncia, da parte del fideiussore, al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e del conseguente obbligo di versare l'importo della cauzione a semplice richiesta del comune concedente.**

Tale previsione convenzionale evidenzia, quindi, **la prestazione di una garanzia riferibile alla figura del c.d. contratto autonomo di garanzia** (Garantievertrag).

L'interpretazione delle anzidette clausole induce, infatti, a ritenere che le parti abbiano inteso supportare l'adempimento (inerente il pagamento degli oneri concessori accessivi al rilascio di

concessione edilizia) con una garanzia di carattere autonomo.

**Si è, quindi, dinanzi ad una garanzia che mira a tutelare il creditore per l'inadempimento; e non, al contrario, dinanzi ad una garanzia di tipo satisfattorio caratterizzata dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto.**

Quanto sopra precisato con riferimento alla natura della garanzia prestata in favore dell'appellata, va rammentato come l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (sentenza 7 dicembre 2016, n. 24), abbia rilevato che l'Amministrazione comunale ha il pieno potere di applicare, nei confronti dell'intestatario di un titolo edilizio, la sanzione pecuniaria prescritta dalla legge per il caso di ritardo, ovvero di omesso pagamento degli oneri relativi al contributo di costruzione, anche ove, in caso di pagamento dilazionato di detto contributo, abbia omesso di escutere la garanzia fideiussoria in esito alla infruttuosa scadenza dei singoli ratei di pagamento, ovvero abbia comunque omesso di svolgere attività sollecitatoria del pagamento presso il debitore principale.

Non può predicarsi, per l'effetto, l'esistenza di un onere collaborativo gravante sull'Amministrazione creditrice, desumibile dai principi generali in tema di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori di tipo civilistico o dal principio di leale collaborazione proprio dei rapporti intersoggettivi di diritto pubblico, **consistente in un obbligo di pronta escussione della garanzia fideiussoria costituita in suo favore, ovvero di sollecitazione del pagamento presso il debitore principale."**

## **2. Negli appalti pubblici, invece, l'escussione della garanzia provvisoria è un atto dovuto**

Ricordiamo la norma: il sesto comma dell'articolo 93 del codice dei contratti prevede che:

"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 [...] a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione vi sarà



l'escussione della garanzia provvisoria".

Giunge a proposito quanto sancito dal Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 5517 del 24 novembre 2020: "l'art. 93 comma 6 d.lgs. n. 50/16, nella versione applicabile *ratione temporis* ovvero dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 56/17, stabilisce che la garanzia provvisoria "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

Proprio la disposizione in esame colloca l'escussione della garanzia provvisoria nella fase successiva all'aggiudicazione e prima della stipula del contratto.

In quest'ottica, l'art. 93 comma 6 d.lgs. n. 50/16 deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 36, comma 6 e 85, comma 5 e, soprattutto, 32 d.lgs. n. 50/16 che prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario.

Pertanto, nella sequenza procedimentale prefigurata dall'art. 32, commi 5 e seguenti d.lgs. n. 50/16 l'aggiudicazione, dopo la sua adozione, richiede l'espletamento di un'ulteriore fase avente ad oggetto la verifica dei requisiti e condizionante l'efficacia dell'aggiudicazione stessa e la conseguente decorrenza del termine per la stipula del contratto.

È in questa fase che, secondo il disposto dell'art. 93, comma 6 d.lgs. n. 50/16, opera la garanzia provvisoria, che, nella previsione legislativa, sanziona le ipotesi in cui non sia stato possibile, "dopo l'aggiudicazione" (inciso espressamente previsto dall'art. 93 d.lgs. n. 50/16 e mancante nel previgente art. 75 d.lgs. n. 163/06), pervenire alla sottoscrizione del contratto per fatto oggettivamente imputabile al concorrente, come nella specie accertato.

Anche in questo caso ci comunque possiamo riferire ad quanto sancito dal Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (numero 8 del 4 maggio 2012) per la quale "la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto

dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali".

In tempi recenti, per il Consiglio Di Giustizia Amministrativa Per La Regione Siciliana (sentenza numero 54 del 21 gennaio 2021):

"all'escussione della garanzia di cui all'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 è riconducibile una funzione di tutela della stazione appaltante per l'eventualità che non si arrivi alla stipula del contratto per fatto imputabile al partecipante alla gara".

Per riassumere:

- L'incameramento della cauzione provvisoria rappresenta una conseguenza automatica della esclusione e, come tale, non suscettibile di valutazione discrezionale con riguardo al caso concreto e, in particolare, alle ragioni meramente formali o sostanziali che l'amministrazione abbia posto a giustificazione dell'esclusione medesima.
- L'incameramento della garanzia provvisoria è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza *ex lege* dell'esclusione, senza che sia necessaria la prova della colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate
- L'escussione costituisce conseguenza automatica della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, considerato anche che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, si impegnano ad osservare le regole della procedura di cui hanno piena contezza.
- Si tratta di una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, a un distinto, per quanto connesso, rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore (tanto che si ammette l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa).
- L'incameramento della cauzione provvisoria è una misura di carattere strettamente patrimoniale, senza una portata sanzionatorio-amministrativa nel senso proprio: non ha infatti né carattere reintegrativo o ripristinatorio di un ordine violato, né di punizione per un illecito amministrativo previsto a tutela di un

interesse generale. Essa ha il suo titolo e la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati negli stretti confronti dell'amministrazione appaltante. La lata funzione sanzionatoria dunque, inerisce al solo rapporto che si è costituito *inter partes* con l'amministrazione appaltante per effetto della domanda di partecipazione alla gara: si riferisce perciò all'interesse pubblico della stazione appaltante e non all'interesse generale.

Peraltro, nelle gare pubbliche l'incameramento della cauzione provvisoria **deve essere disposta** in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario. Infatti, la cauzione provvisoria ha la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta.

Inoltre l'incameramento della cauzione provvisoria, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre tutte le ipotesi i cui sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali.

E con questa ultima affermazione si apre un'altra discussione importante.

**3. Negli appalti pubblici, solo se previsto dalla *lex specialis* di gara, l'escussione può avvenire anche nei confronti dei partecipanti (a copertura della loro responsabilità precontrattuale)**

Per affrontare questo ulteriore argomento, dobbiamo partire dalla massima dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero 34 del 10 dicembre 2014.

**<<È legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici>>.**

Sulla base di questo insegnamento, è importante riportare il pensiero espresso dal Tar Roma in

un'ultima sentenza (numero 921 del 25 gennaio 2021) che ancorchè si riferisca alla precedente normativa, risulta comunque di stretta attualità: "Va premesso che, come plausibilmente dedotto dalla difesa erariale, a seguito della riammissione alla gara, disposta da Consip con nota prot. n. 12405 del 16/04/2018, in ottemperanza all'ordinanza del Consiglio di Stato, e a valle delle successive operazioni di gara, la ricorrente è risultata prima nella graduatoria di merito dei lotti 4, 9 e 10; con la conseguenza che, nel caso di specie, per ciò che concerne i lotti 4, 9 e 10, rileva l'ipotesi di colui il quale, trovandosi nella posizione di "aggiudicatario sostanziale", causa la mancata aggiudicazione definitiva e la mancata stipula del contratto per fatto a sé addebitale, attesa l'accertata carenza del requisito di cui all'art. 38 comma 1 lett. f) d.lgs. n.163/2006 in capo al Consorzio.

Ma se anche così non fosse rileva in via assorbente la circostanza che l'esponente, pur ancora semplice "concorrente" (in mancanza di un provvedimento di aggiudicazione formale), rientra certamente nel raggio di operatività del citato paragrafo 11.9 del Disciplinare di gara, **laddove prevede l'escussione nell' "ipotesi di mancato possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 in capo al concorrente non aggiudicatario"**.

Nella legge di gara, Consip ha utilizzato una peculiare formulazione, integrando il disposto letterale dell'art. 75 comma 6 D.Lgs. n.163/2006, al fine precipuo di modellare la disciplina in senso più rigoroso, **così prevedendo l'escussione delle cauzioni provvisorie anche nella specifica ipotesi di un concorrente non aggiudicatario che viene escluso dalla gara per un fatto a sé imputabile, compresa in via principale ed assorbente l'ipotesi della perdita di un requisito di ordine morale ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.**

Vale sul punto rammentare quanto disposto dalle note decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, n. 34 del 2014 e n. 5 del 2016.

L'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 8 del 2012 aveva, infatti, riconosciuto che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria poteva trovare fondamento anche nell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, che riguardava tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del

contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per "fatto dell'affidatario" qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e tra cui anche, come nel caso di specie, il difetto di un requisito di ordine generale.

Del resto, nelle gare pubbliche **l'escussione della cauzione è conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente**, tenuto conto del fatto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura; si tratta, perciò, di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri espressamente accettati (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2017, n. 1172).

Secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 34/2014, **l'incameramento della cauzione provvisoria può essere disposto anche per difetto dei requisiti generali ex art. 38, dal momento che la finalità della cauzione è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta.**

**L'escussione, dunque, costituisce la conseguenza (automatica) della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente. In ragione della suddetta "natura", l'escussione della cauzione può essere disposta dalla stazione appaltante non solo per difetto dei requisiti speciali ma anche dei requisiti generali, e non solo nei confronti dell'aggiudicatario ma anche nei confronti di tutti i concorrenti.**

Alla luce di ciò, la Plenaria n. 34/2014 ha concluso per **la "legittimità (della previsione nei bandi della "sanzione") dell'incameramento della cauzione provvisoria in caso di mancanze relative ai requisiti generali di cui all'art.38, riferibili a tutti i concorrenti e non al solo aggiudicatario".**

Considerato che la *lex specialis* di gara prevedeva espressamente il caso della mancata stipula per fatto del concorrente e che, dunque, sussiste l'obbligo di procedere ad escussione, **cade anche la censura di difetto di motivazione,**

**trattandosi di atto vincolato nell'an e nel quomodo.**

Va evidenziato **che la previsione della legge di gara era di portata inequivoca e che la stessa è stata accettata dal concorrente**, il quale ha presentato la domanda di partecipazione e ha prestato la dovuta garanzia, ben consapevole del fatto che se fosse stato escluso (sia in quanto aggiudicatario, sia in quanto mero concorrente, privo dei requisiti di ordine morale), sarebbe stato soggetto alla escussione automatica della garanzia.

Non può seguirsi il ragionamento dell'esponente laddove deduce che, ai fini di escutere, non sarebbe sufficiente l'assenza del requisito di cui all'art.38 d.lgs. n.163/2006, ma occorrerebbe un *quid pluris*, ovvero anche il mendacio o dichiarazioni inesatte o reticenti.

Deve ribadirsi che la *lex specialis* di gara consentiva espressamente l'escussione della cauzione provvisoria per ogni fatto idoneo a precludere la stipulazione della convenzione, ivi compresa la mancanza relativa ai requisiti generali di cui all'art.38 nei confronti di tutti i "concorrenti", e dunque non solo di quelli collocati in posizione utile in graduatoria; gli stessi artt. 48 e 75 del d.lgs. n.163/2006, come correttamente letti ed interpretati dall'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato postulano l'escussione della cauzione sia per l'ipotesi di riscontrata mancanza dei requisiti di ordine speciale, sia per la mancanza dei requisiti di ordine generale. L'incameramento della cauzione costituisce, dunque, una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione per il riscontro del difetto dei requisiti dichiarati** (v.Tar Lazio nn. 2591/2019, 9854/2019, 12329/2019).

Alla luce di quanto sopra deve pure respingersi la taccia di illegittimità del disciplinare sul punto, come censurato nel secondo motivo del ricorso introduttivo.

6. Per mezzo di ulteriore doglianza, l'istante assume poi che l'escussione non poteva essere disposta in quanto la causa di esclusione di cui all'art. 38, co. 1 lett. f) sarebbe strutturalmente incompatibile con l'incameramento automatico delle cauzioni provvisorie.

Il motivo è palesemente infondato.

Come correttamente dedotto dalla difesa erariale, Consip ha escusso le cauzioni nel rispetto di quanto previsto nella lex specialis di gara e in ottemperanza ad un dispositivo di sentenza che ha accolto solo la censura sul mendacio formulata dall'istante, respingendo tutti gli altri motivi di ricorso, **ivi incluso quello sull'escussione della cauzione, sul solco, peraltro, di un orientamento giurisprudenziale pacifico che sancisce l'automatismo tra esclusione ed escussione, prescindendo dalla tipologia (tassativa o facoltativa) della causa che l'ha determinata e dalla necessità di motivare il provvedimento, trattandosi di atto consequenziale.**

Solido è del resto l'orientamento dell'adito TAR, il quale ha già rilevato (v. sentenza n. 2491/2019) che, "... dall'esclusione per mancanza del requisito di ordine generale consegue in via automatica l'escussione della cauzione provvisoria, quale conseguenza diretta della violazione del patto di integrità e delle regole di gara cui è soggetto il partecipante; pertanto non possono rilevare in alcun modo gli stati soggettivi del concorrente in ordine alle circostanze che hanno determinato l'atto di esclusione."

(...)

**Detto altrimenti, la conseguenza automatica della escussione della garanzia vale ugualmente, sia in caso di esclusione obbligatoria, sia in caso di esclusione fondata su "concetti giuridici indeterminati" (quale tipicamente è quello del "grave errore professionale" ovvero del "grave illecito professionale" previsto dal nuovo Codice), laddove si tratti di provvedimento legittimo e confermato in esito al sindacato giudiziale. Il fenomeno è del resto quello usuale, in virtù del quale l'amministrazione sussume nella fattispecie astratta il caso concreto, secondo una spendita di potere che è soggetta a sindacato giudiziario e dunque certo non è senza controlli. "**

Per concludere, anche la Consulta (ordinanza numero 211 del 4 luglio 2011 pronunciata dalla Corte Costituzionale) ritiene che:

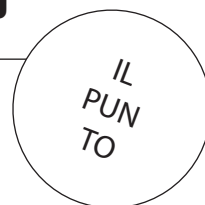
"la cauzione provvisoria **«si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche»**; è congruente rispetto alla funzione di garantire serietà ed affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante, tenuto conto che l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza "



# L'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto-soglia nell'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni.

Spunti di riflessione alla luce della sentenza del TAR Piemonte del 17 novembre 2020 e del Parere precontenzioso ANAC n. 797 del 14 ottobre 2020

di Ilenia Paziani



## Introduzione: l'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto-soglia

L'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia comunitaria era già prevista dalla versione originaria dell'articolo 97 del Codice dei Contratti Pubblici, il quale al comma 8 prevedeva che *"Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci"*.

L'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse risultava quindi **una facoltà** esercitabile dalla stazione appaltante laddove si trattasse:

- di una procedura sotto soglia,
- da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso
- e nel caso in cui fossero state presentate un numero di offerte superiore a dieci.

La disposizione è stata modificata con il c.d. Decreto Sblocca-cantieri (d.l. n. 32/2019), il quale ha previsto, da un lato, il criterio del prezzo più basso come regola generale per i contratti sotto soglia, dall'altro lato, l'esclusione automatica delle offerte anomale come **obbligatoria**, in caso di:

- di appalti sotto soglia,
- da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso,
- che non abbiano rilevanza transfontaliera,
- e laddove siano state ammesse in gara un numero di offerte superiore a dieci.

**In altri termini, l'articolo 97 comma 8, così come modificato dallo Sblocca Cantieri non può etero-integrare la disciplina di gara che non prevede espressamente l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, nemmeno nel caso in cui ricorrano tutte le altre condizioni di legge.**

L'articolo 97, modificato dallo Sblocca-cantieri ha precisato inoltre che *"la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci"*.

Oltre alle condizioni sopra elencate, secondo il DL Sblocca-cantieri, risulta quindi necessario che la stazione appaltante abbia previsto, a monte, nella legge di gara che intende avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

### 1. L'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni

Quanto sopra evidenziato costituisce il quadro legislativo ad oggi vigente, tuttavia occorre precisare che l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisce anche una delle misure indicate dal DL Semplificazioni (d.l. n. 76/2020 convertito dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120) per lo snellimento delle procedure di gara.

In particolare, l'articolo 1 del DL Semplificazioni, rubricato "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia" prevede che, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021, le stazioni appaltanti procedono:

(i) con affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro;

(ii) con procedura negoziata senza bando, e previa consultazione di almeno cinque operatori, per i servizi e forniture sino alla soglia comunitaria. Inoltre, laddove le stazioni appaltanti procedano con procedura negoziata senza bando sulla base del criterio del prezzo più basso, **si applica l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2bis e 2ter del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque (comma 3).**

Rispetto alla disciplina "ordinaria" (nel senso di disciplina non emergenziale) prevista dal Codice dei Contratti pubblici, l'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni presenta le seguenti differenze:

- In primo luogo, il numero minimo di offerte per l'operatività dell'esclusione automatica è stato abbassato, passando da 10 a 5 offerte presentate.
- In secondo luogo, non è previsto alcun riferimento all'operatività dell'esclusione automatica solo in caso di appalti che non abbiano rilevanza transfrontaliera.

- In terzo luogo, rispetto all'articolo 97 comma 8 del Codice non viene espressamente previsto che la clausola debba essere inserita a monte nel bando di gara.

Come è noto, il mancato riferimento alla rilevanza transfrontaliera pone senz'altro dubbi di compatibilità della norma con il diritto dell'Unione Europea.

È infatti pacifico l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea secondo cui l'esclusione automatica delle offerte anomale è illegittima per il diritto UE anche in relazione ad appalti sotto soglia che presentino una rilevanza transfrontaliera (CGUE 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06). Laddove per "rilevanza transfrontaliera" si intende la valutazione in concreto delle circostanze dell'appalto e quindi a titolo esemplificativo: l'importo, il luogo di esecuzione dei lavori, le caratteristiche tecniche dell'appalto ecc. (Comunicazione Commissione europea 2006/C 179/02; Linee Guida ANAC 4/2016).

Ma non solo, il mancato riferimento alla previsione "a monte" dell'intenzione della stazione appaltante di voler usufruire dell'esclusione automatica delle offerte anomale pone non pochi dubbi interpretativi, soprattutto rispetto alla disciplina prevista dal Codice dei Contratti Pubblici.

Ci si domanda infatti se sia legittimo l'operato di una stazione appaltante che pur non avendo previsto tale clausola di esclusione automatica nella legge di gara, procede all'esclusione automatica delle offerte anomale in caso di sussistenza delle altre condizioni previste dalla legge.

La domanda è dunque: si può procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale in via etero-integrativa, cioè sulla base del DL Semplificazioni senza che sia previsto espressamente dalla legge di gara?

A questo proposito si intende esaminare un recente parere precontenzioso rilasciato da ANAC ed una altrettanto recente pronuncia del TAR Piemonte che sembrano offrire soluzioni contrastanti.

