

Rivista mensile - Anno XI, Numero 1

marzo
2021

MEDIA APPALTI

I chiarimenti del Ministero delle Infrastrutture e dell'ANAC sull'applicazione delle semplificazioni previste dalla legge 120/2020 per gli acquisti nel sottosoglia

Rinvio a giudizio ed obblighi dichiarativi del cessato oltre l'anno di "purgatorio".

Le pregresse risoluzioni contrattuali da dichiarare in sede di gara



"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

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

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

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

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

marzo
2021

Cantieri ecologici

Silenziosa. Invisibile. Può assumere differenti identità. È luce, calore, freddo, immagini, musica, parole, forza, intelligenza. Scorre in un sistema venoso di cavi di rame interrato che, sotto l'asfalto, percorre capillarmente le strade delle nostre città. Si dirama nella pelle intonacata delle pareti. Affiora, finalmente. Convogliata da un ultimo tratto di cavo collegato ad una presa entra a far parte della nostra vita. Alimenta l'illuminazione, i forni, i frigoriferi, le tv, le fabbriche, i terminali sulle scrivanie di ogni ufficio. Elettricità

Quanto sarebbe diversa la nostra vita senza quell'impulso di energia. Non riusciremo mai nemmeno a immaginarlo. Ne possiamo avere un'irrisoria percezione nel corso dei black out che ci colgono di sorpresa nelle afose serate d'estate. È allora che si prende coscienza di quanto la società moderna sia dipendente dall'elettricità. In quegli istanti ci accorgiamo che il cielo è stellato, la notte buia, la casa silenziosa.

L'elettricità ci ha permesso di raggiungere livelli di emancipazione impensabili. È libertà. Ed è condanna. È la fonte del progresso. L'origine delle sue ombre. Se il prodotto finito è pulito, è il modo in cui lo si produce che proietta un'inquietante ombra sul benessere dell'uomo e del suo habitat. Per oltre un secolo abbiamo prodotto elettricità sfruttando prevalentemente quei combustibili fossili responsabili della immissione nell'atmosfera di CO2.

Siamo al punto di non ritorno. Non si può inquinare oltre. Dobbiamo convertirci ad un'energia pulita. Non abbiamo alternative.

Dobbiamo compiere ciò che il Governo Draghi ha definito la "transizione ecologica", dedicando a questo obiettivo un omonimo ministero.

Dobbiamo diventare una società che salvaguarda il suo habitat. Che ne è responsabile. Che se ne prende cura.

I mezzi ce li abbiamo già. Le tecnologie sono già a disposizione. Forse da un tempo maggiore rispetto a quanto potremmo immaginare. Nel 1925 Thomas Alva Edison affermava che "tra 15 anni si userà l'elettricità più per le auto che per la luce". Quei 15 anni si sarebbero dovuti consumare non oltre gli anni '40 del 1900. Quanto tempo abbiamo sprecato prima di cominciare a produrre auto elettriche? Troppo.

Ogni mattina migliaia di veicoli da lavoro si mettono in movimento lungo tutto lo stivale per animare cantieri edili e stradali. Si muovono tra le nostre città diffondendo rumore, esalando gas di scarico. Un esercito inquinante che non si è più disposti a tollerare. Le amministrazioni pubbliche, agli ordini delle quali questi mezzi si mettono in opera, nell'adempiere alle incombenze dettate da un contratto d'appalto, devono puntare alla diffusione di cantieri ecologici.

Un'escavatrice si mette in posizione, affonda la sua mano di metallo nel terreno. Una ruspa raccoglie i detriti e li carica nel cassone di un camion che parte per andare a scaricare il materiale di risulta. I gesti meccanici sono sempre gli stessi. L'efficienza di questi grandi attrezzi è invariata. Eppure ogni veicolo è alimentato dall'elettricità. Non te ne accorgesti se non per il fatto che i loro motori sono estremamente silenziosi. È il futuro? No, è il presente. Molte case produttrici di veicoli stanno già producendo queste attrezzature. Le si lascia in carica la notte, al mattino si stacca la presa e si mettono a lavoro. La transizione ecologica non può non passare anche attraverso il rinnovo delle flotte di mezzi da lavoro, siano essi direttamente

in dotazione alle pubbliche amministrazioni oppure di proprietà delle imprese appaltanti. La presenza di tali mezzi nelle disponibilità di un'impresa dovrebbe essere un fattore premiante nella scelta dell'impresa alla quale saranno affidati lavori di pubblico interesse, rafforzato dall'eventualità che la stessa impresa si rifornisca di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.

Oggi i mezzi elettrici possono offrire le stesse prestazioni di quelli alimentati da fonti energetiche "primitive". Sul piano dell'efficienza e dell'affidabilità, l'utilizzo di mezzi meccanici alimentati da energia pulita non è un passo indietro. I risultati sono gli stessi. Le macchine da lavoro di ultima generazione sono in grado di offrire un lavoro identico ai loro antenati. Lo fanno in modo diverso, non inquinano. Quindi, possiamo concludere che lo fanno in un modo migliore. Paul McCartney un giorno si soffermò a pensare sul fatto che "ci deve essere un modo migliore per fare le cose che vogliamo, un modo che non inquina il cielo, o la pioggia o la terra". Abbiamo la risposta: c'è. L'unico rammarico è che avremmo potuto rispondere già molto tempo fa.

Ma il tempo delle recriminazioni e dei rimpianti si è esaurito. È il momento di agire. "Cominciate col fare ciò che è necessario, poi ciò che è possibile. E all'improvviso vi sorprenderete a fare l'impossibile" diceva San Francesco d'Assisi. Cominciamo. Magari va a finire che lo salviamo veramente il nostro mondo.

sommario

Editoriale

Cantieri ecologici

4

In evidenza

L'obbligo di motivazione aggravata negli affidamenti in house dei servizi: l'intervento dell'ANAC.

7

Sotto la lente

Le finalità a cui tende la clausola sociale con riferimento alla continuità dell'occupazione in favore dei lavoratori già impiegati e all'armonizzazione con riferimento al principio della libertà d'impresa tutelato dall'art. 41 della Costituzione.

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

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

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

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Sulla facoltà dell'ente di provvedere alla copertura assicurativa per i c.d. verificatori interni (e per le altre figure tecniche)

23

I chiarimenti del Ministero delle Infrastrutture e dell'ANAC sull'applicazione delle semplificazioni previste dalla legge 120/2020 per gli acquisti nel sottosoglia

31

Alcune riflessioni sugli appalti di servizi di ingegneria ed architettura. Le limitazioni imposte dall'articolo 31, co. 8 del Codice dei Contratti. Nota a margine della Sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 28.01.2021, n. 857

37

Rinvio a giudizio ed obblighi dichiarativi del cessato oltre l'anno di "purgatorio"

45

Le pregresse risoluzioni contrattuali da dichiarare in sede di gara

53

Pareri & Sentenze

60

A Domanda Rispondiamo

65

In pillole

68

Osservatorio sulla Corte dei Conti

L'obbligo di motivazione aggravata negli affidamenti in house dei servizi: l'intervento dell'ANAC.

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

Premessa

Come è noto, il Codice degli appalti pubblici detta un regime speciale in materia di affidamenti di contratti di servizi alle società *in house*. L'art. 192 del D. Lgs. n. 50/2016, infatti, impone innanzitutto che le amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti a proprie società *in house* si iscrivano in apposito elenco istituito presso l'ANAC e rendano noti e continuamente aggiornati, mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale nella sezione Amministrazione trasparente, i dati sugli affidamenti *in house* posti in essere.

Inoltre, il comma 2 del citato art. 192 prevede che «ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici

per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Tale norma impone quindi una motivazione "aggravata", ovvero circostanziata e riferita a specifici contenuti, in tutti i casi in cui una Amministrazione intenda affidare direttamente un servizio alla propria società *in house* anziché mediante ricorso al mercato. Detto onere motivazionale aggravato presuppone lo svolgimento di un'indagine comparativa volta a dimostrare la convenienza economica e sociale dell'affidamento diretto rispetto all'esternalizzazione con procedura ad evidenza pubblica.

L'Autorità nazionale anticorruzione ha ritenuto pertanto di fornire indicazioni in merito, mediante l'adozione di apposite Linee guida sul tema, allo scopo di orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente e tra loro uniformi, nonché di favorire la diffusione di *best practices*.

L'esigenza di adottare apposite Linee guida sul tema nasce anche dall'analisi di alcune relazioni relative all'affidamento *in house* di servizi pubblici locali rinvenute sui siti istituzionali di diverse Amministrazioni. Nella relazione illustrativa di accompagnamento al testo delle Linee guida si legge infatti che l'ANAC ha rilevato come spesso le relazioni redatte secondo lo schema-tipo elaborato dal Ministero per lo Sviluppo economico per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica si dilunghino molto sul contesto giuridico e sulla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 5 del D. Lgs. n. 50/2016 (relativi al controllo analogo dell'Amministrazione sull'organismo *in house*) e siano invece molto sintetiche nella parte dedicata alla motivazione del mancato ricorso al mercato. Spesso, la motivazione dell'affidamento diretto in luogo del ricorso al mercato concorrenziale si riduce a mere formule di stile prive di contenuto sostanziale, sintomo questo dell'assenza di una concreta valutazione sulla congruità economica e sociale della scelta effettuata a monte. Da ciò, l'esigenza dell'Autorità di intervenire sul tema.

È pertanto attualmente in consultazione sul sito dell'ANAC la bozza di Linee guida recanti «Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.». Gli *stakeholders* interessati hanno tempo fino al 15 marzo 2021 per presentare osservazioni e suggerimenti sul testo. A conclusione della consultazione pubblica, le Linee guida saranno adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

1. Il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento

Il Codice dei contratti pubblici tratta il tema degli affidamenti *in house* in poche disposizioni del Titolo II della Parte IV dedicata al «partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre

modalità di affidamento»>>: gli artt. 192 e 193. Tali norme tuttavia vanno coordinate con le previsioni del decreto legislativo n. 175/2016 recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. In particolare l'art. 4, comma 4, del citato decreto circoscrive l'oggetto sociale esclusivo delle società *in house*, stabilendo che le stesse possano occuparsi solo della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; della progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla normativa europea e nazionale in materia o, infine, di servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

L'art. 16 del D. Lgs. n. 175/2016 invece prevede – in conformità a quanto previsto anche dall'art. 5 del Codice appalti – che oltre l'80 per cento del fatturato delle società *in house* sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esse affidati dall'ente pubblico socio e fornisce ulteriori indicazioni sulla

possibilità di svolgimento della «produzione ulteriore» (per la residua quota inferiore al 20 per cento) stabilendo che tale attività è consentita soltanto a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Il medesimo art. 16 stabilisce inoltre che le società *in house* ricevano affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

È attualmente in consultazione sul sito dell'ANAC la bozza di Linee guida in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, che fornisce indicazioni in merito all'onere motivazionale aggravato richiesto dall'art. 192 del Codice per giustificare il mancato ricorso al mercato.

La medesima disposizione impone infine che le società *in house* siano tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al Codice dei contratti pubblici, fermo restando quanto previsto appunto dagli articoli 5 e 192 del D. Lgs. n. 50/2016.

Sulla compatibilità dell'art. 192 del Codice appalti con il diritto euro-unitario si è recentemente pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con ordinanza del 6 febbraio 2020 a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 293/2019.

Il Consiglio di Stato aveva infatti sollevato la questione se la norma nazionale contenuta nell'art. 192 citato - che pone gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto, in quanto li consente soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, e impone all'amministrazione che intenda operare un affidamento *in house* di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività da esso scaturenti - si ponesse in contrasto con il diritto dell'Unione e, segnatamente, con il principio di libera amministrazione degli enti pubblici e di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse degli stessi.

Il Consiglio di Stato, nel rinviare la questione alla Corte di Giustizia, ha evidenziato come la posizione restrittiva sposata dal legislatore italiano del 2016 è perfettamente in linea con l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi sino a quel momento¹, che ha chiaramente riconosciuto alla legge nazionale di poter prevedere limitazioni

dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie interpretando l'affidamento *in house* quale "eccezione" rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica.

La potenziale antinomia rilevata dal Giudice del rinvio ha riguardato quindi i seguenti due principi generali: da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio credono le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza particolari vincoli di modalità di gestione (internalizzazione o affidamento mediante gara) derivanti dall'ordinamento europeo o nazionale e, dall'altro, il principio della piena apertura degli appalti pubblici e delle concessioni al mercato concorrenziale.

Secondo il Consiglio di Stato, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, nel diritto europeo il secondo principio parrebbe sussidiario rispetto al primo, nel senso che,

innanzitutto, le amministrazioni devono valutare se scegliere un regime di autoproduzione ovvero quello di esternalizzazione (equi-ordinati tra loro secondo l'ordinamento UE) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, l'amministrazione avrà l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

In altri termini, nell'ordinamento europeo gli affidamenti *in house* sembrano rappresentare una sorta di *prius* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse, nel senso che una pubblica amministrazione può procedere

Il Consiglio di Stato ha sollevato la questione di compatibilità con il diritto europeo dell'art. 192 del Codice che pone gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto. Ciò in apparente contrasto con i principi europei di libera gestione delle amministrazioni pubbliche e di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle stesse.



1. Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325; Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46.

all'esternalizzazione nell'acquisizione di beni o servizi solo una volta che le vie interne (dell'autoproduzione o dell'internalizzazione) non si dimostrino percorribili. <<Il che sembra corrispondere ad elementari esigenze di economia, - afferma il Supremo Consesso - per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli>>.

La Corte di Giustizia Europea, con ordinanza del 6 febbraio 2020, ha risolto la questione di compatibilità con il diritto europeo sollevata dai giudici italiani chiarendo che la direttiva europea sugli appalti pubblici, la n. 2014/24/UE, si limita a precisare le condizioni che un'amministrazione deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna ed ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva medesima.

Secondo la Corte di Giustizia, la direttiva non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di acquisizione di beni e servizi a scapito di altre. A ben vedere, tale libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva europea.

La Corte di Giustizia richiama altresì il considerando 5 della stessa direttiva 2014/24, che stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva». Pertanto, così come la direttiva 2014/24 **non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può d'altro canto obbligare gli Stati**

membri a ricorrere a un'operazione interna pur essendo soddisfatte le condizioni per l'affidamento in house previste dalla direttiva stessa.

Chiarita la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi, detta libertà tuttavia non può essere illimitata. Essa deve essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali dell'ordinamento europeo e in particolare della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, oltre che dei principi di parità di trattamento, di proporzionalità, di trasparenza e di divieto di discriminazione.

Di conseguenza, una norma nazionale che subordini l'affidamento *in house* di un servizio alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità del servizio fornito, la sua accessibilità o continuità - sempre che tale scelta, compiuta in un momento antecedente a quello di aggiudicare all'esterno l'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza - appare del tutto in linea con quanto previsto a livello europeo.

La Corte ha quindi risposto alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso **non** appare in contrasto con una norma nazionale che subordini la conclusione di un'operazione interna, quale il 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. La Corte di Giustizia ha pertanto affermato

La Corte di Giustizia ha dichiarato la compatibilità con il diritto euro-unitario dell'art. 192, del Codice dei contratti, in quanto il diritto europeo, così come non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, non può nemmeno obbligarli all'internalizzazione di un servizio pur sussistendone le condizioni. Ciò che conta è che la scelta dell'amministrazione verso l'una o l'altra modalità rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.



la compatibilità con il diritto euro-unitario dell'art. 192, comma 2, del Codice appalti, richiedendo soltanto che la scelta operata dall'amministrazione a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

2. L'ambito di applicazione dell'art. 192 del Codice secondo la bozza di Linee guida ANAC

Accertata la compatibilità dell'art. 192 comma 2 del Codice con le direttive europee, l'Autorità Anticorruzione ha pertanto deciso di dettare indirizzi sulle modalità applicative del medesimo e, in particolare, sull'onere motivazionale aggravato in esso previsto.

In primo luogo, l'ANAC si preoccupa di delineare l'ambito oggettivo della norma in esame, partendo dall'assunto che, trattandosi di norma di carattere eccezionale, la stessa debba essere interpretata in modo restrittivo. Da ciò deriva che la disposizione, che parla di «servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza», vada interpretata in modo letterale. Gli affidamenti oggetto della disposizione sono pertanto soltanto quelli aventi ad oggetto «servizi» e non anche forniture o lavori, anche se, come sopra accennato, le società *in house* possono teoricamente svolgere anche attività di progettazione e realizzazione di opere pubbliche, per esempio in attuazione di un Accordo di programma tra diverse amministrazioni, oppure possono avere quale oggetto di attività l'autoproduzione di beni.

I servizi rientranti nel campo di applicazione dell'art. 192 devono avere ad oggetto le seguenti attività consentite alle società *in house* dall'art. 4,

comma 2, del citato D. Lgs. n. 175/2016:

- a) la produzione di servizi di interesse economico generale, ovvero quei servizi che non sarebbero svolti dal mercato senza un intervento pubblico o comunque sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, e che siano tuttavia erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato²;
- b) la produzione di servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni;
- c) i servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

I servizi rientranti dell'ambito di applicazione dell'art. 192, inoltre, devono essere presenti sul mercato oppure potrebbero esserlo a seguito di opportuni adeguamenti da parte dei soggetti erogatori, ovviamente purché ciò accada in tempi compatibili con le esigenze dell'amministrazione. Essi devono inoltre essere presenti sul mercato «in regime di concorrenza», quindi devono essere offerti dietro corresponsione di un prezzo in regime di concorrenza nel mercato o per il mercato, eventualmente anche in regime di monopolio o di oligopolio.

Qui l'Autorità intende il termine «concorrenza» in senso atecnico, riferendosi ai servizi che siano prestati in modo alternativo sul mercato e, quindi, in tutti i casi in cui vi sia una concorrenza per il mercato o nel mercato.

Come sopra accennato, la norma si applica anche ai servizi offerti in regime di monopolio oppure oligopolio e a quelli che possono essere concessi in esclusiva ad un unico operatore³.



2. Restano esclusi quindi gli altri servizi di interesse (non economico) generale, in quanto per essi, mancando l'apertura al mercato, non sussiste la necessità per l'amministrazione di motivare la scelta di internalizzazione.

3. Restano quindi esclusi ad esempio, i servizi di igiene urbana in quanto non riconducibili alla categoria dei servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, e ciò per la semplice ragione che l'art. 198 del d.lgs. n. 152/2006 (norme in materia ambientale) riserva ai Comuni «in regime di privativa» la «gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento», sottraendolo, pertanto, al mercato concorrenziale (TAR Sardegna, sezione I, sentenza 4 maggio 2018, n. 405). Per l'affidamento in house degli stessi non sussisterà quindi alcun onere motivazionale aggravato in capo all'amministrazione.

Restano pertanto esclusi dall'applicazione della norma i soli servizi che non sono al momento disponibili sul mercato e **non potranno esserlo in futuro**, neppure a seguito di un'attività di adeguamento da parte dei possibili esecutori. Ciò comporta che l'amministrazione, nel valutare la condizione della disponibilità del servizio sul mercato dovrà indagare anche in merito alla possibile futura disponibilità di offerta dietro corrispettivo da parte di eventuali esecutori che, al momento, non risultino in grado di offrire il servizio in regime di concorrenza ma che non si può escludere che lo siano in un prossimo futuro.

Data l'assenza di specificazioni in senso diverso, l'ANAC precisa infine che i criteri e gli oneri previsti dall'art. 192 si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi sia sotto che sopra soglia comunitaria, nonché a tutti i settori, sia ordinari che speciali.

3. L'onere motivazionale aggravato

L'art. 192 comma 2 del Codice prescrive che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house* di un servizio, delle ragioni del mancato ricorso al mercato, alla luce della preventiva valutazione che esse devono aver compiuto sulla congruità economica dell'offerta della società *in house*, nonché sui benefici per la collettività che l'internalizzazione del servizio avrebbe in termini di conseguimento degli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

L'ANAC delinea l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 192, il quale, essendo norma di carattere eccezionale, va interpretato in modo restrittivo. Tale disposizione si applica pertanto ai soli servizi che siano disponibili sul mercato o che lo potranno essere in futuro, in regime di concorrenza, cioè che siano prestati in modo alternativo sul mercato, ivi compresi i servizi offerti in regime di monopolio o oligopolio.



in via preventiva la valutazione della congruità economica e dei benefici per la collettività su cui la scelta dell'internalizzazione dovrebbe fondarsi.

Un atto ancora antecedente, quale è quello del programma biennale degli acquisti ex art. 21 del D. Lgs. n. 50/2016, invece, non assolverebbe adeguatamente a tale funzione in quanto in esso non vanno indicate le modalità di affidamento prescelte ma soltanto le tipologie di beni e servizi di cui le amministrazioni necessitano e la stima dei relativi costi⁴.

Per quanto attiene all'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, la motivazione deve essere inserita, secondo quanto indicato dall'Autorità - nella relazione di cui all'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012, da redigere secondo le indicazioni contenute nel vademecum e nello schema-tipo elaborati dal Ministero per lo Sviluppo economico. Il citato art. 34 prevede che, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata pubblicità, l'affidamento del servizio deve essere effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti



4. Per un approfondimento sul punto si veda la Relazione illustrativa al documento di consultazione dell'ANAC in esame.

previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, anche indicando le compensazioni economiche se previste.

Per i servizi pubblici locali, l'ANAC ritiene dunque che l'onere motivazionale aggravato, in coerenza con il principio per cui esso debba essere inserito nel primo documento utile, debba essere presente già nella su descritta relazione, che precede la determinazione a contrarre. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza⁵ secondo cui la relazione deve essere predisposta antecedentemente alla determinazione della scelta del modello gestionale.

Secondo il giudice di merito, infatti, il mancato rispetto di tale circostanza, «lungi dal costituire una mera omissione formale o una discrasia temporale, testimonia l'assenza di un elemento essenziale nel processo decisionale dell'ente», traducendosi - la relazione ex art. 34 fatta successivamente alla determinazione a contrarre - «in una mera giustificazione a posteriori della manifestazione di volontà».

Per quanto riguarda poi il contenuto e le caratteristiche di tale motivazione, l'ANAC, richiamando la giurisprudenza sul punto⁶, ha precisato che la valutazione da svolgere e di cui dare conto nella parte motiva della determina a contrarre, perché soddisfi pienamente l'onere motivazionale aggravato previsto dalla norma, deve essere **concreta, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sotto il profilo della convenienza, non solo economica, della scelta.**

Secondo l'Autorità, l'attività valutativa dell'amministrazione deve essere finalizzata <<all'individuazione del modello più conveniente di affidamento dello specifico servizio, da svolgersi alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti. La scelta è effettuata attraverso una valutazione complessiva che tenga conto, contemporaneamente, degli aspetti prettamente economici riferiti alla congruità dell'offerta e degli elementi di carattere sociale, individuando una scala di priorità tra le varie esigenze ritenute meritevoli di tutela>>.

Se necessario, il RUP, che è l'organo deputato a svolgerla, si potrà avvalere di una struttura di supporto laddove tale processo valutativo presenti particolari risvolti di complessità.

La determina a contrarre è soggetta a pubblicazione sul profilo del committente ai sensi degli articoli 29 e 192, comma 3, del Codice.

L'ANAC ha precisato che la valutazione da svolgere, per soddisfare pienamente l'onere motivazionale aggravato previsto dall'art. 192, deve essere concreta, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sotto il profilo della convenienza, non solo economica, della scelta. Di tale valutazione si deve dare conto nella determinazione a contrarre.

4. L'oggetto della valutazione: la congruità economica dell'offerta della società *in house*

L'amministrazione che intenda optare per una modalità di gestione interna per l'acquisizione di servizi, dovrà preliminarmente accertare, al fine della valutazione comparativa, che i servizi da affidare siano presenti sul mercato o, comunque, che potrebbero esserlo a seguito di azioni organizzative da parte dei soggetti erogatori.

Tale accertamento preliminare è effettuato con modalità congrue e proporzionate rispetto al valore dell'affidamento, quali, ad esempio, consultazioni preliminari di mercato oppure mediante ricorso

5. T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, Sent. n. 1781 del 3/10/2016.

6. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1900/2016 ha delineato, seppur in negativo, il contenuto minimo della valutazione costituente l'oggetto della motivazione aggravata.

ad esperti interni alla stazione appaltante o, se ritenuto necessario, esterni ad essa.

L'ANAC opportunamente precisa che la valutazione ex art. 192 del Codice va fatta anche nelle ipotesi in cui l'importo dell'acquisizione consentirebbe in ogni caso l'affidamento diretto del servizio. Anche in questa ipotesi la stazione appaltante sarà tenuta a valutare la convenienza dell'affidamento alla società *in house* rispetto all'affidamento diretto a soggetti esterni.

