

Rivista mensile - Anno XI, Numero 3

maggio
2021

MEDIA APPALTI

**La tempestività nella
conclusione delle
procedure quale nuovo
principio guida dettato
dal DL Semplificazioni**

**Sul principio di rotazione
nelle procedure
sottosoglia**

**Al vaglio della
Consulta la questione
dell'applicabilità
retroattiva della
ex mitior sulla escussione
della garanzia provvisoria
prevista dal nuovo
Codice Appalti**



**“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

Medi
Graphic





approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**maggio
2021**

Il talento

C'era una volta un talentuoso ragazzo. Era capace di prestazioni straordinarie. Quando correva nessuno gli riusciva a stare dietro. Ma c'era una volta anche una famiglia timorosa. Pensava che lo sport avrebbe distratto il ragazzo dagli studi. Era ossessionata dalla paura che si sarebbe potuto far male e rimanere invalido per sempre. Il talento cresceva. Ogni giorno migliorava. Era pronto per il campionato nazionale. Gli allenatori lo avevano convocato. I genitori non ne autorizzarono la partecipazione. Il talento, soffocato, si trasformò in malumore. Da fonte di gioia abdicò e divenne seme di una profonda depressione. Il talento è energia, se non viene convogliata nella direzione giusta può incanalarsi in strade perverse. Un talento è un dono di Dio. Non metterlo a frutto è blasfemia.

La storia delle Pubbliche Amministrazioni italiane è colma di pagine che raccontano di talenti di cui non si è stati in grado di approfittare. Quante risorse sono andate perse perché non si è stati capaci di progettare opere e servizi pubblici che avrebbero potuto trovare in esse il proprio finanziamento? Un assillo che non deve mancare di tormentare Mario Draghi. "Le risorse saranno sempre poche se non le si usa", ha affermato il Premier rispondendo ai commenti sollevati nei confronti del Recovery. Di risorse da investire, oggi, ce ne sono 248 miliardi di euro. Una cifra che ci mette davanti ad un'occasione irripetibile e ci pone di fronte a responsabilità senza precedenti. Queste risorse vanno utilizzate tutte. Fino all'ultimo centesimo. E' l'unica occasione che ha il paese per recuperare i ritardi accumulati in termini economici, infrastrutturali, sociali.

E' lo stesso Premier a richiamare il Parlamento ad una forte responsabilizzazione, chiedendo, forse implorando, di abbandonare le cattive abitudini che hanno frenato la crescita: "Sono certo che l'onestà, l'intelligenza, il gusto del futuro prevarranno sulla corruzione, la stupidità, gli interessi costituiti".

Corruzione, stupidità, interessi costituiti. Rimbombano nella testa in un effetto delay senza fine. Non ci si dà pace se ci si sofferma per un attimo a pensare veramente cosa significhi la combinazione di queste tre piaghe. Si tratta di tre mali che hanno fatto la rovina del paese. Ma sapete cosa è più grave? Che ci siamo assuefatti alla loro presenza. Ne sentiamo parlare quotidianamente. Non ce ne sdegniamo quasi più. Ed è pericoloso. Ancora più pericoloso del loro stesso esistere. Se ne diventiamo totalmente indifferenti, se subiamo le notizie passivamente e non le leggiamo con capacità critica, hanno vinto loro. L'illecitismo, questo movimento che antepone i fini personali a quelli della comunità, scivolando in un livello seminascolato della consapevolezza, cristallizzandosi nell'inconscio collettivo, diventerà sempre più forte e impossibile da debellare.

Corruzione, stupidità, interessi costituiti; chiedendo che si mettano da parte, se ne ammette l'esistenza. Si confessa l'impotenza nello svellerli e si cerca una mediazione, invocando la capacità del popolo, nel caso di forte necessità, di mettere da parte gli individualismi ed operare per il bene comune.

E' sconcertante che qualcuno debba chiedere a chiare lettere che ci si attenga a comportamenti leciti. Come se questo non fosse l'essenza della convivenza civile. Come se il rispetto delle leggi, involucro protettivo del rispetto dei diritti altrui, non riguardasse tutti. Non fosse l'unica fonte di ispirazione per la condivisione di uno spazio e di un tempo nei quali esistere. E' realistico qualcuno che chiede a chiare lettere che ci si attenga a comportamenti leciti. Brutalmente realistico. Le parole di Draghi sono un ritratto iperrealista, un'opera di Paul Cadden che con la sua matita ci consegna la realtà nella sua vera forma. Pregi e difetti. Il maniacale insistere sui dettagli di un volto che ne mostra le imperfezioni, tutte le sue rughe, tutti gli inestetismi della pelle.

Corruzione, stupidità, interessi costituiti. Hanno funzionato da zavorra. Hanno rallentato lo sviluppo. Hanno deteriorato l'economia, la società. Qualcuno ha smesso di credere nello Stato a causa loro. Oggi, dobbiamo affidarci senza riserve a questo Stato. La sola strada che abbiamo per superare la crisi è credere e contribuire alla realizzazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Ci sono 248miliardi di euro a disposizione da trasformare in gare d'appalto, cantieri, opere. Un ciclo che deve perentoriamente chiudersi entro il 2026. Un impegno che può essere assolto con onestà, intelligenza e gusto del futuro. "Il ragazzo ha talento. Facciamo in modo che possa correre senza ostacoli fino al traguardo!".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Cantieri ecologici

4

In evidenza

La tempestività nella conclusione delle procedure quale nuovo principio guida dettato dal DL Semplificazioni.

7

Sotto la lente

Il soccorso istruttorio integrativo tra verifiche formali e approccio sostanziale.