## 2. Il Parere precontenzioso ANAC n. 797 del 14 ottobre 2020

Nel parere precontenzioso del 14 ottobre scorso, l'Autorità Nazionale Anticorruzione si è trovata a dover valutare la legittimità dell'esclusione automatica delle offerte anomale operata da una Stazione Appaltante in un appalto sotto soglia.

Da quanto emerge dal parere (consultabile sul sito di ANAC [https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/PareriPrecontenzioso/2020/Del\\_797\\_2020\\_par\\_Prec%20.pdf](https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/PareriPrecontenzioso/2020/Del_797_2020_par_Prec%20.pdf)), si trattava di un appalto - indetto prima del DL Semplificazioni- in cui la Stazione Appaltante **non aveva previsto nel bando di gara** che si sarebbe avvalsa dell'esclusione automatica delle offerte anomale, in caso di ammissione in gara di più di dieci offerte.

### Le posizioni delle parti

L'operatore economico sosteneva che la disciplina di gara non recava alcun riferimento alla esclusione automatica delle offerte, la quale era stata quindi applicata solo successivamente all'apertura delle offerte economiche, con conseguente inoperatività dell'articolo 97 comma 8 il quale invece richiede espressamente che tale circostanza sia prevista nel bando di gara.

La Stazione Appaltante, al contrario, rilevava che la modifica normativa all'art. 97 co. 8 del Codice dei Contratti, operata dal D.L.

18 aprile 2019, n. 32, ha espressamente previsto, innovando rispetto alla precedente formulazione, **l'obbligo e non più la facoltà** della previsione del meccanismo di esclusione automatica in presenza del criterio del minor prezzo e nel caso in

cui siano presenti almeno dieci offerte ammesse. La novella, ha quindi espressamente trasformato la facoltà precedentemente prevista in un obbligo, sicché, l'esclusione automatica pare operare in via generalizzata e quindi anche in assenza di espressa previsione da parte della legge di gara.

### La decisione di ANAC

ANAC ha ritenuto che, secondo la disposizione in esame, le stazioni appaltanti sono tenute a valutare i presupposti dell'applicazione o meno dell'esclusione automatica delle offerte in presenza delle quattro condizioni contemplate al comma 8 dell'art. 97 (cfr. sentenza TAR Piemonte, sez. II, 28 aprile 2020, n. 240) ed **in via preventiva** al momento della redazione del bando di gara; ne consegue che, operata una scelta a monte nel bando di gara, non è poi possibile procedere in maniera diversa nel corso della procedura.

Pertanto, nel caso di specie, ANAC ha ritenuto che, considerato che la stazione appaltante non risultava aver inserito nel bando di gara la clausola dell'esclusione automatica delle offerte, **non può ritenersi legittima l'automatica esclusione delle offerte anomale decisa solo in sede di valutazione.**

Secondo l'Autorità quindi, anche se la disciplina inserita dallo Sbloccacantieri, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 97 comma 8, è obbligatoria e non più facoltativa, la sua

operatività è subordinata alla previsione nel bando di gara.

**Massima ANAC sull'applicazione dell'articolo 97 comma 8: In una procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo e di importo inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e che non presenti carattere transfrontaliero, in presenza di più di dieci (cinque) offerte ammesse, le stazioni appaltanti sono tenute a valutare i presupposti dell'applicazione o meno dell'esclusione automatica delle offerte in presenza delle quattro condizioni contemplate al comma 8 dell'art. 97, in via preventiva al momento della redazione del bando di gara, con la conseguenza che, operata siffatta scelta, non è possibile procedere in maniera diversa**



### 3. Sentenza del TAR Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736

Come anticipato, l'esclusione automatica delle offerte anomale così come prevista dal DL Semplificazioni è stata oggetto di una recente pronuncia del TAR Piemonte.

In sintesi, come si esporrà di seguito, il TAR Piemonte ha ritenuto che:

(i) il DL Semplificazioni si applica a tutti gli affidamenti indetti dopo la sua entrata in vigore, **senza distinzione di settore e senza un necessario collegamento con l'emergenza sanitaria;**

(ii) l'articolo 1 comma 3 del medesimo DL relativo all'esclusione automatica delle offerte anomale **è idoneo ad etero-integrare** la disciplina di gara ed è dunque applicabile anche ove non richiamato espressamente.

Il caso di cui si è occupato il TAR Piemonte riguarda una procedura negoziata (sotto soglia) indetta da un'amministrazione comunale avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento e condizionamento, avviata con lettera di invito del 13 agosto 2020 (quindi in vigenza del DL Semplificazioni).

La gara è stata aggiudicata secondo il criterio del minor prezzo; l'offerta della ricorrente presentava il ribasso maggiore, pari al 31,21%, a fronte di una soglia di anomalia individuata nel 20,4925%.

Pertanto, la ricorrente è stata automaticamente esclusa, con conseguente aggiudicazione alla concorrente classificatasi successivamente in graduatoria, con un ribasso del 18,36%.

Ebbene, il ricorso dell'impresa esclusa si fonda essenzialmente sull'asserita illegittimità dell'automatica esclusione a causa del superamento della soglia di anomalia dell'offerta.

Secondo la ricorrente l'articolo 1 del d.l. 76/2020 non sarebbe applicabile al caso di specie, in quanto (i) non si tratta di una procedura di affidamento strettamente connessa all'emergenza sanitaria, e quindi, (ii) in assenza di un espresso richiamo da parte della *lex specialis*, non sarebbe possibile procedere all'esclusione automatica per anomalia dell'offerta ex art. 1 comma 3 ultimo periodo, in

una gara dove sono state presentate meno di 10 offerte.

#### **La posizione del TAR Piemonte: i principi enunciati**

Il TAR Piemonte ha innanzitutto rilevato che la *ratio* del DL Semplificazioni è ravvisabile nell'intento del legislatore di **incentivare gli investimenti pubblici**, partendo dal presupposto che l'efficacia della spesa pubblica - in termini di maggiore rapidità della sua erogazione e quindi di semplificazione delle procedure - possa rappresentare una forma di "*volano dell'economia*", a fronte della crisi economico-sanitaria.

Tale *ratio* definisce anche l'ambito di applicazione della norma da un punto di vista oggettivo, con la conseguenza che l'applicazione del DL Semplificazioni è correlata non solo alle gare strettamente connesse all'emergenza sanitaria, ma più genericamente, all'emergenza economica indotta dall'emergenza sanitaria e quindi senza distinzione di settori.

Sicché l'ambito di applicazione del DL Semplificazioni risulta **limitato solo da un punto di vista temporale**, e quindi alle procedure di affidamento la cui determina a contrarre (o atto equivalente) sia stata adottata dall'entrata in vigore del DL (17 luglio 2020, in via generale, 15 settembre 2020 per le sole novità introdotte in sede di conversione in legge) fino al 31 dicembre 2021.

Il TAR ha di conseguenza ritenuto che l'articolo 1 sopra richiamato può certamente applicarsi alla gara in esame, in quanto avviata con lettera di invito del 13 agosto 2020.

Il Collegio ha poi preso atto che nella legge di gara la stazione appaltante **non aveva chiarito esplicitamente** che sarebbe stato utilizzato il meccanismo di esclusione automatica.

Al contrario, la lettera di invito recava una clausola (poco comprensibile) sul calcolo della soglia di anomalia (probabilmente frutto di un refuso nella redazione della legge di gara), oltre all'indicazione "*affidamento ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 e 1 comma 2 lett. b) del d.l. n. 76/2020*".

Ebbene il TAR ha rilevato che, nonostante i numerosi refusi contenuti nella legge di gara, risultava in ogni caso **chiaro l'intento della stazione appaltante di seguire la disciplina prevista dal D.L. n. 76/2020.**

Dalla complessiva lettura degli atti di gara – in particolare della lettera di invito, la quale richiamava esplicitamente la determinazione dirigenziale che a sua volta conteneva **l'esplicito richiamo al DL Semplificazioni** - era infatti possibile dedurre che la tipologia di gara scelta dalla stazione appaltante rispondeva alle prescrizioni dettate dalla disciplina emergenziale e non a quelle dettate dall'art. 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 (affidamento diretto).

Inoltre, la stazione appaltante aveva di fatto dato seguito ad una procedura negoziata, aggiudicata secondo il criterio del prezzo più basso, previo invito di cinque concorrenti secondo criteri di rotazione, proprio come consentito dall'art. 1 d.l. n. 76/2020, nel contesto della normativa emergenziale e quindi **in deroga** (e non ai sensi) alla complessiva disciplina dettata dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016.

In tale contesto, il TAR ha ritenuto che, a fronte del tenore letterale dell'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni, e a fronte dell'effettiva presentazione di cinque offerte in gara, **scattassero in automatico** le condizioni per l'applicazione dell'esclusione automatica.

**Con la conseguenza che non è necessaria un'espressa previsione nella legge di gara per poter procedere all'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale.**

In particolare, il TAR ha ritenuto che l'esclusione automatica negli affidamenti sotto-soglia in caso di anomalia dell'offerta è certamente coerente con l'intero obiettivo della disciplina di semplificare l'andamento delle gare.

Al contrario, l'asserita necessità di una motivazione all'applicazione dell'esclusione automatica nel sotto-soglia non troverebbe riscontro né nel dato letterale, né nella *ratio* della disposizione normativa.

Seguire tale tesi implicherebbe invece l'introduzione dell'ennesima previsione di carattere facoltativo con onere di motivazione circa la scelta effettuata dalla stazione appaltante (esclusione automatica o meno), che fisiologicamente si presterebbe poi a contestazioni circa l'opportunità e/o la sufficiente giustificazione della scelta, con effetti esattamente opposti allo scopo di accelerazione delle procedure. In ogni caso il TAR Piemonte non si esime dall'esprimere un parere sull'effettiva "semplificazione" apportata dal DL n. 76/2020, evidenziando che l'intento del legislatore di semplificare l'andamento delle gare risulta senz'altro frustrato dal *"continuo e disallineato mutare della disciplina, con reiterata*

*modifica dei valori di riferimento e delle tipologie di procedura, che inevitabilmente ingenera come più immediato effetto il disorientamento tanto delle stazioni appaltanti che degli operatori"*.

Infine, occorre precisare che la decisione del TAR è stata in ogni caso preceduta da un'analisi circa la rilevanza transfrontaliera dell'appalto in questione, sicché tale impostazione tiene conto del fatto che nel caso di specie non sono stati ravvisati elementi trasfrontalieri tali

per cui l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale possa essere ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

**Secondo il TAR Piemonte n. 736/2020 per le gare indette ai sensi del DL 76/2020 non è necessaria un'espressa previsione nella legge di gara per poter procedere all'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale, coerentemente con lo scopo di semplificazione dell'andamento degli appalti pubblici**



#### **4. Confronto tra la pronuncia del TAR Piemonte e del parere precontenzioso di ANAC sull'esclusione automatica delle offerte anomale**

La pronuncia appena commentata potrebbe apparentemente porsi in contrasto con il recente parere dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sopra riportato.

Tuttavia, il principio affermato da ANAC non pare



riferirsi espressamente all'operatività del DL Semplificazioni, infatti la gara a cui si riferisce è stata **indetta prima** della sua entrata in vigore e riguarda espressamente la formulazione dell'articolo 97, comma 8, così come modificata dal DL Sblocca-Cantieri.

Vero è che ANAC evidenzia che l'applicabilità dell'esclusione automatica delle offerte anomale dev'essere subordinata ad una previa previsione nella *lex specialis* e che, nella formulazione della massima, l'Autorità tiene conto della diminuzione da 10 a 5 del numero dei concorrenti che autorizza l'esclusione automatica (prevista dal DL Semplificazioni).

Ciononostante non si ritiene che il principio enunciato da ANAC in sede di parere precontenzioso si ponga in contrasto con la sentenza del TAR Piemonte qui commentata.

Innanzitutto perché ANAC prende come riferimento solamente l'articolo 97 comma 8 del Codice dei Contratti, senza alcun riferimento al DL Semplificazioni e al suo ambito di applicazione (perché non applicabile alla gara su cui ANAC è stata chiamata a pronunciarsi).

Al contrario, il TAR Piemonte si concentra proprio sull'operatività dell'articolo 1 del DL Semplificazioni. E sul punto (il TAR) rileva che, nonostante la clausola dell'esclusione automatica delle offerte anomale non fosse espressamente prevista dalla lettera di invito, deve comunque ritenersi chiaro l'intento della stazione appaltante di indire una ai sensi del DL n. 76/2020, come previsto nella determina a contrarre.

E l'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni stabilisce che *"nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti **procedono** all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque"*.

Anche dal dato letterale, pari quindi che vi sia un obbligo del Rup ad applicare – in presenza delle condizioni previste dalla legge – l'esclusione automatica in esame, a prescindere dall'espressa previsione nella legge di gara.

Aggiungasi che la disposizione non rinvia espressamente anche al comma 8 dell'articolo 97, ponendosi quindi come disciplina speciale e derogatoria, coerentemente con lo scopo acceleratorio delle procedure di affidamento. Dato normativo di cui invece ANAC non pare aver tenuto conto, per il semplice fatto che tale disposizione non era applicabile al caso sottoposto (non rientrante nell'operatività del DL Semplificazioni per ragioni temporali).

Il TAR Piemonte aggiunge inoltre che, trattandosi di procedura sotto-soglia, da aggiudicarsi con criterio del prezzo più basso e alla quale hanno partecipato un numero più di 5 operatori, *"la gara intendeva porsi nell'alveo della disciplina derogatoria dettata dal d.l. n. 76/2020, da considerarsi fisiologicamente nella sua interezza"*, e quindi anche per quanto riguarda la disciplina generale dell'esclusione automatica delle offerte anomale prevista dal Codice dei Contratti Pubblici (art. 97, comma 8).

Non solo, pare opportuno rilevare che la sentenza ha inoltre valutato la rilevanza transfrontaliera o meno dell'appalto in questione e, solo dopo averne appurato l'insussistenza, ha ritenuto legittima la clausola.

Di fatto, il TAR ha quindi riconosciuto al rinvio al DL Semplificazioni contenuto nella determina a contrarre la chiara scelta effettuata "a monte" della Stazione Appaltante di voler applicare tutta la disciplina ivi prevista e quindi anche l'esclusione automatica prevista dall'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni.

Pertanto non si ritiene che la decisione del TAR Piemonte si ponga in contrasto con la massima dell'Autorità Anticorruzione in quanto, presuppone comunque che la Stazione Appaltante abbia operato in via preventiva una scelta (espressa) sulle disposizioni applicabili alla procedura (come precisato da ANAC).

Pare comunque preferibile, soprattutto per esigenze di trasparenza e *par condicio*, che le stazioni appaltanti indichino chiaramente nella legge di gara se intendono avvalersi della clausola o meno, sempre che, ovviamente, vi siano le condizioni di operatività previste dalla normativa di riferimento.

# Considerazioni in tema di affidamento diretto dopo la legge 120/2020

di Stefano Usai

IL  
PUN  
TO

## Premessa

I recenti provvedimenti "emergenziali" (che maggiormente hanno inciso in materia di appalti) ovvero il DL 76/2020 e la successiva legge di conversione n. 120/2020 sono oggetto di alcune considerazioni negative soprattutto in relazione alla pretesa "semplificazione" in materia di appalti della P.A. che, in realtà, tale non sarebbe (nel senso che nessuna semplificazione apporterebbe). Al di là di valutazioni nel merito della qualità/funzionalità della legge 120/2020 di certo c'è che il legislatore ha ritenuto di "semplificare" riducendo – da un lato – gli obblighi istruttori/procedurali del RUP, ad esempio, aumentando gli importi entro cui è consentito procedere con l'affidamento diretto della commessa ma, pur vero, in altri casi incrementando gli oneri amministrativi che il RUP è tenuto a presidiare.

In tema di affidamento diretto, sicuramente, alcune "semplificazioni" (per riduzione degli adempimenti istruttori) devono essere accolti favorevolmente. Si pensi ad esempio alla facoltatività dell'obbligo di pubblicare l'avviso sui risultati nell'ambito dell'affidamento *infra* 40mila euro (art. 36, comma 2, lett. a)).

Per il resto, si tratta di comprendere – per evidenziare la novità, nel senso della semplificazione, delle nuove norme (ed in particolare delle deroghe) l'esatto ambito pratico/operativo entro cui si deve sviluppare la procedura dell'affidamento diretto. Per intendersi, e ciò costituisce oggetto della

presente analisi, le questioni pratico/operative che occorre chiarire è se la fattispecie dell'affidamento diretto sia simile o meno alla fattispecie derogabile (di cui all'articolo 36, comma 2, lett. a) del Codice dei contratti) ed il rapporto con l'articolo 30 dello stesso Codice inoltre, più in generale, con i più classici principi del procedimento amministrativo, ciò che consente di comprendere che tipo e grado di intensità rivesta la motivazione dell'affidamento diretto emergenziale (infra 75mila euro per servizi e forniture e infra 150mila euro per i lavori). Per intendersi la motivazione – che richiede ogni azione amministrativa e, quindi, anche l'affidamento diretto –, deve essere contestualizzata rispetto al periodo in cui l'affidamento in deroga è praticabile ed altresì, sempre per stabilirne l'intensità non può non considerarsi che si tratta di prerogative contingentate nel tempo (entro il 31 dicembre 2021).

In pratica per comprendere chiaramente la fattispecie dell'affidamento diretto emergenziale non può tenersi conto dei vari contesti da cui emerge, evidentemente, l'esigenza di una calibratura (al ribasso) della motivazione.

Calibratura, ovviamente, che dovrebbe far **retrocedere** l'esigenza di una intensa motivazione **rispetto agli obiettivi, prioritari, di carattere nazionale e "non disponibili" da parte del RUP**. Per chiarire la questione: se l'affidamento diretto esige una motivazione intensa, anche in questo frangente emergenziale e *range* temporale limitato (per atti indittivi delle procedure adottati

entro il 31/12/2021), probabilmente il RUP potrebbe essere indotto verso l'utilizzo di altre procedure ad esempio la procedura negoziata con pubblicazione (formale) di un avviso pubblico vanificando gli obiettivi di speditezza alla base del primo e secondo articolo della legge 120/2020.

Non v'è dubbio, quindi, che la procedura in parola richieda dal RUP un apparato motivazionale molto meno intenso a causa dell'emergenza sanitaria visto che sulla scelta dell'affidamento diretto insiste già la prealutazione del legislatore della legge 120/2020. Motivazione e scopi, ad esempio la ripresa economica del Paese nel post covid-19, che rende l'affidamento diretto (come per la procedura negoziata) quasi una procedura ordinaria sempre che si rispetti la rotazione. Il momento nevralgico quindi del comportamento istruttorio del RUP è quello di avere un chiarimento sulla configurazione dell'affidamento diretto "emergenziale" e se questo richieda quell'apparato motivazionale, ad esempio, richiesto fin dalle prime linee guida ANAC n. 4 e/o l'applicazione dei modelli virtuosi come la consultazione/confronto di preventivi che finiscono per snaturare la configurazione dell'affidamento diretto rendendolo, piuttosto una sorta di procedura negoziata semplificata (se messa in confronto con le procedure di cui all'articolo 1, comma 2, lett. b) della legge 120/2020).