Per quanto riguarda la valutazione sulla congruità economica dell'offerta della società *in house*, questa deve essere effettuata - con riferimento all'oggetto e al valore della prestazione - mediante un confronto con i prezzi medi di mercato di servizi identici o analoghi, intendendosi tali le prestazioni di servizi simili e comparabili rispetto a quelle oggetto dell'affidamento.

Detto confronto presuppone l'acquisizione di informazioni sul contesto concreto e attuale al momento dell'affidamento e nello stesso territorio di riferimento.

In alternativa o in aggiunta, se possibile, a tale confronto, l'amministrazione potrà altresì prendere in considerazione i prezzi di riferimento elaborati dall'ANAC; i prezzi delle convenzioni Consip; eventuali prezzari ufficiali, se disponibili; i prezzi medi, intesi come media dei ribassi offerti dai concorrenti, scaturenti da altre gare bandite per l'affidamento di servizi identici o analoghi oppure, in ultima analisi, la ricostruzione dei costi complessivi del servizio determinata prendendo in considerazione tutti i costi necessari all'erogazione dello stesso (costi del personale, delle materie prime, degli ammortamenti, costi generali imputabili per quota).

Al fine di acquisire informazioni sui prezzi medi

di mercato o sui costi di erogazione del servizio potranno rivelarsi utili apposite indagini di mercato oppure, nel caso in cui il servizio possa essere offerto soltanto previo adeguamento della struttura organizzativa del prestatore alle esigenze della stazione appaltante, attraverso la richiesta di preventivi *ad hoc*.

La valutazione della congruità economica per i servizi pubblici locali da affidarsi a società *in house* viene invece effettuata ai sensi dell'art. 1, comma 553 della L. 147/2013, che prescrive che si debba fare riferimento ai parametri standard dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della Banca dati delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 13 della L. n. 196/2009, utilizzando le informazioni disponibili presso le Amministrazioni pubbliche medesime.

Resta fermo che di tali dati e informazioni raccolti, da impiegare per il confronto posto a fondamento della valutazione di congruità economica dell'offerta della società *in house*, l'amministrazione dovrà dare puntualmente conto nella motivazione da inserire nella determinazione a contrarre dell'affidamento (o nella relazione ex art. 34 del D.L. n. 179/2012 in caso di servizi pubblici locali), a dimostrazione del fatto che vi è stata, effettivamente e preventivamente, la verifica della convenienza, in termini economici e qualitativi, dei servizi offerti *in house* rispetto a quelli reperibili sul mercato.

In merito, nella relazione di accompagnamento alla Linee guida l'ANAC evidenzia che «questa "simulazione di mercato",

quasi mai eseguita dagli enti affidanti, è essenziale per garantire, nell'ambito dei servizi pubblici locali e ancor più di quelli strumentali, l'effettiva convenienza dell'*in house*, evitando occulti finanziamenti alle partecipate utili solo per garantirne la sopravvivenza a danno delle casse pubbliche».

Le amministrazioni che intendano internalizzare un servizio dovranno preventivamente effettuare una valutazione sulla congruità economica dell'offerta della società in house, mediante un confronto con i prezzi medi di mercato per servizi identici o analoghi, e dovranno valutare i benefici che ne scaturirebbero per la collettività, in termini di universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche.



5. (Segue) L'oggetto della valutazione: i benefici per la collettività

Il secondo aspetto su cui l'amministrazione che intenda internalizzare un dato servizio deve soffermarsi in sede di valutazione attiene ai benefici per la collettività conseguibili mediante l'affidamento diretto alla società *in house*, che va indagato attraverso un raffronto comparativo rispetto agli obiettivi perseguibili con il ricorso al mercato. In particolare, tali benefici sono esaminati in rapporto al grado di conseguimento degli obiettivi di **universalità e socialità; efficienza; economicità e qualità del servizio; ottimale impiego delle risorse pubbliche.**

Gli obiettivi di **universalità e socialità** vengono in rilievo se oggetto dell'internalizzazione siano servizi di interesse economico generale. In tal caso occorrerà verificare che l'affidamento *in house* garantisca più e meglio del ricorso al mercato l'uguaglianza di comportamento nei confronti di tutti gli utenti ubicati in un determinato territorio, l'imparzialità in termini di accessibilità fisica ed economica alle prestazioni e la continuità nell'erogazione dei servizi pubblici.

L'**efficacia** del servizio svolto dalla società *in house* è valutata con riferimento agli specifici obiettivi dell'intervento, esplicitati nella motivazione, nonché alla previsione di azioni di controllo volte ad accertare, in fase esecutiva, il raggiungimento delle finalità perseguite. Sicuramente i poteri di controllo insiti nel rapporto ente pubblico – società *in house* sono in grado di consentire penetranti azioni di verifica e monitoraggio del primo sulla seconda.

L'**efficienza** della forma di gestione prescelta è valutata sulla base del confronto tra le risorse disponibili e i risultati attesi.

L'**economicità** della gestione è verificata attraverso la previsione di forme di gestione del servizio che consentano il raggiungimento di economie di scala, magari attraverso l'utilizzo condiviso di risorse tra diversi enti dello stesso ambito territoriale, giungendo ad un **ottimale impiego delle risorse pubbliche.**

La **qualità** del servizio è valutata con riferimento alla tipologia, alla modalità e ai tempi di svolgimento da prevedere nel contratto di affidamento *in*

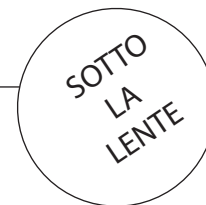
house, anche mediante attività di monitoraggio e controllo da svolgere *in itinere* e a posteriori sull'effettivo rispetto delle prescrizioni contrattuali in fase esecutiva.

Il mancato rispetto dell'onere di motivazione aggravata imposto dall'art. 192 del Codice alle amministrazioni che intendano internalizzare un servizio, oppure l'adozione di una motivazione insufficiente o non adeguata danno luogo all'illegittimità dell'affidamento diretto in favore della società *in house* e fanno altresì incorrere il RUP nel rischio di contestazione di una specifica responsabilità amministrativa e contabile a suo carico.

Dette omissioni possono essere valutate negativamente anche in relazione alla qualificazione della stazione appaltante ex art. 38 del Codice; non possono tuttavia far venir meno l'iscrizione dell'amministrazione inadempiente all'Elenco delle amministrazioni che operano affidamenti *in house* di cui all'art. 192, comma 1, del Codice, posto che detta iscrizione dipende soltanto dal possesso dei requisiti indicati dall'art. 5 del Codice.

Le finalità a cui tende la clausola sociale con riferimento alla continuità dell'occupazione in favore dei lavoratori già impiegati e all'armonizzazione con riferimento al principio della libertà d'impresa tutelato dall'art. 41 della Costituzione.

di Beatrice Corradi



1. Disposizioni a confronto disciplinanti la clausola sociale. L'art. 41 della Costituzione

È principio dell'Unione Europea che il trasferimento di un'impresa o di una parte di impresa non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario. Le disposizioni non pregiudicano in ogni caso la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari, amministrative più favorevoli ai lavoratori o di incoraggiare e consentire l'applicazione di accordi collettivi e di accordi tra le parti sociali più favorevoli ai lavoratori.

L'art. 50 del Codice degli appalti prevede che "Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto

di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo

l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81."

Le pregresse disposizioni di cui all'art. 118, co. 6, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) prevedeva che "l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni".

Secondo l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori "Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori

che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a

In base all'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori, all'interno del capitolato di appalto, deve essere inclusa, quindi, una clausola da cui derivi l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria che espressamente riconosca un simile diritto.



quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona. Tra l'altro, si richiama la sentenza della Corte Costituzionale 1-19 giugno 226, con la quale è stato dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), nella parte in cui non prevede che, nelle concessioni di pubblico servizio, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il concessionario di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona".

In base all'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori, all'interno del capitolato di appalto, deve essere inclusa una clausola da cui derivi l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti, condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria che espressamente riconosca un simile diritto.

La tutela prevista dal citato articolo non costituiva, al momento dell'adozione, una novità avendo precedenti nella disciplina dei lavori pubblici, nelle leggi dedicate agli appalti di specifici settori e nelle fonti internazionali.

L'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori supera, quindi, il carattere settoriale dei precedenti interventi, recependo principi della convenzione OIL n. 94 del 1949, resa esecutiva in Italia con legge 2 agosto 1952, n. 1305, volti a prevedere che i contratti ivi indicati, stipulati dagli imprenditori privati con la pubblica amministrazione, contengano clausole che assicurino retribuzioni ed altre condizioni del rapporto di lavoro non meno favorevoli di quelle derivanti dalla contrattazione collettiva.

Secondo l'art. 41 della Costituzione l'iniziativa economica privata è libera e non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana; la legge determina i programmi e i controlli affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

2. L'evoluzione della Giurisprudenza

La Giurisprudenza della Cassazione ha ricollegato all'inserzione della clausola sociale uno specifico interesse dell'amministrazione alla "regolare esecuzione dell'opera nei termini contrattualmente previsti", evitando così di rimanere "esposta alle conseguenze dannose provocate dalla conflittualità e dalle rivendicazioni che insorgono abitualmente a causa della inosservanza della normativa collettiva" (Cassazione n. 3640 del 1981).

La Giurisprudenza della Cassazione ha ricollegato all'inserzione della clausola sociale uno specifico interesse dell'amministrazione alla "regolare esecuzione dell'opera nei termini contrattualmente previsti", evitando così di rimanere "esposta alle conseguenze dannose provocate dalla conflittualità e dalle rivendicazioni che insorgono abitualmente a causa della inosservanza della normativa collettiva" (Cassazione n. 3640 del 1981)

Il passaggio dei dipendenti dal precedente appaltatore al nuovo subentrato nell'appalto, come la giurisprudenza comunitaria prevede, non è automatico né forma oggetto di diritto acquisito in capo ai lavoratori del vecchio appaltatore, non esistendo alcuna norma di legge che lo stabilisca. E se tale passaggio di personale non è automatico, ciò vuol dire che necessita pur sempre di apposite concordi dichiarazioni di volontà (contestuali o collegate) delle imprese e/o della stazione appaltante.

In dottrina la locuzione "clausole sociali di prima generazione" è utilizzata per tenere distinte le clausole

sociali di equo trattamento, dalle clausole sociali che mirano ad assicurare la stabilità occupazionale dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto in caso di cambiamento del soggetto affidatario attraverso l'imposizione di obblighi di assunzione da parte dell'appaltatore subentrante (c.d. clausole di seconda generazione). Con il termine "clausole

sociali” si identificano quindi quelle disposizioni normative che impongono ad un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e dell’occupazione come condizione per svolgere attività economiche in appalto.

Il tema delle clausole sociali negli appalti è da sempre un tema controverso proprio per la natura stessa delle clausole, le quali possono incidere nella sfera giuridica dell’appaltatore fino a condizionarne la libertà di iniziativa economica. Le clausole sociali di prima generazione ricomprendono le clausole di parificazione dei trattamenti minimi e quelle di equo trattamento. Della seconda specie, invece, fanno parte le clausole sociali di assorbimento della manodopera nel cambio d’appalto.

La clausola sociale, nota come clausola di «protezione» o di «salvaguardia» sociale o «clausola sociale di assorbimento», è un istituto previsto dalla contrattazione collettiva e da specifiche disposizioni legislative, che opera nelle ipotesi di cessazione di un appalto e di subentro di altre imprese o società appaltatrici e risponde all’esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell’occupazione, nel caso di discontinuità dell’affidatario.

Inizialmente si è registrato un orientamento negativo nei confronti dell’istituto descritto, considerando l’obbligo di assunzione del personale, già adibito allo svolgimento del servizio oggetto dell’appalto, irragionevole ed ingiustificato in quanto lesivo della concorrenza e della libertà di impresa riconosciuta e garantita dall’art. 41 Cost.: “non è conforme alla normativa di settore la clausola dei documenti di gara che imponga al concessionario entrante di assumere i dipendenti di quello uscente.

La previsione di un siffatto obbligo, infatti, appare giustificabile solo nei limiti in cui lo stesso sia

imposto da specifiche disposizioni di legge o dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento. La clausola in questione, altrimenti, risulterebbe senz’altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché sarebbe atta a ledere la libertà di impresa, riconosciuta e garantita dall’art. 41 della Costituzione” (AVCP parere n. 44/2010).

Incontra, infatti, un limite per la Pubblica amministrazione impone discrezionalmente scelte che ledano l’autonomia organizzativa dell’impresa dal momento che l’imprenditore deve essere lasciato libero di scegliere ed organizzare i lavoratori di cui avvalersi nell’espletamento del servizio, senza essere vincolato a riassorbire il personale già in servizio.

È chiaro che anche mediante l’attività contrattuale, l’Amministrazione persegue il proprio scopo istituzionale: cioè la tutela dell’interesse pubblico a cui è preposta, ed esercita la propria discrezionalità nell’individuare le caratteristiche della prestazione contrattuale che le necessita procurarsi e del contraente adeguato a fornirla, definendole nella legge di gara.

Il Consiglio di Stato ha affermato che la clausola sociale “deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, la clausola in questione senz’altro lesiva della concorrenza, ... nonché atta a ledere la libertà d’impresa, riconosciuta e garantita dall’art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell’autogoverno dei fattori di produzione e dell’autonomia di gestione propria dell’archetipo del contratto di appalto” (Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890). Si è nel tempo consolidato l’orientamento di ritenere

Con il termine “clausole sociali” si identificano quindi quelle disposizioni normative che impongono ad un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e dell’occupazione come condizione per svolgere attività economiche in appalto. Il tema delle clausole sociali negli appalti è da sempre un tema controverso proprio per la natura stessa delle clausole, le quali possono incidere nella sfera giuridica dell’appaltatore fino a condizionarne la libertà di iniziativa economica.



invece legittima tale clausola, la quale però deve essere interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, ma solo a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, sulla base del presupposto che l'iniziativa economica privata è sì libera, ma deve avere riguardo anche all'utilità sociale (Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890). Con la conseguenza che tale clausola, richiamata dal bando, ha sì portata cogente, ma nel senso che l'offerente non può ridurre *ad libitum* il numero di

unità da impiegare nell'appalto senza, però, che tale clausola comporti l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio.

La clausola sociale, alla luce della giurisprudenza in materia, deve quindi essere interpretata non nel senso di qualificare tale disposizione come un requisito di partecipazione, ma come un impegno, gravante sull'aggiudicatario, da assolvere nella fase dell'esecuzione del servizio. Ciò tenendo peraltro presente che la predetta giurisprudenza, anche in presenza di una clausola sociale introdotta nella "lex specialis" sulla base di specifiche disposizioni della contrattazione collettiva nazionale, ha individuato un limite alla sua operatività nella possibilità di armonizzare l'assorbimento dei lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, consentendo, infatti, di introdurre lievi modifiche al precedente livello dell'occupazione.

La c.d. clausola sociale non comporta, quindi,

La c.d. clausola sociale non comporta l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio, ma consente di introdurre al riguardo dei lievi scostamenti al fine di armonizzare l'assorbimento dei lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, consentendo, infatti, di introdurre lievi modifiche al precedente livello dell'occupazione



l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio, ma consente di introdurre al riguardo dei lievi scostamenti.

La clausola sociale si applica agli appalti di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera: i servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, da aggiudicare ai sensi dell'articolo 95 comma 3 lettera a) del Codice esclusivamente sulla base quindi del criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa.

3. Le finalità della clausola sociale

La clausola sociale richiede il bilanciamento fra più valori, di rango costituzionale, ed anche europeo, da un lato il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro lato, il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost, e dall'art. 15 della Carta di Nizza (Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).

La clausola va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario; infatti l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa.

La possibilità per l'appaltatore subentrante di

non assorbire tutto il personale precedentemente impiegato, quando ciò non sia compatibile con le proprie esigenze produttive, evidenzia infatti che tali esigenze non possono giustificarsi nel solo risparmio dei costi per la manodopera, ma devono necessariamente correlarsi a miglioramenti della qualità del servizio e dunque a ragioni di carattere tecnico ed organizzativo dell'impresa.

La possibilità per l'appaltatore subentrante di non assorbire tutto il personale precedentemente impiegato, quando ciò non sia compatibile con le proprie esigenze produttive, evidenzia infatti che tali esigenze non possono giustificarsi nel solo risparmio dei costi per la manodopera, ma devono necessariamente correlarsi a miglioramenti della qualità del servizio e dunque a ragioni di carattere tecnico ed organizzativo dell'impresa.

È quindi ormai consolidato che la clausola sociale non comporta alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo (cfr. Cons. Stato sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; III, 27 aprile 2018 n. 2569; V, 17 gennaio 2018 n. 272; V, 18 luglio 2017 n. 3554; III, 9 dicembre 2015 n. 5597). La clausola sociale, quindi, non introduce un incondizionato diritto dei lavoratori al passaggio all'impresa subentrante in caso di cambio di appalto, ma è volta a garantire "solo" che l'appaltatore uscente non possa licenziare i propri lavoratori addetti al medesimo appalto. L'imprenditore uscente può non volere effettuare alcun licenziamento, ma anzi può avere l'interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro e l'interesse tutelato non è quello al passaggio (come nell'ipotesi del trasferimento di azienda), ma alla continuità del rapporto a seguito del cambio di appalto.

L'interesse tutelato dalla clausola sociale è la continuità occupazionale e la tutela delle esigenze aziendali dell'appaltatore uscente e di quello subentrante, non un diritto assoluto e incondizionato del lavoratore al passaggio. L'imprenditore uscente, in ogni caso, può avere l'interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro, infatti, l'interesse tutelato non è quello al

passaggio (come nell'ipotesi del trasferimento di azienda), ma alla continuità del rapporto a seguito del cambio di appalto.

4. Le Linee Guida Anac in tema di clausole sociali

Nelle Linee Guida Anac 13 l'applicazione delle clausole presuppone che i contratti siano oggettivamente assimilabili. L'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali non è infatti legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto compatibile rispetto a quello da attivare. Non sussiste di regola incompatibilità laddove il contratto di cui si tratta preveda prestazioni aggiuntive rispetto a quello precedente, salvo il caso in cui, per l'entità delle variazioni e per i conseguenti effetti sulle prestazioni dedotte, risulti complessivamente mutato l'oggetto dell'affidamento.

Anche Anac nelle Linee Guida 13 sostiene che l'applicazione della clausola sociale non comporta un generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, "dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario.

Il riassorbimento del personale è possibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici)".

Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente. Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa

provvede a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti.

Come evidenzia Anac *“La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale e costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara. L'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla però nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa”.*

La clausola sociale deve essere interpretata, in conclusione, conformemente ai principi nazionali e dell'Unione europea in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva dei richiamati principi nel senso di limitare eccessivamente la platea dei partecipanti: la clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente.

Ciò è stato confermato dal Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 2703/2018, del 21 novembre 2018, reso sulle Linee guida Anac recanti la disciplina delle clausole sociali (Art. 50 del D. Lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal D. Lgs. n. 56 del 2017), la quale ha precisato che la prescrizione delle clausole sociali non può che avvenire che nel “rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost”.

5. Le clausole sociali ed i CCNL

Le aziende operanti in alcuni settori ad alta intensità di manodopera come ristorazione collettiva, multiservizi, si avvalgono frequentemente del “cambio appalto”, attraverso cui viene regolata la successione di diversi appaltatori nella esecuzione di un servizio per conto del medesimo committente.

Il CCNL applicabile alle imprese di pulizia, ad esempio prevede, all'art. 4, che in ogni caso di cessazione di appalto, l'Azienda cessante ne darà preventiva comunicazione, ove possibile nei 15 giorni precedenti, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica degli addetti interessati, sul rispettivo orario settimanale, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione da almeno 4 mesi; l'azienda subentrante, con la massima tempestività, preventivamente all'inizio della nuova gestione e, ove oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili e comunque su richiesta delle Organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del

Il CCNL applicabile alle imprese di pulizia, ad esempio prevede, all'art. 4, che alla scadenza del contratto in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o eventuale analoga istituzione territoriale competente, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali. Ciò tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità.



c.c.n.l. darà comunicazione a queste ultime del subentro nell'appalto.

Alla scadenza del contratto di appalto possono verificarsi 2 casi: a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto risultanti da documentazione probante che lo determini almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi; b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione Provinciale del Lavoro o eventuale analoga istituzione territoriale competente, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le

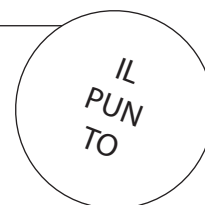
mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali. Ciò tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità.

Ove l'impresa subentrante sia costituita in forma cooperativa, resta impregiudicata la successiva facoltà del lavoratore dipendente di presentare formale richiesta di adesione in qualità di socio. Al socio verrà comunque garantito un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal c.c.n.l. Tali assunzioni non costituiscono occupazione aggiuntiva. Nell'ipotesi in cui siano in atto, al momento della cessazione, sospensioni dal lavoro che comunque comportino la conservazione del posto di lavoro, il rapporto continuerà alle dipendenze dell'azienda cessante e l'addetto verrà assunto dall'azienda subentrante nel momento in cui venga meno la causa sospensiva.

Sulla facoltà dell'ente di provvedere alla copertura assicurativa per i c.d. verificatori interni (e per le altre figure tecniche)

Commento alla delibera numero 6 del 26 gennaio 2021
- Sezione di Controllo della Corte dei Conti della Sardegna

di Sonia Lazzini



Premessa

Vogliamo prima di tutto porre l'attenzione sulla seguente affermazione tratta dalla recente relazione della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, svoltasi il 19 febbraio 2021:

“Indubbiamente, **la previsione della obbligatorietà della copertura assicurativa**, nell'esercizio della professione medica, **ha ridotto gli ambiti per la configurazione di un danno erariale da risarcire**, che ora coincide con tutte quelle ipotesi estreme di fatti dannosi non coperti dalla polizza in tutto o in parte ovvero coincidenti con la quota rientrante nella franchigia, per i quali l'amministrazione è stata chiamata a rispondere per conto del suo sanitario”.

Con la delibera numero 6 del 26 gennaio 2021 la Sezione di Controllo della Corte dei Conti della Sardegna, apre, nuovamente, una discussione sul tema del legittimo pagamento del premio da parte dell'Ente di appartenenza di una polizza di Responsabilità Civile terzi a favore dei propri verificatori interni.

Per comprendere la soluzione raggiunta dal giudice contabile, bisogna fare due considerazioni di fondo:

- Il codice dei contratti del 2016 non prevede alcun obbligo assicurativo per il verificatore ma solo per il progettista (a differenza della precedente edizione del 2006).
- Dal 2018, è stato abrogato il decreto ministeriale (123 del 2004) contenente i testi delle polizze tipo obbligatorie negli appalti pubblici.

La Corte dei Conti, adita da un sindaco, nell'evidenziare una disparità di trattamento "interna" fra le attività di progettazione e le attività di verifica e di validazione dei progetti" sul crinale della possibilità di stipulare polizze assicurative con imputazione dell'onere a carico del quadro economico dell'opera o, comunque, dell'ente pubblico per la copertura dei rischi professionali a favore del verificatore, **ne ammette la stipula "limitatamente all'ipotesi di danno prodotto dal dipendente con colpa lieve"**.

Ora la domanda sorge spontanea: per i tecnici, questa copertura è sufficiente?
Poiché riteniamo che la risposta debba essere negativa, vediamo di scoprire quali sono i punti deboli della delibera del nostro giudice contabile e perché debba esserci una relazione con una polizza adeguata a copertura della responsabilità civile propria dell'ente di appartenenza (da qui l'affermazione riportata all'inizio di questa premessa).

Ma andiamo con ordine.

1. Stiamo comunque parlando di una polizza di Responsabilità Civile Terzi

A questo proposito merita riportare il seguente passaggio tratto da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza numero 30314 del 21 novembre 2019, che ancorché tratti di responsabilità sanitaria, ben può adattarsi anche a qualunque altro ente pubblico.

Queste parole ci servono per comprendere, prima di passare al pensiero del giudice contabile sardo, quali sono i rapporti esistenti fra una polizza di Responsabilità Civile per la quale l'Ente pubblico è contraente e anche assicurato con una polizza, sempre di Responsabilità civile, ma per la quale è la singola persona, dipendente pubblico, ad essere assicurato.

Vediamo cosa dicono gli Ermellini:

"L'assicurazione della responsabilità civile del medico operante all'interno d'una struttura sanitaria ha ad oggetto un rischio del tutto diverso rispetto a quello coperto dall'assicurazione della responsabilità civile dalla struttura in cui il medico si trova ad operare.