Con le considerazioni che verranno svolte, quindi, si cercherà di comprendere se l'affidamento diretto "emergenziale" beneficia, per poter essere realmente definito come semplificato, di una serie di "riduzioni" anche nell'apparato motivazionale da cui deve essere, si potrebbe dire "naturalmente", supportato. Anche perché, già si anticipa, se così non fosse non è chiaro, davvero, in che cosa possa consistere la semplificazione se non nell'estensione "oggettiva (fino ai 75mila euro per servizi e forniture e fino a 150mila euro per i lavori) della fattispecie prevista nell'articolo 36, comma 2, lett. a) del Codice.

### 1. L'affidamento diretto nella prima versione del Codice dei contratti

Per provare a capire se insistano o meno delle differenze tra le varie versioni dell'affidamento diretto – per giungere così come previsto, in deroga alla previsione codicistica, alla legge emergenziale 120/2020 -, non si può non annotare che originariamente la previsione dell'articolo 36, comma 2, lettera a) associasse l'affidamento diretto alla necessità dell'adeguata motivazione da parte del RUP.

Il problema, anche allora, come quello attuale, era sempre lo stesso: come si può giungere ad una adeguata motivazione nell'affidamento diretto? Sulla norma andava quindi ad innestarsi l'intervento dell'ANAC, fin dagli schemi delle linee guida n. 4 (dedicate alla disciplina del comportamento istruttorio del RUP nel sotto soglia comunitario) in cui si è detto che la motivazione, congrua ed adeguata, non potesse che trovare la sua ragione fondante nel confronto tra preventivi. Da

**In tema di affidamento diretto, sicuramente, alcune "semplificazioni" (per riduzione degli adempimenti istruttori) devono essere accolti favorevolmente. Si pensi ad esempio alla facoltatività dell'obbligo di pubblicare l'avviso sui risultati nell'ambito dell'affidamento infra 40mila euro (art. 36, comma 2, lett. a)).**



subito si è rilevato che tale affermazione, in realtà, tanto sotto il profilo pratico/tanto sotto quello giuridico, concretasse una forte contraddizione: **se si parla di affidamento diretto si parla di una procedura diversa da una microcompetizione (per quanto informale) tra preventivi. Per intendersi, se c'è una competizione non si è in presenza di un affidamento diretto ma di una procedura negoziata che richiede comunque un minimo di regole per disciplinare procedimento e procedura.**

Quest'ultima annotazione deve essere meglio chiarita per evitare fraintendimenti. Anche l'affidamento diretto, evidentemente, ha delle proprie regole ma, la differenza rispetto alla procedura negoziata, è che nel primo le regole la stazione appaltante (o il RUP) può anche non scriverle; nel caso della seconda (procedura negoziata) oggettivamente procedere senza regole scritte pare cosa improbabile.

L'affidamento diretto quindi si fonda su principi (si pensi all'articolo 30 del Codice dei contratti) la cui interpretazione esige una calibratura rimessa alla "sensibilità" giuridica (oggettiva) del RUP. Soprattutto oggi, già si anticipa, nel caso dell'affidamento diretto "emergenziale" per cui, secondo il legislatore - e secondo quanto emerge dalla legge 120/2020 - la tempestività/celerità dell'azione amministrativa viene considerata quel valore aggiunto che il RUP deve assicurare rispetto alla forma (comunque, ma entro certi limiti) necessaria.

Se l'affidamento diretto, quindi, ha un approccio (deve avere) un approccio ad intensità - sull'interpretazione/applicazione dei principi ex art. 30 del Codice che devono presidiare ogni affidamento di commesse pubbliche - "contestualizzata" al momento (al tempo di "guerra") in cui si vive, la procedura negoziata opera invece in altro ambito quanto ad aspetti formali. La procedura negoziata non può prescindere, neanche nel periodo emergenziale, dal corredo classico di regole, di disposizioni, di adempimenti istruttori.

**L'affidamento diretto quindi si fonda su principi (si pensi all'articolo 30 del Codice dei contratti) la cui interpretazione esige una calibratura rimessa alla "sensibilità" giuridica (oggettiva) del RUP.**



## 2. La prima modifica sulla fattispecie dell'affidamento diretto

Con il primo decreto correttivo (decreto legislativo 57/2016) dall'articolo 36, comma 2, lett. a) è stato soppresso il riferimento alla necessità dell'adeguata motivazione a vantaggio di un (ancora singolare) riferimento alla non necessità del confronto tra preventivi.

Il riferimento chiaro, pur singolare come detto, esprime una chiara indicazione istruttoria che, comunque, lascia aperto il problema della motivazione. Per chiarire: non può sfuggire che confrontare dei preventivi fornisce ex se la motivazione circa il soggetto aggiudicatario. A margine il fatto che ne tralascia una diversa: come sono stati scelti i preventivi da far competere? Ecco che allora il problema/intensità della motivazione si riproduce ad ogni livello: per rispondere all'ultimo quesito, ex se la motivazione sarebbe semplice se

il RUP facesse un avviso pubblico "formale" anche per l'affidamento diretto.

Una sorta di *matrioska* infinita e, soprattutto, a discapito di una pretesa, ed ora richiesta/imposta dalla legge 120/2020, semplificazione.

Fare l'affidamento diretto (a margine il fatto che non si chiamerebbe più così) strutturando una procedura che prenda avvio da un avviso pubblico significa non discostarsi dai procedimenti formali/burocratici inaccettabili.

Da qui la domanda: ma il legislatore ha pensato ad un affidamento diretto di questo tipo? Tanto nel Codice quanto (e soprattutto) nella legge 120/2020 esige un apparato motivazionale così inteso da "condizionare" in questo modo (la necessità di un avviso pubblico formale) l'attività delle stazioni appaltanti (del RUP)?

A parere di chi scrive, la risposta deve essere negativa. Su tutte, forse è sufficiente una sola considerazione.

Nel momento in cui il legislatore giunge alla modifica/ricalibratura della fattispecie in commento con il primo decreto correttivo avendo a disposizione le indicazioni "istruttorie"

dell'ANAC che configurava (e forse configura tutt'ora) l'affidamento diretto adeguatamente motivato come assegnazione che scaturisce da un confronto tra preventivi ha però deciso di non utilizzarle (per intendersi: ha deciso di non utilizzare il suggerimento dell'ANAC).

L'indicazione, evidentemente non condivisibile, era quella di avvicinare l'affidamento diretto ad una procedura negoziata semplificata che, si ripete, il legislatore non ha condiviso. In modo parzialmente diverso, ad esempio, il legislatore, più recente, ha agito con riferimento ad alcune indicazioni contenute nel documento del 3 agosto 2020, di commento al DL 76/2020, della stessa ANAC che si è espressa in modo negativo sull'estensione degli importi entro cui si può procedere con l'affidamento diretto. Questa valutazione negativa - anche questa - sta sicuramente alla base della riduzione dell'importo a 75mila euro per l'affidamento diretto per servizi e forniture (si ricorderà che originariamente la previsione era fino ai 150mila

euro per le amministrazioni non centrali).

Il punto, però, tornando al passaggio dalla originaria previsione dell'articolo 36 a quella, codicistica, attuale, è che il legislatore non ha tenuto conto della configurazione espressa dall'ANAC – fin dagli schemi delle linee guida n. 4 – di affidamento diretto adeguatamente motivato "solo" previo confronto tra preventivi.

Anzi, a ben vedere, a scelto in senso opposto visto che alla configurazione giuridica espressa nelle prime indicazioni dell'autorità anticorruzione ha introdotto una norma che testualmente dispone che "per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto **anche senza previa consultazione di due o più operatori economici**".

Non può non vedersi nella formulazione utilizzata, al netto della singolarità, una "risposta" in senso esattamente opposto alle indicazioni/lettura dell'ANAC.

Ed allora il senso della scelta non può che essere uno ovvero quello di "asciugare" la procedura che riguarda l'affidamento diretto anche per quanto concerne l'esigenza della motivazione: il RUP può affidare direttamente l'appalto anche senza preoccuparsi di consultare di operatori economici. Altro aspetto che non può essere sottovalutato, ai nostri fini verso una possibile interpretazione pratica della "nuova" fattispecie di affidamento diretto emergenziale in deroga, è la decisione anche di non riprendere il riferimento alla adeguata motivazione. Di più il legislatore non solo ha deciso di abbandonare il riferimento all'aggettivo (adeguata) ma anche alla necessità della motivazione. In sostanza aveva due opzioni, limitarsi a richiedere una "semplice" motivazione (piuttosto che adeguata e le varie implicazioni che ciò ha comportato) ed invece ha preferito eliminare ogni riferimento specifico.

La decisione non può essere liquidata con il consueto (e sia consentito stereotipato) riferimento al fatto che la motivazione rappresenta un dovere imprescindibile ed in questo senso già dispone

l'articolo 3 della legge 241/90.

Una "replica" di questo tipo è troppo, sia consentito, banale. Anche perché, come detto, la modifica ha riguardato non soltanto la questione della motivazione ma ha portato alla indicazione, al contrario, di un *modus agendi* che al RUP è stato suggerito, nientemeno, dal legislatore ovvero assegnare la commessa **anche senza consultare uno o più operatori economici**.

Sempre con una accezione equilibrata, sembra potersi sostenere che il legislatore del Codice (e del decreto correttivo) abbia consapevolmente deciso di privilegiare la sostanza alla forma (l'adeguata motivazione) e la praticità rispetto all'azione burocratica (e all'eccesso di *zelo*) almeno nell'ambito degli affidamenti *infra* 40mila (come da previsione codicistica).

Occorrerebbe poi comprendere se una decisione, declinata nella nuova norma post decreto correttivo n. 57/2016, di "brutale" praticità abbia inteso eliminare o ridurre l'onere motivazionale a carico del RUP.

Difficile pensare che l'onere motivazionale sia stato espunto ma è legittimo, invece, pensare che l'intensità di tale onere debba essere, appunto, contestualizzata.

### 3. Una motivazione semplificata

Un' onere motivazionale, e non può essere altrimenti, evidentemente rimane ma si introduce, sia consentito, una configurazione (necessariamente) sfumata di tale obbligo. Per usare le espressioni dell'ANAC (ad esempio riportate nel documento del 3 agosto 2020 di commento al DL 76/2020) l'assegnazione diretta, che quindi trova legittimazione *ex legis* (anche senza la consultazione di operatori), richiede semplicemente una motivazione semplificata, espressa "in modo semplificato".

L'onere motivazionale semplificato che il RUP deve comunque innestare nell'atto dell'aggiudicazione

**Altro aspetto che non può essere sottovalutato, ai nostri fini verso una possibile interpretazione pratica della "nuova" fattispecie di affidamento diretto emergenziale in deroga, è la decisione anche di non riprendere il riferimento alla adeguata motivazione.**





è, quanto ad ambito e contenuto, esplicitato nelle linee guida ANAC n. 4, applicabili anche in relazione all'affidamento diretto emergenziale come chiarito dalla stessa ANAC nel documento più volte citato. Nelle linee guida n. 4 si legge che l'affidamento diretto "in ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione".

Questa sintesi, si ripete statuita dall'ANAC, non si pone il problema di come sia stato scelto l'operatore X piuttosto che l'operatore Y ovvero dell'applicazione, rimane aperta in sostanza la necessità di spiegare sotto il profilo pratico/operativo in che modo ed in che misura debbano essere rispettati i principi imprescindibili delle procedure di affidamento ovvero i principi di cui all'articolo 30 del Codice dei contratti.

Anche a questo quesito istruttorio – forse quello più "urgente" sotto il profilo pratico/operativo – risponde la stessa autorità anticorruzione sempre con le linee guida n. 4.

Sempre con riferimento alla fattispecie dell'affidamento diretto, nelle linee guida si legge che "al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici e delle regole di concorrenza, la stazione appaltante può acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari".

**Nelle linee guida n. 4 si legge che l'affidamento diretto "in ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione".**



Più avanti, ai fini della "certificazione" – che nella determina di aggiudicazione non può mancare - della congruità del prezzo si precisa che il RUP "può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni".

In questa fase, o se si preferisce in relazione alla fattispecie dell'affidamento diretto, l'ANAC non richiede una indagine di mercato (a ben vedere neppure informale).

Rende essenziale la procedura ossequiando la volontà del legislatore fermo restando, si ricorda nelle linee guida n. 4 che "In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza".

Ma nulla si dice su un percorso/sentiero istruttorio specifico e strutturato da seguire per l'individuazione dell'affidatario (se non nel momento in cui si parla del vincolo della rotazione da ossequiare).

#### 4. L'affidamento diretto emergenziale della legge 120/2020

Rimane, infine, da analizzare la "nuova" fattispecie di affidamento diretto emergenziale ovvero ex comma 1, lett. a) dell'articolo 1 della legge 120/2020.

In primo luogo, come anche palesato dall'ANAC (sempre nel documento di commento al DL 76/2020) si è in presenza di un affidamento diretto "puro" ovvero dell'assegnazione che non richiede la intermediazione della consultazione e/o valutazione di più preventivi.

Nella elaborazione della nuova disposizione legislativa (art. 1, comma 2, lett. a) della legge 120/2020), il legislatore, effettivamente, aveva due esempi. Il primo si sostanziava nel suggerimento fornito dall'ANAC già con gli schemi delle linee guida n. 4; il secondo è dato, evidentemente, dalla attuale norma codicistica che può essere derogata (ex art. 36, comma 2, lett. a)).

Il legislatore, praticamente, non si è affidato né al primo (già "respinto" nel caso della predisposizione del decreto legislativo correttivo 57/2016 che ha modificato l'articolo 36 sopprimendo il riferimento all'adeguata motivazione) **ma non si è ispirato neppure al secondo ed attuale comma 2, lett. a) dell'articolo 36 del Codice per il quale anzi – con le norme emergenziali – ha previsto la deroga.**

Le ragioni per cui non sia stata "ripetuta" la norma o effettuato un mero rinvio ma con importi aumentati, sarebbe stato sufficiente infatti scrivere la norma come un rinvio del tipo: "fino alla data del 31/12/2021 è consentito l'affidamento diretto per gli importi di ...", non è dato conoscere.

È chiaro che imporre – come emerge dal verbo, le stazioni appaltanti "procedono", avrebbe dovuto avere efficacia differente rispetto ad un mero rinvio.

Nella nuova previsione non viene richiamato il fatto istruttorio per cui l'assegnazione diretta può avvenire anche senza consultazione di più operatori ma ciò per un fatto, secondo chi scrive, ancor più ovvio.

Premesso che parlare di affidamento diretto previa consultazione è un errore visto che non si sarebbe in presenza di un affidamento diretto ma, soprattutto, la modalità operativa del RUP, come detto, fissata al contrario, risulta assolutamente superflua in un contesto emergenziale in un tempo di "guerra" con le finalità della stessa norma (di privilegiare la celerità e la sostanza alla mera forma).

#### 5. Come si affida direttamente e quali sono le motivazioni da addurre

Che si sia in presenza di un affidamento puro, non dissimile da quello previsto nell'articolo 36, emerge oltre che dall'ANAC anche dalla prima giurisprudenza (Tar Liguria sentenza n. 742/2020). Si tratta pertanto di affidamento diretto che può avvenire senza consultazione di più operatori e quindi senza la consultazione del mercato ma, come si legge nel passo delle linee guida n. 4 già riportate, attingendo una serie di elementi istruttori necessari e sufficienti anche da altre esperienze, sia della stessa stazione appaltante sia di altre stazioni.

Soprattutto deve essere sottolineato il fatto che ciò che vincola la scelta dell'affidatario è semplicemente il possesso dei requisiti e l'economicità (la convenienza/congruità) del prezzo praticato.

Se il primo aspetto è ovvio, il secondo richiede un *minus* di sforzo istruttorio (la correlata "certificazione" di congruità) ma che può essere espresso anche dal "prezzo" offerto in

un dato preventivo ed il prezzo precedentemente pagato per lo stesso appalto, oppure dal prezzo di contratto di altre amministrazioni o, infine, e dalla

**Nella elaborazione della nuova disposizione legislativa (art. 1, comma 2, lett. a) della legge 120/2020), il legislatore, effettivamente, aveva due esempi. Il primo si sostanziava nel suggerimento fornito dall'ANAC già con gli schemi delle linee guida n. 4; il secondo è dato, evidentemente, dalla attuale norma codicistica che può essere derogata (ex art. 36, comma 2, lett. a)).**



stessa prassi di mercato (per il quale è sufficiente un minimo di ricerca).

In sostanza ciò che rileva nell'affidamento diretto non è il perché sia stato scelto quell'operatore economico ma come si sia verificato il possesso dei requisiti e l'economicità dell'acquisizione da intendersi – ed è questo il dato istruttorio rilevante - non in senso assoluto (perché ciò potrebbe essere dimostrato solo con una gara classica) ma in senso relativo/contextualizzato ovvero con un bilanciamento prezzo/condizioni di emergenza che impongono un dispendio di adempimenti istruttori assolutamente minimo/irrisorio, solo l'indispensabile, rispetto all'acquisizione.

Per dirla con una metafora il legislatore dell'emergenza vuole un RUP *minimalista* quanto a procedure di affidamento senza che si prescindano da alcuni valori fondamentali dell'azione amministrativa ovvero l'alternanza/rotazione (e ciò esprime il valore della concorrenza), l'economicità (che viene espressa anche dal semplice confronto rispetto al prezzo d'appalto precedente sia nell'esperienza della stazione appaltante sia in altre esperienze), infine il *minus* sul dato motivazionale che sintetizza quanto appena detto.

#### **6. Valori classici della procedura d'appalto che nell'emergenza subiscono una "deminutio"**

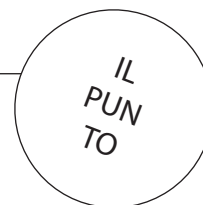
La stessa trasparenza e pubblicità, richiamate nell'articolo 30 del Codice, hanno subito una *deminutio* nella decisione del legislatore dell'emergenza da un lato nel momento in cui ha ritenuto facoltativa la pubblicazione dell'avviso pubblico (per gli affidamenti infra 40mila euro) dall'altra nella decisione di consentire, solo nell'affidamento diretto emergenziale, la possibilità di adottare la determina unica che si situa, come tante volte ripetuto, a valle della procedura e non a monte.

Questo significa, ma è una scelta del legislatore, che gli atti istruttori (e conseguentemente gestionali) vengono adottati in una *zona d'ombra* ovvero senza alcuna trasparenza.

Solo alla conclusione della procedura è dato sapere chi è l'aggiudicatario (neanche chi è stato, e se è stato, coinvolto) all'insegna quindi della massima semplicità sempre in un comportamento corretto e in buona fede del RUP.

# Le modalità di comunicazione del soccorso istruttorio nelle gare telematiche (sentenza TAR LAZIO, n. 10550/2020)

di Riccardo Gai



## 1. Le gare telematiche e le modalità di comunicazione del sistema e-procurement

Il D.lgs. 50/2016, cosiddetto "nuovo Codice dei Contratti", prevede numerosi obblighi e indicazioni relativamente alle modalità di gestione degli affidamenti di forniture, servizi, lavori e incarichi professionali, dando un importante impulso all'informatizzazione delle procedure.

Infatti, ai sensi in particolare degli artt. 40 e 52, vi è l'obbligo di utilizzare mezzi telematici per gli scambi di informazioni (comunicazioni e offerte di gara) relative alle procedure di affidamento, mentre l'utilizzo delle modalità tradizionali viene

limitato a pochi casi o comunque deve essere adeguatamente motivato.

L'art. 58 disciplina in particolare le "Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione", disponendo che nel rispetto dell'articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni del Codice.

L'utilizzo dei sistemi telematici non deve però alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara.

La piattaforma telematica maggiormente utilizzata ad oggi per l'approvvigionamento della pubblica amministrazione e senz'altro la piattaforma "MePa" gestita da Consip Spa, la quale ha redatto un apposito documento denominato "Regole del sistema di e-procurement della Pubblica Amministrazione", che all'art. 22, relativo alle Comunicazioni, stabilisce che:

<<1. Ai fini dell'utilizzo del Sistema e per tutte le attività e le operazioni ivi compiute, il Fornitore elegge il proprio domicilio nel Sistema ovvero nell'Area Comunicazioni e nelle altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti, nonché presso gli altri recapiti da questo dichiarati, l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata e la sede legale. 2. Tutte le comunicazioni effettuate dal Soggetto Aggiudicatore e dal Fornitore quali, a titolo esemplificativo, eventuali richieste di chiarimenti, documenti, certificazioni, dovranno di regola essere effettuate utilizzando il Sistema ovvero l'Area Comunicazioni e le altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti [...]. 3. Laddove il Soggetto Aggiudicatore o Consip lo ritengano necessario (come ad esempio nel caso delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 6 del Codice dei Contratti Pubblici) od opportuno, le comunicazioni di cui al comma 2, potranno essere inviate al Fornitore presso altri recapiti da questo dichiarati, quali l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata>>.

Consip ha dunque previsto che nel caso di partecipazione a gare telematiche tramite il sistema e-procurement, tutti i concorrenti dovranno eleggere domicilio presso l'Area Comunicazioni della piattaforma, la quale dovrà quindi essere tenuta costantemente sotto controllo dai concorrenti medesimi. Eccezione alla regola è tuttavia rappresentata

dalle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5, del Codice, ovvero le comunicazioni di natura individuale e/o escludente, che lo stesso art. 76, comma 6, stabilisce che debbano obbligatoriamente effettuarsi tramite posta elettronica certificata:

<<5. Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni:

- a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;
- b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi;
- c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati;
- d) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.

6. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto>>.

Consip ha dunque tratteggiato un sistema di comunicazioni, nell'ambito delle gare telematiche, nel quale la regola è rappresentata dalle comunicazioni inoltrate tramite la piattaforma telematica, e l'eccezione è rappresentata dalle comunicazioni via PEC, il cui utilizzo peraltro sembrerebbe rimesso in via discrezionale alla stessa Consip, pur in presenza del tratteggiato obbligo normativo.

**L'art. 58 del Codice dei contratti disciplina in particolare le "Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione", disponendo che nel rispetto dell'articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni del Codice e senza alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara.**



**2. Le modalità di comunicazione del soccorso istruttorio nelle procedure telematiche: contrasti interpretativi**

Come noto, il soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ora disciplinato dall'art. 83, co. 9, del D.lgs. 50/2016, riveste un'importanza particolare, poiché consente ai concorrenti di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione, o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali.

La *ratio* dell'istituto è evidentemente quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, in ossequio al principio di massima partecipazione. La citata disposizione prevede, in particolare, che in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il

concorrente è escluso dalla gara.

Come si vede, la disposizione medesima non prevede una specifica modalità di comunicazione del soccorso istruttorio, il che ha ingenerato notevoli equivoci soprattutto nell'ambito delle gare telematiche.

Secondo un primo orientamento (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 19 luglio 2018, n. 8223), non esiste un obbligo della stazione appaltante di inviare necessariamente mediante PEC una comunicazione volta a esercitare il soccorso istruttorio nei confronti del concorrente, proprio perché l'articolo 76, comma 6, del Codice non indica tali richieste tra le comunicazioni per le quali è previsto l'uso della posta elettronica certificata. Si è, perciò, concluso che <<Il legislatore ha (...) inteso prevedere un mezzo di comunicazione rafforzata di alcuni atti rispetto ad altri, atti tutti idonei a concludere in senso positivo (aggiudicazione, avvenuta stipula del contratto) o negativo (esclusione o decisione di non aggiudicare) la procedura e che certamente non hanno natura endoprocedimentale. Si tratta, inoltre, di atti che hanno tutti capacità lesiva immediata rispetto al concorrente e ai terzi partecipanti alla gara, capacità lesiva che, invece, non si può riconoscere alla richiesta di soccorso istruttorio,

se non in via ipotetica e meramente potenziale, non essendo dato sapere al momento della sua comunicazione se la stessa verrà o meno ottemperata>>.

**La disciplina del soccorso istruttorio non prevede una specifica modalità di comunicazione, il che ha ingenerato notevoli equivoci nell'ambito delle gare telematiche, tra un primo orientamento (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 19 luglio 2018, n. 8223) per cui non esiste un obbligo della stazione appaltante di inviare necessariamente mediante PEC una comunicazione volta a esercitare il soccorso istruttorio, e un orientamento opposto, per il quale l'interpretazione funzionale ed estensiva dell'attuale quadro normativo depone certamente nel senso che la comunicazione della richiesta di integrazione documentale di cui all'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016, rientri tra quelle per le quali risulta necessario l'utilizzo della PEC, in quanto comunicazione evidentemente preordinata - sul piano effettuale - all'esclusione dalla gara in caso di mancato riscontro al soccorso istruttorio disposto dall'Amministrazione (TAR Lazio, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 1192).**



Vi è tuttavia un orientamento opposto, per il quale l'interpretazione funzionale ed estensiva dell'attuale quadro normativo depone certamente nel senso che la comunicazione della richiesta di integrazione documentale di cui all'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016, rientri tra quelle per le quali risulta necessario l'utilizzo della PEC, in quanto comunicazione evidentemente preordinata - sul piano effettuale - all'esclusione dalla gara in caso di mancato riscontro al soccorso istruttorio disposto dall'Amministrazione. Si ritiene infatti che <<la suddetta previsione normativa [ossia l'art. 76 del D.lgs. 50/2016, n.d.r.] debba essere letta in termini più ampi, sì da comprendere cioè non solo i provvedimenti di esclusione in senso stretto, ma anche quegli atti che pongono a carico dei concorrenti degli incumbenti il cui mancato rispetto comporta come sanzione l'esclusione dalla gara [...] In tal quadro rientra dunque anche l'atto di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, con il quale la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie alla partecipazione alla gara, con la precisazione che "in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara". Si tratta infatti, anche in tal caso, di un atto "dotato di forte potenzialità lesiva per il concorrente, stante la perentorietà del termine che viene assegnato per la regolarizzazione [...] e di cui quindi deve essere dato avviso ai concorrenti a mezzo pec">> (TAR Toscana, 26 aprile 2017, n. 609).

È stato inoltre ritenuto, sempre in linea con l'orientamento poc'anzi espresso, che <<l'inserimento del documento (richiesta di chiarimenti) sulla "piattaforma informatica" dedicata alla gara non è oggettivamente sufficiente ad integrare adempimento degli oneri di comunicazione individuale a cui la S.A. era tenuta, ai fini della attivazione del soccorso istruttorio, ai sensi del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 18.4.2016. La procedura doveva essere attuata dalla S.A. nella forma della comunicazione individuale a mezzo p.e.c., la quale, anche alla luce delle menzionata disposizione del bando, era l'unica idonea a garantire pienamente la conoscenza di una informativa decisiva per evitare alla concorrente l'esclusione dalla gara. Si rammenta infatti che, ai sensi del menzionato comma 9 dell'art. 83, in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara">> (TAR Lazio,

Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 1192).

In aderenza all'illustrato ultimo orientamento, il Consiglio di Stato ha affermato, in tema di gare telematiche, che <<se è pur vero che la modulazione degli strumenti aggiuntivi alla pubblicazione sul sito è rimessa allo scrutinio discrezionale dell'amministrazione, ciò non toglie che la scelta in concreto operata possa essere vagliata - sia pure nei limiti del sindacato sull'eccesso di potere - nel suo stesso fondamento di "adeguatezza ed opportunità", alla luce dei generali principi di leale cooperazione e proporzionalità e, quindi, secondo i paradigmi di "buona fede" e "correttezza", enucleabili dal più ampio concetto di "buon andamento" della funzione amministrativa. Tanto vale, a maggior ragione, all'interno di procedure telematiche caratterizzate da termini particolarmente ristretti e nelle quali risulta fondamentale l'utilizzo di modalità idonee e coerenti per comunicare lo svolgimento delle operazioni di gara, onde evitare di imporre ai concorrenti degli oneri di diligenza sostanzialmente sproporzionati, che possono condurre alla loro estromissione per omissioni facilmente evitabili e, quindi, all'ingiustificata compromissione del principio della massima partecipazione [...]>> (Cons. di Stato, Sez. III, 29 luglio 2020, n. 4811).

### 3. La sentenza del TAR Lazio n. 10550 del 16 ottobre 2020

Il TAR Lazio è dunque intervenuto nel difficile tentativo di trovare un equilibrio tra i descritti contrapposti orientamenti.

La fattispecie riguardava l'esclusione dalla procedura di gara di un concorrente per non aver riscontrato la richiesta di soccorso istruttorio entro il termine perentorio di 10 giorni assegnato a pena di esclusione ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tale richiesta non veniva trasmessa all'indirizzo PEC del concorrente, ma è stata "caricata" nella c.d. "Area Comunicazioni" della piattaforma telematica della gara; la stazione appaltante ha poi inviato una mail ordinaria (c.d. di cortesia) all'indirizzo di posta elettronica ordinaria del concorrente con cui questi veniva informato della presenza della predetta richiesta nella c.d. "Area Comunicazioni", mail che tuttavia veniva destinata tra la "posta indesiderata" del concorrente destinatario.

Ad avviso del TAR, tali modalità di comunicazione non garantiscono alcuna certezza in ordine al fatto che il concorrente ne abbia effettivamente e tempestivamente preso visione, in funzione del riscontro da fornire ex lege nel termine perentorio di dieci giorni, sicchè le stesse si sono rivelate inidonee alla legale conoscenza della richiesta istruttoria della Stazione appaltante, avuto riguardo alle conseguenze escludenti che discendono automaticamente dalla mancata evasione, nel termine prescritto dalla legge, della richiesta di regolarizzazione.

Il TAR ha in particolare rilevato come <<il codice degli appalti non predetermina una specifica forma telematica di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, a differenza di quanto prevede, come si è visto, per il provvedimento di esclusione dalla gara (da comunicare tramite PEC). L'assenza di una forma espressa di comunicazione dell'atto contenente la richiesta di soccorso istruttorio non significa tuttavia che per esso possa predicarsi una qualunque forma di comunicazione. Spetterà alla stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, scegliere la forma telematica più idonea di comunicazione, in relazione alla tipologia o al contenuto del provvedimento da comunicare, nel rispetto pur sempre dei principi imperativi posti dall'ordinamento a tutela del destinatario che si pongono quali limiti esterni all'esercizio della stessa discrezionalità>>.

Nel caso di specie, la legge di gara non prevedeva una specifica forma di comunicazione per la

richiesta di soccorso istruttorio. Difatti, sebbene la legge di gara prevedesse che le eventuali richieste di chiarimenti, documenti, certificazioni, avrebbero dovuto di regola essere effettuate utilizzando

l' "Area Comunicazioni", non poteva ritenersi, ad avviso del TAR, che tra le "richieste di chiarimenti" ivi contemplate rientrasse anche quella relativa al soccorso istruttorio disciplinata dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, poiché <<A tale conclusione vi si oppone la peculiare natura intrusiva e sfavorevole dell'atto, nonché la speciale regime giuridico per esso previsto>>.

Ad avviso del TAR, sotto il profilo della natura giuridica, la comunicazione di richiesta di soccorso istruttorio (come il provvedimento di esclusione) ha natura di atto unilaterale recettizio a destinatario determinato, rientrando quindi nella più ampia categoria civilistica di "ogni altro dichiarazione diretta a una determinata persona" contenuta nell'art. 1335 c.c.. Per tale categoria di atti trova applicazione la disciplina

generale dettata dal codice civile agli artt. 1334 e 1335 (dedicati appunto agli "atti unilaterali").

Ai sensi dell'art. 1334 c.c. gli atti unilaterali (sia favorevoli che sfavorevoli) producono effetto "dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati" e ai sensi dell'art. 1335 c.c. tali atti si "reputano conosciuti nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario". Il legislatore ha quindi previsto che gli atti unilaterali a destinatario specifico o individuale producono effetto soltanto se e quando vengono portati a conoscenza del destinatario; ha

**Il codice degli appalti non predetermina una specifica forma telematica di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, a differenza di quanto prevede per il provvedimento di esclusione dalla gara (da comunicare tramite PEC). Ma, secondo il TAR, L'assenza di una forma espressa di comunicazione dell'atto contenente la richiesta di soccorso istruttorio non significa tuttavia che per esso possa predicarsi una qualunque forma di comunicazione. Spetterà alla stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, scegliere la forma telematica più idonea di comunicazione, in relazione alla tipologia o al contenuto del provvedimento da comunicare, nel rispetto pur sempre dei principi imperativi posti dall'ordinamento a tutela del destinatario che si pongono quali limiti esterni all'esercizio della stessa discrezionalità**



inoltre stabilito, al fine di agevolare la circolazione dei traffici e garantire certezza negli scambi delle informazioni, che la conoscenza dell'atto si presume (*iuris tantum*) quando esso giunge all'indirizzo del destinatario.

Tale regime giuridico trova fondamento nel principio generale dell'accordo (art. 1372 c.c.) che garantisce protezione alla sfera giuridica del soggetto il quale non può essere inciso se non a seguito del suo consenso oppure, in mancanza di consenso, nelle ipotesi previste dalla legge, come avviene in via generale nel campo del diritto pubblico laddove vengono in emersione atti autoritativi espressione del potere pubblico.

Il regime civilistico previsto in via generale per gli atti unilaterali va tuttavia coordinato ed integrato con quello pubblicistico della disposizione dell'art. 21-bis, legge n. 241 del 1990, stabilito per i provvedimenti limitativi della sfera giuridica del destinatario che sancisce per questa categoria di atti la regola di portata generale secondo cui l'atto unilaterale intrusivo e sfavorevole per il terzo esplica efficacia se e quando è portato a conoscenza di quest'ultimo, oltre che con quello della disposizione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicata al soccorso istruttorio.

Il TAR ha quindi esaminato lo specifico il regime giuridico che l'ordinamento detta per la richiesta di soccorso istruttorio, contenuto nell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui viene in rilievo la regola di disciplina secondo cui in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara: *<<La misura dell'esclusione dalla gara trova la sua ratio nell'interesse pubblico di ammettere alle trattative per la conclusione del contratto di appalto gli operatori in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara. L'esclusione dalla gara e quindi dalle stesse trattative precontrattuali opera in virtù di un meccanismo di presunzione, a formazione progressiva, mediante il quale dalla (preliminare) presunzione relativa (iuris tantum) di assenza dei requisiti di partecipazione si giunge, al termine del dialogo sub-procedimentale, alla (definitiva) presunzione assoluta (iuris et de iure) di assenza dei requisiti in caso di mancato riscontro, entro il periodo temporale, della richiesta di soccorso. Difatti, dopo l'infruttuoso decorso del termine concesso all'interessato si verifica il consolidamento degli effetti provvisori*

*derivanti dall'accertamento negativo dei requisiti di partecipazione in capo al concorrente destinatario della richiesta il quale, non avendo riscontrato nei termini il soccorso, si presume non essere in grado di addurre (o di non volerlo fare) elementi contrari per sovvertire la preliminare valutazione sull'assenza dei requisiti>>.*

Ne deriva, ad avviso del TAR, che l'esclusione ha un contenuto vincolato in quanto l'effetto espulsivo è collegato direttamente all'infruttuoso decorso del termine assegnato dalla stazione appaltante in favore del concorrente per sovvertire la valutazione preliminare negativa sui requisiti di partecipazione. L'espulsione quindi non è collegata all'incontrovertibile mancanza dei requisiti di partecipazione, ma alla presunzione di impossibilità (o alla presunta volontà) di dimostrarne la presenza dei requisiti per effetto del mancato riscontro alla richiesta di soccorso. Il soccorso istruttorio ha quindi tra i suoi possibili, ma concreti, esiti quello dell'esclusione dalla gara che si attualizza a causa del mancato compimento di un'attività di cui è onerato il destinatario che, pur essendo stato messo in grado di provvedervi, non lo ha fatto.

La disposizione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha *in parte qua* una chiara portata intrusiva nella sfera giuridica del concorrente e può comportare un effetto sfavorevole poiché, qualora non si ottemperi alla richiesta di integrazione documentale entro il termine stabilito, si estingue in via immediata, mediante l'espulsione dalla gara, il rapporto amministrativo e negoziale instauratosi a seguito della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica. La richiesta di soccorso è quindi idonea, ove non riscontrata nei termini, a produrre effetti pregiudizievoli irreversibili non solo per gli interessi individuali del concorrente interessato ad aggiudicarsi l'appalto, ma anche per l'interesse pubblico di cui è portatrice la stazione appaltante a stipulare il contratto con il miglior offerente. Ciò comporta che il destinatario della richiesta di soccorso (atto unilaterale intrusivo sfavorevole) per poter beneficiare, o meno, degli effetti che da esso derivano deve necessariamente essere messo in grado di conoscere la presenza di una richiesta di soccorso istruttorio (quale contenitore e non quale contenuto) e, quindi, specularmente per attivare il meccanismo messo a punto nell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, occorre avere contezza che la richiesta (nel senso innanzi precisato) sia

giunta nella sfera di conoscibilità del destinatario. Ha concluso dunque il TAR affermando che <<In mancanza della dimostrazione di conoscenza o di conoscibilità della comunicazione, dalla semplice adozione dell'atto unilaterale non possono farsi discendere gli effetti intrusivi e sfavorevoli che l'ordinamento collega alla richiesta di soccorso sul presupposto che la scelta di non riscontrare la richiesta sia frutto di una decisione consapevole del destinatario che a tal fine deve essere quanto informato della presenza dell'atto, riservandosi poi, nell'ambito della sua libertà negoziale, ogni ulteriore valutazione di merito. l'episodio della cattura della mail nella cartella c.d. spam del destinatario si sarebbe potuto facilmente scongiurare ove la comunicazione fosse stata accompagnata da forme idonee a garantire che la stessa giungesse nella cartella della "posta in arrivo" del destinatario. Sarebbe bastato prevedere ad esempio l'invio di una comunicazione elettronica (nella forma prescelta dalla stazione appaltante) accompagnata dalla trasmissione di una ricevuta di ricezione o di lettura che avrebbe consentito al sistema di gestione della mail di non riconoscere la comunicazione come posta indesiderata; in questo modo sarebbe stata ragionevolmente garantita la conoscibilità, da parte del destinatario, della presenza della richiesta di soccorso istruttorio nella c.d. "Area Comunicazioni" e tale risultato sarebbe stato ottenuto senza oneri eccessivamente gravosi a carico della stazione appaltante e/o pregiudizievole per il celere svolgimento delle operazioni di gara>>.