Nell'assicurazione di responsabilità civile infatti - che è assicurazione di patrimoni e non di cose - il "rischio" oggetto del contratto è l'impovertimento dell'assicurato, non il danno eventualmente patito dal terzo e causato dall'assicurato.

Pertanto una assicurazione "personale" della responsabilità civile del medico copre per definizione il rischio di depauperamento del patrimonio di quest'ultimo.

L'assicurazione della responsabilità civile della clinica, invece, copre il rischio di depauperamento del patrimonio della struttura sanitaria.

I due contratti sono diversi, i due rischi sono diversi, i due assicurati sono diversi: e nulla rileva che tanto la responsabilità della clinica, quanto quella dei medici, possano sorgere dal medesimo fatto illecito, che abbia causato in capo al terzo il medesimo danno.

Se due contratti di assicurazione garantiscono rischi diversi, non può mai sussistere per definizione né una coassicurazione, né una assicurazione plurima, né una copertura "a secondo rischio", come ritenuto dalla Corte d'appello. Quest'ultima, infatti, presuppone che il rischio dedotto nel contratto sia già assicurato da un'altra polizza.

Ma poiché il rischio cui è esposto il medico è ben diverso dal rischio cui è esposta la struttura (tali rischi, infatti, minacciano patrimoni diversi), **una assicurazione stipulata dalla clinica "per conto proprio" non potrebbe mai garantire anche la responsabilità del medico.**

Ne consegue che una polizza stipulata a copertura della responsabilità civile della clinica (tanto per il fatto proprio, quanto per il fatto altrui) non può mai "operare in eccesso alle assicurazioni personali dei medici", perché non vi è coincidenza di rischio assicurato tra i due contratti.

L'interpretazione adottata dalla Corte d'appello, pertanto, ha violato da un lato l'art.1362 c.c., perché ha travisato il significato giuridico dell'espressione "operare in eccesso", riferito ad un contratto di assicurazione. Dall'altro lato ha violato l'art. 1367 c.c., perché l'interpretazione adottata renderebbe la clausola inutile: per quanto detto, infatti, un'assicurazione del patrimonio di

Primus mai potrebbe "operare in eccesso" rispetto ad un'assicurazione del patrimonio di Secundus, perché l'impoverimento di quest'ultimo è del tutto indifferente per l'altro, e non costituisce per lui un rischio assicurabile.

L'interpretazione della corte d'appello non appare neppure conforme al canone interpretativo che impone di rispettare la comune intenzione delle parti che è quella di fornire, in via principale, alla casa di cura una copertura assicurativa per tutti i danni provocati a terzi nell'ambito delle sue attività c.d. istituzionali, a causa di carenze della struttura o di errori dei medici o del personale a fronte del pagamento di un premio remunerativo dell'assunzione del rischio per l'assicurazione: interpretata la clausola nel senso indicato dalla corte d'appello, la clinica rimarrebbe in concreto priva di copertura assicurativa per quasi tutti i danni provocati al suo patrimonio dall'operato dei medici non dipendenti, fino all'ingentissimo limite di lire 1.5000.000.000 a sinistro."

2. L'oggetto della richiesta di parere della Corte dei Conti della Sardegna

Il Sindaco del Comune di Cagliari, dopo un'articolata premessa, chiedeva a questa Sezione di esprimere un parere, ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003, sui seguenti quesiti: "1. quale sia la disciplina attualmente applicabile nei confronti dei verificatori c.d. interni ai sensi dell'articolo 26 del d.lgs. n. 50/2016, in ordine alla possibilità di stipulare una polizza assicurativa professionale per la copertura dei rischi di natura professionale contro i danni causati a terzi dall'attività di verifica dei progetti con imputazione dell'onere a carico del quadro economico dell'opera o, comunque, della stazione appaltante.

2. In mancanza di specifica disposizione normativa quali sono i canoni interpretativi applicabili alla fattispecie: il canone "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", ovvero il canone "*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*", avuto riguardo al fatto che l'affidamento dell'incarico, a dipendenti dell'ente, della progettazione e della verifica e validazione siano casi assolutamente simili: si tratta, in entrambi i casi, di incarichi specialistici di natura tecnica assegnati a dei funzionari dell'amministrazione, in ordine all'unica fase di predisposizione degli atti necessari all'avvio del procedimento di scelta del contraente per la

realizzazione dei lavori."

Il sindaco si rivolge alla Sezione tratteggiando una situazione di incertezza giuridica in merito alla sussistenza di limiti legislativi, incidenti sulla gestione del bilancio dell'ente e sulla corretta formazione dello stesso, per l'accesso al prodotto assicurativo oggetto di quesito.

Il Collegio, dando continuità alla posizione assunta dalla giurisprudenza contabile in punto di ammissibilità dei quesiti inerenti le polizze assicurative per i dipendenti (Sezione regionale Lombardia n. 665/2011/PAR) e per i volontari (Sezione regionale Piemonte n. 126/2017/PAR, Sezione regionale Friuli Venezia Giulia n. 54/2017/QMIG e n. 69/2017/PAR, Sezione regionale Toscana n. 141/2016, Sezione regionale Emilia-Romagna n. 32/2010/PAR) rileva che il parere richiesto attiene alla "materia di contabilità pubblica" in quanto investe l'interpretazione di principi e di norme che governano l'attività finanziaria dell'amministrazione rispetto ai limiti di assunzione di spesa connessi ai suddetti contratti di assicurazione.

C'è un ulteriore motivo per considerare il quesito ammissibile?

La risposta va ricercata nella possibilità di spostare l'attenzione su di un aspetto a volte trascurato: in presenza di una polizza, l'Ente paga meno di tasca propria!

Così infatti viene interpretato dall'adito giudice contabile:

"L'ulteriore aspetto che, ad avviso della Sezione, milita nella direzione della riconducibilità del quesito nell'alveo all'attività consultiva **fa leva sulla "visione dinamica" della contabilità pubblica "che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente i relativi equilibri"**.

Sotto questa addizionale prospettiva, **la Sezione considera che un contratto di assicurazione diretto a manlevare il dipendente pubblico dalla responsabilità civile nei confronti di terzi possa avere effetti tali da ripercuotersi "sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui relativi equilibri di bilancio"** se solo si sposta l'angolo visuale dalle poste di spesa collegate al contratto di assicurazione (costo del premio e oneri

connessi alla procedura di scelta della compagnia di assicurazione) ai risparmi di spesa corrispondenti alla somme (potenzialmente di incisiva consistenza rispetto a situazioni astrattamente idonee a produrre danni ragguardevoli) di cui l'ente dovesse risultare debitore a titolo di risarcimento verso terzi per effetto dell'illecito posto in essere dal proprio dipendente.

L'attinenza della richiesta di parere alla materia della contabilità pubblica si apprezza, quindi, nell'accezione dinamica di quest'ultima che mira, in ultima analisi, **a garantire quell'equilibrio di bilancio che potrebbe essere compromesso da importanti azioni risarcitorie vittoriosamente esperite da terzi e i cui effetti possono essere neutralizzati attraverso il prodotto assicurativo sottoposto al vaglio interpretativo della Sezione.**

Attenzione però: questo punto di vista tiene conto degli interessi degli Enti, ma non quelli dei dipendenti pubblici che svolgono le funzioni tecniche i quali potrebbero essere chiamati dai terzi a risarcire direttamente i danni prodotti (situazione prevista dall'articolo 28 della Costituzione)!

Per far fronte a questa possibilità, l'unica alternativa possibile è che il dipendente di un'amministrazione pubblica stipuli, per proprio conto e a proprie spese, un autonomo contratto di polizza di responsabilità civile terzi.

Andando avanti nell'analisi della delibera che ci occupa, capiremo il perché di questa affermazione.

3. L'adito giudice contabile ci offre una panoramica sui principi che governano la responsabilità civile dell'amministrazione per danno causato a terzi da propri dipendenti

Come sempre, il punto di partenza è un articolo della nostra Costituzione, il 28 appunto:

<<**Imprescindibile punto di partenza si palesa l'art. 28 della Costituzione che ha introdotto, come regola generale, la responsabilità diretta dell'agente pubblico disponendo che "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti**

in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici">>.

Nella fattispecie che ci occupa, vi è un'altra norma importante a cui fare riferimento; questo perché il quesito viene posto in relazione all'assicurazione di dipendenti comunali (attenzione diverso sarebbe stato il caso di dipendenti di Enti pubblici economici o di Spa pubbliche):

"Per quanto di interesse nella corrente esposizione la legge ordinaria che pone limiti alla responsabilità diretta dei funzionari è il d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 ("Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato" – Statuto degli impiegati civili dello Stato) che definisce l'area dei danni imputabili al dipendente pubblico facendo riferimento alla **soglia psicologica dell'illecito che dovrà raggiungere il grado del dolo o della colpa grave**, come si avrà modo di precisare nel prosieguo.

Rinvenuta la ratio dell'art. 28 della Costituzione nell'intento di "rafforzare, oltre che la legalità dell'azione amministrativa, la tutela dei privati contro gli atti illeciti della pubblica amministrazione" (sentenza Corte costituzionale n. 64/1992), la finalità di garantire una tutela effettiva del terzo è raggiunta attraverso il meccanismo della solidarietà passiva in forza del quale l'amministrazione di appartenenza dell'agente, legato alla stessa dal rapporto di c.d. immedesimazione organica, è chiamata a rispondere per i danni arrecati a soggetti estranei all'apparato pubblico dal dipendente che ha agito nell'esercizio dei compiti istituzionali."

Vale la pena ricordare che per i nostri padri costituenti, la responsabilità della pa intesa come apparato di cui alla norma costituzione, è diretta e non per fatto altrui (quindi non si applica l'articolo 2049 cc): Questa circostanza risulta fondamentale per l'ambito di applicazione della polizza di responsabilità civile terzi e per il fatto che, alla Compagnia di assicurazioni, risulta preclusa la possibilità di rivalsa nei confronti dei dipendenti dell'ente assicurato.

Nella citata delibera, troviamo questa affermazione: "dall'esame della casistica giurisprudenziale in materia di responsabilità per danni cagionati dal personale pubblico, **emerge la**

preferenza, da parte del terzo che ha subito la lesione di un proprio diritto soggettivo o di un proprio interesse legittimo, a rivolgersi, per il ristoro del danno sofferto, anche (se non esclusivamente) nei confronti dell'ente pubblico di appartenenza del dipendente."

A questo punto, il giudice contabile si pone il problema di rispondere alla seguente domanda: Come mai, nella maggior parte dei casi, la richiesta di risarcimento del danno viene posta nei confronti dell'Ente e non del singolo la responsabile? Questa è la risposta:

"Simile opzione processuale trova una ragionevole spiegazione nella duplice circostanza

- l'amministrazione pubblica è soggetto che, tendenzialmente, non ha problemi di solvibilità;
- l'elemento soggettivo per l'imputazione della responsabilità a carico l'amministrazione è ancorato al più ampio parametro della *culpa levis* (a fronte della culpa lata e del dolo previsti per il dipendente pubblico).".

A noi il compito di aggiungere una terza possibilità:

- nella grande maggioranza dei casi, l'Ente pubblico è assicurato per la propria responsabilità civile terzi.

4. Esistenza di un interesse giuridicamente rilevante in capo all'amministrazione rispetto alla stipula di contratti di assicurazione a copertura dei propri agenti

A questo punto, l'attenzione della Corte dei Conti della Sardegna si sposta sull'importanza che l'Ente sia assicurato per quanto commesso dai propri dipendenti.

"In effetti, poter traslare il rischio connesso al risarcimento per responsabilità civile del dipendente su una compagnia di assicurazione ha un effetto positivo per l'ente pubblico che, **in difetto di polizza assicurativa**, resta esposto all'eventualità di dover rispondere in via esclusiva per l'operato del proprio personale nell'ipotesi in cui la lesione del principio del *neminem laedere* avvenga con colpa lieve."

Valga comunque la seguente, ovvia, considerazione: **un ente pubblico può assicurare esclusivamente quei rischi che rientrino nella sfera della propria responsabilità patrimoniale** e che trasferiscono all'assicuratore la responsabilità patrimoniale stessa, ove si verifichi l'evento temuto, mentre sarebbe priva di giustificazione e, come tale, causativa di danno erariale, l'assicurazione di eventi per i quali l'ente non deve rispondere e che non rappresentano un rischio per l'ente medesimo.

5. Il beneficio dell'esenzione della colpa lieve per i dipendenti comunali: mentre il Comune inteso come apparato risponde per il 2043 cc nella sua interezza

Nel tornare al quesito posto dal sindaco, così continuano i giudici sardi:

"Per il personale degli enti locali viene in rilievo l'art. 93 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ("Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" - Tuel) che, per la responsabilità patrimoniale dei dipendenti delle amministrazioni locali, richiama "le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato".

Il riferimento è agli artt. 18 e seguenti del d.p.r. n. 3/1957 e, segnatamente, all'art. 22, intitolato "Responsabilità verso i terzi", in base al quale "L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, **cagioni ad altri un danno ingiusto** (chiaro il riferimento all'articolo 2043 c.c. ndr) ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo", cui fa immediato seguito il precetto per cui **"L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione"**. Il successivo art. 23 delinea i tratti del danno ingiusto rilevante per il sorgere della connessa responsabilità circoscrivendolo a **"quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o colpa grave"**.

In armonia con il dettato costituzionale risulta, quindi, che anche per il personale degli enti locali la regola generale è quella della responsabilità diretta del dipendente che è chiamato a rispondere per i danni causati con azioni (atti o attività) o omissioni

(inerzie o ritardi). **A tale responsabilità si affianca quella diretta e solidale dell'amministrazione di appartenenza, rispetto alla quale non vale la limitazione, sul crinale soggettivo, al dolo e alla colpa grave.**"

Bisogna quindi distinguere:

"Il regime della responsabilità civile verso terzi del lavoratore pubblico importa che **nel caso di colpa lieve dell'agente risponde unicamente l'amministrazione** e il debito connesso al risarcimento del danno entra, come elemento negativo, nel patrimonio dell'ente causandone il depauperamento.

Nel diverso caso di dolo o colpa grave dell'agente, l'amministrazione e il dipendente rispondono entrambi, direttamente e solidalmente; qualora sia l'ente a rifondere il danneggiato il dipendente risponderà a titolo di responsabilità erariale per danno c.d. indiretto".

6. Ed arriviamo quindi al dunque: la polizza del verificatore interno può essere pagata dal Comune?

Ricordiamo infatti che la questione posta dal sindaco del Comune di Cagliari riguarda la diversa fattispecie della polizza assicurativa, da stipulare con oneri a carico dell'ente, per la responsabilità civile verso terzi a copertura dei danni arrecati da propri dipendenti "verificatori", vale a dire dal personale a cui viene assegnato un incarico tecnico che si compendia nell'attività di accertamento della rispondenza degli elaborati di progetto e della loro conformità alla normativa vigente, secondo le specifiche dettate al riguardo dal d.lgs. n. 50/2016 e nelle Linee guida Anac n. 1 del 2016 recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria".

Il mancato rilievo di errori e/o omissioni del progetto verificato può produrre danni all'opera o pregiudicarne, in tutto o in parte, la realizzabilità o l'utilizzazione e, più in generale, il non corretto assolvimento dell'incarico può essere fonte di danni verso soggetti estranei all'amministrazione pubblica.

Il primo problema è il seguente: l'attuale norma del codice dei contratti non prevede l'obbligo di una tale assicurazione.

Infatti nel "vecchio" Codice degli appalti era espressamente e obbligatoriamente fatto carico all'amministrazione di appartenenza del verificatore c.d. interno di munirsi di polizza assicurativa per la copertura dei rischi connessi all'attività svolta dal proprio dipendente mentre la Sezione rileva che, nella disciplina dettata dal c.d. "nuovo" Codice dei contratti permane inalterato il riferimento, in precedenza contenuto nel comma 4 dell'art. 112 del d.lgs. n. 163/2006, agli oneri derivanti dall'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali che, anche in base alla normativa vigente, ai sensi del comma 5 dell'art. 26 del d.lgs. n. 50/2016, sono ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere; di contro, viene meno ogni riferimento all'obbligo, previsto dall'art. 112, comma 4-bis dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, dell'amministrazione di appartenenza di procedere al pagamento del premio assicurativo nel caso in cui il soggetto a cui viene affidato il compito di procedere all'attività di verifica sia un dipendente della stazione appaltante.

L'omessa riproduzione di quanto statuito dal suindicato (e abrogato) comma 4-bis dell'art. 112 è oggetto di censura da parte del Comune di Cagliari che rinviene in essa la scaturigine di una "disparità di trattamento "interna" fra le attività di progettazione e le attività di verifica e di validazione dei progetti" sul crinale della possibilità di stipulare polizze assicurative con imputazione dell'onere a carico del quadro economico dell'opera o, comunque, dell'ente pubblico per la copertura dei rischi professionali a favore del verificatore, possibilità espressamente prevista dall'art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 in favore dei dipendenti incaricati della progettazione."

Vi è quindi la possibilità di estendere, attraverso un processo giuridico presuntivo, la possibilità di assicurare anche il verificatore interno?

La risposta dell'adito giudice contabile, in primis, risulta essere negativa in quanto:

"Il divieto di estensione analogica delle norme eccezionali (la cui ratio si rinviene nell'esigenza di non allargare le deroghe alla disciplina generale facendo applicazione, nei casi sprovvisti di apposita disciplina, della norma di carattere generale secondo il principio *quod contra rationem*

iuris receptum est, non est producendum ad consequentias) impedisce di applicare al verificatore la regola della copertura assicurativa a carico dell'amministrazione di appartenenza prevista, in virtù di norma di carattere eccezionale (tale essendo l'art. 24, comma 4, d.lgs. n. 50/2016) per l'incaricato alla progettazione.

E neppure l'art. 26 del d.lgs. n. 50/2016 può essere assunto a referente normativo per la sottoscrizione della polizza assicurativa del verificatore c.d. interno dato che non ne contempla né l'obbligo e né la facoltà."

Però c'è uno spiraglio:

Acclarata l'assenza, all'interno del d.lgs. n. 50/2016, di una norma che, riproducendo l'abrogato art. 112, comma 4-bis del d.lgs. n. 163/2006, obblighi l'ente all'assicurazione del verificatore con costi a proprio carico, **la Sezione segnala un alternativo percorso giuridico che rimette alla facoltà dell'ente la possibilità di concludere simili polizze.**

Ecco il ragionamento finale dell'adito giudice contabile sardo:

"per effetto della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, avviata con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e proseguita con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, tra le fonti giuridiche per la disciplina del rapporto di lavoro del personale delle amministrazioni pubbliche ex art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 ("Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" - c.d. Testo unico del pubblico impiego - Tupi), Comuni inclusi, è da annoverare la contrattazione collettiva nazionale, cui fa riferimento anche l'art. 89 del Tuel.

Orunque, procedendo nella disamina delle disposizioni contrattuali vigenti è dato individuare il fondamento giuridico di una polizza assicurativa a beneficio dei verificatori c.d. interni nell'art. 43 del CCNL per il personale del comparto Regioni e autonomie locali (oggi comparto Funzioni locali) del 14 settembre 2000, riservato alla disciplina della "Copertura assicurativa", che al punto 1. prevede che "Gli enti assumono le iniziative necessarie per la copertura assicurativa della responsabilità civile dei dipendenti ai quali è attribuito uno degli incarichi di cui agli art. 8 e ss. del CCNL del

31.3.1999, ivi compreso il patrocinio legale, salvo le ipotesi di dolo e colpa grave. Le risorse finanziarie destinate a tale finalità sono indicate nei bilanci, nel rispetto delle effettive capacità di spesa". A sua volta, l'art. 8 ("Area delle posizioni organizzative") del CCNL del 31 marzo 1999 dispone che "1. Gli enti istituiscono posizioni di lavoro che richiedono, con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato: a) lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa; b) lo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità e specializzazione correlate a diplomi di laurea e/o di scuole universitarie e/o alla iscrizione ad albi professionali; c) lo svolgimento di attività di staff e/o di studio, ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo caratterizzate da elevate autonomia ed esperienza. 2. Tali posizioni, che non coincidono necessariamente con quelle già retribuite con l'indennità di cui all'art. 37, comma 4, del CCNL del 6.7.1995, possono essere assegnate esclusivamente a dipendenti classificati nella categoria D, sulla base e per effetto d'un incarico a termine conferito in conformità alle regole di cui all'art. 9." Con riferimento all'Area della Dirigenza soccorre l'art. 38 ("Copertura assicurativa") del relativo CCNL del 23 dicembre 1999 Regioni e autonomie locali in base al quale "1. Gli enti assumono le iniziative necessarie per la copertura assicurativa della responsabilità civile dei dirigenti ivi compreso il patrocinio legale, salvo le ipotesi di dolo e colpa grave. Le risorse finanziarie destinate a tale finalità sono indicate nei bilanci, nel rispetto delle effettive capacità di spesa."

Il Collegio, sulla scorta delle riportate prescrizioni negoziali valuta in termini positivi la facoltà per l'ente locale di provvedere, accollandosi i relativi oneri, alla copertura assicurativa per la responsabilità civile dei verificatori c.d. interni, entro i confini tracciati dalla disciplina di fonte pattizia, limitatamente all'ipotesi di danno prodotto dal dipendente con colpa lieve, rispetto al quale si giustifica l'interesse dell'ente all'assicurazione dato che, in tal caso, il comune è esposto all'obbligo del risarcimento senza potersi rivalere nei confronti del dipendente che, di converso, sarà tenuto a titolo di responsabilità erariale c.d. indiretta nelle differenti ipotesi di danno causato con dolo e colpa grave."

Resta però un problema per il singolo dipendente:
quello dei danni prodotti da colpa grave.

E allora?

Come già anticipato, sarà comunque opportuno
che il dipendente sia munito di:

- Polizza per la propria responsabilità civile, sia per danni materiali che per perdite pecuniarie (qualora il danneggiato intenda, e solo davanti al giudice civile, richiedere i danni anche al singolo responsabile)
- Polizza per la propria responsabilità contabile davanti alla Corte dei Conti per danno erariale (quest'ultima garanzia verrà attivata con meno frequenza nel caso, come evidenziato in premessa, l'ente di appartenenza sia ADEGUATAMENTE assicurato).

Entrambe, attenzione, pagate direttamente dalla
singola persona!

I chiarimenti del Ministero delle Infrastrutture e dell'ANAC sull'applicazione delle semplificazioni previste dalla legge 120/2020 per gli acquisti nel sottosoglia

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

1. L'avviso di trasparenza nelle procedure negoziate

Una delle novità di maggior rilievo introdotte in fase di conversione del DL 76/2020 ha riguardato le procedure negoziate – ex art. 1, comma 2, lett. b) della legge 120/2020 estese per l'intero sottosoglia comunitario (a partire da importi pari o superiori ai 75mila euro, per servizi e forniture, e pari o superiori a 150mila euro per lavori, in entrambi i casi fino alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti) - controbilanciate dall'esigenza di pubblicare, a cura del RUP, un avviso di trasparenza che "pubblicizza" (negli intendimenti della norma) la procedura semplificata ad inviti.

Immediatamente non è parso chiaro in che cosa consistesse detto avviso e, dopo alcuni interventi contraddittori, lo stesso Ministero delle Infrastrutture, con il parere n. 523/2021 ha chiarito di che cosa si tratta.

Secondo l'ufficio di consulenza del MIT, l'avviso di trasparenza altro non è che l'avviso a manifestare interesse (o a presentare miglior offerta) che si pone a monte del procedimento ed è finalizzato ad interrogare il mercato o a ricevere direttamente delle offerte.

Premesse

A distanza di qualche mese dall'entrata in vigore dei provvedimenti "semplificazione" (DL 76/2020 e legge di conversione 120/2020) è interessante valorizzare alcuni pareri del Ministero delle Infrastrutture e dell'ANAC che possono costituire rilevante supporto istruttorio per il RUP nella sua attività. Di seguito una analisi dei pareri che assumono maggior importanza sotto il profilo pratico operativo.

Nel caso in cui, quindi, come deve essere (evidentemente), il RUP proceda con la pubblicazione dell'avviso a manifestare interesse e/o a ricevere delle offerte, lo stesso non è tenuto a pubblicare l'avviso di trasparenza.

L'avviso, invece, deve essere pubblicato, sempre secondo il parere in commento, nel caso in cui il RUP scelga le imprese da far competere dall'albo dei fornitori di cui la stazione appaltante si sia dotata.

Questa precisazione ha un particolare rilievo in quanto consente anche di pubblicizzare l'esistenza dell'albo e quindi di ricevere ulteriori richieste di adesione (ma anche un controllo sulla regolarità delle operazioni di costituzione dell'albo stesso).

In relazione invece alla questione dell'avviso pubblico è bene evidenziare, quindi, che il RUP non deve ripetere alcuna operazione di pubblicizzazione dell'iniziativa ed una volta scaduto il termine entro cui doveva essere presentata la manifestazione di interesse o presentata la propria offerta la stazione appaltante (il RUP) non ha alcun obbligo di estendere la partecipazione salvo il caso in ciò sia stato espressamente previsto nell'avviso pubblico. Circa il contenuto dell'avviso, nel caso di scelta dall'albo interno, si ritiene che il RUP debba pubblicizzare le modalità di scelta (se scelta tramite sorteggio, scorrimento etc.) e, naturalmente tutti i dati dell'appalto. Non potranno essere resi noti, evidentemente, i nomi dei soggetti da invitare. L'avviso infatti dovrebbe essere contestuale al momento di spedizione degli inviti ai competitori.

2. L'utilizzo delle procedure in deroga: obbligo o facoltà?

Un parere del MIT vale anche a chiarire l'annoso problema che ha posto la previsione di una deroga straordinaria ai commi 2 degli artt. 36 e 157 (servizi tecnici) nel periodo emergenziale considerato dai provvedimenti ovvero fino al 31 dicembre 2021 (per procedimenti amministrativi

avviati con determinazione a contrarre adottate entro il 31/12/2021).

La questione, come si diceva, è se le deroghe debbano essere intese di obbligatoria applicazione o siano, in realtà, meramente facoltative.

La questione viene affrontata e risolta con il parere MIT n. 735/2020 in cui si puntualizza che le deroghe devono essere utilizzate ed in caso di mancata applicazione il RUP deve darne adeguato conto nella determinazione a contrarre. Affermazione che, a sommosso parere, vale a sottolineare che le procedure in deroga costituiscono il primo riferimento del RUP e diventa difficile anche ipotizzare l'eventuale non applicazione ed in particolare, diventa difficile individuare una motivazione (ad esempio la motivazione non potrà sostanzarsi nella necessità di ampliare la concorrenza, visto che il legislatore dell'emergenza lo ha praticamente escluso, né per, ad esempio, non applicare la rotazione).

Più nel dettaglio, nel parere appena citato si legge che "il decreto semplificazioni, convertito con legge n. 120/2020 prescrive l'applicazione delle procedure enucleate all'art. 1, comma 2 del richiamato decreto. Non si tratta di una disciplina facoltativa; le nuove procedure sostituiscono infatti, fino al 31 dicembre 2021, quelle contenute all'art. 36 del d.lgs. 50/2016. Si tratta di procedure di affidamento più snelle e "semplificate", introdotte nell'ottica di rilanciare gli investimenti ed accelerare gli affidamenti pubblici. Tenendo conto di tale finalità, cui è sotteso il nuovo assetto normativo in materia di contratti pubblici, si ritiene che non sia comunque precluso il ricorso alle procedure ordinarie, in conformità ai principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, a condizione che tale possibilità non sia utilizzata per finalità dilatorie".

Il parere, inoltre, chiarisce anche la questione del tempo di aggiudicazione: la circostanza che il RUP non applichi i procedimenti semplificati non fa venir meno l'esigenza (perentoria) di giungere

Secondo l'ufficio di consulenza del MIT, l'avviso di trasparenza altro non è che l'avviso a manifestare interesse (o a presentare miglior offerta) che si pone a monte del procedimento ed è finalizzato ad interrogare il mercato o a ricevere direttamente delle offerte.

ad aggiudicazione nei termini fissati dalla legge 120/2020.

Questa sottolineatura è espressa con l'inciso (nel parere) per cui "gli affidamenti dovranno avvenire comunque nel rispetto dei tempi previsti dal nuovo decreto e potranno essere utilizzate le semplificazioni procedurali introdotte. In tal caso, si consiglia di dar conto di tale scelta mediante motivazione".

Non può sfuggire, quindi, che l'aver scelto di procedere non con la deroga ma con i procedimenti ordinari senza addirittura alcuna motivazione potrebbe esporre il RUP a responsabilità per danni erariali qualora tali danni si determinino (si pensi alla perdita di un finanziamento oppure al c.d. danno da disservizio).

È importante, pertanto, che la motivazione della mancata applicazione delle semplificazioni sottenda ad una esigenza reale e non al mero tentativo di voler affrancarsi dall'assunzione di responsabilità.

3. La rotazione

La legge 120/2020, evidentemente, ripropone la questione della rotazione visto che si tratta di criterio, ovviamente, non derogato né derogabile. Il Ministero delle Infrastrutture condivide l'approdo giurisprudenziale, oramai consolidato, che la rotazione ovvero l'alternanza degli affidamenti non deve essere applicata nel caso in cui il RUP non scelga discrezionalmente i competitori e, ad esempio, individui gli stessi con un avviso a partecipazione aperta a tutti gli operatori in possesso dei requisiti oppure scelta i competitori con estrazione.

Tali opzioni vengono confermate con il parere del MIT n. 685/2020 in cui si legge che il principio di rotazione non trova applicazione in una procedura sostanzialmente "aperta" al mercato.

Più precisamente, prosegue il parere, "la procedura può ritenersi "sostanzialmente aperta al mercato"

laddove la S.A., anche in presenza di una negoziata, non rivolga l'invito ad alcuni operatori economici discrezionalmente selezionati ma demandi al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta per la prestazione del servizio, senza prevedere limiti numerici o filtri selettivi, quindi laddove l'amministrazione rivolga l'invito a tutti i soggetti che abbiano manifestato il loro interesse, senza esclusioni o vincoli".

Non può sfuggire, quindi, che l'aver scelto di procedere non con la deroga ma con i procedimenti ordinari senza addirittura alcuna motivazione potrebbe esporre il RUP a responsabilità per danni erariali qualora tali danni si determinino (si pensi alla perdita di un finanziamento oppure al c.d. danno da disservizio).



Questa configurazione, consacrata in giurisprudenza, opera, secondo il MIT, "una ricostruzione esegetica perfettamente coerente con il sistema e con la ratio del principio in esame. Infatti, la rotazione mira ad assicurare l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici e trova applicazione

unicamente negli affidamenti sotto-soglia comunitaria, in quanto l'esigenza di prevedere procedure più rapide e per certi versi "semplificate", deve necessariamente essere bilanciata con dei meccanismi volti ad evitare che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare, si traduca in uno strumento di favoritismo dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito di alcuni operatori. La rotazione, quindi, "deve essere intesa non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell'affidatario bensì, soltanto, di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è imperniato l'intero sistema degli appalti" (Cons. St. 2654/2020).

Peraltro, tale interpretazione, risulta esplicitata nelle linee guida ANAC N. n. 4, sia nella versione adottata con Delib. 1° marzo 2018, n. 206 (punto 3.6) che, nella versione aggiornata con Delib. del 10 luglio 2019 al decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, in cui viene specificato che "la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti

pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione". Quanto sopra, è avallato anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (si veda, tra le altre, Cons. St., sez. III – sent. 25 aprile 2020, n. 2654). Tuttavia, per mera completezza espositiva, deve segnalarsi che non mancano orientamenti contrari (cfr., Cons. St., Sez. V – sent. 5 novembre 2019 n. 7539)".

4. La deroga alla rotazione deve avere adeguata motivazione

A fronte di una tendenziale "assolutezza" del divieto di riaffido (o reinvito) lo stesso Ministero individua (come già ANAC e la giurisprudenza) alcune limitate eccezioni.

Non può sfuggire che la rotazione, come in tante circostanze si è ripetuto, costituisce una sorta di contraltare alle importanti semplificazioni previste anche nel Codice dei contratti in tema di appalti sotto-soglia. È chiaro che ad una procedura semplificata (si pensi in particolare alla differenza rispetto alla classica procedura ad evidenza pubblica), il legislatore doveva pur evidenziare dei limiti in modo da evitare un contingentamento degli affidatari (ad esempio scegliere sempre gli stessi operatori da far partecipare alla procedura negoziata).

Pertanto, deroghe alla rotazione sono pur possibili ma queste devono essere fondate su adeguatissima motivazione che il RUP deve specificare nella determinazione di affidamento. Fatto eccezione, naturalmente, per i piccoli acquisti per i quali è possibile il riaffido con sintetica motivazione (infra 5mila euro) ovviamente evitando artificiosi frazionamenti.

Chiarimenti in questo senso si leggono nel parere MIT n. 690/2020 in cui, puntualizzato che, "il principio di rotazione comporta il divieto di invito nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento, con limitazione della libertà della stazione appaltante nella individuazione della platea dei soggetti da invitare alla gara", si puntualizza che tale limitazione, secondo il prevalente orientamento della dottrina e giurisprudenza, "non è da intendersi in senso assoluto, essendo

possibile giustificarne il superamento con adeguata e stringente motivazione basata sulla presenza di particolari condizioni" del mercato "che vanno necessariamente esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare".

Pertanto il RUP può derogare alla rotazione ma a condizione che "provveda a fornire puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi" facendo, in particolare, riferimento:

- a) al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato;
- b) al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento;
- c) al particolare grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (secondo ANAC: esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti),
- d) alla competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento (cfr. Cons. Stato, sez. V 31/03/2020 n. 2182, Cons. Stato, sez. V 12/06/2019 n. 3943 e Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539).

Inoltre, prosegue l'ufficio legislativo del MIT, per completezza si fa presente che secondo gli orientamenti più rigorosi non è consentito il reinvito dell'aggiudicatario né del candidato invitato alla precedente procedura selettiva e non affidatario (cfr Consiglio di Stato n. 3943/2019; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 26/3/2018, n. 354; TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I 16 settembre 2019, n. 376).

In senso analogo, ANAC evidenzia che la stazione appaltante dovrebbe far riferimento alla **particolare struttura del mercato** e alla "riscontrata effettiva assenza di alternative", per cui non risultano alternative praticabili al nuovo affidamento all'operatore economico uscente, ovvero le alternative possibili siano assolutamente illogiche o di non percorribilità economica.

5. La dislocazione territoriale degli inviti

Nelle procedure negoziate "emergenziali" come previste nell'articolo 1, comma 2, lett. b), gli inviti devono rispettare oltre al criterio della rotazione anche il criterio dell'adeguata dislocazione

territoriale. Per intendersi, il RUP non deve concentrare gli inviti nella stessa zona territoriale e dovrà quindi, in caso di avviso pubblico, indicare i criteri di riferimenti. Ad esempio, individuando degli ambiti caratterizzati dal un riferimento geografico (es. Nord, Centro, Sud) e a seconda della provenienza calibrare gli inviti, se intende fare un sorteggio oppure invitare tutti gli operatori. Questa è la possibilità, la c.d. procedura sostanzialmente aperta, che consente anche di superare la rotazione.

Il RUP non può, in altri modi, aggirare la questione della dislocazione territoriale e ciò risulta ben chiarito in un diverso parere del MIT n. 790/2020. Nel quesito si richiedeva all'ufficio di supporto della possibilità di derogare al criterio stante la natura della prestazione (si trattava di lavori).

L'ufficio nel parere risponde che "in senso pratico, pur vero che per lavori la dislocazione territoriale può avere un effetto penalizzante sulla fase esecutiva **è altrettanto vero, però, che il criterio della dislocazione territoriale non può subire, per ciò stesso, una interpretazione strumentale "al solo fine di favorire le imprese del territorio".**

Occorre, pertanto, valorizzare il buon senso nell'agire del RUP che se motiva adeguatamente - e sempre nel rispetto della trasparenza - "potrà delimitare l'ambito territoriale degli operatori da invitare in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'affidamento, tenuto conto del luogo di esecuzione e dell'oggetto dell'appalto".

Motivazione, pertanto, che dovrà essere esplicitata fin dall'avviso pubblico e/o nella determina a contrarre che approva la lettera di invito.

In ogni caso, si legge ancora nel parere, "la stazione appaltante dovrà evitare la concentrazione territoriale degli inviti, che potrebbe dar luogo ad una chiusura del mercato, in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione" anche richiamati nell'articolo 1 del DL 76/2020. Il RUP, in ogni caso, deve invitare anche operatori economici che si trovano al di fuori

del territorio di competenza tenendo conto "sia delle dimensioni che della rilevanza del mercato di riferimenti del medesimo territorio" e dello stesso oggetto dell'appalto.

6. La questione dell'esclusione automatica a 5 partecipanti alla procedura (art. 1, comma 3 della legge 120/2020)

Le semplificazioni, in tema di appalti nel sotto-soglia comunitario, di cui all'articolo 1 della legge 120/2020 non possono essere applicate alle procedure in corso. Per procedure in corso si intende procedure di aggiudicazione già avviate con l'invio della lettera di invito (nel caso di appalti sopra soglia con la pubblicazione del bando di gara). Ad esempio, l'esclusione automatica semplificata (a soli 5 concorrenti che partecipano alla competizione) non può essere applicata arbitrariamente al di fuori del caso in cui la determina a contrarre sia stata pubblicata a far data dal 17 luglio 2020 (data di entrata in vigore del DL 76/2020) e fino al 31 dicembre 2021.

Non solo, l'esclusione automatica deve intendersi anche di obbligatoria applicazione (Tar Lazio sentenza n. 2104/2021) e non rimessa alla discrezionalità del RUP. Sulla questione applicativa si è pronunciata l'autorità anticorruzione con il recente parere n. 31/2021.

Nel parere si legge che l'esclusione automatica dell'offerta anomala con soli 5 partecipanti non si applica alle procedure in corso all'atto dell'entrata in vigore dei provvedimenti semplificazioni

per una chiara esplicitazione del legislatore.

Nel primo periodo dell'articolo 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, si legge nel parere, il legislatore ha espressamente stabilito che le disposizioni derogatorie in tema di affidamenti sotto soglia "si applicano [al]le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021". Termine poi differito con la legge di conversione al 31 dicembre 2021.

Nelle procedure negoziate "emergenziali" come previste nell'articolo 1, comma 2, lett. b), gli inviti devono rispettare oltre al criterio della rotazione anche il criterio dell'adeguata dislocazione territoriale.



Da questo emerge, ovviamente, che anche la previsione di cui al comma 3 dell'articolo 1, che estende l'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale "in presenza di cinque offerenti (in luogo di dieci, di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016), (...) alle procedure negoziate (ex articolo 1, comma 2, lettera b del D.L.)" è applicabile solamente se la determina a contrarre sia "stata adottata dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021".

Il legislatore ha individuato un preciso *dies a quo* come momento che "cristallizza temporalmente la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia, definendo nella adozione della determina a contrarre (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020)".

Nel caso di specie, precisa l'autorità anticorruzione, "la procedura in questione è stata avviata prima dell'entrata in vigore del decreto "Semplificazioni", dal momento che l'amministrazione ha adottato la determina a contrarre in data 20 febbraio 2020: data che, in ragione delle sopra richiamate argomentazioni, costituisce *dies a quo* per l'applicazione della disciplina di cui al D.L. 76/2020 in materia di contratti sotto soglia, sebbene la procedura negoziata sia stata poi avviata in data 31 luglio 2020, con invito ai concorrenti sorteggiati a presentare l'offerta".

La previsione, come detto, non trova, "invece, applicazione nelle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto" ovvero quella caratterizzate dal fatto che la lettera di invito sia già stata inviata.

7. Le garanzie

Importante parere deve essere registrato anche in tema di semplificazione sulla cauzione provvisoria. Il comma 3, art. 1, della legge 120/2020 dispone che il RUP possa chiedere la garanzia provvisoria (la cauzione provvisoria), nel sotto-soglia, solo con adeguata motivazione e l'importo deve essere dimezzato.

Con il parere del MIT n. 723/2020 non solo si ribadisce quanto, ma l'ufficio di supporto estende detta prerogativa anche ben oltre il dettato normativo fino ad affermare la facoltatività anche della cauzione definitiva che, a differenza della cauzione provvisoria, assicura la stazione appaltante per la regolare esecuzione della prestazione.

Nel parere si legge che nel periodo emergenziale (quindi fino a procedimenti avviati con determina a contrarre adottata entro il 31 dicembre 2021) la facoltatività (ed il dimezzamento dell'importo nel caso in cui la cauzione venga richiesta) trova applicazione sia per la garanzia definitiva sia per la definitiva in applicazione

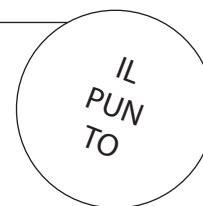
dell'art. 93 e 103 del Codice. Si ritiene, in ogni caso, che il RUP debba ben valutare l'esenzione dalla produzione della cauzione definitiva per i motivi espressi sopra.

Il legislatore ha individuato un preciso *dies a quo* come momento che "cristallizza temporalmente la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia, definendo nella adozione della determina a contrarre (cfr. ANAC, delibera n. 840 del 21 ottobre 2020)".



Alcune riflessioni sugli appalti di servizi di ingegneria ed architettura. Le limitazioni imposte dall'articolo 31, co. 8 del Codice dei Contratti. Nota a margine della Sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 28.01.2021, n. 857

di Giuseppe Totino



Premesse: la genesi dell'articolo 31, co. 8 del Codice dei Contratti

Qual è la norma di riferimento in tema di subappalto nell'ambito degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura?

La si trova ben nascosta, tra le pieghe dell'articolo 31, del d.lgs. 50/2016 (in seguito "Codice dei Contratti"), rubricato "Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni", norma, evidentemente, deputata a stabilire i compiti del ruolo maggiormente preminente e direttivo nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, e inserita precisamente al comma 8 di tale articolo.

La sua non perspicua collocazione sistematica sembra indurre a ritenere che quanto ivi predicato sia da considerarsi più un *memento* per il RUP che una norma di carattere prescrittivo di un aspetto esecutivo di un appalto pubblico¹. Invero, se si pone memoria alle discussioni che avevano accompagnato la genesi dell'attuale Codice dei Contratti, allorquando era necessario dare attuazione alla Direttiva appalto 24/2014, sarebbe facile rammentare come il *furor* semplificatorio positivizzato anche nella legge di delega si sia tradotto poi in un mero decremento del numero degli articoli rispetto al previgente Codice (d.lgs. 163/06), con ciò affastellando alcuni articoli di un numero di commi non congrui per una opera di codificatoria.

1. Il Consiglio di Stato ha infatti più volte sottolineato come vada "condiviso l'orientamento giurisprudenziale, a cui va data continuità, che ascrive l'identificazione del subappaltatore e la verifica del possesso dei requisiti richiesti dalla legge e dal bando alla fase dell'esecuzione dell'appalto" (in termini, da ultimo, Cons. Stato, sez. V 21/6/2016 n. 2720, conf. Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015 n. 9), illuminando la relativa disciplina come una costola della fase paritetica e non già della fase della formazione di volontà della p.a. nella scelta del contraente.

Motivo per cui la disposizione in questione è rintracciata in un ambito non proprio.

Essa stabilisce che "(l)'affidatario (n.d.r. di incarichi di progettazione) non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista".

Invero, la norma, nel previgente articolo 91 co.2, del d.lgs. 163/2006, trovava più coerente collocazione nell'ambito della disciplina degli incarichi di progettazione, e stabiliva che "(i) n tutti gli affidamenti di cui al presente articolo (n.d.r. incarichi di progettazione) l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta comunque impregiudicata la responsabilità del progettista."

Pertanto, nulla di nuovo: l'attività di progettazione strettamente inteso, non può essere oggetto di affidamento a terzi da parte progettista incaricato.

La limitazione sopra rammentata è, peraltro, coerente con la natura prettamente intellettuale svolta dal progettista, nonché con la responsabilità personale professionale sancita dall'articolo 24, co. 5, del Codice dei Contratti, per l'espletamento di tali attività, secondo cui "(i)ndipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario l'incarico è espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali."

Ciò che si intende analizzare in questa sede,

partendo, dalla nozione di subappalto, secondo la linea con la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 28.01.2021 n. 857, è il ventaglio percorribile di rapporti giuridici e la natura degli stessi che appare possibile instaurare tra i progettisti e le altre figure che costituiscono il gruppo di lavoro di progettazione di cui al citato articolo 24, co.5.

1. Sulla nozione di subappalto: i contratti d'opera intellettuale

Dal punto di vista normativo, l'unica definizione rintracciabile di subappalto è la scarna indicazione fornita dall'art. 105, co. 2 del d.lgs. 50/2016 (nel prosieguo "Codice dei Contratti"), a mente della quale viene precisato che "(i)l subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto".

Nel settore degli appalti pubblici, viene quindi in rilievo il titolo derivativo del contratto di subappalto, essendo lo stesso precipuamente connotato dalla medesima causa dell'affidamento principale.

Di recente, la giurisprudenza amministrativa ha ribadito il granitico orientamento per il quale, attesa la funzione economico sociale del contratto di subappalto, lo stesso debba essere ricondotto, dal punto di vista sistematico, nell'alveo civil-codicistico del contratto di appalto, come disciplinato dall'art. 1655, secondo cui "L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro."

Il Consiglio di Stato² ha, infatti, chiarito che "(c) on il subappalto di cui all'art. 105 comma 2, del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 (sulla scia della fattispecie di cui all'art. 1676 e segg. c.c.), l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali, configurando così un vero e proprio contratto - derivato di carattere trilaterale; al contrario, il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale il ruolo del subfornitore

2. Consiglio di Stato sez. III 30/11/2018 n. 6822.

(es. componentistica di beni complessi) si palesa solo sul piano interno del rapporto commerciale e di mercato tra le due imprese. In altri termini, mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a diretto beneficio del committente, il subfornitore si impegna a porre nella disponibilità dell'appaltatore un certo bene da inserire nella produzione dell'appaltatore, per cui il relativo rapporto rileva esclusivamente sotto il profilo privatistico dei rapporti bilaterali di carattere commerciale fra le aziende".

Si rintracciano, poi, svariate pronunce pretorie emesse dai TAR di medesimo tenore, secondo le quali³, "pur nel riconoscimento della peculiarità del subappalto nell'ambito dei contratti pubblici, per subappalto non può intendersi ogni esecuzione non in proprio di servizi o opere appaltate, essendo necessario che sia demandata ad un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall'appaltatore, l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio appaltato, con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore (art. 1655 c.c.). Nel caso in cui, infatti, un soggetto agisca quale mero esecutore materiale (o come mero collaboratore nell'esecuzione) di un'opera o di un servizio, in favore dell'appaltatore, in assenza di profili autonomia, il subappalto non può configurarsi (Tar Lazio Roma 6.2.2014 n.1449, peraltro resa proprio a favore dell'odierna ricorrente)".

L'ANAC ha, inoltre, precisato sul punto che "il subappalto rappresenta una modalità di esecuzione delle prestazioni da parte di un soggetto già in possesso, al momento della presentazione dell'offerta in gara, dei requisiti di partecipazione,

il quale in sede di esecuzione le affida, in parte, ad un soggetto terzo che le espletterà"⁴.

Con il contratto di subappalto, dunque, l'appaltatore conferisce a sua volta ad un terzo (cd. subappaltatore) l'incarico di eseguire in tutto od in parte i lavori o i servizi che egli si è impegnato ad eseguire sulla base del contratto di appalto principale. Il contratto di subappalto è quindi un contratto derivato dal contratto di appalto caratterizzato dal fatto di avere analogo contenuto e lo stesso tipo di causa del contratto principale.

Il subappaltatore, a sua volta, sottolinea sempre l'ANAC, "assume nei confronti dell'appaltatore l'obbligazione di eseguire a proprio rischio parte dei lavori, organizzando

anch'egli manodopera, mezzi d'opera e fornendo i materiali necessari. L'essenza del subappalto è, quindi, la terzietà del subappaltatore rispetto all'appaltatore. Il subappaltatore, infatti, esegue la parte dell'opera servendosi della propria organizzazione d'impresa, in posizione d'indipendenza e autonomia rispetto all'appaltatore di cui non condivide l'organizzazione"⁵.

Ciò rammentato, non costituisce subappalto, ai sensi del co. 3 dell'art. 105 del Codice dei Contratti, "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi...": le prestazioni rese ai sensi dell'articolo 2222 e s. ss. del Codice Civile, secondi cui "Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV".

Per subappalto non può intendersi ogni esecuzione non in proprio di servizi o opere appaltate, essendo necessario che sia demandata ad un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall'appaltatore, l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio appaltato, con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore (art. 1655 c.c.).

3. TAR Marche sez. I 19/2/2016 n. 107.

4. ANAC, Deliberazione n. 28 Adunanza del 19 giugno 2013.

5. ANAC, Parere 20 dicembre 2012 AG 25/2012.

Secondo un consolidato orientamento dell'ANAC, che richiama una decisione del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato 4 giugno 2006, n. 2943), per attività specifica, ovvero attività particolari estrapolate da una più ampia categoria di attività, debbono intendersi le prestazioni d'opera intellettuali, quali consulenze professionali (ANAC, Parere 27 settembre 2012, AG 16/2012).