In definitiva, secondo il TAR, la modalità telematica di comunicazione della presenza della richiesta di soccorso istruttorio nella c.d. "Area Comunicazioni" mediante mail

ordinaria, e non tramite PEC, non è in grado di assicurare ragionevole certezza in ordine al recepimento dell'atto e quindi alla conoscenza o conoscibilità della presenza della richiesta di soccorso da parte del destinatario; ragionevole certezza che invece è indispensabile, come si è evidenziato, per le conseguenze che discendono dalla natura e dal regime giuridico previsto per l'istituto, oltre che per il corretto svolgimento delle operazioni di gara.

#### 4. Considerazioni finali

La sentenza in commento ha tentato, in parte riuscendoci, di colmare il vuoto normativo concernente le modalità di comunicazione dell'attivazione del soccorso istruttorio, presupponendo la natura intrusiva e sfavorevole di tali comunicazioni, il cui mancato riscontro determina l'irreversibile conseguenza dell'esclusione della gara del concorrente.

**Ciò che occorrerebbe evitare, in effetti, è il paradosso dell'eterogenesi dei fini: al dichiarato intento di fare ricorso a sistemi di e-procurement, volto alla semplificazione ed allo snellimento delle procedure ad evidenza pubblica e, quindi, all'alleggerimento degli oneri partecipativi dei concorrenti, non deve corrispondere l'effetto contrario, ossia l'illegittimo affievolimento della tutela e del livello delle garanzie partecipative dei concorrenti stessi, i quali rischiano di trovarsi esclusi da gare di rilevante importanza solo perché la Stazione appaltante ha inteso dotarsi di una disciplina di gara che la esonera dall'onere di attivare mediante una PEC il procedimento di soccorso istruttorio**



Ciò che occorrerebbe evitare, in effetti, è il paradosso dell'eterogenesi dei fini: al dichiarato intento di fare ricorso a sistemi di e-procurement, volto alla semplificazione ed allo snellimento delle procedure ad evidenza pubblica e, quindi, all'alleggerimento degli oneri partecipativi dei concorrenti, non deve corrispondere l'effetto contrario, ossia l'illegittimo affievolimento della tutela e del livello delle garanzie partecipative dei concorrenti stessi, i quali rischiano di trovarsi esclusi da gare di rilevante importanza solo perché la Stazione appaltante ha inteso dotarsi di una disciplina di gara che la esonera dall'onere di attivare mediante una PEC il



procedimento di soccorso istruttorio. Il che, paradosso nel paradosso, ha finito nel caso in esame per rendere inoperativo uno strumento di soccorso nato per far prevalere la sostanza sul vuoto formalismo.

Occorrerebbe dunque una presa di posizione più netta, auspicabilmente ad opera del legislatore nazionale, per affermare il corretto principio di distinzione tra comunicazioni a valenza generale, che possono ben essere effettuate con le modalità disciplinate negli atti di gara e cioè con semplice caricamento nell'Area Comunicazioni, e comunicazioni a valenza individuale, da intendersi invece per loro intrinseca natura necessariamente recettizie, poiché hanno implicazioni specifiche ed esigono peculiari adempimenti individuali che, se non effettuati entro un dato e ristretto termine, determinano, come è accaduto nel caso di specie, l'esclusione dalla competizione.

Queste ultime comunicazioni, proprio per tale ragione, dovrebbero essere effettuate esclusivamente tramite PEC, cioè attraverso un sistema di invio del messaggio che ne garantisca la conoscenza legale e che renda in tal modo imputabile con certezza al concorrente le conseguenze sanzionatorie estreme derivanti dalla sua mancata ottemperanza agli adempimenti richiestigli.

*Imputet sibi*, insomma, ma solo se il concorrente sia stato posto con certezza dalla Stazione appaltante nella (consapevole) condizione di poter evitare l'esclusione: ove tale certezza manchi, come manca nel caso esaminato, la sanzione appare ingiusta ed illegittima, anche alla luce del principio costituzionale e comunitario di adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.

# L'importanza della permanenza dei requisiti del Consorzio e della Consorziata, fra "cumulo alla rinfusa" ed "avvalimento operativo interno" nei Consorzi stabili.

**E se un consorzio stabile, medio tempore nel corso di svolgimento della gara, perde i requisiti forniti da una consorziata (non designata esecutrice), ma li riprende subito da un'altra?**

di Emanuela Pellicciotti

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Con l'Ordinanza del 29 dicembre 2020, n. 1211 il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana ("CGARS") ha rinviato all'Adunanza Plenaria la questione della partecipazione ad una gara da parte di un consorzio stabile che, medio tempore nel corso di svolgimento della gara, ha perso il requisito fornito da una consorziata non designata esecutrice, ma lo ha ripreso consorziando un'altra impresa.

Ci si chiede se l'Adunanza Plenaria intenderà valorizzare in senso "espansivo" il concetto di "avvalimento interno" e, nell'attesa che l'Adunanza Plenaria si pronunci, è interessante il raffrontare le considerazioni del CGARS con la recentissima decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68 proprio in tema di distinzione fra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo, che ha ribadito - a pochi giorni di distanza

dall'Ordinanza di rimessione - la tesi sostanzialistica sull'avvalimento operativo, affermando "con particolare riguardo, poi, all'avvalimento operativo che ha ad oggetto il prestito di personale, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato richiede la disponibilità effettiva del personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli" - con ciò sottolineando che l'operatività del concorrente - ottenuta mediante l'ausiliaria - deve essere valutabile da parte della stazione appaltante sin dalle prime fasi della gara (affinché se ne possa apprezzare la sostenibilità ex ante) e deve permanere sino al completamento delle prestazioni contrattuali.

Le argomentazioni che si fronteggiano nell'Ordinanza in esame mostrano una continua tensione fra aspetti formalistici e sostanzialistici, in cui è davvero arduo poter immaginare la soluzione ai quesiti deferiti alla Plenaria.

### 1. L'Ordinanza CGARS n. 1211/2020

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana si è trovato a dover decidere su una fattispecie del tutto peculiare: un consorzio stabile, infatti, ha impugnato una sentenza del TAR Sicilia con la quale è stato respinto il ricorso, proposto avverso la propria esclusione da una gara – a motivo della sopravvenuta carenza di un requisito in corso di gara -.

Quanto ai requisiti, *"il bando prevedeva la classificazione dei lavori come di seguito indicato: 1) acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere d'irrigazione ed evacuazione: categoria OG6 VIII; importo totale: € 16.505.479,14; incidenza percentuale sul totale: 97,98%; qualificazione obbligatoria; 2) interventi a basso impatto ambientale: categoria OS35 II; importo totale: € 339.520,86; incidenza percentuale sul totale: 2,02%; qualificazione obbligatoria."*, ma il Consorzio, risultato inizialmente aggiudicatario, si vedeva revocare l'aggiudicazione *"in quanto dagli accertamenti finalizzati alla verifica dei requisiti era risultato che, a partire dall'11 ottobre 2019 (e sino al 6 febbraio 2019), il Consorzio aveva perso l'attestazione di qualificazione SOA, relativamente alla categoria OS35, per effetto del venir meno della partecipazione al consorzio della consorziata ... consorziata non designata per l'esecuzione dei lavori"*.

Il consorzio, in particolare lamentava l'illegittimità dell'atto impugnato per *"... violazione degli artt. 83, co. 2, 84 e 216, co, 14, d.lgs. n. 50/2016 e 7 del disciplinare di gara: venuta meno dalla compagine consortile la consorziata ..., il Consorzio era rimasto privo della qualificazione necessaria per la categoria OS35 che era stata assicurata dalla consorziata mediante avvalimento .... Ma con l'ammissione provvisoria al Consorzio, in data 10 settembre 2018, a cui aveva fatto seguito, in data 18 gennaio 2019, quella definitiva, della ..., qualificata nella categoria OS35, la qualificazione era stata riacquistata; violazione degli artt. 83, co. 2, 84 e 216, co, 14, d.lgs. n. 50/2016 e 7 del disciplinare di gara, eccesso di potere: non sarebbe più vigente l'obbligo del mantenimento del possesso dei requisiti dalla data di presentazione dell'offerta e sino all'esecuzione dei lavori, cosicché l'Amministrazione avrebbe dovuto tener conto del fatto che il Consorzio, qualificato nella categoria OS35 alla data della*

*presentazione dell'offerta, dopo la perdita della qualificazione, l'aveva comunque riacquistata; la stazione appaltante avrebbe dovuto imporre la sostituzione della consorziata, che aveva perduto la qualificazione in questione, ai sensi dell'art. 89, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 63, direttiva 2014/24/UE, i quali sarebbero applicabili a tutti i casi di affidamento di un'impresa sui requisiti di un altro soggetto, e non solo all'ipotesi dell'avvalimento; "*. Il TAR adito, però, aveva respinto il ricorso e, in particolare ha richiamato il *"principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione"* sancito nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2015 (secondo la quale *"nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità"*).

Il TAR, inoltre, ha osservato che *"il Consorzio ricorrente, al momento della presentazione dell'istanza di partecipazione, possedeva la qualificazione nella categoria OS35, classifica III, in base al principio del cumulo alla rinfusa, tramite la propria consorziata ..., la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento con la ..., ma che, in data 31 agosto 2018, veniva meno il rapporto tra le due società, cosicché, con provvedimento del 14 settembre 2018, l'organismo di attestazione CQOP SOA dichiarava decaduta la prima (e a cascata il Consorzio) dall'attestazione di qualificazione relativa alla categoria OS35; precisato che, in data 10 settembre 2018, l'assemblea dei soci del Consorzio, dichiarata decaduta la consorziata ..., contestualmente ammetteva "provvisoriamente" la sua dante causa nell'avvalimento ..., inserita in via definitiva nella compagine consortile solo il 18 gennaio 2019, ha ritenuto infondata la censura in applicazione del principio della valenza costitutiva della certificazione rilasciata dalla SOA."*

Il TAR, inoltre, ha escluso che *"l'impresa consorziata possa essere considerata soggetto terzo rispetto al consorzio, che risponde, pertanto, della sua condotta, senza che possa porsi un problema di affidamento incolpevole."*

Avendo riscontrato un contrasto giurisprudenziale, quindi, il CGARS con l'Ordinanza n. 1211 del 29 dicembre 2020 rimette all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti: *"1. se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori; 2. in caso di risposta negativa al quesito sub "1", se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti."*

Il CGARS, in ogni caso, ha puntualizzato l'originalità della fattispecie, in cui in termini brevissimi (4 mesi) il consorzio ha perduto e ri-acquisito il requisito, senza che ciò interferisse in alcun modo con l'esecuzione dei lavori, tale da far quasi scomparire la soluzione di continuità - o quanto meno fargli perdere rilevanza -.

Premette, innanzitutto, il Consiglio di Giustizia amministrativa che il quesito posto all'Adunanza Plenaria ruota intorno alla corretta qualificazione dei requisiti di partecipazione dei consorzi stabili alle gare; meglio ancora, sulla corretta perimetrazione del cd. "cumulo alla rinfusa dei requisiti".

## 2. Il "cumulo alla rinfusa"

Come noto, infatti, ai consorzi stabili è data la facoltà di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lex specialis di gara mediante requisiti propri, oppure tramite il cd. "cumulo alla rinfusa", cioè giovandosi dei requisiti delle singole imprese consorziate - anche se non designate per l'esecuzione -.

Da qui - in tesi propugnata dall'appellante - la considerazione che tra il consorzio e le sue consorziate intercorra un rapporto analogo all'avvalimento e, di conseguenza, che la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare l'art. 89, comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016 che (appunto in tema di avvalimento) sancisce: *"la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici"*.

In tal senso, quindi, il consorzio appellante non avrebbe dovuto essere escluso dalla gara - in quanto rientrato in possesso dei requisiti dopo aver consorziato la stessa società che inizialmente li aveva garantiti con avvalimento alla propria consorziata -.

Secondo il consorzio, ben si sarebbe dovuto dare applicazione diretta all'art. 63 della Direttiva UE n. 24 del 2014 che, con riguardo ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria ed a quelli riferiti alle capacità tecniche e professionali stabilisce che *"un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi ... l'amministrazione aggiudicatrice verifica ... se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ... L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione"*.

La tesi dell'appellante sembra scalfire l'iniziale convincimento del Collegio, che inizialmente si

assestava sull'opposta tesi (*"Il Collegio al riguardo osserva che tale orientamento trova recente conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, con decisione della sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030, ha ribadito come la certificazione rilasciata da un organismo d'attestazione SOA abbia valore costitutivo della assegnazione della categoria. Tanto condurrebbe alla reiezione del relativo motivo di appello, con la conseguente necessità di esaminare gli ulteriori motivi di ricorso riproposti in appello."*).

Riporta l'Ordinanza che il consorzio ha prospettato un'attenta ricostruzione giurisprudenziale, partendo proprio dal dato incontestato che i consorzi stabili si qualificano in base al "cumulo alla rinfusa" (si intende, con riferimento all'invarianza dei consorziati che qualificano il consorzio) dei requisiti delle consorziate e che tale effetto discende dalla peculiare forma societaria che caratterizza questa tipologia di consorzi.

Infatti, il patto consortile che si instaura tra i componenti di un consorzio stabile è strutturato per attingere l'obiettivo della massima collaborazione fra le consorziate, che stipulano un patto di cooperazione caratterizzato da un rapporto duraturo e – appunto – stabile, improntato sulla comune causa mutualistica.

La consorziata indicata per l'esecuzione, presta fattiva collaborazione nell'ambito dello svolgimento delle attività contrattuali – assumendo la responsabilità dell'esecuzione nei confronti della stazione appaltante, in solido con il consorzio stabile -; essa, però, può anche non coincidere con la consorziata che fornisce al consorzio il requisito di partecipazione – rimanendo quest'ultima estranea all'esecuzione e non assumendo alcun ruolo attivo nei confronti della stazione appaltante -.

In altri termini, chiarisce l'appellante che la qualifica del consorzio stabile deriva non solo da autonome qualificazioni, ma soprattutto (e almeno in fase iniziale) dalla sommatoria delle qualifiche conseguite da ciascuna delle imprese consorziate: in tal senso, dunque, le consorziate che offrono al consorzio i loro requisiti pur senza essere designate per l'esecuzione, si devono considerare alla stregua di ausiliarie – con applicazione estensiva dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, nel solco dell'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 63, direttiva 2014/24/UE.

La direttiva 2014/24/UE, infatti, si riferisce genericamente ai "soggetti terzi" che assumono funzione ausiliaria, senza creare con ciò alcun filtro in dipendenza dal rapporto che lega i due soggetti – sia esso societario (come nel consorzio stabile), sia esso contrattuale (come nel contratto di avvalimenti).

Sul punto, il Tribunale di prime cure "premette di condividere l'orientamento giurisprudenziale, formatosi sulla disciplina in materia di avvalimento, secondo cui la sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara, ora consentita o, meglio, imposta dall'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, è istituto derogatorio rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura e risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, di stimolare il ricorso all'avvalimento; il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso (Cons. St., V, 21 febbraio 2018, n. 1101 e giurisprudenza ivi richiamata)."

Tuttavia, "il giudice ... ritiene che il principio di diritto in questione rinvenga il suo fondamento logico e la sua spiegazione nell'esigenza di non far gravare sul soggetto incolpevole la responsabilità di condotte addebitabili a terzi. Totalmente diversa sarebbe la situazione nel caso dei consorzi stabili, che non hanno alla loro base un'intesa temporanea finalizzata all'aggiudicazione della singola commessa (come si verifica nel caso dell'avvalimento), ma un'aggregazione stabile tra più soggetti che danno vita a un'impresa autonoma. In tali fattispecie l'impresa consorziata non è terza rispetto al consorzio, che risponde, pertanto, della sua condotta, senza che possa porsi un problema di affidamento incolpevole. Non può, pertanto, a seguito della perdita della qualificazione per fatto della consorziata, invocare l'applicazione del principio della sostituibilità dell'ausiliaria operante nel diverso caso dell'avvalimento."

Il CGARS, in proposito, ricorda che il consorzio appellante sposa la tesi propugnata di recente dal Consiglio di Stato, (Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165), secondo la quale "L'esistenza di una comune struttura di impresa per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, oggetto di affidamento,



*rappresenta un requisito necessario per la configurabilità di un consorzio stabile ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016. Tale struttura garantisce un'alterità rispetto alle singole imprese e integra un elemento teleologico, riconducibile all'astratta idoneità del consorzio ad eseguire il contratto di appalto, fungendo anche nelle fasi precedenti all'esecuzione da tramite tra la p.a. e le consorziate, che abbiano scelto e previsto nel proprio statuto di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici, per un determinato arco temporale. Coerentemente alla ratio dell'istituto in esame, che è quella di favorire la partecipazione di piccole e medie imprese alle procedure di gare, ciò non esclude che il consorzio, dotato di una propria "azienda" intesa come complesso di beni organizzati, possa nell'esecuzione delle prestazioni avvalersi delle consorziate, sia pure nei limiti previsti, senza che per ciò solo venga meno la sua alterità".*

E proprio su questa "alterità" delle consorziate rispetto al consorzio si caratterizza la fattispecie scrutinata nel giudizio di che trattasi: infatti, la consorziate "ausiliaria" del consorzio traeva a sua volta il requisito da un altro soggetto – che per sua autonoma iniziativa glielo ha improvvisamente negato -, quest'ultimo poi, consorziandosi a sua volta, ha fornito nuovamente il requisito al consorzio.

Dunque, volendo aderire alla tesi dell'appellante, male ha fatto la stazione appaltante a non dare concreta e diretta applicazione tenere ai principi posti dall'art. 63, direttiva 2014/24/UE, giacché il nuovo soggetto "venuto in soccorso" del consorzio è divenuto consorziato anch'esso e, pertanto, appare del tutto indifferente la sua posizione, rispetto a quella di qualsiasi altra consorziate, ivi compresa quella inizialmente "ausiliaria" del consorzio.