La citata Autorità ha ricordato come sia noto che *"il lavoratore autonomo si differenzia dall'imprenditore: mentre l'imprenditore, anche se piccolo, organizza il lavoro altrui oppure il capitale (cd etero organizzazione) per lo svolgimento di un'attività preordinata alla produzione o allo scambio di beni o servizi, il lavoratore autonomo si limita ad auto organizzare il proprio lavoro ed usa i mezzi che sono strettamente necessari all'esplorazione delle proprie energie lavorative. Da ciò consegue che l'art. 118, comma 12 del Codice, nel riferirsi espressamente al lavoratore autonomo ha chiaramente escluso dal suo ambito di applicazione l'affidamento delle attività ad un imprenditore. Nel caso di specie, invece, dalla documentazione allegata alla richiesta di parere risulta che uno dei cd padroncini è la Logistica Due srl. Sotto tale profilo, considerato che tale soggetto è un imprenditore, in nessun caso potrebbe trovare applicazione nei suoi confronti la norma richiamata dall'istante. In particolare, per comprendere il tenore dell'art. 118, comma 12 del Codice è utile partire dalla considerazione esposta nella decisione del Consiglio di Stato n. 2943 del 4 giugno 2006, che definisce la norma come ricognitiva di un principio già esistente e che tendeva ad escludere dal divieto di subappalto l'affidamento di prestazioni di carattere intellettuale"*.

Più di recente, sempre l'Autorità ha ribadito, con Parere n. 246 dell'8 marzo 2017 e Parere n. 256 del 7 marzo 2018, che l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi o a progetto, in

Per attività specifica, ovvero attività particolari estrapolate da una più ampia categoria di attività, debbono intendersi le prestazioni d'opera intellettuali, quali consulenze professionali



assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici del subappalto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configura quale contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa⁶.

Le superiori considerazioni consentono pertanto di identificare nella categoria dei contratti d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa, una platea di

rapporti di rapporti giuridici sottratta alla diretta applicazione del regime giuridico stabilito dall'art. 105 del Codice dei Contratti.

2. Il rapporto di specialità tra articolo 105 e 31 co. 8 del Codice

Avendo quanto sopra ricordato, la domanda può sorgere da sé: le attività enumerate dall'articolo 31, co. 8 del Codice, sono da considerarsi subappalto, pur costituendo una prestazione di opera intellettuale?

La domanda anzi posta è invero volutamente fuorviante, giacché il regime giuridico stabilito dall'articolo 31 co. 8, costituendo norma speciale, si interseca con quello di cui all'articolo 105 assai limitatamente: per l'ammontare totale subappaltabile (oggi peraltro messo in dubbio dalla Corte di Giustizia) e per gli obblighi comunicativi e di verifica dei requisiti.

Il regime derogatorio rispetto all'articolo 105 è santificato dalla disposizione di chiusura dell'articolo 31 co. 8, ossia la responsabilità esclusiva del progettista.

È la stessa ANAC, nelle proprie Linee Guida n. 1 aventi ad oggetto *"Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"* a ricordare che *"(l)e attività di*

6. Tale orientamento, già fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943).

supporto alla progettazione attengono ad attività meramente strumentali alla progettazione (indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché la sola redazione grafica degli elaborati progettuali). La "consulenza" di ausilio alla progettazione di opere pubbliche continua a non essere contemplata anche nel nuovo quadro normativo; ciò discende dal principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista".

Alla luce di ciò, è evidente come la figura del progettista, pur potendo essere adiuvato nelle attività di supporto alla progettazione rimane in ogni caso l'unico soggetto responsabile della corretta esecuzione dell'incarico affidato.

3. L'eccezione della relazione geologica

3.1 La posizione dell'ANAC

Le Linee guida n. 1 emesse dall'ANAC, rammentano come sia un terzo elemento di base "quello previsto dall'art. 31, comma 8, del codice, per il quale non è consentito il subappalto della relazione geologica, che non comprende, va precisato, le prestazioni d'opera riguardanti le indagini geognostiche e prove geotecniche e le altre prestazioni specificamente indicate nella norma. Conseguentemente, la stazione appaltante deve assicurare:

- a) l'instaurazione di un rapporto diretto con il geologo mediante l'avvio di una procedura finalizzata alla sua individuazione che preceda o accompagni l'avvio della procedura finalizzata all'individuazione degli altri progettisti; ovvero
- b) la presenza del geologo all'interno della

Tanto deriva dalla necessità di garantire la indispensabile presenza diretta del geologo in ogni livello della progettazione e di prevenire quindi eventuali subappalti indiretti della relazione geologica, oltre che dall'esigenza di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo a tale progettista specialista.



più complessa struttura di progettazione, quale componente di una associazione temporanea, associato di una associazione tra professionisti quale socio/amministratore/direttore tecnico di una società di professionisti o di ingegneria che detenga con queste ultime un rapporto stabile di natura autonoma, subordinata o parasubordinata, quale dipendente oppure quale consulente con contratto di

collaborazione coordinata e continuativa su base annua, iscritto all'albo professionale e munito di partita IVA, che abbia fatturato nei confronti del soggetto offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, nei casi indicati dal d.m. 2 dicembre 2016, n. 263. Si ritiene che le stazioni appaltanti possano ammettere queste ultime modalità anche con riferimento ai professionisti e alle associazioni tra professionisti."

Conclude l'Autorità che "(t)anto deriva dalla necessità di garantire la indispensabile presenza diretta del geologo in ogni livello della progettazione e di prevenire quindi eventuali subappalti indiretti della relazione geologica, oltre che dall'esigenza di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo a tale progettista specialista".⁷

Pertanto, la relazione geologica non può essere oggetto di subappalto a terzi, con ciò sancendo anche una cesura tra le responsabilità del progettista e del geologo, essendo quest'ultimo direttamente responsabile vis a vis la Stazione appaltante per il suo operato.

3.2 I profili innovativi della Sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 28.01.2021 n. 857

Rispetto alla stretta categorizzazione imposta dall'ANAC circa le modalità di cooperazione del geologo con il progettista (invero, limitata al

7. Vedi anche DELIBERA ANAC N. 1206 DEL 18 dicembre 2019

pedissequo ribaltamento applicativo sulla figura del geologo delle tipologie di rapporti consentiti per i progettisti ai sensi dell'articolo 4 del Decreto del Ministero Delle Infrastrutture E Dei Trasporti del 2 dicembre 2016, n. 263), la giurisprudenza amministrativa si è mostrata maggiormente aperta a percorrere strade più coerenti con la corretta applicazione di quanto previsto dall'articolo 24 co. 5 del Codice.

La sentenza in commento, infatti, ricorda che "l'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 ... stabilisce che gli incarichi afferenti alla progettazione sono espletati da professionisti iscritti negli appositi ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali, "indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario". A garanzia della riconducibilità delle prestazioni specialistiche ai professionisti indicati in sede di offerta come responsabili del relativo espletamento, l'art. 31, comma 8, sancisce, di conserva, il divieto per gli operatori economici affidatari di subappaltare tali prestazioni. Con specifico riferimento alle prestazioni geologiche, tale articolo infatti prevede che "l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali". Dalle disposizioni appena richiamate discende che, a differenza delle indagini geologiche e geognostiche, la relazione geologica debba essere redatta esclusivamente da professionista geologo presente nella struttura di progettazione nominativamente

In particolare, il divieto di subappalto di cui all'art. 31, comma 8, cit. deve ritenersi rispettato laddove tra il geologo e l'affidatario si instauri "un rapporto di natura indipendente, sotto forma di associazione temporanea, sia di natura subordinata in qualità di dipendente, sia di natura autonoma, attraverso forme di collaborazione professionale coordinata e continuativa" (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364; Id., sez. V, 31 maggio 2005, n. 2859): rimanendo, per contro, esclusi dalle forme di partecipazione ammesse soltanto i rapporti di consulenza professionale ad hoc, in particolare qualora tale rapporto non risulti dichiarato e quindi formalizzato prima dell'affidamento dell'incarico".



individuato con la specifica responsabilità già in sede di offerta. Come chiarito anche dalla Linee guida Anac n. 1, siffatta previsione deriva "dalla necessità di garantire la indispensabile presenza diretta del geologo in ogni livello della progettazione e di prevenire quindi eventuali subappalti indiretti della relazione geologica, oltre che dall'esigenza di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo a tale progettista specialista".

Proseguendo nel ragionamento, il Consiglio di Stato rammenta che "(q)uanto alla natura giuridica del rapporto che deve sussistere tra il geologo e l'affidatario delle prestazioni afferenti alla progettazione, la giurisprudenza ha chiarito

che ciò che rileva non è tanto la qualificazione formale del rapporto, quanto l'effettiva riconducibilità della relazione geologica ad un professionista legato all'affidatario da un rapporto di collaborazione non occasionale (in difetto del quale sarebbe sostanzialmente eluso il divieto del subappalto). In questo senso si è chiarito che "la forma giuridica del rapporto tra [il geologo] e l'affidatario non sia vincolata ad un modello tassativo, purché esso assicuri la esecuzione della prestazione e la responsabilità dello specialista" (Cons. Stato, parere n. 1767 del 2 agosto 2016, punto 4.3).

In particolare, il divieto di subappalto di cui all'art. 31, comma 8, cit. deve ritenersi rispettato laddove tra il geologo e l'affidatario si instauri "un rapporto di natura indipendente, sotto forma di associazione temporanea, sia di natura subordinata in qualità di dipendente, sia di natura autonoma, attraverso forme di collaborazione professionale coordinata e continuativa" (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364; Id., sez. V, 31 maggio 2005, n. 2859): rimanendo, per contro, esclusi dalle forme di partecipazione ammesse soltanto i rapporti di

consulenza professionale ad hoc, in particolare qualora tale rapporto non risulti dichiarato e quindi formalizzato prima dell'affidamento dell'incarico".

Conclude il Consesso stabilendo che "(i) *n definitiva, va ribadito come debba ritenersi irrilevante la natura del rapporto giuridico tra l'impresa e il geologo, nel senso che esso potrebbe essere sia di natura indipendente, sia subordinata, parasubordinata, coordinata, continuativa, sia sotto forma di associazione temporanea, con l'esclusione del solo rapporto di subappalto".*

I principi sopra rassegnati, si ravvedevano *in nuce* anche in un precedente arresto dal Consiglio di Stato⁸, che aveva, seppur succintamente, affrontato il tema, evidenziando come "l'art. 46 del d.lgs. 18/04/2016 n. 50 ammette alla partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, tra gli altri, rispettivamente: alla lett. a) i professionisti singoli, associati; -- alla lett. e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d). A sua volta, il precedente art. 24, comma 5 espressamente prevede che "Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario l'incarico è espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali". Dalle predette disposizioni è dunque evidente che non vi è alcun obbligo di inserire il professionista nel raggruppamento temporaneo di professionisti ma è necessario, e sufficiente, che l'offerta indichi analiticamente i singoli professionisti designati, le relative specifiche attività e le connesse necessarie qualificazioni professionali. Il nuovo codice, sulla scia delle previgenti disposizioni di cui al d.lgs. n.163/2010, quindi ammette la possibilità alternativa dell'offerente di avvalersi di "liberi professionisti singoli o associati" ovvero di inserirli nel raggruppamento temporaneo".

Proprio sul punto, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in un proprio chiarimento n. 632 del 22 marzo 2020 in merito alla interpretazione della sentenza 8 aprile 2019, n. 2276 del Consiglio

di Stato, Sez. V, sul rapporto tra progettisti e concorrente" ha rappresentato che: "se il gruppo di lavoro non concorre alla qualificazione, quindi alla soddisfazione dei requisiti di partecipazione (ad esempio tramite un raggruppamento temporaneo di impresa) ma solo all'offerta tecnica (quindi all'ottenimento del punteggio tecnico) è possibile che i soggetti indicati nel gruppo di lavoro non abbiano rapporti "stabili" con i concorrenti. Infatti, da un lato, l'art.46 del d.lgs. 18/04/2016 n. 50 ammette alla partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria tra gli altri: - lett. a) i professionisti singoli, associati e alla lett. e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d); dall'altro, l'art. 24, comma 5 prevede espressamente che "Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario l'incarico è espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali." Dalla norma si ricava, dunque, che è sufficiente che l'offerta indichi analiticamente i singoli professionisti designati, le relative specifiche attività e le connesse necessarie qualificazioni professionali, non essendo in questo caso richiesto che, tra gli stessi, intercorra un rapporto associativo o di dipendenza. Pertanto, con riferimento ai quesiti posti, si ritiene che, ai soli fini della presentazione dell'offerta tecnica, è possibile l'indicazione di un professionista che non sia legato da alcun rapporto diretto con il concorrente, purché siano indicate analiticamente nell'offerta le relative specifiche attività e le connesse necessarie qualificazioni professionali."

4. Conclusioni

Dalla disamina dei recenti arresti della giurisprudenza appena ricordati - traendo le adeguate e coerenti conclusioni circa le modalità di ingaggio dei professionisti del gruppo di lavoro che non rivestono la qualifica di progettisti -, è possibile approdare verso lidi ermeneutici meno restrittivi rispetto a quelle tinteggiati da ANAC.

8. CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 8/4/2019 N. 2276

I professionisti, in sintesi, che saranno incaricati dal progettista affidatario dell'incarico per espletare le attività di cui al comma 8 dell'articolo 31 del Codice, potranno essere incaricati attraverso contratti di natura intellettuale anche *ad hoc* negoziati, impregiudicata la responsabilità esclusiva del progettista.

A medesima conclusione, secondo quanto indicato dal Chiarimento del MIT, è dato giungere per le specifiche attività professionali che richiedono una qualificazione o iscrizione ad albo. In tal caso non è *"richiesto che, tra il concorrente e i singoli professionisti incaricati intercorra un rapporto associativo o di dipendenza. Pertanto, con riferimento ai quesiti posti, si ritiene che, ai soli fini della presentazione dell'offerta tecnica, è possibile l'indicazione di un professionista che non sia legato da alcun rapporto diretto con il concorrente, purché siano indicate analiticamente nell'offerta le relative specifiche attività e le connesse necessarie qualificazioni professionali."*

Diverso è il caso del geologo che lungi dal dover necessariamente essere incastonato nelle strette categorie indicate da ANAC, dovrà in ogni caso dimostrare una collaborazione di carattere stabile e preesistente alla data di partecipazione alla gara, fermo restando che *"ritenersi irrilevante la natura del rapporto giuridico tra l'impresa e il geologo, nel senso che esso potrebbe essere sia di natura indipendente, sia subordinata, parasubordinata, coordinata, continuativa, sia sotto forma di associazione temporanea, con l'esclusione del solo rapporto di subappalto"*.

Rinvio a giudizio ed obblighi dichiarativi del cessato oltre l'anno di "purgatorio".

di Adriana Presti

IL
PUN
TO

1. Cenni normativi e giurisprudenziali

È oramai pacifico che il decreto di rinvio a giudizio può essere spia di un "grave illecito professionale", che, pur non determinando l'automatica esclusione da una procedura di gara pubblica, ben può legittimare la Stazione appaltante ad assumere un provvedimento di esclusione (cfr. *ex multis* Cons. St., V, 20/03/2019, n. 1846; Cons. St., V, 27/2/2019, n. 1367; Cons. St., V, 3/9/2018 n. 5142; Cons. St., III, 23/11/2017, n. 5467).

L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lett. c), del comma 5, dell'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016 (d'ora in poi anche "Codice") è meramente esemplificativa e non esclude, infatti, la circostanza che la Stazione appaltante possa dare rilievo ad elementi gravi suscettibili di minare l'integrità e/o affidabilità dell'operatore in rapporto allo specifico contratto. È opinione incontrastata, infatti, che l'elencazione ivi racchiusa, pur agevolando gli obblighi dimostrativi della Stazione Appaltante, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

La richiamata disposizione mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire, dunque, rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.

La giurisprudenza amministrativa ha così a più riprese affermato che anche il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale - al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare - a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regola la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 24 gennaio 2020, n. 84; in termini proprio su misura cautelare T.A.R. Firenze, sez. II, 19/01/2021 n. 77; T.A.R. Firenze, sez. I, del 09/01/2019, n.53; in tal senso T.A.R. Napoli, sez. VII, 26/06/2018, n.4271, ed in senso analogo anche Cons. Stato, Sez. VI, 01/02/2013, n.620).

Pertanto, è ormai consolidato il principio per il quale i fatti oggetto di accertamento in un procedimento penale ancora in corso possano ben essere considerati "mezzi adeguati" da parte di una amministrazione, per dimostrare che un operatore economico si sia reso responsabile di gravi illeciti professionali; non essendo indispensabile che i gravi illeciti professionali posti a fondamento dell'esclusione del concorrente dalla gara siano stati accertati con sentenza, anche non definitiva, essendo infatti sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 23 /08/2019, n. 959).

In linea con l'orientamento domestico, la Corte di Giustizia, con Ordinanza del 4 giugno 2019, resa nella causa C-425/18, CNS - GGT S.p.A., ha definitivamente chiarito che:

- la nozione di «*errore nell'esercizio della propria attività professionale*» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico di cui trattasi la sua integrità o affidabilità;
- di conseguenza la nozione di «*errore nell'esercizio della propria attività professionale*», che è oggetto di un'interpretazione ampia, non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico;
- la nozione di «*errore grave*» deve essere intesa nel senso che essa si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico in questione che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua;
- l'accertamento di un tale errore non richiede una sentenza passata in giudicato.

Il concetto di "grave illecito professionale" finisce dunque per ricomprendere ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa.

Ne discende che qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale dell'operatore economico, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti circa l'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (Cons. Stato, III, 29/11/2018, n. 6787; V, n. 3628/2018; V, n. 761/2016).

Alla luce di ciò, l'«*illecito professionale*» "rileva non come tale, cioè nella (distinta) dimensione in cui viene accertato ed eventualmente sanzionato per la sua intrinseca offensività, bensì se e nella misura in cui risulti rilevante sul piano della affidabilità e integrità dell'operatore, e quindi funzionalmente a un apprezzamento - in termini negativi, e cioè ostativi - dell'operatore ai fini dell'affidamento del contratto pubblico" (v. di recente, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307).

L'orientamento ad oggi maggioritario e assolutamente prevalente ammette, quindi, che le risultanze delle indagini penali ovvero il decreto di rinvio a giudizio assumano rilievo come fattore sintomatico dell'inaffidabilità dell'operatore economico e, come tali, siano di per sé sufficienti a giustificare l'esclusione dell'operatore economico concorrente.

Del resto, come da ultimo confermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 168/2020, ben si può configurare un considerevole illecito professionale o comunque un grave inadempimento, che comporti l'esclusione dalla gara, "...*quand'anche l'illecito non sia stato accertato definitivamente in giudizio (come si può desumere anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 19 giugno 2019, in causa C-41/18, Meca), ma sussistano e siano valutati elementi tali da «provocare la rottura del rapporto di fiducia con l'operatore economico» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C- 267/18, D.A.C. SA). Al pari di chiunque altro, la pubblica amministrazione non può infatti essere obbligata a contrarre con parti che essa ritiene, in forza di elementi obiettivi, inaffidabili*".

Sul punto, come rilevato dal TAR Lazio in una recente sentenza "è assunto consolidato che l'amministrazione, nella spendita del proprio potere tecnico- discrezionale e nella sua autonoma valutazione dei requisiti di ordine generale, ben può formare il proprio convincimento su ogni tipo di prova e/o risultanza, anche tratta aliunde, vigendo in tale campo un immanente principio di atipicità, con l'unico limite costituito dalla certezza e dalla (ritenuta) significatività delle circostanze accertate" (Sez. II, 13/10/2020, n. 10413).

In tale prospettiva occorre - per poter apprezzare in chiave escludente la pregressa condotta oggetto di procedimento penale - che l'amministrazione

“*da adeguato conto: a) di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova; b) di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all’apprrezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente*” (Cons. di Stato, V, 17 settembre 2018, n. 5424; 21 gennaio 2020, n. 474, 475, 477-479 e 481; 9 gennaio 2020, n. 158, maturate sull’art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, ma espressive di principi che permangono validi anche per l’attuale disciplina).

2. Il caso oggetto della pronuncia del TAR Lazio n. 1725/2021

Il TAR Lazio, Sez. I bis, con la sentenza del 11 febbraio 2021, n. 1275 ha risolto una interessante controversia in materia di valutazione di affidabilità morale e professionale di un operatore economico per vicende però riferibili ad un soggetto cessato dalla carica ben prima dell’anno antecedente la pubblicazione del bando di gara in questione.

In particolare, la parte ricorrente nel contestare l’aggiudicazione aveva lamentato, in sostanza, che a carico di soggetto che aveva esercitato poteri gestionali (essendo peraltro anche socio di minoranza) della società aggiudicataria erano stati avviati giudizi penali, per reati automaticamente escludenti ai sensi di cui all’art. 80, comma 1, lett. b), del Codice, e che tale situazione andava dichiarata alla Stazione appaltante in sede di gara, poiché potenzialmente foriera di ricadere nell’ambito della commissione di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l’integrità professionale o affidabilità dell’operatore economico, comportanti l’esclusione ai sensi della lett. c) del comma 5 dell’art. 80 del Codice. Di conseguenza l’individuato aggiudicatario sarebbe stato tenuto a rappresentare tale situazione in sede di gara per consentire alla Stazione appaltante di valutarne la rilevanza ai fini della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica. Tanto più che la composizione familiare della struttura proprietaria della società avrebbe dovuto indurre la società a dichiarare l’indicata situazione, ancorché l’interessato non rivestiva alcuna carica in seno alla società al momento della presentazione dell’offerta. Con la conseguenza che la dichiarazione circa la non sussistenza di fattispecie rilevanti ai sensi dell’art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016 avrebbe dovuto ex se implicare

la fattispecie di omessa o falsa dichiarazione con conseguente esclusione del concorrente dalla procedura di gara.

In prima battuta, sebbene nell’ottica tipica della fase cautelare, il Collegio aveva rilevato che il ricorso non appariva supportato da *fumus boni iuris*, in quanto il soggetto, in ordine al quale era riferito il comportamento tale da integrare il grave errore professionale e in riferimento al quale sarebbe risultata omessa la relativa dichiarazione alla Stazione Appaltante, non occupava più da tempo una posizione rilevante all’interno dell’operatore economico in questione, non rientrando dunque più nel novero di quelli indicati nell’art. 80, comma 3, del Codice e risultando trascorso un triennio dai fatti asseritamente addebitabili come grave errore professionale.

Senonché l’esito della controversia è risultato tutt’altro che scontato.

3. La decisione del TAR Lazio n. 1725/2021

Il Collegio, infatti, nell’affrontare il quesito giuridico sottostante la suddetta controversia che riguarda la sfera soggettiva della rilevanza dei comportamenti penalmente rilevanti potenzialmente valutabili come gravi illeciti professionali, ha preliminarmente ritenuto di precisare che, dopo il rigetto dell’istanza di misure cautelari, sono stati depositati agli atti di causa copia del decreto di rinvio a giudizio, nell’ambito del quale è emerso che le condotte penali vengono attribuite all’attuale socio della aggiudicataria, quale (ex) rappresentante della stessa e i fatti sono riferiti come inerenti sia alla fase di affidamento, che a quella di esecuzione di appalti pubblici.

Il Collegio, nell’accogliere il ricorso, ha svolto alcune considerazioni di carattere generale - che è utile ripercorrere - sugli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici al momento della partecipazione ad una procedura di gara in relazione al compimento di “gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”, di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Più in particolare ha affermato che:

- anche nella versione originaria dell’indicata norma, che elencava delle specifiche fattispecie di possibili comportamenti illeciti, la giurisprudenza

ha precisato il carattere puramente esemplificativo dell'indicata elencazione contenuta e riconosciuto la facoltà della stazione appaltante di desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (Cons. Stato, sec. V, 8/10/2020, n. 5967; V, 14/04/2020, n. 2389; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 9/12/2019, n. 1039);

- tale conclusione è tanto più valida nell'attuale testo che non prevede delle espresse fattispecie esplicative di tale previsione, ma ha aggiunto autonome fattispecie di rilevanza, come ad esempio la lett. c bis) al medesimo comma 5 relativo all' "operatore economico *abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"*;

- la portata generale, non tipizzata ed atipica delle ipotesi qualificabili come gravi illeciti professionali ai fini dell'eventuale esclusione dalla gara è stata confermata dalle Linee Guide ANAC n. 6, secondo le quali "gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito" (§ 2.1), senza tipizzare i gravi illeciti professionali, che devono essere valutati dalla Stazione Appaltante.

Alla luce di ciò è **conseguentemente onere degli operatori economici portare a conoscenza della Stazione Appaltante tutte**

le informazioni rilevanti relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione, così da consentirle un'adeguata e ponderata valutazione sulla sua affidabilità e integrità, a prescindere dalla fondatezza, gravità e pertinenza di detti episodi (Cons. Stato Sez. V, 10/10/2020, n. 6615; V, 7 /01/2020, n. 70; V, 4/02/2019, n. 827; V, 16/11/ 2018, n. 6461; V, 24/09/2018, n. 5500).

Ebbene, secondo il TAR, in tali obblighi comunicativi rientrano, quindi, tutte le possibili cause che possono ragionevolmente rilevare al riguardo, **tra le quali un rinvio a giudizio per reati inerenti alla fase di affidamento ed esecuzione di appalti pubblici da parte di un procuratore generale della società** e che, in ogni caso, ha posto in essere tale condotta in qualità di rappresentante della stessa e con la finalità di avvantaggiare

quest'ultima, come emerge nel caso in esame dagli atti del rinvio a giudizio. Infatti, i comportamenti di ipotesi reato non riguardano vicende personali dell'interessato in questione, essendo invece pacificamente state **poste in essere nell'ambito dell'attività imprenditoriale a vantaggio dell'impresa.**

Secondo il Collegio i suddetti obblighi dichiarativi assumono ancora maggior consistenza anche perché potenzialmente interessanti, oltre alla generica formula di cui alla lett. c) del comma 5 dell'articolo 80 in questione, anche quella più specifica di cui alla lett. c - bis) del medesimo comma che, come già indicato, riguarda il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante.

Il TAR Lazio, nell'accezione prospettica del gravame, ha pertanto espressamente ritenuto irrilevante la circostanza che il soggetto attinto

Negli obblighi comunicativi rientrano tutte le possibili cause che possono ragionevolmente rilevare incluso il rinvio a giudizio per reati inerenti alla fase di affidamento ed esecuzione di appalti pubblici da parte di un procuratore generale dell'operatore economico, il quale abbia posto in essere una tale condotta in qualità di rappresentante della stessa e con la finalità di avvantaggiare quest'ultima. Ciò di cui si discute è l'imputabilità alla società di comportamenti potenzialmente valutabili come gravi illeciti professionali che devono essere portati a conoscenza della Stazione appaltante ai fini dell'opportuna valutazione.



dal rinvio a giudizio - ed in riferimento al quale risulterebbe omessa la relativa dichiarazione alla stazione appaltante - non occupasse più da tempo una posizione rilevante all'interno dell'impresa e avesse cessato ogni carica sociale rilevante nel 2017 (quella di procuratore generale), e che lo stesso non rivestisse, al momento dell'offerta alcuna carica rappresentativa, o di direzione, né detenesse alcuna procura nell'impresa, e possedesse solo una quota sociale di minoranza pari al 19,5%, in una società di capitali con sei soci, ancorché in una compagine societaria a rilevanza familiare.

È stata pertanto negata rilevanza alla circostanza che il medesimo soggetto non rientrasse nel novero di quelli indicati nell'art. 80, comma 3, del Codice in riferimento ai quali le vicende penalistiche possono comportare l'esclusione, anche qualora cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. E ciò per la saliente ragione che quello che è imputato alla società non riguarda direttamente l'omissione degli obblighi di comunicazione riguardanti espressamente gli organi di vertice amministrativi societari della partecipanti alla gara, aventi loro requisiti tra i quali assume rilevanza la cessazione della carica nell'anno antecedente alla gara, bensì **l'imputabilità alla società di comportamenti potenzialmente valutabili come gravi illeciti professionali che devono essere portati a conoscenza della Stazione appaltante ai fini dell'opportuna valutazione.**

Il Collegio pur non smentendo la portata della giurisprudenza che ha affermato come il decreto di rinvio a giudizio per condotte tenute in esecuzione di precedenti contratti di appalto costituisce vicenda professionale suscettibile di essere qualificata come "grave illecito

professionale", in quanto in grado di compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico concorrente, qualora abbia riguardo ad uno dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici - ovvero, per quel che interessa in relazione alla fattispecie in commento "dei

membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica,

ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro" (Cons. Stato, Sez. V, 29/10/2020, n. 6615) - ha tuttavia specificato come nelle Linee guida n. 6 dell'ANAC, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara non **solo quando siano riferiti ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice**, ma anche, ed in primis, "quando siano riferiti direttamente all'operatore economico".

Ed in tale ultima ipotesi che si deve far rientrare l'attività del soggetto che esercita poteri amministrativi e gestionali nella società (nella specie il soggetto nei confronti dei quali è stata esercitata l'azione penale ha rivestito una carica di procuratore generale sino al 2017), che se posta in essere nell'ambito dell'impresa, come nel caso in esame, deve essere riferibile a quest'ultima.

Siffatta riferibilità, a parere del Collegio, sussiste non solo qualora tale attività sia stata posta in essere in forza di formali atti di investitura, ma anche nel

caso l'agente operi come amministratore di fatto a vantaggio dell'impresa. La riferibilità all'impresa

Nelle Linee guida n. 6 dell'ANAC, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara non solo quando siano riferiti ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice, ma anche, ed in primis, "quando siano sono riferiti direttamente all'operatore economico".

La riferibilità all'operatore economico anche di situazioni di amministrazione di fatto evita, difatti, la comoda eludibilità della norma, mediante l'"utilizzo" di soggetti non formalmente investiti di incarichi di vertice.

anche di situazioni di amministrazione di fatto evita, difatti, la comoda eludibilità della norma, mediante l'“utilizzo” di soggetti non formalmente investiti di incarichi di vertice.

Un'altra questione affrontata dal Collegio è quella della necessità di definire gli esatti limiti di operatività di un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, dato che un'ampia interpretazione potrebbe rivelarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici, imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa (Cons. Stato, sez. V, 3/09/2018, n. 5142, Cons. Stato, V, 14 /04/2020, n. 2389; V, 22 /07/2019, n. 5171; cfr. inoltre Cons. Stato, sez. V, 6 /07/2020, n. 4314).

A tal proposito è stata ritenuta, dunque, condivisibile la giurisprudenza che si è orientata per l'individuazione di un limite temporale all'obbligo dichiarativo, ancorato alla postulata irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore alla adozione degli atti indittivi (Cons. Stato, Sez. V, 29/10/2020, n. 6615; Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605).

Tuttavia, in relazione all'esistenza di comportamenti formalmente interessati da un giudizio penale, come quelli in esame, pare applicabile il comma 10 bis dell'art. 80 del codice degli appalti, ai sensi del quale *“nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere*

L'individuazione del limite temporale all'obbligo dichiarativo è ancorata alla irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore alla data di pubblicazione del Bando di gara. Nel caso di fattispecie di reato l'obbligo dichiarativo viene esteso temporalmente al triennio successivo alla definizione del giudizio penale e nelle more compete alla Stazione Appaltante giudicare la valenza della concreta fattispecie ai fini di una eventuale esclusione ai sensi del comma 5, dell'articolo 80 del Codice.



dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”.

In tal senso, quindi, nell'ipotesi di fattispecie di reato l'obbligo dichiarativo viene esteso temporalmente al triennio successivo alla definizione del giudizio penale e nelle more compete alla Stazione Appaltante giudicare la valenza della concreta fattispecie ai fini di una eventuale esclusione.

Con riferimento alle misure di *self cleaning* poste in essere **prima** della indizione della gara – nella fattispecie concernenti la revoca di ogni incarico all'interessato e la successiva mancata attribuzione di alcun

ruolo di rappresentanza o direttivo nella società (salva la titolarità delle quote societarie quale socio di minoranza), l'adozione del modello di gestione ex d.lgs. n. 231/2001 con associata nomina dell'organo di vigilanza – il Collegio, pur convenendo sulla astratta possibilità e rilevanza delle ridette misure di *self cleaning* (come anche previsto dai commi 7 e 8 dell'art. 80 del Codice), ne ha rimesso la valutazione alla Stazione Appaltante, rimarcando l'impossibilità per l'operatore economico di valutare ex ante ed autonomamente le misure di *self cleaning* in rapporto all'effettiva rilevanza dei fatti potenzialmente integranti gravi illeciti professionali al fine di ritenere insussistente l'onere di comunicazione.

Il Collegio ha quindi ritenuto che l'omissione dichiarativa in cui è incorso il concorrente aggiudicatario non avrebbe potuto comportare in sede di gara all'automatica esclusione dell'impresa in questione e che la stessa non è di per sé preclusiva della aggiudicazione alla stessa a seguito della pronuncia in commento.

Secondo la più recente giurisprudenza, infatti, da tali omissioni dichiarative non può derivare nessun automatismo espulsivo, in quanto in tali ipotesi è indispensabile una valutazione in concreto della

Stazione Appaltante (Vedi Cons. Stato, Adunanza plenaria, 28 agosto 2020, n. 16; T.A.R. Sardegna, sez. I, 26 gennaio 2021 n. 42; T.A.R. Toscana, Sez. I, 18 gennaio 2021 n. 62).

La valutazione delle informazioni omesse o fuorvianti va effettuata dalla Stazione Appaltante e non può essere rimessa al Giudice amministrativo; osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»). I consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale non escludono poi in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.

L'Amministrazione, quindi, dovendo riprendere l'iter procedimentale dal momento del compimento dell'atto illegittimo, dovrà valutare in sede di riedizione del potere amministrativo le circostanze emerse e non comunicate, ai fini di verificare la loro concreta valenza ostativa relativamente all'aggiudicazione dell'appalto, dovendosi solo all'esito di tale verifica eventualmente ritenersi caducata l'aggiudicazione con tutto ciò che ne consegue.

4. Osservazioni conclusive

Nell'approccio qui accolto dalla pronuncia in commento l'omissione dichiarativa è correlata alla imputabilità alla società di comportamenti potenzialmente valutabili come gravi illeciti professionali che devono essere portati a conoscenza della Stazione appaltante ai fini dell'opportuna valutazione. In questa prospettiva, è irrilevante che il soggetto nei confronti dei quali è pendente un giudizio penale non possa dirsi cessato ai fini dell'operatività del comma 3 dell'articolo 80 del Codice e degli obblighi comunicativi dallo stesso discendenti.

Ne discende che la pendenza di giudizi penali, le richieste di rinvio a giudizio ed indagini di Procure

della Repubblica tutte concernenti un soggetto che ha esercitato una influenza sulla concorrente aggiudicataria costituiscono circostanze idonee ad incidere sull'affidabilità ed integrità morale e professionale di un operatore economico e la relativa omissione in sede di domanda di partecipazione costituiscono elementi che secondo la giurisprudenza amministrativa più recente assumono un rilievo innegabile nell'ottica delle valutazioni di affidabilità in discussione (da ultimo Cons. di Stato, Sez. V, 01/03/2021 n. 1761).

Del resto la giurisprudenza europea ha al riguardo affermato che: *"Ai sensi della direttiva 2004/18/Ce, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c), d) e g), interpretata anche alla luce nonché i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, deve intendersi che il diritto dell'Unione consente ad una normativa nazionale di prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto, secondo le condizioni dalla stessa indicate, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, anche se detta condanna non è ancora definitiva, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, **anche qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara d'appalto pubblico.**"* (Corte giustizia UE sez. IV, 20/12/2017, n.178).

Sicché nelle gare di appalto l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione sono considerati quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sull'"integrità o affidabilità" dell'operatore economico.

Il Collegio pertanto richiama, pur senza citarle, le conclusioni dell'Adunanza plenaria n. 16/2020, in cui si afferma che l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto *"il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni*

sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", quanto "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" sono considerati dalla lettera c) quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sull'"integrità o affidabilità" dell'operatore economico. È pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte 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 dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 – Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55].

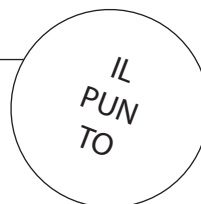
Spetterà all'Amministrazione, quindi, stabilire se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Come dettato dalla Plenaria una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo. I consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale non escludono poi in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.

Nel merito però il fatto che il soggetto rinviato a giudizio sia cessato dalla carica prima dell'anno antecedente alla pubblicazione del bando, senza più assumere carica alcuna all'interno degli organi societari, rileva comunque quale misura di *self - cleaning* da apprezzare anch'essa ad opera della Stazione appaltante in sede di valutazione dell'affidabilità e integrità del concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29/10/2020, n. 6615; sulle misure di *self - cleaning*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 6/04/2020, n. 2260).

Le pregresse risoluzioni contrattuali da dichiarare in sede di gara

di Paola Cartolano



Premesse

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito per brevità, il “**Codice Appalti**”), rubricato “*Motivi di esclusione*”, nell’elencare all’**articolo 80** i requisiti la cui carenza costituisce “*motivo di esclusione*”, annovera anche l’ipotesi della **risoluzione di un precedente rapporto contrattuale** rispetto a una procedura di gara in corso di esperimento, con riferimento alla quale gravano taluni obblighi dichiarativi sull’operatore economico concorrente.

Come si dirà nel prosieguo del presente contributo, la formulazione originaria dell’articolo 80 del Codice Appalti con riferimento a tale ipotesi di

esclusione è stata nel tempo modificata per effetto sia del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 convertito dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12 (di seguito per brevità, il “**Decreto Semplificazioni**”) sia del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55 (di seguito per brevità, il “**Decreto Sblocca Cantieri**”), in forza dei quali risultano modificati i limiti di operatività di detta fattispecie di esclusione.

Si ritiene, dunque, utile operare delle brevi riflessioni in ordine alla corretta delimitazione dell’ampiezza

degli obblighi dichiarativi gravanti sui partecipanti alle procedure d’appalto, comparando l’originaria disciplina dell’articolo 80 con quella risultante in forza delle intervenute novelle legislative, come interpretata dal Giudice Amministrativo.

La formulazione originaria dell’art. 80 del Codice Appalti è stata modificata per effetto sia Decreto Semplificazioni sia del Decreto Sblocca Cantieri

1. L'originaria versione dell'articolo 80

La prima versione dell'articolo 80, comma 5 del Codice Appalti, alla lettera c) prevedeva **un'unica macro-fattispecie** in forza della quale la stazione appaltante poteva escludere un operatore economico nel caso in cui «*la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la **risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio**, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*».

Il legislatore aveva dunque fornito nell'originaria formulazione dell'articolo 80 un elenco, esemplificativo e non tassativo, di vicende riconducibili al grave illecito professionale: tra queste figurava la risoluzione anticipata del contratto d'appalto o della concessione, non contestata ovvero confermata in giudizio.

Con riferimento a detta formulazione, il Giudice Amministrativo non aveva mancato di rilevare come nell'originaria versione della lettera c) del comma 5 dell'articolo 80 risultava meramente esemplificativa l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299).

In applicazione del comma 13¹ dell'articolo 80 del Codice Appalti, l'**ANAC** ha poi pubblicato le

Linee Guida n. 6 (recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice") approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e successivamente aggiornate al D.Lgs. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

Ad avviso dell'ANAC, «*la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:*

- a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio;
- b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina».

Anche in ragione di detta impostazione avanzata in ambito di prassi, le stazioni appaltanti potevano quindi escludere un concorrente in presenza di una risoluzione non contestata in giudizio ovvero confermata con un provvedimento: pertanto in caso di risoluzione in danno attuata da un committente, l'operatore economico poteva proteggersi dall'effetto immediato e diretto sulla propria capacità di partecipare alle gare formulando opposizione alla stessa in giudizio.

In ambito applicativo la portata della norma aveva tuttavia generato fra gli operatori del diritto il **dubbio interpretativo** se una risoluzione contrattuale contestata in un giudizio non ancora definito alla data di presentazione dell'offerta fosse suscettibile o meno di valutazione da parte della stazione appaltante, tale che l'operatore economico fosse tenuto a dichiararla o meno.



1. Il comma 13 dell'articolo 80 – ancora oggi - prevede che «13. Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)».

Sul punto un orientamento del Giudice Amministrativo aveva affermato che qualora la risoluzione contrattuale fosse stata ancora *sub iudice*, alla stazione appaltante non fosse attribuito il potere di escludere il concorrente in quanto «*la pendenza del giudizio, avente ad oggetto la contestazione di una risoluzione contrattuale pronunciata nei confronti di un'impresa, non giustifica l'esclusione dalla gara della medesima impresa, stante l'assenza di una pronuncia definitiva in merito*» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 29 agosto 2018, n. 5094).

Contestualmente, si registrava un altro orientamento - che ha condotto alla modifica della norma da parte del legislatore - secondo cui «*Anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi sub iudice, infatti, alla stazione appaltante non è precluso applicare ugualmente la causa di esclusione in discussione, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque «con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500).

La questione può ormai considerarsi definitivamente risolta in forza della normativa susseguitasi, come suffragata dall'evoluzione giurisprudenziale *medio tempore* registratasi, fra cui si segnala la sentenza della Corte di Giustizia del 19.6.2019 resa nella causa C-41/2018 (a seguito dell'ordinanza di rimessione del TAR Campania - Napoli, Sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5893) ad avviso della quale la pendenza del giudizio non costituisce una preclusione alla valutazione dell'evento risolutivo ai fini dell'eventuale (e discrezionale) esclusione dalla gara. In particolare, la Corte di Giustizia europea ha chiarito che «*l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), 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, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della*

quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce».

La prima versione dell'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice Appalti prevedeva un'unica macro-fattispecie in cui, in via esemplificativa e non tassativa, erano elencate talune vicende riconducibili al grave illecito professionale, tra cui la pregressa risoluzione anticipata, non contestata ovvero confermata in giudizio



Come detto, contestualmente si è registrato l'intervento del nostro legislatore nell'ambito del Decreto Semplificazioni con cui è stata interamente riscritta la lett. c) dell'articolo 80 del Codice Appalti, nel solco delle valutazioni compiute dal Giudice Amministrativo.

È stata così operata la **suddivisione delle fattispecie** ivi disciplinate in **tre ipotesi distinte (lettere c), c-bis) e c-ter)**, l'ultima delle quali concernente l'ipotesi in cui l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un

precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

2. La nuova formulazione dell'articolo 80

Come anticipato, il nuovo testo dell'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice Appalti, nella sostituzione operata con il Decreto Semplificazioni, **non contempla più quale specifica ipotesi di grave illecito professionale** (tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dei concorrenti alle gare d'appalto) **la pregressa risoluzione anticipata** di un precedente contratto determinata da significative carenze nell'esecuzione che abbiano potuto determinare, in alternativa, anche una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni.

In particolare, nella nuova formulazione dell'articolo 80 è stato rimosso dalla lettera c) il capoverso che elencava a titolo esemplificativo e non tassativo i casi nei quali, ad avviso del legislatore, si configurava un grave illecito professionale.

Contestualmente sono state inserite due cause di esclusione ciascuna con carattere autonomo che riproducono quanto contenuto nell'elenco in precedenza riportato alla lett. c), con delle eccezioni e novità rispetto alla precedente formulazione.

Soffermandoci sulla fattispecie di cui alla **nuova lett. c-ter) dell'art. 80 comma 5**, la norma appare strutturata secondo un nesso eziologico tra le carenze nell'esecuzione del precedente contratto «che hanno causato» specifici effetti ovvero «la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili».

Rileva ancora come detta norma – rispetto alla precedente formulazione – dia oggi rilievo non soltanto alle carenze “significative”, ma anche a quelle “persistenti”.

È stato inoltre introdotto l'obbligo a carico della stazione appaltante di motivazione dell'eventuale provvedimento di esclusione, tenendo in specifica considerazione il tempo trascorso dalla violazione. Detta motivazione dovrebbe infatti riguardare la gravità della fattispecie, la connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare nonché il tempo trascorso dalla precedente violazione ai fini della rilevanza.

Il legislatore del Decreto Semplificazioni ha poi eliminato l'inciso «non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio» riferito alla risoluzione anticipata di un precedente contratto: ai fini della partecipazione alla gara rileverebbe, infatti, la mera risoluzione per inadempimento del contratto la quale deve essere dichiarata anche se pende un giudizio di primo grado per accertarne il fondamento.

A riguardo, non essendo più prevista la possibile contestazione in giudizio da parte

dell'operatore quale esimente, sembrerebbe che, ai fini dell'esclusione, rilevi la sola risoluzione per inadempimento del precedente appalto: sembrerebbe sufficiente il mero fatto storico di una precedente risoluzione per inadempimento per comminare l'esclusione, a prescindere dal fatto che l'operatore l'abbia sottoposta al vaglio del giudice per accertarne l'illegittimità.

È stato infatti osservato che «a seguito dell'introduzione della lett. c-ter) nel corpo dell'art. 80, comma 5, cit., sono previste, quale distinta fattispecie di esclusione, le gravi carenze esecutive che abbiano causato la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di appalto, senza richiedere la definitività della stessa, cioè la non contestazione della risoluzione da parte dell'appaltatore, ovvero la sua conferma giudiziale, com'era nel testo originario dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice: il che, tuttavia, non significa che la stazione appaltante sia esonerata dal dover manifestare con un atto formale la propria determinazione di risoluzione del contratto nei confronti dell'appaltatore, al fine di dare conto in via definitiva delle carenze esecutive riscontrate» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21 luglio 2020, n. 4668).

Come ancora evidenziato anche dal Giudice Amministrativo, «l'espunzione dal testo dall'art. 80, co. 5, lett. c) d.lgs. n. 50/2016 di pregressa risoluzione contrattuale o di condanna al risarcimento o ad altre sanzioni, determinate da “significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione”, contemplata dall'originaria versione del codice, fa tabula rasa di ogni questione, che è stata oggetto anche di elegante disputa tra le opposte difese, concernente la pregressa risoluzione, togliendo così rilievo alla necessità che essa, per non poter essere addotta dall'amministrazione debba essere stata impugnata dal concorrente» (cfr. TAR Lazio, Sez. III, 12 giugno 2020, n. 6498).

Nella nuova formulazione dell'art. 80 del Codice Appalti l'originaria macro-fattispecie è stata suddivisa in tre ipotesi distinte (lettere c), c-bis) e c-ter), l'ultima delle quali concernente l'ipotesi della pregressa risoluzione anticipata



Appare, quindi, chiara la volontà del legislatore di superare il dubbio interpretativo circa la rilevanza o meno, quale “esimente”, della pendenza di un

contenzioso circa la risoluzione contrattuale.

Pertanto, ai fini dichiarativi nell'ambito di una procedura di gara, deve ritenersi che **la mancata dichiarazione di una pregressa risoluzione, anche se impugnata dal concorrente, giustificherebbe l'esclusione di un concorrente.**

Fermo restando quanto sopra, con riferimento agli effetti derivanti da una risoluzione per carenze nell'esecuzione del precedente contratto e come tali oggetto di obblighi dichiarativi nell'ambito di una procedura di gara, la giurisprudenza si è interrogata sulla necessità di portare a conoscenza della stazione appaltante una **transazione stipulata a seguito della risoluzione contrattuale** disposta dalla stazione appaltante per grave inadempimento dell'appaltatore. Ciò in quanto, la transazione impedisce l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione stessa, ma determina definitivamente il consolidamento del fatto storico costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'importanza e quindi la gravità dell'inadempimento. Ad avviso della giurisprudenza, tale circostanza «*integra comunque il presupposto di cui all'art. 80, comma 5 lett. C ter, del d.lgs.*

n. 50/2016. Pertanto doveva essere dichiarata compiutamente in sede di partecipazione e valutata dalla commissione di gara la duplice risoluzione del contratto per reiterate inadempienze ascritte alla controinteressata, non potendo il concorrente dichiarante omettere di rendere in modo esauriente la dichiarazione facendo riferimento ad una propria valutazione di non gravità della vicenda (Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628; idem, V, 5.3.2020, n. 1605; TAR Campania, Napoli, IV, 17.6.2019, n. 3342)» (cfr. Tar Toscana, Sez. III, 29 giugno 2020, n. 819).

3. La rilevanza temporale ai fini dichiarativi

Ai fini applicativi della norma di cui all'articolo 80, comma 5 lett. c-ter) del Codice Appalti, la stessa

deve essere interpretata in connessione con il successivo **comma 10-bis** del medesimo articolo 80, introdotto dal Decreto Sblocca Cantieri.

Ai sensi del richiamato comma 10-bis testualmente «... *Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.*»

È dunque indicato in **tre anni** il periodo entro cui una pregressa vicenda professionale negativa può comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara.

Ne deriva che la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio, assumendo rilevanza, ai fini della decorrenza di detto periodo, la data di adozione della determinazione amministrativa di risoluzione

unilaterale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 29 ottobre 2020 n. 6635; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605).