Protagonista di una applicazione estensiva dell'avvalimento è stata, nel recente passato, una sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545, che ha riconosciuto l'applicabilità dell'avvalimento ex art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 in presenza di avvalimento c.d. "infragruppo". Nel caso esaminato dai giudici capitolini veniva contestata l'assenza di necessità di costituire un contratto di avvalimento anche quando due società appartengano al medesimo gruppo e, sulla questione, il Tribunale

*ha stabilito che: "Com'è noto, senza sostanziali differenze tra nuovo e vecchio Codice, l'istituto in questione (avvalimento), di derivazione comunitaria, consente che un imprenditore possa comprovare alla stazione appaltante il possesso dei necessari requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi – nonché di attestazione della certificazione SOA – a fini di partecipazione ad una gara, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (ausiliario), che assume contrattualmente con lo stesso – impegnandosi nei confronti della stazione appaltante – una responsabilità solidale. ... Il Collegio ritiene che il comma 1, ultimo periodo dell'art. 89 del nuovo Codice Appalti – a mente del quale "il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" – trovi applicazione anche nel caso di specie senza che a ciò osti né il fatto che si tratti di un avvalimento infragruppo".*

Il caso dell'avvalimento tra società appartenenti alla stessa *holding* può essere trasferito a maggior ragione alla fattispecie in esame, in cui si tratta di società appartenenti al medesimo consorzio stabile che, pertanto - ferma la responsabilità del consorzio verso la stazione appaltante -, ben possono alternarsi nel fornire i requisiti dei quali il consorzio si giova: il concorrente, infatti, è sempre e solo il consorzio – non muta la sua compagine -, indifferentemente da quali siano le consorziate che gli forniscono i requisiti necessari.

Più in dettaglio, osserva il CGARS *"al riguardo, dovrebbe ritenersi che la consorziate non designata per l'esecuzione dei lavori vada considerata soggetto terzo rispetto al consorzio. Peraltro, anche a ritenere diversamente, tale andrebbe considerata ... (ausiliaria della ...); e poiché la perdita del requisito è avvenuta perché un soggetto terzo (...), ausiliaria della consorziate ...)* ha volutamente operato il recesso dal rapporto, si ricadrebbe nell'ambito di applicazione della direttiva, la quale, all'art. 63 (rubricato "Affidamento sulle capacità di altri soggetti"), dopo aver stabilito (relativamente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria ed ai criteri relativi alle capacità tecniche e professionali) che *"un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle*

capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”, precisa che “l’amministrazione aggiudicatrice verifica ... se i soggetti sulla cui capacità l’operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ... L’amministrazione aggiudicatrice impone che l’operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L’amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l’operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”. In sostanza, ... la tesi dell’appellante è che il rapporto consorzio-consorziata non esecutrice dei lavori sia analogo all’avvalimento, per cui ritiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare l’art. 89 co. 3 d.lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che “La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l’operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell’articolo 80. Essa impone all’operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l’operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici”. Ovvero, dovrebbe trovare applicazione diretta l’art. 63 della direttiva sopra citato.”.

### 3. Il principio della continuità del possesso dei requisiti e sue deroghe

Tuttavia, il CGARS ricorda anche “nell’ipotesi in cui si ritenga fondata in parte qua la critica dell’appellante alla sentenza appellata, ne discenderebbe la necessità di rivedere il noto orientamento circa l’obbligo del possesso continuativo dei requisiti, la cui applicazione potrebbe condurre – in un caso quale quello in esame, in cui il consorzio stabile ha perduto la qualificazione posseduta tramite una propria consorziata (non designata per l’esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento, venuto meno per fatto dell’impresa avvalsa - alla violazione del principio della “continuità del possesso dei requisiti”.”.

Sulla continuità del possesso dei requisiti e sulla immodificabilità dei raggruppamenti durante le operazioni di gara si era già recentemente (ex multis) espressa la V Sezione del Consiglio di Stato, con la decisione del 27 agosto 2020, n. 5255 ove si afferma: “un’interpretazione conforme ai principi eurounitari in materia di appalti pubblici impone di ritenere che la sola ipotesi di recesso dal raggruppamento, in fase di gara, ammessa ai sensi dell’art. 48, commi 19 e 19-ter, del d.lgs. n. 50/2016 è quella contemplata nel primo periodo del citato comma 19, ossia quella giustificata da obiettive esigenze organizzative del raggruppamento. ... Nelle gare pubbliche, ed in particolare circa l’immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, di per sé non impedisce il recesso di una o più imprese partecipanti all’A.t.i. medesima, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell’A.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell’A.t.i. venuto meno per effetto dell’operazione riduttiva”.

Il divieto di modificazione soggettiva si giustifica anche con la necessità di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei concorrenti e, contestualmente, di evitare che i concorrenti stessi possano aggirare – attraverso modifiche soggettive – controlli e divieti. In tal senso, dunque, “il recesso di una delle imprese del raggruppamento dopo l’aggiudicazione (come nel caso di specie) non frustra, invece, le esigenze succitate quando l’amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell’impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi” (CGARS, 22 maggio 2020, n. 298).

Pur nella rigidità del principio ora esposto, tuttavia, il Collegio lascia spazio ad un’apertura in senso sostanzialistico: al di là della rigidità formale, è tuttavia riconosciuta anche una minimale forma di modifica della compagine, giacché “il limite a qualsivoglia modifica soggettiva del

*raggruppamento partecipante alla gara pubblica è costituito dal divieto di elusione, in corso di gara, della mancanza di un requisito di partecipazione; la perdita sopravvenuta del requisito in capo ad una delle imprese del raggruppamento non incide sfavorevolmente soltanto qualora intervenga in fase esecutiva, come attualmente codificato dall'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016".*

A questo punto, secondo il giudice del rinvio si prospettano diverse opzioni interpretative.

La prima, disattendendo le tesi dell'appellante, è quella che da continuità al filone giurisprudenziale più aderente alla già citata decisione n. 8 del 2015 dell'Adunanza Plenaria, che ritiene inderogabile il principio della continuità del possesso dei requisiti - salvo limitate deroghe imposte dal diritto comunitario (come nel caso della sostituzione dell'ausiliaria priva dei requisiti, ex art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016), da ritenersi norme eccezionali ed applicabili solo nel contesto dell'istituto (nel caso di specie, l'avvalimento) al quale accedono.

Nel caso in questione, quindi, non si darebbe applicazione all'art. 63 della Direttiva UE n. 24/2014 perché essa è espressamente (ed unicamente) riferita all'avvalimento - e non già alla sub specie di "avvalimento interno" che caratterizza i consorzi stabili -.

Tuttavia, questo creerebbe una disparità di trattamento della quale non si vede giustificazione - nemmeno nel testo dell'art. 89, comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016 che è la codificazione del principio generale sancito dall'art. 63 della Direttiva UE n. 24/2014, ma è stato codificato in Italia nell'ambito del solo istituto dell'avvalimento.

Quindi, altra soluzione sarebbe - pur nel rispetto della giurisprudenza prevalente, che richiede la continuità del possesso dei requisiti - attuare una diretta applicazione della norma comunitaria o un'applicazione analogica dell'art. 89, comma 3 del Codice dei contratti pubblici.

In tal senso, il CGARS si interroga sulla compatibilità dell'istituto dell'avvalimento - come declinato dal Codice dei contratti pubblici e, quindi, con stretto riferimento al contratto di avvalimento - con la più generale apertura indicata dalla direttiva comunitaria - che ne postula l'apertura generale intesa ad ogni ipotesi di "ausilio" sostanziale.

Infine, un'altra proposta operativa per risolvere il quesito posto all'Adunanza Plenaria potrebbe consistere nella valorizzazione dell'aspetto funzionale del possesso dei requisiti: essi, quindi, devono essere posseduti, senza soluzioni di continuità, alla data di scadenza del bando, mentre per le fasi successive della gara si dovrebbe sempre consentire la sostituzione del soggetto che - nell'ambito di un concorrente polistrutturato (consorzio o A.T.I.) - fornisce i requisiti di partecipazione, così applicando estensivamente l'art. 89, comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016.

#### **4. I dubbi di compatibilità comunitaria della disciplina dell'avvalimento**

Sul versante dei dubbi circa la compatibilità comunitaria della disciplina nazionale sull'avvalimento - e del suo "rovescio della medaglia", declinato come principi di continuità del possesso dei requisiti ed immodificabilità dei raggruppamenti di concorrenti -, va ricordato che il CGARS aveva già posto alcune questioni.

Innanzitutto, con la decisione 22 maggio 2020, n. 298 ha ricordato che la Corte di Giustizia UE ha anch'essa affrontato il tema della immodificabilità della compagine del concorrente (vds. sentenza della Grande Sezione, 24 maggio 2016 nella causa C-396/14 - MT Hojgaard) e, quindi, ha affermato: "Le ipotesi legali in cui è ammessa la modificazione soggettiva nella composizione del raggruppamento nella fase esecutiva (fattispecie estese alla fase di gara dal successivo comma 19-ter, l'art. 48, commi 18 e 19-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 95 del d.lgs. n. 159 del 2011) disciplinano entrambe, per quanto di interesse ai fini della decisione della presente controversia, fattispecie finalizzate a garantire al raggruppamento che perda, nel corso della gara, una delle proprie mandanti per interdittiva antimafia di poter continuare a partecipare alla procedura con i rimanenti componenti".

Per quanto concerne il corretto recepimento della disciplina dell'avvalimento - del quale, nell'Ordinanza in commento, si postula un'applicazione sostanzialistica ed estensiva, recependo l'ampia descrizione dell'art. 63 della Direttiva 24/2014/UE - si deve poi ricordare che il 24 gennaio 2019 la Commissione Europea ha inviato (anche) allo Stato italiano una lettera per la messa in mora, invitando ad un migliore

allineamento della disciplina nazionale a quella comunitaria.

Il dubbio sull'applicazione dell'istituto da parte del legislatore nazionale è rimasto, poiché sempre il CGARS, con Ordinanza n. 1106 del 24 novembre 2020, ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea chiedendo: *"se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, 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), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*.

Adunanza Plenaria e Corte di Giustizia, dunque, avranno il compito di delineare il corretto perimetro dell'istituto dell'avvalimento, calandolo nelle diverse realtà di raggruppamenti di concorrenti e, quindi, di tradurlo in una definizione concreta e comunitariamente orientata, sulla quale dovrà lavorare il legislatore.

# Collegio Consultivo Tecnico: norma inattuata. Doppio intervento del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici e della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome.

di Stefano de Marinis



IL  
PUN  
TO

## Premesse

Tra le significative novità recate dal decreto semplificazioni (n.76, del 16 luglio 2020, convertito con legge n.120 del successivo 11 settembre) va senz'altro annoverata la rivisitazione dell'istituto del Collegio Consultivo Tecnico, strumento peraltro già noto al sistema della contrattualistica pubblica, al quale la disciplina più recente riserva, nel campo dei lavori, nuove e più ampie funzioni, sul cui utilizzo è intervenuto, nel dicembre scorso, il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici, con un documento non ancora definitivo volto ad

introdurre apposite linee guida per assicurarne una *omogenea applicazione*; nello stesso periodo anche la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, tramite il proprio organo tecnico in materia di contratti pubblici, ha reso indicazioni in merito.

Oltre che per richiamarne i principali contenuti, le due pressoché contemporanee prese di posizione testimoniano dell'attenzione che il sistema, anche se con un certo ritardo, intende riservare verso quest'istituto, offrendo altresì l'occasione per alcune più ampie considerazioni sull'applicazione del decreto 76.



**1. Il Collegio Consultivo Tecnico nel decreto semplificazioni: una logica coerente**

Non può, infatti, non rilevarsi come il decreto semplificazioni abbia fin qui in generale trovato accoglienza assai controversa tra gli operatori. Il giudizio, che si riferisce soprattutto ai contenuti degli articoli 1-9, in specie all'articolo 6 riguardante l'istituto di cui qui ci si occupa, fino ad ora sostanzialmente inapplicato, si estende anche alle previsioni di cui agli articoli 21 e 23, recanti modifiche riferite rispettivamente alla disciplina della responsabilità per danno erariale ed a quella penale per il caso di abuso d'ufficio.

Eppure l'intervento legislativo, soprattutto attraverso la rivisitazione del regime delle responsabilità di chi agisce per conto della pubblica amministrazione, mirava a risolvere il sempre più evidente problema noto come *blocco della firma o amministrazione difensiva* che, in modo particolare sul fronte degli investimenti, ha negativamente inciso sull'attivazione efficace dei processi di spesa, indispensabili a garantire lo sviluppo del Paese anche sul fronte dell'innovazione, e a sostenere un PIL nazionale quanto mai asfittico già prima dell'avvento della pandemia.

In tal senso, non potendosi ricreare dall'oggi al domani un quadro legislativo di riferimento per la gestione dei contratti pubblici entro il quale muoversi senza soverchi dubbi ed incertezze, agire sul fronte delle responsabilità di chi opera in buona fede è parsa l'unica soluzione efficace perseguibile in tempi brevi, e le nuove funzioni assegnate ai Collegi Consultivi Tecnici appropriatamente si collocano in siffatto contesto.

Ad essi, infatti, la legge attribuisce i compiti indicati all'articolo 5 del decreto semplificazioni che oltre al più tradizionale obiettivo di prevenire e/o risolvere le controversie relative all'esecuzione dei contratti, peraltro con

modalità a questo punto indicate come *rapide*, considera anche quello di sbloccare i cantieri fermi, ovvero prevenire la relativa sospensione, altresì assicurando la continuità dell'esecuzione e fornendo, in quest'ottica, *assistenza* alle stazioni appaltanti, segnatamente ai RUP chiamati ad assumere le relative decisioni; il tutto offrendo ad essi supporto tempestivo e sicuro, sgravandone sotto un doppio profilo il regime di responsabilità, salva ovviamente l'ipotesi di mala fede. In tal senso vale considerare che, per un verso l'inosservanza delle determinazioni del Collegio Consultivo Tecnico viene

**Il Collegio Consultivo Tecnico supporta l'attività dei RUP e ne sgrava sotto un doppio profilo le responsabilità**



valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, ciò che *a contrario* implica copertura nel caso in cui se ne seguano le indicazioni; d'altro canto, che ai sensi dell'articolo 21 la responsabilità per colpa grave permane in termini generali per i casi di comportamenti dell'interessato inerti od omissivi, ciò che *a contrario* implica ulteriore copertura laddove si operi applicando le relative indicazioni.

Il tutto, come peraltro evidenzia il Consiglio Superiore, *a fronte di un onere per la parte fissa dei costi del Collegio di gran lunga inferiore di quello di una commissione di collaudo tecnico-amministrativo in corso d'opera, ciò che consentirà, tra l'altro, di limitare il ricorso alle altre procedure di risoluzione delle controversie sicuramente più onerose per le parti, riducendo gli oneri per consulenze di natura tecnica e legale.*

**2. Il tema della mancata attuazione**

Eppure, la risposta da parte degli operatori è stata fredda, al limite dell'inverosimile: nonostante la norma prevedesse per i contratti di lavori d'importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto l'obbligo di dare vita ai collegi nei successivi 30 giorni, quindi entro il 16 agosto, e nonostante, come detto, il nuovo regime di responsabilità per danno erariale mantenesse la

**La mancata attivazione dei Collegi Consultivi Tecnici è un'inerzia incomprensibile e dannosa che spinge il Ministero ad intervenire**



precedente disciplina in caso di comportamenti omissivi, quale potrebbe intendersi anche la non costituzione dei collegi, quasi nessuno di essi risultava esser stato costituito.

Tale situazione di stallo ha determinato il Ministero delle Infrastrutture ad un duplice intervento: in un primo tempo con la circolare 18 novembre 2020, n. 45113 che richiamava la necessità che le stazioni appaltanti applicassero il decreto semplificazioni *in tutte le potenzialità*; successivamente con l'iniziativa delle linee guida qui in esame.

### 3. Il tema delle Linee Guida

Ciò detto, sotto altro profilo non può sfuggire il recupero dello strumento delle linee guida messo in discussione, per lo meno in parte, dal decreto "Sbloccacantieri" 2019, la cui utilità, ad avviso di chi scrive, è viceversa evidente ed attuale.

In questo senso, infatti, soprattutto a fronte di un quadro legislativo primario che dovrebbe tornare ad essere caratterizzato da contenuti generali ed astratti, come peraltro vorrebbero i principi cardine del nostro diritto costituzionale in linea con il modo di operare del legislatore comunitario che da sempre ne favorisce l'utilizzo a valle delle Direttive, lo strumento delle linee guida costituisce senz'altro il necessario complemento di un'attività amministrativa ordinata, efficace e predittibile, per lo meno nelle situazioni ordinarie.

È di tutta evidenza, infatti, come linee guida non obbligatorie possano efficacemente supportare l'azione dell'amministrazione conferendo ad essa la presunzione di legittimità, senza con ciò precludere la possibilità per l'operatore di assumere, motivandole, scelte diverse, che non per il solo fatto di discostarsene siano fonte di responsabilità.

Le Linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici rappresentano, quindi, un'importante sollecitazione verso le stazioni appaltanti per la, fin qui mancata, attivazione dei Collegi Consultivi Tecnici, strumenti voluti dalla legge per fluidificare

la realizzazione dei contratti pubblici di lavori, specie se di rilevante importo.

In questo senso l'intervento ministeriale mira altresì a completare l'assetto normativo tracciato dal decreto semplificazioni, andando ad integrarne alcuni profili, quali, ad esempio l'esigenza di una contabilità centralizzata degli incarichi attribuiti per la partecipazione ai Collegi, ovvero l'ulteriore dettaglio dei requisiti di qualificazione necessari per l'assunzione degli incarichi.

Al di là della meritevolezza dell'iniziativa, c'è peraltro da chiedersi, relativamente alla natura del provvedimento da assumere, che come detto nella titolazione parla di *omogenea applicazione, da parte delle stazioni appaltanti, delle funzioni del Collegio Consultivo*, se una linea guida di fonte ministeriale sia effettivamente in grado di conseguire gli obiettivi dichiarati.

Al riguardo, non può sfuggire come l'articolo 6 del decreto semplificazioni non preveda alcuna disposizione attuativa di natura regolamentare, tanto meno linee guida od altri strumenti di regolazione flessibile che sono viceversa alla base, ad esempio, degli interventi dell'Anac già riferiti ai requisiti di professionalità dei RUP, all'integrazione della disciplina dell'affidamento dei contratti sottosoglia comunitaria, ai partenariati pubblico privati ecc.