In ambito giurisprudenziale è stato anche rilevato come la **risoluzione contrattuale anteriore al triennio**, benchè non possa assumere rilievo a fini escludenti, non possa neanche formare oggetto di obbligo dichiarativo assistito da sanzione (potenzialmente) espulsiva. In caso contrario si giungerebbe altrimenti al paradosso di poter escludere il concorrente che non abbia comunicato una circostanza di per sè inidonea a determinarne l'esclusione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 dicembre 2020 n. 7730).

A riguardo, infatti, il Consiglio di Stato, considerata la portata dell'art. 80, comma 5, lettera c-bis) del

Nella nuova formulazione dell'art. 80, comma 5 lett. c-ter) del Codice Appalti appare chiara la volontà del legislatore di superare il dubbio interpretativo circa la rilevanza o meno, quale "esimente", della pendenza di un contenzioso circa la risoluzione contrattuale



Codice Appalti², ha rilevato che «le informazioni omesse devono essere quelle «dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 luglio 2020, n. 4314). A riguardo, rileva anche la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16 la quale ha posto in rilievo che l'elemento caratterizzante le dichiarazioni false o fuorvianti di cui all'art. 80, comma 5 lett. c-bis) del Codice Appalti è costituito dalla idoneità a «influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» della stazione appaltante. Ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara.

Convenendo con la giurisprudenza che ha posto in risalto la insussistenza dell'omissione dichiarativa relativa a vicende anteriori al triennio, con conseguente impossibilità di rilevare l'inadempimento a un obbligo che, altrimenti, sarebbe eccessivamente oneroso per l'operatore economico e non apporterebbe significativi elementi di conoscenza alla stazione appaltante, trattandosi di vicende professionali datate o, comunque, ormai insignificanti (Cons. Stato, V, 12 marzo 2020, n. 1774; nello stesso senso, Id., 5 marzo 2020, n. 1605; 24 giugno 2020, n. 4044; IV, n. 4937 del 2020), il Consiglio di Stato ha poi «escluso, in termini generali, che la mancata comunicazione di una risoluzione anteriore al triennio possa assumere rilievo di per sé a fini espulsivi: le omissioni comunicative rilevanti non possono infatti riguardare altro che «informazioni [...] suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero [...] informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura» (art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50 del 2016), e nella specie la risoluzione anteriore al triennio forma già oggetto di una valutazione legale tipica d'irrilevanza a fini escludenti. Di qui l'assenza di spazi per poter

riconoscere un qualche apprezzabile valore, oltreché alla risoluzione anteriore al triennio in sé, anche alla sua mancata comunicazione in fase partecipativa» (cfr. cit. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 dicembre 2020, n. 7730).

Pertanto, in conformità ai più recenti indirizzi giurisprudenziali deve ritenersi che **la mancata dichiarazione di una risoluzione anteriore al triennio giammai possa giustificare l'esclusione di un concorrente.**

La medesima giurisprudenza si è poi interrogata al fine di chiarire quali siano gli estremi temporali rilevanti ai fini della delimitazione del triennio: considerato che quest'ultimo ai sensi del comma 10-bis decorre dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di risoluzione, occorre definire se il momento che assume valore ai fini della verifica dello spirarsi del periodo triennale coincida con la pubblicazione del bando di gara ovvero con il termine per la presentazione delle offerte (od eventualmente, ancora, con la data di effettiva presentazione dell'offerta del singolo concorrente).

Sul punto è stato osservato che «Il riferimento ai precedenti di giurisprudenza che richiamano all'uopo la data di pubblicazione del bando ... non appare dirimente, atteso che l'affermazione si presenta in tali precedenti quale mero obiter dictum non specificamente rilevante ai fini della soluzione del caso.

Per dare risposta al quesito occorre premettere che la dichiarazione circa l'assenza di atti di risoluzione rilevanti a fini escludenti afferisce al possesso di uno dei requisiti generali di gara... Trattandosi di un requisito, non può dunque che farsi riferimento al relativo regime, generale e speciale di gara. Al riguardo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, ricordata l'opinione di chi distingue "tra requisiti (di partecipazione) oggettivi e requisiti (di partecipazione) soggettivi" ritenendo che "per



2. Ai sensi della quale la stazione appaltante può disporre l'esclusione nel caso in cui «c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

i primi (come, ad es., il possesso del fatturato in servizi analoghi) è corretto ritenere che il periodo del possesso decorra a ritroso da una data fissa, valevole per tutti, così da garantire l'assoluta parità di trattamento, per i secondi (e in generale per tutti i requisiti il cui possesso non debba essere dimostrato con riferimento ad un determinato periodo continuativo, come, appunto, la mancanza di cause ostative alla partecipazione alla procedura) è possibile la verifica del loro possesso in momenti diversi per ciascun operatore coincidenti con la data di presentazione della domanda di partecipazione, poiché ciò non crea alcuna disparità di trattamento tra i diversi operatori", ha posto in risalto che in ogni caso, "a prescindere dalla distinzione tra requisiti di carattere oggettivo e soggettivo" [...] ogni [...] requisito di partecipazione alla procedura, deve essere posseduto al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura e, quindi, in ultimo, al momento di scadenza del termine per la presentazione delle domande"

(Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142). ... Alla luce di ciò, deve concludersi che ai fini del possesso del requisito relativo all'assenza di precedenti risoluzioni per inadempimento occorre guardare al momento di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, essendo necessario che a quel tempo non risultino a carico del concorrente atti di risoluzione ricadenti nel precedente arco triennale».

4. Conclusioni

Alla luce delle argomentazioni sin qui rassegnate, dopo l'entrata in vigore del Decreto Semplificazioni si registra un incremento dei confini della discrezionalità dell'Amministrazione con titolarità

a disporre l'esclusione del concorrente in presenza di significative carenze nell'esecuzione di un precedente appalto come individuate in un provvedimento di risoluzione, a prescindere dalla circostanza che la legittimità di detto provvedimento sia *sub judice*.

Detta circostanza determina l'inevitabile effetto di un potenziale danno a carico dei concorrenti in attesa della definizione dei giudizi pendenti circa l'illegittimità di provvedimenti di risoluzione di precedenti appalti. A riguardo, benchè sia stato posto un bilanciamento prevedendo l'onere motivazionale a carico della stazione appaltante, è opportuno evidenziare come l'istruttoria (non sempre agevole) volta all'accertamento della fondatezza dell'esclusione da disporre, viene eseguita sul provvedimento di risoluzione del contratto con riferimento al quale potrebbe essere pendente il relativo giudizio all'esito del quale il giudice potrebbe successivamente dichiararne l'illegittimità. A ciò

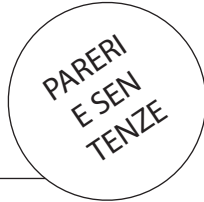
si aggiunga che, considerato che detta motivazione dovrebbe riguardare la gravità della fattispecie, la connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare nonché il tempo trascorso dalla precedente violazione ai fini della rilevanza, l'accertamento di detti elementi non risulta compito facile per l'Amministrazione, che non potrebbe limitarsi a riferire circa l'esistenza di un mero fatto storico (segnalazione di inadempimento).

In sede di dichiarazione della risoluzione intervenuta nel triennio di riferimento, si ritiene comunque opportuno valorizzare la pendenza del giudizio civile con il quale si contesta la risoluzione contrattuale, così da fornire un quadro quanto più dettagliato ai fini del giudizio di affidabilità da parte della stazione appaltante.

Ai sensi del nuovo comma 10-bis dell'art. 80 del Codice Appalti deve ritenersi che la mancata dichiarazione di una risoluzione anteriore al triennio non può giustificare l'esclusione di un concorrente



Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 01/03/2021, n. 1700

Le competenze dei commissari di gara

"... relativamente alla composizione della commissione, l'art. 77, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto".

La giurisprudenza amministrativa ha precisato:

che la predetta disposizione non impone una rigida corrispondenza tra competenza dei membri della commissione e ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto;

– che la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5603)...che la competenza tecnica dei commissari di gara non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo, invece, risultare anche da attività espletate e da incarichi svolti in precedenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8700)."

TAR Catanzaro, 01/03/2021, n. 444

"l'avvalimento è un istituto utilizzabile esclusivamente per accedere alla gara, non anche per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica"

"... la giurisprudenza (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339) ha chiarito che, nell'avvalimento c.d. di garanzia - avente cioè ad oggetto, come nel caso di specie, il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico - proprio ad evitare il rischio che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza, occorre che dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerga con certezza ed in modo circostanziato l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità ... è <<...>> fondato il primo dei motivi aggiunti, con cui si deduce che l'amministrazione ha illegittimamente considerato i servizi analoghi svolti da una delle società ausiliarie non solo per ritenere soddisfatti i requisiti di partecipazione alla procedura, ma anche ai fini dell'attribuzione del punteggio con riferimento all'offerta tecnica;

– 11) ed infatti, l'avvalimento è un istituto utilizzabile esclusivamente per accedere alla gara, non anche per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2020, n. 4785)."

TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 25/2/2021, n. 1271

Il contratto di avvalimento avente ad oggetto il prestito del requisito relativo all'“esperienza pregressa” deve consistere nel mettere a disposizione dell'ausiliata determinate e/o concrete risorse

“... si evince come l'intento del legislatore sia quello di fare un passo ulteriore in termini di concretezza ed effettività del requisito esperienziale oggetto di avvalimento, non essendo sufficiente neppure la rigorosa specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione, richiesta per il normale avvalimento operativo, richiedendo l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i lavori o i servizi.

In tale ottica ha inteso la disposizione anche l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, che non ha ritenuto legittimo il ricorso all'avvalimento di requisiti rappresentati da “esperienze professionali pertinenti” quando il contratto di avvalimento non reca l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per i quali tali capacità sono richieste (Parere di Precontenzioso n. 221 del 01/03/2017; nonché Parere di Precontenzioso n. 1343 del 20/12/2017). È stato ritenuto, infatti, che il contratto debba contenere tale impegno, analogamente alla necessaria specifica indicazione delle risorse messe a disposizione, per dare concretezza all'obbligo dell'ausiliaria di fornire all'ausiliata i mezzi necessari per garantire l'affidabilità ; e che il supplemento di responsabilità, insito nell'istituto dell' avvalimento, deve consistere nel mettere a disposizione dell'ausiliata determinate e/o concrete risorse, che devono essere specificatamente indicate nel contratto di avvalimento, come prescritto, a pena di nullità, dall'art. 89, comma 1, ultimo periodo, D.Lg.vo 50/2016. La posizione viene ribadita nella Delibera Anac N. 419/2018, e nella giurisprudenza più recente (Tar Veneto, Venezia, sez. I, 23 aprile 2018, n. 439, Consiglio di Stato - sentenza n. 2191 del 3 aprile 2019), richiedendosi che il contratto di avvalimento avente ad oggetto il prestito del requisito di “esperienza pregressa” deve prevedere, a pena di nullità, l'assunzione da parte dell'ausiliaria di un concreto ed effettivo ruolo esecutivo.”

Consiglio di Stato, Sez. III, 23/02/2021, n. 1576

“la verifica dei requisiti può essere ultimata anche dopo l'aggiudicazione”

“l'aggiudicazione diventa efficace, ai sensi dell'art. 32, comma 7 del Codice, all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti prescritti. In caso di esito negativo delle verifiche, la stazione appaltante procederà alla revoca dell'aggiudicazione”. Ne viene, secondo il ragionamento illustrato in sentenza, che la verifica dei requisiti può essere ultimata anche dopo l'aggiudicazione. Pertanto, il fatto che l'efficacia dell'aggiudicazione soggiaccia alla condizione sospensiva del positivo esito di dette attività, non costituisce motivo di illegittimità dell'azione amministrativa ... La ricorrente segnala la contraddittorietà di questa soluzione rispetto al dettato dell'art. 23 del disciplinare, nella parte in cui dispone che “la stazione appaltante, previa verifica ed approvazione della proposta di aggiudicazione ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice, aggiudica l'appalto”... Il motivo è infondato...non è affatto corretto sostenere che la stazione appaltante era tenuta ad effettuare tutti i controlli e le verifiche disposte dalla normativa di settore prima di aggiudicare il servizio; ed il passaggio dell'art. 23 richiamato in tal senso dall'appellante è inconferente ai fini che qui rilevano, perché riferito ad un diverso momento procedimentale (l'approvazione della proposta di aggiudicazione).”

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19/2/2021, n. 1492

Sul nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e il documento di cui si invoca la conoscenza

"... il Collegio rileva in termini generali che secondo la disciplina positiva del diritto di accesso, da intendersi come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali (cfr. Cons. Stato, ad. pl., 18 aprile 2006, n. 6), sul piano della logica difensiva viene "comunque" garantito l'accesso, entro gli stringenti limiti in cui la parte interessata all'ostensione dimostri la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza.

In particolare, come di recente statuito dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 20 del 25 settembre 2020, "la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica 'finale', nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa".

Pertanto, se, da un lato, ai fini dell'accesso è sufficiente la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (v. art. 24, comma 7, legge n. 241/1990 e s.m.i.), dall'altro, vi è la necessità di circoscrivere le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che – sole – garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 20/2020).

Inoltre, il legislatore ha ulteriormente richiesto che la situazione legittimante l'accesso sia "collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 20/2020) ..."

Consiglio di Stato, Sez. III, 09/02/2020, n. 1225

Il "soccorso procedimentale", nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica"

"... rinviene nel sistema normativo degli appalti pubblici la possibilità, in relazione all'art. 83, di attivare da parte della stazione appaltante un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (Cons. Stato, sez. V, n. 680/2020).

Nel caso di specie, il "soccorso procedimentale" non avrebbe violato i segnalati limiti di ammissibilità, posto che il chiarimento utile a dirimere il dubbio non avrebbe costituito una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, né vi avrebbe apportato dati correttivi o manipolativi, ma si sarebbe limitato a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della "svista" occorsa nella compilazione dell'offerta economica."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 784 del 7 ottobre 2020
PREC 152/2020/S**

Sul concetto di "servizio analogo"

"Il concetto di "servizio analogo" va inteso non come identità, ma come similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità. La valutazione relativa all'analogia tra due servizi (che deve essere di tipo complessivo) rientra tra le competenze della stazione appaltante ed è sindacabile dall'Autorità solo se e nella misura in cui appaia fondata su un iter logico viziato da irragionevolezza o illogicità, vale a dire se, dalla disamina delle prestazioni oggetto dell'affidamento e dei servizi pregressi svolti da un operatore, risulti evidente la similitudine tra le prestazioni e la loro afferenza al medesimo settore imprenditoriale o professionale."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 791 del 7 ottobre 2020
PREC 190/2020/L**

Nell'ipotesi di subappalto c.d. necessario non è ammesso il soccorso istruttorio in caso di mancanza di dichiarazione delle lavorazioni oggetto di subappalto

"A fronte della totale assenza, in sede di presentazione dell'offerta, della dichiarazione di voler ricorrere al subappalto, non era possibile ricorrere al soccorso istruttorio, in quanto tale istituto è attivabile al fine di integrare dichiarazioni incomplete, ma non al fine di rimediare ai casi in cui una dichiarazione essenziale ai fini della partecipazione manchi del tutto.

Nell'ipotesi di subappalto cd. necessario, il concorrente ha l'onere di dichiarare preventivamente le lavorazioni che intende subappaltare."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 838 del 21 ottobre 2020
PREC 192/2020/F**

La necessità di rendere nota l'insorgenza dell'obbligo di procedere all'esclusione automatica (in caso di almeno cinque offerte ammesse) a fronte del carattere non transfrontaliero dell'appalto

"... Dipendendo l'obbligo di esclusione automatica dall'accertamento del carattere non transfrontaliero dell'appalto, la stazione appaltante è tenuta ad operare tale valutazione in via preventiva e a dare conto dell'esito della stessa nella documentazione di gara; Considerato che il presupposto del carattere non transfrontaliero è stato introdotto dal legislatore nazionale con il d.l. n. 32/2019 per "risolvere la procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia a seguito della lettera di costituzione in mora n. 2018/2273» (Relazione illustrativa per la conversione in legge del decreto-legge 18 aprile 2019 n. 32). Con la richiamata procedura di infrazione, la Commissione europea aveva infatti evidenziato l'incompatibilità dell'art. 97, comma 8, d.lgs.

n. 50/2016 con le disposizioni UE, in quanto si applicava a prescindere dal fatto che l'appalto presentasse o meno un interesse transfrontaliero certo; ... Ritenuto che l'ampiezza della deroga temporanea all'art. 97, comma 8, apportata dall'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020 va interpretata alla luce della necessaria compatibilità della normativa nazionale con quella eurounitaria, per cui essa deve ritenersi circoscritta alla deroga espressa del numero minimo di offerte ammesse (che passa da dieci a cinque), dovendosi per il resto ritenere applicabile la disciplina dettata dall'art. 97, comma 8, ivi compresa la necessità di rendere nota l'insorgenza dell'obbligo di procedere all'esclusione automatica a fronte del carattere non transfrontaliero dell'appalto;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

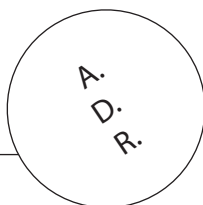
DELIBERA N. 842 del 21 ottobre 2020

PREC 170/2020/S

Definitività dell'accertamento relativo al requisito di regolarità fiscale

"... ai fini della risoluzione della prima questione, occorre richiamare il contenuto dispositivo dell'articolo 80, comma 4 nella formulazione vigente al momento dell'indizione della procedura di gara, secondo cui « un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del d. p. r. n. 602/1973. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione»; ... la ratio del requisito di cd. regolarità fiscale è quella di tutelare la stazione appaltante, consentendo la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica solo agli operatori economici solvibili e solidi sotto il profilo finanziario, cioè che non presentino segnali di inaffidabilità tali da rendere incerta la capacità di corretta esecuzione delle opere o servizi loro affidati. Con riferimento alle violazioni concernenti gli obblighi relativi al pagamento delle imposte o delle tasse, la formulazione vigente e ratione temporis applicabile, dell'articolo 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 precisa che l'esclusione opera solamente in caso di: i) violazioni gravi, cioè di importo superiore alla soglia di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602/1973 (vale a dire superiore ad € 5.000,00 in seguito alla modifica apportata con l'articolo 1, comma 986 della L. n. 205/2017); ii) violazioni "definitivamente accertate",

A Domanda Rispondiamo



1 Quali sono le condizioni che legittimano l'accesso agli atti nella fase esecutiva del contratto?

Gli operatori economici, che hanno preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva con le limitazioni di cui all'art. 53 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a condizione che abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.

L'accesso agli atti della fase esecutiva è infatti consentito dall'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove esso rimette alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", ma anche e più in generale dalla l. n. 241 del 1990, richiamata dal citato art. 53.

La giurisprudenza è univoca nell'ammettere l'accesso documentale, ricorrendone le condizioni previste dagli artt. 22 e ss. dell'art. 241 del 1990, anche agli atti della fase esecutiva laddove funzionale a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara. L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono "essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione"

2 Se il nuovo affidamento rientra in una diversa categoria merceologica è da ritenersi rispettato il principio di rotazione?

Il principio di rotazione trova applicazione ogniqualvolta il nuovo affidamento sottosoglia, abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico dell'affidamento precedente, ovvero la stessa categoria di opere, ovvero ancora lo stesso settore di servizi.

Al riguardo, si evidenzia che il Consiglio di Stato, con il Parere n. 361/2018 sopra citato, ha definitivamente chiarito che per stesso settore merceologico debba intendersi non soltanto l'affidamento - o l'invito - di una commessa identica a quella immediatamente precedente, bensì anche commesse appartenenti a settori merceologici analoghi.

3 L'istanza di partecipazione di una procedura negoziata è soggetta ad imposta di bollo?

Stando al parere n. 7 dell'Agenzia delle Entrate, la domanda di partecipazione richiesta da una procedura negoziata non rientra nell'elenco degli atti soggetti alla tariffa di cui all'art. 3 del D.P.R. n. 642/72. Considerando, altresì, che l'adesione ad una procedura negoziata non necessiterebbe di una formale domanda di partecipazione da parte dell'operatore economico invitato, il quale potrebbe limitarsi a presentare la documentazione amministrativa richiesta, tale documento non deve essere assoggettato ad imposta di bollo.

4

Il conferimento dei singoli incarichi defensionali, in ragione di uno specifico contenzioso costituiscono prestazione d'opera intellettuale o appalti pubblici di servizi?

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 gli incarichi legali sono stati enumerati tra i contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 17, assoggettandoli comunque in ogni caso all'applicazione dei principi generali recati dall'art. 4. Tanto ha indotto la giurisprudenza a interrogarsi sulla necessità di addivenire al conferimento dell'incarico mediante una procedura comparativa ad evidenza pubblica, pur se semplificata, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Tale soluzione sembra condivisa dalle Linee Guida ANAC n. 12/2018, le quali, in sede di soft regulation, hanno confermato la sostanziale soggezione del conferimento degli incarichi defensionali ai principi codicistici.

Il quadro interpretativo è stato però complicato dalla presa di posizione sul punto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale sembra valorizzare gli elementi di fiduciarità del rapporto con il difensore; peculiarità, che, giustifica la sostanziale estraneità delle procedure di conferimento degli incarichi ai meccanismi di evidenza pubblica. (Corte di giustizia UE, 06.06.2019 n. C-264/18).

Sulla stessa linea d'onda della Corte di Giustizia si colloca una recente sentenza del Tar Campania (n. 1271 del 11 luglio 2019) dalla quale si evince che "... diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contatto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica".

5

Nei servizi tecnici e di ingegneria i corrispettivi indicati nelle tabelle ministeriali sono assoluti o può la Stazione Appaltante derogarvi?

L'articolo 24, comma 8, del Codice dei contratti pubblici prevede che le Stazioni Appaltanti nelle gare per l'affidamento dei servizi tecnici e di ingegneria, utilizzino i corrispettivi indicati nelle tabelle ministeriali quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento. Tali corrispettivi però non sono assoluti.

Ne consegue che le stazioni appaltanti possono derogare all'obbligo di determinare il corrispettivo a base di gara mediante applicazione delle tabelle di cui al decreto del Ministro della giustizia del 17 giugno 2016 ma solo in presenza di una motivazione adeguata e correlata ai fatti a giustificazione dello scostamento rispetto all'importo determinato sulla base delle tabelle medesime, che rappresenta in ogni caso il parametro di riferimento per la stazione appaltante. Il procedimento adottato per il calcolo dell'importo posto a base di gara, inteso come elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi, deve essere sempre riportato nella documentazione di gara, indipendentemente dall'applicazione della deroga (**Comunicato del Presidente ANAC del 3 gennaio 2021**).

6

Le procedure di cui al D.L. Semplificazioni sono da considerarsi obbligatorie o facoltative rispetto agli affidamenti di cui all'art. 36 c. 2 del d.lgs. 50/2016?

Ai sensi del parere del MIT n. 735 del 24/09/2020 "non si tratta di una disciplina facoltativa", ma di procedure che sostituiscono a tutti gli effetti fino al 31/12/2021 quelle previste dall'art. 36 del codice. Il ricorso alle procedure ordinarie non risulta precluso, purchè non utilizzato ai fini dilatori, ma dovrà essere opportunamente motivato.

7 Quando è possibile utilizzare l'inversione procedimentale? Comporta maggiori oneri per l'amministrazione aggiudicatrice?

L'inversione procedimentale ex art. 56, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24 dell'UE, rappresenta una modalità di svolgimento della procedura di gara, in cui saranno aperte prima le offerte economiche, e successivamente saranno valutati i requisiti di partecipazione. Il D.lgs. 50/2016 ha recepito tale norma all'art. 133 per i settori speciali, e, con la L. 120/2020, l'utilizzo dell'inversione procedimentale è stato consentito, anche nelle procedure aperte sia sopra che sottosoglia, nei settori ordinari, fino al 31.12.2021. La volontà di usare questa metodologia deve essere dichiarata nella documentazione di gara. La successiva valutazione dei criteri di selezione dovrà essere svolta nel rispetto dei principi cardini, come stabilito dall'art. 133: "Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso ...o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice".

8 Come deve essere valutata un'offerta pari a zero?

La Corte di Giustizia Europea ha stabilito che tale fatto non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta. In tali circostanze, poiché un'offerta al prezzo di EUR 0 può essere qualificata come offerta anormalmente bassa, ai sensi dell'articolo 69 della direttiva 2014/24, qualora un'amministrazione aggiudicatrice si trovi di fronte ad un'offerta del genere, essa deve seguire la procedura prevista in detta disposizione, chiedendo all'offerente spiegazioni in merito all'importo dell'offerta. Infatti, dalla logica sottesa all'articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un'offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0.

9 In una gara all'offerta economicamente più vantaggiosa, la mancata verbalizzazione dei punteggi dei singoli commissari di gara determina l'illegittimità dell'intera procedura?

Salvo che in assenza di una espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare il principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale.

“Verbale di gara e ostensibilità”

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Muovendo dalla considerazione per la quale, tutte le scelte connesse alla valutazione operata dalla stazione appaltante in gara, devono consentire la ricostruzione logica del percorso che ha condotto alla scelta stessa; diventa ovvio chiedersi se e in che misura consentire la visibilità di tutti i documenti collegati ai verbali di gara, tra cui quelli su cui sono annotati i voti e i giudizi di valore dei singoli commissari.

Indicazioni grosso modo univoche nel corso degli anni, hanno tracciato un sentiero operativo piuttosto definito.

Il Consiglio di Stato, sez. III, 13.10.2017 n. 4772 con la pronuncia richiamata ricorda che: *“Allorquando sia la legge di gara ad imporre una puntuale esibizione dei punteggi per ogni singolo componente, dal verbale di gara deve risultare che l’assegnazione dei punteggi sia avvenuta seguendo le regole dettate dalla lex specialis e, in particolare, che ciascun Commissario abbia formulato un proprio voto sui singoli elementi delle offerte e che successivamente sia stata calcolata la media finale (T.A.R. Brescia, sez. II, 29.12.2016, n. 1790).*

Diversamente, in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei Commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna – sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (Cons. Stato, sez. V, 8.9.2015, n. 4209 e sez. IV, 16.2.2012, n. 810).”

Conferma la posizione il Consiglio di Stato, sez. V, 21.05.2018 n. 3033, il quale rammenta che: *“Allorquando nè lex specialis, né i criteri di massima per l’attribuzione dei punteggi stabiliscono che debbano essere esternati e verbalizzati i giudizi emessi da ciascun singolo Commissario, trova correttamente applicazione la massima giurisprudenziale secondo cui nelle “gare pubbliche non sussiste l’obbligo della specifica indicazione*

dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, trattandosi di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale” (Cons. Stato, Sez. V, 14/2/2018, n. 952; Sez. III, 8/9/2015, n. 4209; Sez. IV, 16/2/2012, n. 810).”

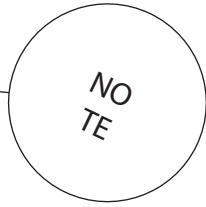
A seguire il Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 10 ottobre 2019, n. 2340 il quale ribadisce che: “... E, tuttavia, si premette, sul punto, che un’attività di valutazione effettuata da parte di un organo collegiale dà luogo a un inevitabile scambio di informazioni e riflessioni, per cui il naturale dialogo tra Commissari comporta che ognuno di loro conosca le opinioni degli altri e subisca una certa “influenza”.

E, dall’altro, la disposizione della lex specialis richiamata da parte ricorrente e sopra riportata nei suoi elementi essenziali ai fini che interessano, non fa specifica menzione, in alcuna parte, dell’obbligo di verbalizzazione dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari, richiedendosi esclusivamente che i detti coefficienti vengano valutati dalla Commissione per l’attribuzione del coefficiente discrezionale finale.

In analoga fattispecie quanto alla formulazione della lex specialis, è stato statuito che “In assenza di una espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale” (Consiglio di Stato, sez. III, 13.10.2017 n. 4772) (principio ribadito, da ultimo, con la successiva sentenza del C.d.S. n. 3033/2018); conclusioni cui, nella loro piena condivisione, si ritiene di dovere addivenire anche nella vicenda in esame. E la circostanza che, nella vicenda in esame, a differenza di quanto avvenuto nella fattispecie oggetto del precedente di cui sopra, nel verbale di interesse

non risulti specificatamente che si sia proceduto conformemente alla lex specialis di gara non assume alcuna valenza dirimente ai fini dedotti in ricorso, proprio in quanto, nella lex specialis interessante la gara sottoposta a giudizio, non era espressamente prevista la specifica verbalizzazione sul punto. Né può inferirsi, dalla sola circostanza che il punteggio finale attribuito da parte della nuova commissione sia pari a zero, che sia del tutto mancata la fase della valutazione singola da parte di ciascun commissario, anche proprio in considerazione del peculiare punteggio attribuito.”

Più di recente, Consiglio di Stato, sez. III, 09.12.2020 n. 7787, ricorda che: “Sul punto è sufficiente opporre i più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa, che ha oramai da tempo affermato il principio secondo cui “in assenza di una espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale” (Consiglio di Stato sez. V, 14/02/2018, n.952, Cons. St., Sez. III, 13 ottobre 2017 n. 4772; Cons. St., Sez. V, 8 settembre 2015, n. 4209 e Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810). Non vi è ragione, per quanto asserito da parte appellante e per quanto risulta agli atti, per ritenere che questo principio non debba trovare applicazione anche nel caso che ci occupa. La disposizione, infatti, non fa menzione dell’obbligo di verbalizzazione dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari, ma si richiede soltanto che le valutazioni dei singoli commissari vengano trasformati in media e dunque nell’attribuzione finale del coefficiente discrezionale. Nessun pregio hanno, dunque, le allegazioni di parte appellante circa il presunto metodo collegiale adottato di fatto dalla commissione posto che le stesse appaiono come indicazioni di massima al fine di una coerente e razionale attribuzione dei punteggi.”



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines spaced evenly down the page.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

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

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)
Tel. 0883.527171 - Mail: 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

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

marzo
2021

sommario

**Revisione del prezzo dei contratti per aumento costi
determinato dall'emergenza sanitaria
(Corte dei Conti Emilia Romagna deliberazione n. 20/2021)**

- Premessa
1. Il quesito
 2. Istruttoria
 3. L'intervento dell'ANAC
-

3

**È possibile riconoscere gli incentivi senza la previa
programmazione?
(Corte dei Conti, sezione regionale Emilia Romagna
deliberazione n. 11/2021)**

- Premessa
1. Un primo orientamento restrittivo
 2. Le riflessioni della sezione
 3. Le condizioni di erogabilità dell'incentivo
-

6

**Appalti complessi con nomina del DEC: è sempre
possibile riconoscere l'incentivo?
(Corte dei Conti, sezione regionale Emilia Romagna
deliberazione n. 11/2021)**

- Premessa
1. Il riscontro
 2. Conclusione
-

8

**Le manutenzioni sono servizi o lavori? (sempre ai fini
dell'incentivo)
(Corte dei Conti, sezione regionale Emilia Romagna
deliberazione n. 11/2021)**

Parere

10

**Il dies a quo per l'applicazione dei limiti di spesa (del
trattamento accessorio)
(Corte dei Conti, sezione regionale Emilia Romagna
deliberazione n. 11/2021)**

Parere

11

Revisione del prezzo dei contratti per aumento costi determinato dall'emergenza sanitaria

Premessa

Alla sezione regionale dell'Emilia Romagna viene posta la questione del compenso ai gestori del servizio di trasporto scolastico, e quindi una revisione/adeguamento dei prezzi del contratto a causa dell'aumento di costi sostenuti per far fronte alle varie disposizioni sull'emergenza sanitaria (provocata da Covid-19).

1. Il quesito

Più nel dettaglio, il Sindaco alla sezione regionale la richiesta di parere *"in merito alla legittimità di **riconoscere i costi aggiuntivi** richiesti da un consorzio che fornisce al Comune il servizio di trasporto scolastico in appalto, in ragione dei maggiori costi che il fornitore sostiene a sua volta, da settembre 2020, per l'adeguamento alle normative di prevenzione della diffusione della sindrome da Covid-19. Tale consorzio, nell'ambito del contratto di appalto del servizio di trasporto scolastico stipulato nel 2017, richiede che venga riconosciuto, a favore del fornitore stesso, un costo ulteriore aggiuntivo al giorno, a tratta e per ciascun automezzo utilizzato, rispetto al costo chilometrico definito dal contratto. Tale costo aggiuntivo giornaliero a tratta e a mezzo, viene richiesto a titolo di copertura dei costi di igienizzazione quotidiana dei mezzi utilizzati per lo svolgimento del servizio".* L'ente quindi chiede alla sezione della possibilità di applicare le norme sulla revisione del (prezzo) di contratto.

2. L'istruttoria

La sezione rammenta che tra le misure di ristoro del trasporto scolastico che il Governo ha emanato dall'inizio dell'emergenza sanitaria, il comma 2-bis dell'art. 229, introdotto dalla legge del 17 luglio 2020, n. 77, di conversione, con modificazioni, del d.l. 19.05.2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), al fine di far fronte alle esigenze straordinarie e urgenti derivanti dalla diffusione del COVID-19 e alla conseguente riduzione dell'erogazione dei servizi di trasporto scolastico oggetto di contratti stipulati con gli enti locali, **ha istituito nello stato di previsione del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti** "un fondo con una dotazione di 20 milioni di euro per l'anno 2020. Le risorse del fondo sono destinate ai comuni interessati per ristorare le imprese esercenti i servizi di trasporto scolastico delle perdite di fatturato subite a causa dell'emergenza sanitaria".

Questo fondo trova la sua *ratio*, si legge nella delibera, nella compensazione, a favore delle imprese di trasporto scolastico, **della soppressione del divieto di decurtazione dei corrispettivi delle minori corse effettuate a decorrere dal 23 febbraio 2020.**

Altra misura di sostegno del trasporto scolastico, durante il periodo dell'emergenza, è contenuta nell'art. 39 comma 1-bis, introdotto dalla legge n. 126 del 13 ottobre 2020, di conversione del d.l. n. 104/2020 (cd. Decreto Agosto), secondo il quale "Al fine di consentire l'erogazione dei servizi di trasporto scolastico in conformità alle misure di contenimento della diffusione del COVID-19 [...] le risorse di cui al comma 1 [ndr del fondo istituito per l'esercizio delle funzioni fondamentali degli enti locali] possono essere utilizzate dai comuni, nel limite complessivo di 150 milioni di euro, per il finanziamento di servizi di trasporto scolastico aggiuntivi. A tal fine, ciascun comune può destinare nel 2020 per il trasporto scolastico risorse aggiuntive nel limite del 30 per cento della spesa sostenuta per le medesime finalità nel 2019". La possibilità di destinare risorse aggiuntive per il trasporto scolastico, nell'indicato limite percentuale, costituisce una ulteriore fonte di riequilibrio delle perdite subite dalle imprese del settore.

L'attuazione delle predette disposizioni e il riparto fra i Comuni delle risorse incrementali ivi contenute sono stati disposti rispettivamente con D.M. emanato il 4 dicembre 2020 dal Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'istruzione, con D.M. del Ministro dell'interno del 20 novembre 2020 e, infine, con D.M. emanato il 14 dicembre 2020 dal Ministro dell'interno di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Venendo quindi alla questione prospettata, il Collegio rileva che "la normativa emergenziale **non si è occupata della sorte dei contratti di trasporto in essere fra gli enti e gli operatori economici affidatari dei servizi di trasporto scolastico** costretti ad affrontare costi aggiuntivi legati al rispetto delle misure di sanificazione e igienizzazione dei mezzi di trasporto e dei passeggeri. Preso atto di quanto si sintetizza l'attuale normativa in materia di modifica delle condizioni contrattuali. Il Collegio sottolinea che la norma di riferimento è rinvenibile nell'art. 106 Codice dei contratti pubblici. In particolare, nel caso di specie, la fattispecie che assume rilievo è allocata nel comma 1 lett. c) secondo cui per cui i contratti di appalto possono **essere modificati "ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:**

- a) la necessità di modifica è determinata **da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore**. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche **la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari** o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- b) la modifica non deve alterare la natura generale del contratto.

3. L'intervento dell'ANAC

Il Collegio rammenta che la questione è stata affrontata anche dall'ANAC che ha ammesso la variazione del "prezzo" del contratto utilizzando proprio l'articolo 106 (ed esprimendosi in termini di variante al contratto).

Più nel dettaglio la sezione rammenta che sull'applicabilità della norma ai contratti di erogazione di servizi – in particolare di servizi di noleggio, sanificazione e sterilizzazione dei dispositivi tessili e medici utilizzati in strutture ospedaliere nonché servizi di ristorazione – soggetti a un grave squilibrio economico a causa dell'emergenza sanitaria, si **è pronunciata l'Anac in due occasioni** (delibera n. 540 del 1 luglio 2020 e del. n. 1022 del 25 novembre 2020 entrambe pubblicate sul sito internet dell'Anac): l'Autorità, richiamato il d.P.C.M. del 17 maggio 2020 e in particolare l'allegato 12 relativo al "Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" del 24 aprile 2020 - che gli operatori economici sono tenuti ad adottare ai fini della prevenzione e del contenimento del contagio da COVID-19 -, ha affermato che *"l'obbligo di applicare le misure di cui al richiamato Protocollo del 24 aprile 2020 nonché la richiesta di prestazioni ulteriori per far fronte alla particolare situazione di emergenza che sta interessando l'intero Paese costituisce presupposto idoneo a giustificare il ricorso a una variante in corso d'opera per circostanze impreviste e imprevedibili ai sensi dell'art. 106 comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici. Ai fini della corretta definizione dell'oggetto della variante, è necessaria un'accurata verifica dell'impatto delle misure di prevenzione e contenimento del contagio da COVID-19 sullo svolgimento della prestazione oggetto di affidamento, in particolare in termini di oneri aziendali per la sicurezza, nonché delle modifiche in termini di quantità e di modalità di erogazione dei servizi richieste dalla stazione appaltante ai fini del rispetto delle predette misure di prevenzione e contenimento. La modifica delle modalità organizzative per la prestazione del servizio non costituisce, nel caso di specie, alterazione della natura generale del contratto"*.

In sostanza, quindi, è ipotizzabile una revisione del compenso ma il RUP deve ben verificare che impatto hanno determinato le misure adottate soprattutto sotto il profilo dei costi e la revisione non altera la natura generale del contratto.

È possibile riconoscere gli incentivi senza la previa programmazione?

Premessa

Alla sezione emiliana vengono anche posti una serie di quesiti in tema di incentivi per funzioni tecniche (ex art. 113 del Codice dei Contratti). Il primo di questi è diretto a capire se sia (o meno) corretto riconoscere gli incentivi per appalti di lavori, servizi e forniture **non inclusi nei rispettivi programmi**, escludendo la spettanza della quota di incentivi relativa alla fase di programmazione della spesa, limitando, pertanto, la riconoscibilità delle quote di incentivo relative alle altre fasi (es: direzione lavori, collaudo, etc.).

1. Un primo orientamento restrittivo

La sezione ricorda che sulla possibilità di procedere alla remunerazione degli incentivi per funzioni tecniche in relazione ad appalti di lavori non inseriti nel programma triennale dei lavori, la giurisprudenza consultiva della Corte ha espresso degli orientamenti restrittivi (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 310/2019/PAR del 18 luglio 2019) basato sulla considerazione della centralità della fase della programmazione, che consente la identificazione e quantificazione dei bisogni e delle priorità dell'Ente e la verifica della sostenibilità finanziaria dell'appalto. A sostegno di tale orientamento sono stati richiamati, anche, due precedenti pareri, l'uno reso su analogo quesito, ma in vigenza della previgente disciplina contenuta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 3/2015/PAR del 12 febbraio 2015), l'altro reso invece sulla differente fattispecie relativa alla mancanza, in caso di appalti di servizi e forniture, del progetto e del quadro economico (Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 25/2019/PAR del 19 marzo 2019).

Ciò però non appare sufficiente a valorizzare una risposta negativa, in realtà – secondo la recente deliberazione – la risoluzione del quesito relativo alla incentivabilità delle funzioni tecniche afferenti alle differenti fasi di realizzazione dell'appalto **non sembra pertanto dipendere dall'inserimento nel programma biennale**.

2. Le riflessioni della sezione

Secondo questa sezione l'erogazione/riconoscimento degli incentivi risulta condizionata/o da altri dati normativi (richiamati nell'articolo 113 del Codice) ma non anche dalla programmazione.

Infatti, in delibera si legge come la possibilità di riconoscere gli incentivi per appalti di lavori, servizi e forniture non inclusi nei rispettivi programmi, escludendo la liquidazione della quota di incentivi relativa alla fase di programmazione della spesa, è condizionata dal fatto che ricorrano tutte le altre condizioni generali e, secondo un principio più volte affermato dalla giurisprudenza consultiva, tali attività siano caratterizzate in concreto da quella particolare complessità che le deve caratterizzare, la quale ultima rappresenta il presupposto che consente di derogare, in via eccezionale, al principio di onnicomprensività della retribuzione già in godimento (ex multis: Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 87/2020/PAR del 12 ottobre 2020); ciò coerentemente con la ratio della norma, **che è quella di accrescere l'efficienza della spesa attraverso il risparmio che deriva dal ricorso a professionalità interne per lo svolgimento di attività funzionali alla realizzazione di appalti in circostanze che altrimenti richiederebbero il ricorso a professionisti esterni, con possibili aggravii di costi per il bilancio dell'ente interessato** (Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 51/2011/CONTR del 4 ottobre 2011).

3. Le condizioni di erogabilità dell'incentivo

Ciò detto la sezione rammenta quelle che sono le condizioni legittimanti che, in base all'art. 113 del Codice, devono sussistere ai fini dell'incentivabilità di ogni singola funzione tecnica, le quali sono così enucleabili:

1. che l'Amministrazione sia dotata di apposito regolamento interno, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo e sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati;
2. che le risorse finanziarie del fondo - desumibile da previsione di bilancio - costituito ai sensi dell'art. 113, comma 2, del Codice siano ripartite, per ciascuna opera, lavoro, servizio e fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale;
3. che il relativo impegno di spesa sia assunto a valere sulle risorse stanziare nel quadro economico dell'appalto, attraverso la costituzione di un apposito fondo vincolato non superiore al 2% dell'importo dei lavori posti a base di gara
4. che l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo;
5. che, negli appalti di servizi e forniture, sia stato nominato il direttore dell'esecuzione.

Appalti complessi con nomina del DEC: è sempre possibile riconoscere l'incentivo?

Premessa

Sempre la stessa sezione, con la deliberazione già citata n. 11/2021 affronta l'ulteriore questione relativa ai rapporti tra appalto di servizi e necessità della nomina del direttore dell'esecuzione al fine di poter accedere all'incentivo.

La questione posta è che il DEC (direttore l'esecuzione) esigerebbe un appalto di servizi di importo almeno pari a 500mila euro da qui il quesito "se per forniture o servizi si possano riconoscere incentivi qualora si tratti di appalti di importo superiore a 500.000 euro e di particolare complessità, se per i medesimi si possano riconoscere incentivi qualora si tratti di appalti di importo inferiore a 500.000 euro e di particolare complessità, ed infine se nella fattispecie la particolare complessità possa essere attestata dal R.U.P. per gli appalti delle pulizie delle sedi comunali".

1. Il riscontro

Il Collegio rammenta che la giurisprudenza consultiva contabile ha già avuto modo di chiarire che l'applicabilità degli incentivi, nell'ambito dei contratti di affidamento di servizi e forniture, è contemplata soltanto nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione, inteso quale soggetto autonomo e diverso dal R.U.P. (Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 301/2019/PAR, del 11 ottobre 2019).

Questa distinta nomina è richiesta, in base al punto 10 delle Linee guida n. 3 dell'Anac, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», soltanto negli appalti di forniture o servizi di importo superiore ad € 500.000,00 ovvero di particolare complessità.

Il Collegio ritiene che le riportate ipotesi debbano essere oggetto di considerazione "alternativa", e che pertanto la particolare complessità richiesta per la nomina del direttore dell'esecuzione potrebbe caratterizzare anche appalti di importo inferiore ad € 500.000. Tale parametro numerico può rappresentare tuttavia un criterio di orientamento, in quanto solo in circostanze davvero eccezionali le funzioni tecniche associate ad un appalto di forniture e di servizi di importo più esiguo potranno **dirsi caratterizzate da quella particolare complessità che, come già ricordato in risposta al primo quesito, rappresenta il presupposto che consente di derogare, in via eccezionale, al principio di onnicomprensività della retribuzione**; ciò coerentemente con la ratio della norma, data dall'esigenza di accrescere l'efficienza della spesa attraverso il risparmio che deriva dal ricorso a professionalità interne per lo svolgimento di attività funzionali alla realizzazione di appalti in circostanze che altrimenti richiederebbero il ricorso a professionisti esterni, con possibili aggravii di costi per il bilancio dell'ente interessato.

2. Conclusione

Il RUP quindi, per concludere, è chiamato ad una attenta valutazione nel caso in cui, trattandosi di appalto di servizio (o anche di fornitura) di importo inferiore ai 500mila euro, nel ravvisare quella complessità di funzioni tali da giustificare la nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal responsabile unico del procedimento e quindi consentendo di accedere all'incentivo ex art. 113 del Codice.

Le parole della deliberazione infatti evidenziano anche la necessità di un controllo dell'amministrazione (e riteniamo anche del Segretario) sottolineano in particolare che **"l'Amministrazione dovrà pertanto attentamente valutare l'occorrenza, in concreto, di attività effettivamente incentivabili, tenuta a mente la richiamata ratio che, in ultima analisi, per quanto ormai più volte ribadito, appare ispirata ad un principio di contenimento della spesa e non di aggravio della tassa, potendosi, nell'evenienza di scelte operate in difformità a tale criterio orientativo, incorrere nelle forme di responsabilità previste dall'ordinamento"**.

In caso di nomina del DEC l'incentivo, evidentemente, compete anche al RUP.

Le manutenzioni sono servizi o lavori? **(sempre ai fini dell'incentivo)**

Parere

Sempre la deliberazione n. 11/2021 della sezione Emilia Romagna affronta la questione della corretta configurazione giuridica per gli appalti di manutenzione (es: di immobili, del verde, di strade) ovvero se rientrano, o meno, tra gli appalti di lavori o tra gli appalti di servizi.

Pur annotando l'estraneità del quesito all'ambito di intervento della sezione, il Collegio fornisce un riscontro rammentando che "la Sezione delle Autonomie, con deliberazione n. 2/2019/QMIG del 9 gennaio 2019, ha escluso che in relazione ai lavori di manutenzione si ponga un problema di numerus clausus delle "funzioni tecniche", oggetto di incentivo secondo il principio di tassatività affermato e ribadito dalla Corte, statuendo il seguente principio di diritto: "gli incentivi per funzioni tecniche previsti dall'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) possono essere riconosciuti, **nei limiti previsti dalla norma, anche in relazione agli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria di particolare complessità**". Inoltre l'ANAC, con parere di precontenzioso n. 576 del 13 giugno 2018, in merito alla manutenzione del verde aveva chiarito che "La semplice manutenzione del verde pubblico, se limitata ad attività di cura e regolazione di quanto già esistente, **rientra nell'ambito dei servizi e non in quello dei lavori**" e che "di conseguenza, tutte le volte in cui l'attività **non comporti una modificazione della realtà fisica con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (cd. "quid novi")**, la manutenzione del verde pubblico **rientra nell'ambito dei servizi e non in quello dei lavori**: così, ad esempio, la mondata, rasatura, irrigazione, concimazione, posatura, pulizia, trattamenti vari, sfalcio, decespugliamento delle scarpate, ecc., non configurano "lavori" ma servizi".

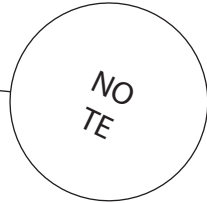
Il dies a quo per l'applicazione dei limiti di spesa (del trattamento accessorio)

Parere

Sempre la delibera più volte citata interviene anche a fornire il chiarimento, al fine di garantire l'applicazione delle disposizioni sui limiti di spesa del trattamento accessorio, se sia (o meno) corretto individuare nella data di pubblicazione del bando il momento in cui incardinare la disciplina degli incentivi e conseguentemente ammettere gli incentivi nei limiti rientranti in detto tetto ed escludere in via definitiva gli eventuali altri appalti.

In delibera si legge che in relazione a tale quesito la Sezione ha già di recente chiarito, con deliberazione n. 120/2020/PAR del 12 dicembre 2020, che la determinazione delle attività incentivabili, in ragione della normativa applicabile *rationae temporis*, è questione differente da quella che riguarda il profilo dell'inclusione di tali compensi nel calcolo relativo al rispetto dei limiti di spesa di personale.

All'ipotesi di pubblicazione del bando di gara avvenuta antecedentemente all'entrata in vigore del Codice vigente deve applicarsi, anche per quanto riguarda l'incentivabilità delle funzioni tecniche, la disciplina previgente, di cui al già citato d.lgs. n. 163/2006. Per quanto invece riguarda la inclusione di detti incentivi nei limiti di spesa relativi al trattamento accessorio, gli incentivi maturati nel periodo temporale che decorre dalla data di entrata in vigore del Codice fino al giorno anteriore all'entrata in vigore del comma 5-bis dell'art. 113 (1° gennaio 2018) sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all'articolo 1, comma 236, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, successivamente modificato dall'articolo 23 del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 lines.