**Spetta all'ANAC assicurare l'omogeneità dei procedimenti amministrativi adottando linee guida ed altri strumenti di regolazione flessibile**



Proprio attingendo dall'esperienza degli interventi Ministeriali, in tal caso del MEF, in materia di partenariato pubblico privato, rileva l'avviso a suo tempo espresso dal Consiglio di Stato, con l'Adunanza del 22 aprile 2020, n. 823, che, nell'ambito del parere richiesto sullo schema del contratto standard *per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato*, ha affermato che se, da un lato, è vero che rientra nella competenza generale delle pubbliche amministrazioni, nei limiti dei relativi fini istituzionali stabiliti per legge, il potere di elaborare e pubblicare schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni, allo scopo di orientare e dare uniformità alla prassi applicativa degli

uffici, è altresì vero che, nella specifica materia dei contratti pubblici preordinati alla realizzazione di opere pubbliche, in base al codice di settore, esiste una disciplina normativa di rango primario che regola in modo puntuale, tra i tanti profili, anche quello dell'adozione di linee guida e contratti tipo; detta disciplina demanda tale compito all'ANAC posto che l'articolo 213, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche.

Detto in modo più chiaro - evidenzia ancora il Consiglio di Stato - se l'intenzione ... è quella di dar vita ad un contratto-tipo, ex art. 213, comma 2, Codice dei contratti pubblici, con le relative implicazioni sotto un profilo giuridico, sarà necessario che lo schema di contratto ... venga adottato dall'ANAC nel rispetto delle regole applicabili a tale Autorità e non può essere oggetto di solitaria approvazione da parte del Ministero richiedente. Solo l'ANAC, infatti, in questo contesto ordinamentale ha attribuito dalla legge il compito di assicurare la "omogeneità dei procedimenti amministrativi" e di favorire "lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213, comma 2, Codice); se tali compiti fossero demandati alle singole amministrazioni, infatti, verrebbe in radice frustrata la possibilità di assicurare l'omogeneità dei procedimenti.

Se mancherà l'adozione da parte dell'ANAC - conclude il parere del Consiglio di Stato - l'atto in questione potrà rimanere un utile ausilio per le pubbliche amministrazioni che, tuttavia, non saranno obbligate a considerarlo quale contratto-tipo anche sotto il profilo delle relative conseguenze giuridiche; in tal senso, valuterà l'amministrazione se trasformare tale atto in una circolare con la quale suggerire le più corrette modalità di azione al precipuo scopo di disciplinare i predetti aspetti di carattere contabile-finanziario.

## Una contabilizzazione centralizzata degli incarichi nei Collegi?



### 4. I singoli temi

Dati, quindi, legittimi dubbi circa l'effettiva capacità dell'intervento del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici di vincolare in modo univoco i comportamenti di tutte le stazioni appaltanti e venendo al merito delle singole previsioni comunque assai importanti sul piano dell'indirizzo interpretativo, ancorché non sempre coincidenti rispetto alla parallela lettura della Conferenza Stato Regioni,

non può non evidenziarsi quello che appare essere come il più significativo portato dell'intervento ministeriale, ovvero la costituzione di una sorta di banca dati centralizzata per la verifica dell'osservanza dei limiti numerici di incarico, fissati dalla legge per l'assunzione del ruolo di presidente ovvero di componente del Collegio.

In questo senso il Ministero prevede che copia del verbale della relativa avvenuta costituzione venga inviata alla presidenza del Consiglio superiore dei lavori pubblici che curerà il monitoraggio anche ai fini del rispetto dei limiti al cumulo degli incarichi di cui all'articolo 6, comma 8, del DL 76. Al di là della strumentazione giuridica necessaria a renderla operativa, l'esigenza di un punto di raccolta unico di tali dati appare un'opzione condivisibile.

### 5. L'ambito applicativo

Passando a considerare l'ambito applicativo dell'istituto, di rilievo è l'affermazione contenuta nelle linee guida ministeriali secondo la quale sono destinatarie della norma tutte le stazioni appaltanti, incluse quelle operanti nei settori speciali e nell'ambito delle concessioni, indicazione da intendersi nel senso che l'obbligo, ovvero la facoltà nel sotto soglia ed in fase pre gara, di attivare il Collegio riguarda anche gli appalti banditi dai concessionari; non già, peraltro, le concessioni nel rapporto tra concessionario e concedente.

Altra precisazione importante riguarda l'indicazione secondo la quale nel caso di contratti misti, la costituzione del Collegio è disposta ogni qualvolta la parte dei lavori supera la soglia comunitaria, ciò che sembrerebbe voler dire che lo strumento vale anche laddove l'appalto sia di servizi ed abbia al suo interno una componente lavori che, ancorché

minoritaria nell'economia complessiva del contratto, superi in assoluto il valore di 5 milioni e 350.000 euro.

Da registrare, sul punto, una differenza importante rispetto al documento della Conferenza delle Regioni, che esclude l'applicabilità dell'istituto nel caso in cui l'appalto abbia ad oggetto contratti di manutenzione.

Sempre in tema di ambito applicativo della norma, si legge ancora, nel documento ministeriale, che il Collegio Consultivo Tecnico dovrà essere obbligatoriamente costituito anche nel caso in cui l'importo dei lavori superi la soglia comunitaria a seguito di varianti durante la fase di esecuzione del contratto. In questo caso, la linea guida ne raccomanda la costituzione addirittura *prima dell'approvazione della variante, al fine di poter disporre dei relativi pareri già nella fase preparatoria dell'atto aggiuntivo al contratto, altresì precisando che in ogni caso, il Collegio Consultivo Tecnico deve essere costituito prima dell'esecuzione dei lavori in variante.*

Circa l'oggetto dell'attività di supporto e assistenza alle parti nel corso dell'esecuzione dei lavori, per quanto riguarda i contratti già in corso alla data di entrata in vigore del decreto semplificazioni il Collegio Consultivo Tecnico può essere, come è noto, chiamato ad assumere determinazioni e pareri in merito a questioni già oggetto di riserva, per i quali, precisa l'intervento ministeriale, non siano state avviate procedure di accordo bonario o sulle quali *non sia stato raggiunto il predetto accordo, che esplichino effetti sulla regolare esecuzione dei lavori.* Tale precisazione, che implica la possibilità che, laddove vi sia necessità di sbloccare la realizzazione di opere ferme per l'esistenza di un contenzioso legato alla presenza di riserve, sussistano due diverse sedi di composizione delle relative istanze, rischia di vanificare la ragion d'essere del nuovo strumento, volto a superare tempestivamente ed in modo univoco le cause di blocco, per il riavvio

dei lavori; più efficace, in questo senso, sarebbe stato prevedere il subentro del Collegio nella trattazione dell'intera vicenda, con fissazione ad opera dello stesso delle condizioni di ripresa che, laddove non applicate, come è noto, configurano in capo all'impresa, *salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali.*

## 6. Modalità di individuazione dei componenti dei Collegi

In merito alle modalità di individuazione dei componenti dei collegi, sia le linee guida ministeriali che la Conferenza delle Regioni concordano sul fatto che l'attività da svolgere è comparabile con quella dei servizi d'arbitrato e di conciliazione; pertanto la scelta per parte pubblica, laddove si ricorra a soggetti esterni alla stazione

appaltante, esula dall'applicazione del Codice dei contratti, salvo l'espresso richiamo, da parte della Conferenza, all'osservanza dell'articolo 4 del Codice, a mente del quale le attribuzioni di incarichi devono comunque avvenire "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (tutela dell'ambiente ed efficienza energetica)"; in tale ottica, per la selezione dei componenti dei collegi la Conferenza suggerisce

di procedere alla formazione di elenchi di professionisti, previa pubblicazione di avvisi di manifestazione di interesse, da articolare in quattro sottosezioni basate su distinti profili rispettivamente attinenti al settore dell'ingegneria, dell'architettura (settori che il MIT tratta viceversa insieme) al settore giuridico ed a quello economico, dai quali attingere.

L'elenco, di natura aperta e da aggiornare periodicamente (ogni sei mesi) andrebbe pubblicato, secondo le indicazioni della Conferenza, nella sezione *amministrazione trasparente* insieme al relativo avviso di manifestazione di interesse.

Peraltro ci si chiede come tali articolate previsioni siano conciliabili con una norma "a tempo"

### Ambito applicativo esteso nella lettura del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici



### La costituzione di elenchi per parte pubblica è compatibile con le finalità ed i tempi di operatività delle norme?



(scadenza 31 dicembre 2021), ispirata dall'urgenza di intervenire, con attivazione dei collegi che, per i lavori in corso, doveva avere corso entro lo scorso 16 agosto.

Specificata attenzione risulta poi posta sul dettaglio dei requisiti soggettivi e di qualificazione professionale individuati per i potenziali affidatari degli incarichi, peraltro non coincidenti nei diversi documenti. In tale contesto deve peraltro rilevarsi, con sorpresa, come quanto dalla stessa legge espressamente richiesto, circa il necessario possesso di *specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM)*, nelle griglie puntualmente proposte tanto dal Ministero che dalla Conferenza non venga in alcun modo ripreso, né tantomeno declinato.

## 7. I costi

Divergenti anche le indicazioni rese per il calcolo del compenso spettante ai componenti il Collegio, cosa che, secondo quanto già anticipato in premessa in termini di vantaggi, anche economici, conseguenti al ricorso al Collegio Consultivo Tecnico, ha valore soprattutto quando la relativa

costituzione è facoltativa. La prima differenza tra i due documenti sta nel modo di considerare la parte fissa dell'onorario e quella variabile: per il Consiglio Superiore a ciascun componente spetta una parte di compenso fissa, proporzionata al valore dell'opera, a cui va ad aggiungersi una parte variabile che dipende dal numero e dalla qualità delle determinazioni e pareri resi. In assenza di pareri e determinazioni, a ciascun membro spetta un gettone unico onnicomprensivo, in pratica si calcola la sola componente fissa del compenso. Al contrario secondo la Conferenza, l'attribuzione

della parte variabile esclude quella fissa, il che significa che, nel caso in cui il Collegio sia chiamato a esprimere pareri e ad assumere determinazioni, i componenti non hanno diritto al *gettone*, bensì solo alla parte variabile.

**Ma nelle griglie proposte mancano riferimenti alla conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM)**

## 8. Conclusioni

Entrambi i riferiti interventi testimoniano, dunque, del rilievo dello strumento messo in campo dal legislatore, rispetto al quale l'auspicio è che la relativa attuazione anche da parte delle singole stazioni appaltanti, possa intervenire in modo efficace, recuperando in qualche modo il tempo perduto nel rispetto delle indicazioni della legge.



# Pareri & Sentenze



## Consiglio di Stato, Sez. V, 28/1/2021, n. 833

*La "certificazione negativa, come la mancanza di un DURC regolare, comporta una presunzione legale, juris et de jure, di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto"*

"Ne discende che anche la certificazione negativa, come la mancanza di un DURC regolare, comporta una presunzione legale, juris et de jure, di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141).

Né la gravità viene meno per effetto della postuma sanatoria della posizione contributiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2020, n. 4100) e ciò in quanto:

- a) l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, compresa la fase di esecuzione del contratto (Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 15);
- b) le procedure di invito alla regolarizzazione (per esempio, nel caso del c.d. preavviso di DURC negativo, previsto dall'art. 31, co. 8, d.l. 69/2013, convertito dalla l. n. 98/2013) sono destinate ad operare solo sul piano dei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento alla certificazione richiesta dall'impresa e non anche a quella richiesta dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai fini della partecipazione alla gara d'appalto);
- c) lo stesso art. 80, comma 4, ad finem sterilizza l'attitudine escludente dell'irregolarità – con previsione che, per la sua natura eccezionale, deve ritenersi di stretta interpretazione – solo in caso di pagamento (o di vincolante impegno a pagare) assunto e formalizzato "prima della scadenza del termine di presentazione delle domande"."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 20/1/2021, n. 632**

*Requisiti di ordine generale: Un obbligo dichiarativo privo della individuazione di un generale limite di operatività temporale potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici*

“Va infine dato atto, in una prospettiva ricostruttiva delle questioni qui di interesse, degli approdi cui è pervenuta la recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, partendo dal rilievo che un obbligo dichiarativo privo della individuazione di un generale limite di operatività temporale “potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa 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). La necessità di un limite generale di operatività degli obblighi dichiarativi è stata correlata all’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 del 26 ottobre 2016, che ha affermato, tra altro, la diretta applicazione nell’ordinamento nazionale della previsione di cui al predetto paragrafo. L’efficacia diretta c.d. “verticale” della disposizione comunitaria nell’ordinamento interno è stata riconosciuta da questa Sezione del Consiglio di Stato anche al di là di ogni questione inerente il non completo recepimento della predetta direttiva nel comma 10 dell’art. 80 [che, nella versione originaria, prevedeva la moratoria quinquennale solo con riferimento alla condanna definitiva in sede penale alla pena accessoria dell’incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, nulla disponendo per le cause di esclusione di cui ai commi 4, relative alle violazioni fiscali e contributive, e 5, con particolare riferimento alla lett. c), relativa ai gravi illeciti professionali, reputandosi così inidonee ai fini dell’esclusione dell’operatore economico dalla gara le risoluzioni ante triennio (Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576)].”

**Corte di Giustizia Europea, Sez. IV, 14/1/2021, n. C-387/19**

*Non costituisce obbligo dell’operatore economico fornire di propria iniziativa la prova della sua affidabilità*

“L’articolo 57, paragrafo 6, 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, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una prassi in forza della quale un operatore economico è tenuto a fornire spontaneamente, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati per dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza, nei suoi confronti, di un motivo di esclusione facoltativo di cui all’articolo 57, paragrafo 4, di detta direttiva, come modificata dal regolamento delegato 2015/2170, qualora un simile obbligo non risulti né dalla normativa nazionale applicabile né dai documenti di gara. Per contro, l’articolo 57, paragrafo 6, di detta direttiva, come modificata dal regolamento delegato 2015/2170, non osta a un siffatto obbligo qualora esso sia previsto in modo chiaro, preciso e univoco nella normativa nazionale applicabile e sia portato a conoscenza dell’operatore economico interessato mediante i documenti di gara.”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 26/01/2021, n. 804**

*È inapplicabile il soccorso istruttorio per la mancanza della garanzia provvisoria*

“La giurisprudenza di questa Sezione ha più volte affermato che ai sensi dell’art. 83, comma 9 del codice dei contratti pubblici, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio le “carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”, con esclusione di quelli “afferenti all’offerta”.

La “garanzia provvisoria” – destinata a coprire la “mancata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione” per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6 d. lgs. n. 50 cit.) – non costituisce un elemento formale, ma, in quanto posta a “corredo” dell’offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi “afferente” alla stessa – e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione – essendo come tale sottratta – per il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti – alla possibilità di soccorso istruttorio.”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 07/01/2021, n. 208**

*Sulla nomina del RUP a commissario o presidente della commissione giudicatrice*

“Sulla questione della nomina del r.u.p. a membro o presidente di una commissione giudicatrice nell’ambito di una procedura di gara per l’affidamento di una pubblica commessa la giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata nel senso di escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, per essere, invece, indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso che tenga conto dell’esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento, con la necessaria precisazione per la quale né l’una, né l’altra, può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al r.u.p. normalmente gli atti della procedura (in tal senso Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, secondo cui l’aggiunta apportata all’art. 77, comma 4, del codice dei contratti pubblici (“La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”) costituisce null’altro che il recepimento legislativo di un orientamento formatosi già nella vigenza del precedente codice; condividono l’orientamento descritto, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2019, n. 5308; 14 gennaio 2019, n. 283).”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 04/01/2021, n. 62**

*Le dichiarazioni omesse, false o fuorvianti non implicano esclusione automatica dalla gara ma la stazione appaltante deve valutare in concreto come per le altre ipotesi previste dall’art. 80, comma 5, lett. c), c-bis), c-ter) e c-quater) del d.lgs. 50/2016*

“... in ordine regime delle dichiarazioni omissive, reticenti, fuorvianti o propriamente false rese dagli operatori economici in sede di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica si è pronunciata, di recente, l’adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen. 28 agosto 2020, n. 16), che ha formulato principi di carattere generale in ordine all’interpretazione delle cause di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. n. 50 del 2016....in presenza di dichiarazioni “fuorvianti” (anche di carattere omissivo, come nel caso di specie) si rivela imprescindibile una valutazione “in concreto” della

stazione appaltante, come per le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c), ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dal d.l. n. 32 del 2019. In particolare, la stazione appaltante non può (a mera presa d'atto della riscontrata omissione), disporre senz'altro l'estromissione della concorrente, ma deve volta a volta accertare e stabilire: a) se l'informazione (fornita od omessa) sia effettivamente falsa o fuorviante; b) se, in tal caso, la stessa "fosse in grado di sviare le proprie valutazioni" (trattandosi, con ciò, di omissione "rilevante"); c) se il comportamento tenuto dall'operatore economico "incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità" (trattandosi, allora, di omissione "significativa")."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 15/12/2020, n. 8030**

*"Presupposto logico del principio di rotazione è l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione"*

"L'art. 36, comma 1, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, impone alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti"... In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854). Indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è dunque l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524)."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****Delibera n. 682 del 29/07/2020  
PREC 134/2020/S- PB**

*"Soltanto le modifiche importanti e dotate di significativa portata innovativa della disciplina di gara giustificano una proroga purché essa sia disposta in virtù dell'interesse pubblico prevalente rispetto a quello dei singoli concorrenti e nel rispetto del principio di partecipazione"*

"... la stazione appaltante nel fornire chiarimenti specifica che dieci dipendenti rappresenta il numero ritenuto minimo indispensabile ma non vincola l'impresa che potrà stabilire il personale ritenuto necessario per lo svolgimento del progetto posto a base dell'offerta specificando in dettaglio quanto già stabilito all'art. 26 del capitolato speciale d'appalto, pertanto non si riscontra una modifica della disciplina di gara come sostenuto dall'istante;...e l'art. 79, comma 3 lettera b) del d. lgs. n. 50/2016 prevede le modifiche significative ai documenti di gara quale presupposto della proroga dei termini per la ricezione delle offerte; quindi non ogni modifica o precisazione determina la necessità di una proroga dei termini ma soltanto una modifica sostanziale che possa indurre i concorrenti a riformulare il contenuto delle proprie offerte (vd. ex multis Cons. di Stato 21.03.20 n.1283 in cui vi era una modifica e integrazione dei criteri di valutazione delle offerte); ... non sussistono i presupposti normativamente previsti per la richiesta di proroga;"

**Autorità Nazionale Anticorruzione****Delibera n. 726 del 9 settembre 2020  
PREC 153/2020/S***Sull'immodificabilità dell'offerta*

"... costituisce principio generale consolidato quello della immodificabilità dell'offerta, posto a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici, per cui «le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente» (Cons. Stato, Sez. V, Sent. 11 gennaio 2018, n. 113; IV, 6 maggio 2016 n. 1827; Delibera Anac n. 1019 dell'11 ottobre 2017);"

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 783  
PREC 174/2020/S**

*"Documentazione comprovante il possesso dei requisiti – Banca Nazionale Contratti Pubblici – Sistema AVCPass - Registrazione – Presupposto per la verifica del possesso dei requisiti - Non condizione di partecipazione – Registrazione successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte - Soccorso istruttorio – Esperibilità"*

"La registrazione al sistema AVCPASS è presupposto indispensabile perché la stazione appaltante possa procedere alla verifica del possesso dei requisiti e non costituisce condizione di partecipazione alla gara. È pertanto possibile ricorrere al soccorso istruttorio per sanare la mancata produzione del PASSOE anche nel caso in cui la registrazione al sistema AVCPASS non sia stata effettuata prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte."



# A Domanda Rispondiamo

A.  
D.  
R.

## 1 Nelle more della stipula di un contratto d'appalto è legittimo rinegoziare il prezzo?

Nelle gare d'appalto disciplinate da procedure ad evidenza non può darsi luogo a forme di rinegoziazione delle offerte pervenute, ciò nel presupposto dell'immodificabilità dell'offerta, il quale rappresenta un ovvio predicato della sua irrevocabilità, oltre che del principio di par condicio e dell'essenza stessa della procedura ad evidenza pubblica. In particolare, quest'ultima costituisce un modello impersonale di contrattazione, attraverso il quale l'amministrazione pubblica, vincolata alla sua osservanza, predetermina in via unilaterale le condizioni del futuro rapporto contrattuale e sulla base di queste procede alla selezione della migliore offerta da parte del mercato privato. Alla luce di tali considerazioni, nessuna modifica di queste condizioni è possibile una volta che la gara si sia conclusa con l'individuazione dell'offerta: l'operatore economico privato può infatti modulare le proprie condizioni sulla base fissata dall'amministrazione in sede di gara, ma non già dopo che questa si è conclusa, privando così di significato la selezione competitiva appena svoltasi.

Infatti, consentendo all'offerente di migliorare la propria offerta, si determina un'ingiustificata lesione della par condicio tra i concorrenti e della trasparenza dell'azione amministrativa; inoltre, rinegoziando l'offerta in sede di gara, si viene a trasformare una procedura ad evidenza in una negoziata, con ingiustificato contrasto con la procedura originariamente individuata sulla cui base sono state formulate le offerte.

## 2 Qual è il termine ultimo entro il quale è consentito alle stazioni appaltanti intervenire in autotutela per ricalcolare la soglia di anomalia?

La "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte" a conclusione della quale, ai sensi dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, non è più consentita la modifica della soglia di anomalia in via di intervento da parte della stessa stazione appaltante è delimitata, dal punto di vista temporale e procedimentale, dal provvedimento di aggiudicazione. Secondo giurisprudenza prevalente prima dell'aggiudicazione definitiva non opera alcun blocco della graduatoria e pertanto può la Stazione Appaltante fino a quel momento, rivedere il proprio operato.

## 3 In una procedura di gara è legittimo fissare un termine ultimo per richiesta di chiarimenti antecedente a quello per effettuare il sopralluogo?

In caso di sopralluogo obbligatorio, le informazioni acquisite in tale sede, in quanto necessarie ai fini della formulazione di una offerta consapevole, sono da considerarsi alla stregua di informazioni complementari della *lex specialis*, sulle quali ciascun candidato deve essere posto nella condizione di formulare quesiti e richiedere informazioni supplementari. Non è pertanto rispettoso dei principi di correttezza e proporzionalità nonché al principio di parità di trattamento calendarizzare sopralluoghi obbligatori in date successive alla scadenza del termine per la presentazione di chiarimenti (Cfr. Delibera ANAC n. 22 del 13/01/2021).

## 4

**Gli appalti riservati ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 hanno gli stessi limiti degli affidamenti fatti ai sensi dell'art. 5 comma 1 della L. 381/1991?**

L'articolo 5 comma 1 della Legge n. 381/1991 prevede che gli Enti Pubblici (compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica) possano stipulare convenzioni aventi ad oggetto la fornitura di determinati beni e servizi (diversi da quelli socio-sanitari ed educativi) con le cooperative sociali di tipo b). Tali convenzioni devono rispettare le seguenti condizioni: 1) devono essere finalizzate alla creazione di opportunità di lavoro per i soggetti svantaggiati di cui all'art. 4 c. 1 della medesima legge (a titolo indicativo vi rientrano 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 ecc.). Le persone svantaggiate di cui sopra devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa; 2) essere di valore complessivo inferiore alla soglia comunitaria; 3) essere stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza.

Per le forniture e servizi (diversi da quelli socio-sanitari ed educativi) di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, il legislatore consente agli Enti Pubblici, mediante l'applicazione dell'articolo 5 c. 4, di inserire nella documentazione di gara, tra le condizioni di esecuzione contrattuale, l'obbligo di impiegare persone svantaggiate adottando specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo.

L'articolo 112 del Codice dei Contratti Pubblici supera di fatto questa disposizione in quanto ad oggi anche per le procedure sopra soglia è possibile riservare la partecipazione a determinate tipologie di operatori economici, oltre che l'esecuzione contrattuale. Diversamente da quanto previsto dall'articolo 5 c. 1 della L. 381/1991 gli appalti

riservati ai sensi dell'art. 112 possono: 1) essere svolti anche per importi superiori alla soglia di rilevanza comunitaria; 2) essere svolti per tutte le tipologie di appalti/concessioni, senza alcun limite di oggetto. Non è infatti previsto il vincolo della fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi; 3) amplia la riserva soggettiva contemplando una più vasta gamma di soggetti a cui riservare le procedure di gara (non solo cooperative di tipo B ma in generale cooperative sociali e loro consorzi, imprese sociali e qualsiasi altra impresa che impieghi nello svolgimento delle prestazioni oggetto dell'appalto/concessione almeno il 30% di lavoratori svantaggiati).

## 5

**Nelle procedure telematiche è sempre garantito il principio di pubblicità delle sedute?**

La giurisprudenza ha più volte ribadito l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, al fine di assicurare in tale sede una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale e garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti. Nelle procedure telematiche non sarebbe comunque necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche ed economiche, in quanto la gestione telematica offre proprio il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto a conservazione dell'integrità degli atti fatto salvo l'onere di provare l'astratta potenzialità lesiva della detta violazione anche rispetto alle specifiche modalità telematiche di conduzione della procedura selettiva.

## **7** Le cooperative di tipo b, che intendono svolgere i servizi di pulizia, sono tenute al rispetto dei requisiti richiesti ex D.M. 274/1997?

Le cooperative sociali di tipo B svolgono attività produttive finalizzate all'inserimento nel mondo del lavoro delle persone con svantaggi fisici o psichici, le ragazze madri, ex detenuti, ex tossicodipendenti, ecc., ma possono svolgere qualsiasi attività di impresa (agricola, industriale, artigianale, commerciale e di servizi) con l'obiettivo di destinare almeno il 30% dei posti di lavoro così creati a persone svantaggiate, altrimenti escluse dal mercato del lavoro. Le persone disabili devono costituire almeno il 30% della compagine sociale. Si tratta di imprese a tutti gli effetti che mettono a disposizione servizi e personale specializzato, oltre ad effettuare inserimenti lavorativi di soggetti svantaggiati in strutture con caratteristiche imprenditoriali. Il modello imprenditoriale che risponde ai bisogni ed alle esigenze espressi da cittadini svantaggiati sia in ambito lavorativo, che di partecipazione attiva nella società, non le esonera dal rispetto delle norme che disciplinano le attività imprenditoriali. Infatti l'iscrizione alla CCIAA, per i servizi di pulizia, avviene nel rispetto delle fasce di importi individuati dal D.M. 274/1997. Il D.M. 274/1997 definisce cosa si intende per servizi di pulizia e che requisiti devono avere i soggetti che richiedono l'iscrizione; considerando che le cooperative b svolgono servizi specializzati, è necessario che abbiano anche i requisiti richiesti dal suddetto D.M., per essere iscritte in tale categoria.

## **8** In una gara suddivisa in lotti quali sono gli elementi che determinano l'unitarietà della gara?

Una gara deve ritenersi unitaria, nonostante la divisione in singoli lotti quando concorrono una serie di elementi "unificanti" quali in particolare la unicità della Commissione esaminatrice; l'identità, per tutti i lotti, dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica; la possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti; l'identità delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste; l'integrazione telematica riferita alla esecuzione di tutti gli adempimenti negoziali conseguenti (Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 06.05.2020 n. 2865).

## **9** Quando una prestazione è da intendersi di natura intellettuale?

La natura "intellettuale" della prestazione non si esaurisce nel suo carattere "immateriale", occorrendo anche che essa sia prevalentemente caratterizzata dal profilo professionale e, dunque, personale, della prestazione resa. I servizi di natura intellettuale postulano modalità essenzialmente consulenziali ed assenza di rischio. Di conseguenza, non presenta natura intellettuale la prestazione che implica una serie di attività standardizzate, ovvero quelle che, pur immateriali, si risolvono nell'esecuzione di attività ripetitive, che non richiedono l'elaborazione di soluzioni ad hoc, diverse caso per caso, ma richiedono di eseguire compiti standardizzati.

## “Ultime sulla commissione ...”

di Giuseppe Croce

IN  
PIL  
LOLE

Sovente ci si imbatte nella fatidica domanda: “... ma il rup può far parte della commissione?”

Talvolta per non incorrere in “errore da dubbio”, ci si accontenta di derubricare la partecipazione del soggetto che più di ogni altro conosce l’iter della procedura e la sostanza dell’affidamento, a mero verbalizzante, così da garantire in seno alla seduta riservata, la supervisione e l’apporto del Responsabile incaricato.

Perciò diventa quasi fisiologico ritrovarsi a sfogliare qualche sentenza sul tema, a cadenze neanche troppo serrate, onde verificare lo stato dell’arte.

*Tar Sicilia-Catania, Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 209, muovendo dalla lettura congiunta degli artt. 77 e 31 del d.lgs. 50/2016 segnala come:*

*"3.1.1. L'art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (come modificato dall'art. 46, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56) recita: "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura". La versione originaria dell'art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 disponeva che "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta". 3.1.2. Va premesso che il precedente orientamento di questo Tribunale, evocato da parte ricorrente, richiamava una decisione del Consiglio di Stato (27 febbraio 2019, n. 1387) che poneva le conclusioni riferite alla disciplina antevigente. Il Collegio ritiene di dover riesaminare detto orientamento, anche alla luce delle diverse successive pronunce del Giudice di seconde cure. Come evidenziato dalla giurisprudenza, l'addendum recato dal c.d. primo correttivo – che si è inserito in un panorama interpretativo ed applicativo non univoco sulla questione della coincidenza del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice – ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'Amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082). Sempre la giurisprudenza – dando seguito all'impostazione secondo la quale non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto – nell'ottica di una lettura dell'art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul dell'art. 84, comma 4, del previgente decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – ha anche evidenziato che:*

- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto*

*un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi;*

- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente;*
- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi "non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario";*
- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione;*
- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità;*
- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario componente della commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. cit. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).*

*3.1.3. Ciò premesso, condiviso orientamento giurisprudenziale ha posto in evidenza come il RUP possa essere nominato membro della commissione di gara, salva la prova di concreti ed effettivi condizionamenti (sul piano pratico), prova che non può desumersi ex se dalla mera commistione di funzioni svolte dallo stesso soggetto nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione. Inoltre, le due previsioni racchiuse nell'anzidetto art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 non possono essere interpretate in maniera atomistica, ma postulano una lettura coordinata, non seccamente preclusiva del cumulo di funzioni e che richiede una valutazione dell'incompatibilità sul piano concreto e di volta in volta, nonché la prova di concreti ed effettivi condizionamenti, anche perché, diversamente opinando, si finirebbe per operare una sorta di interpretatio abrogans*



della seconda parte dell'art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e ss. mm. ed ii. (che, va ricordato, stabilisce che la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura), attesa la pluralità di funzioni e competenze, sia sotto il profilo tecnico che amministrativo, che l'art. 31 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 attribuisce al RUP (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24 agosto 2020, n. 949). Sul punto, non può non richiamarsi il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa in base al quale l'art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (che, peraltro, amplia la dizione normativa del previgente art. 10, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) delinea la competenza del responsabile unico del procedimento in termini residuali (arg. ex T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 30 luglio 2020, n. 1673); la giurisprudenza ha, invero, valorizzato la volontà del Legislatore (racchiusa nella richiamata disposizione) di identificare nel responsabile unico del procedimento il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695). A ciò deve aggiungersi che fra le competenze ascritte al dirigente ovvero al funzionario incaricato di funzioni dirigenziali vi sono quelle concernenti la presidenza delle commissioni di gara, la responsabilità delle procedure d'appalto, la stipulazione dei contratti (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2009, n. 1342 che evoca l'art. 6, comma 2, della legge 15 maggio 1997, n. 127, richiamata in ambito regionale con l'art. 2, comma 3, della legge reg. Sic. 7 settembre 1998, n. 23, nel testo oggi sostanzialmente corrispondente all'art. 107, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267); orbene, la responsabilità della procedura di gara è affiancata dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché può agevolmente affermarsi che la sottoscrizione degli atti indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze, guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche RUP (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 1 aprile 2020, n. 221; T.A.R. Emilia Romagna,

Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87). 3.1.4. Fermo quanto sopra, il Collegio conclusivamente ritiene che:

- la doglianza concernente la redazione da parte del RUP degli atti di gara (bando di gara, disciplinare, quadro economico generale, ma quanto si dirà fra breve può estendersi anche alla questione delle risposte ai vari quesiti sulle FAQ) è formulata in termini formalistici. La "paternità" degli atti indittivi della procedura, tipici della competenza dirigenziale, in linea di principio (id est, al netto di specifiche situazioni particolari, allegare e comprovate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità; diversamente opinando, si tratterebbe di incompatibilità di carattere automatico in difetto di qualsivoglia elemento di prova sulla concreta influenza in merito alle regole di imparzialità che governano le pubbliche gare;
- sulla questione della coincidenza del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara (o di presidente della commissione giudicatrice) si è già detto che deve escludersi ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni ex art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (cfr. la recente T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 28 aprile 2020, n. 256, secondo cui non vi è un'incompatibilità automatica tra la figura del RUP e quella di membro di commissione giudicatrice e l'eventuale incompatibilità deve essere valutata in concreto, caso per caso, e dimostrata da parte di colui che deduce la condizione di incompatibilità);
- infine, alla luce di un orientamento formatosi in relazione alla disciplina antevigente, l'approvazione degli atti della commissione di gara non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2014, n. 5456; l'orientamento in questione è stato più di recente richiamato da Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4283)."

Si riporta sul tema anche le indicazioni rese dal Consiglio di Stato, sez. V, 07.01.2021 n. 208, il quale afferma: "Sulla questione della nomina del r.u.p. a membro o presidente di una commissione giudicatrice nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di una pubblica commessa la giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata

*nel senso di escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, per essere, invece, indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento, con la necessaria precisazione per la quale né l'una, né l'altra, può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al r.u.p. normalmente gli atti della procedura (in tal senso Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, secondo cui l'aggiunta apportata all'art. 77, comma 4, del codice dei contratti pubblici ("La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura") costituisce null'altro che il recepimento legislativo di un orientamento formatosi già nella vigenza del precedente codice; condividono l'orientamento descritto, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2019, n. 5308; 14 gennaio 2019, n. 283). ["L'aver il R.U.P. adottato l'avviso pubblico, come pure l'atto di proroga dei termini per la presentazione delle istanze e la nomina della commissione – non costituiscono di per sé ragioni di condizionamento tali da indurre a ritenere incompatibile il cumulo delle funzioni precluso nella procedura de qua"]".*

La tematica si trascina dietro anche la questione relativa alla competenza dei commissari. Tar Campania-Napoli, sez. I, 8 gennaio 2021, n. 150 rammenta che l'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel delineare i requisiti e le competenze che debbono possedere i Commissari di gara, stabilisce che nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, da aggiudicarsi con il criterio della 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 (cfr. TAR Molise, 10 gennaio 2020, n. 2020). La giurisprudenza amministrativa, invero, interpreta in modo costante il requisito dello "specifico settore" nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debba essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2019, n. 5058; id., sez. V, 1° ottobre 2018, n. 5603; TAR Puglia, Bari, sez. III, 12 aprile 2019, n. 553).

È, quindi, principio consolidato che "il requisito in questione deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla lex specialis, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere" (cfr., TAR Veneto, sez. III, 29 novembre 2019, n. 1186).

Pertanto, come già rilevato in sede cautelare, il livello di competenza tecnica richiesto ai membri della Commissione giudicatrice non deve essere necessariamente desunto da uno specifico titolo di studio, potendo risultare anche da altri elementi, quali incarichi svolti e attività espletate che, nel caso di specie, appaiono ricorrere (cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 20 novembre 2019, n. 889; TAR Veneto, Sez. I, 26 gennaio 2018, n. 92; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 5 gennaio 2017, n. 16).

Altra domanda in cui spesso ci si imbatte è: "... Posso procedere con un unico verbale, racchiudendo in un unico documento la descrizione operativa di tutte le fasi di gara?" Non va dimenticato che il verbale esalta il valore probatorio di quanto in esso riportato. Tar Toscana, Sez. III, 16 dicembre 2020, n. 1654 ci ricorda che: "È ben possibile la verbalizzazione sintetica e la compilazione di un unico verbale di tutte le operazioni compiute (Cons. Stato, V, 29.10.2014, n. 5377; "va esclusa la necessità di redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della commissione di gara potendosi legittimamente accorpate in un unico atto la verbalizzazione della varie sedute della commissione ed anche la sua redazione non contestuale al compimento delle operazioni di gara" –Cons. Stato, III, 1.9.2014, n. 4449). La giurisprudenza amministrativa ha altresì avuto modo di precisare che, qualora l'operato della commissione chiamata a valutare le offerte tecniche si sia protratto per più sedute e nel corso della seduta finale siano stati poi riportati i giudizi finali, contenuti in un prospetto unitario, tale modalità di verbalizzazione, seppur di tipo

*sintetico e non contestuale, non dimostra in via automatica la presenza di irregolarità nello svolgimento delle attività valutative. Detta modalità di verbalizzazione è censurabile solo allorquando, dalla lettura complessiva degli atti di gara, non sia possibile ricostruire in maniera chiara l'iter logico seguito dalla Commissione giudicatrice nelle sedute riservate nelle quali ha proceduto all'esame ed alla valutazione delle offerte oppure quando l'interessato abbia fornito prova che tale modus operandi abbia inciso sulla regolarità della procedura ed in particolare sulla garanzia della corretta custodia delle offerte (TAR Sardegna, I, 21.3.2017, n. 200)."*



# 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 2021

SEMI  
NA  
RI

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!**