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:

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

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Sul principio di rotazione nelle procedure sottosoglia

22

L'accesso agli atti nelle gare d'appalto: l'accoglimento da parte della stazione appaltante a seguito di necessaria istruttoria e ponderata complessiva valutazione nell'ambito dei principi di trasparenza, di riservatezza e di tutela del diritto alla difesa

30

Tassatività delle cause di esclusione e difformità dell'offerta tecnica rispetto alle specifiche tecniche previste dalla legge di gara. L'assenza di un requisito comporta sempre l'esclusione?

36

Il ruolo del broker assicurativo per la tutela degli interessi pubblici (parte prima)

44

Al vaglio della Consulta la questione dell'applicabilità retroattiva della lex mitior sulla escussione della garanzia provvisoria prevista dal nuovo Codice Appalti

50

Pareri & Sentenze

55

A Domanda Rispondiamo

60

In pillole

64

Osservatorio sulla Corte dei Conti

La tempestività nella conclusione delle procedure quale nuovo principio guida dettato dal DL Semplificazioni.

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

1. Inquadramento generale

La tempestività nell'espletamento delle procedure di affidamento degli appalti pubblici è diventata - complici l'emergenza pandemica e la sempre più preoccupante crisi economica in cui l'Italia è piombata a causa del COVID - il nuovo *diktat* per i RUP, alle prese con le norme dettate dal c.d. DL Semplificazioni e con il regime transitorio in esso previsto.

Come è noto, infatti, il D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni nella L. n. 120/2020, ha voluto incidere sul settore degli appalti pubblici attraverso importanti strumenti di snellimento ed accelerazione, ritenendo tale ambito strategico per la ripresa economica del Paese e in grado di fare da volano per il rilancio degli investimenti e il superamento della profonda crisi che stiamo attraversando. Se si considera che gli appalti pubblici costituiscono più del 10% del PIL nazionale,

può effettivamente affermarsi che tale settore rappresenta una leva economica straordinaria, in grado di rimettere in moto un importante comparto del sistema produttivo italiano e riavviare la ripresa economica e occupazionale.

Per tale ragione, il DL Semplificazioni ha introdotto un regime transitorio che prevede procedure semplificate di affidamento dei contratti pubblici denominate espressamente <<procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale>>, distinte per gli appalti sopra e sotto soglia; come a dire che lo scopo dichiarato dell'intervento legislativo è quello di derogare per un periodo di tempo circoscritto (limitato alla durata dell'emergenza pandemica, che ci si augura non superi il 31 dicembre 2021), alle ordinarie procedure previste dal Codice dei contratti per gli affidamenti sia sopra che sotto soglia, proprio al fine di rilanciare gli investimenti e, più in generale, l'economia.

Tale espressa finalità comporta la previsione di procedure più celeri e snelle, che diventano, nel periodo emergenziale, le procedure ordinarie applicabili. Il comma 1 dell'art. 1 del D.L. 76 citato recita infatti: <<Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, **in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano 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 dicembre 2021 (...)>>. Identica disposizione è prevista per le procedure sopra soglia dall'art. 2, comma 1 del D.L. n. 76.

In altre parole, fino a che durerà l'emergenza, e dunque fino a che sarà necessario far fronte alle ricadute economiche negative della pandemia incentivando il settore delle infrastrutture e dei servizi attraverso più ingenti e tempestivi investimenti pubblici, le stazioni appaltanti avranno **l'obbligo** – e non la facoltà – di applicare il regime transitorio dettato dal DL Semplificazioni; tanto ciò è vero che, in caso di scelta di una procedura ordinaria (secondo le regole del Codice), la stazione appaltante dovrà obbligatoriamente motivarne le ragioni, come vedremo meglio nel prosieguo, e dovrà comunque garantire il rispetto delle finalità costituenti la *ratio* del decreto *de quo*, ovvero il rilancio degli investimenti pubblici e la speditezza delle procedure.

Il DL Semplificazioni ha introdotto un regime transitorio che prevede procedure semplificate di affidamento dei contratti pubblici, sia sopra che sotto soglia, con lo scopo dichiarato di derogare per un periodo di tempo circoscritto alla durata dell'emergenza pandemica - per ora fino al 31 dicembre 2021 - alle ordinarie procedure previste dal Codice dei contratti, al fine di rilanciare gli investimenti e, dunque, contribuire in modo incisivo alla ripresa dell'economia nazionale, fortemente danneggiata dall'emergenza COVID.



Il regime transitorio si caratterizza per due aspetti innovativi: da un lato, la semplificazione delle procedure di affidamento e, dall'altro, la maggiore speditezza delle medesime imposta *ex lege*.

Per quanto riguarda il primo aspetto, sul quale non ci soffermeremo in quanto meriterebbe una trattazione *ad hoc*, basti rammentare che, per quanto riguarda le procedure sotto soglia, il DL Semplificazioni prevede, in deroga alle procedure di cui all'art. 36 del Codice:

a) un affidamento diretto "puro", senza alcun confronto competitivo per gli appalti di lavori fino a 150mila euro e di servizi (ivi compresi quelli di ingegneria e architettura) e forniture fino a 75mila euro;

b) una procedura negoziata senza bando, con confronto competitivo tra non meno di:

b.1) cinque operatori economici per gli appalti di lavori da 150mila a 350mila euro e di servizi (ivi compresi quelli di ingegneria e architettura) e forniture da 75mila euro fino alla soglia comunitaria;

b.2) dieci operatori economici per gli appalti di lavori da 350mila a un milione di euro;

b.3) quindici operatori economici per gli appalti di lavori da un milione di euro fino alla soglia comunitaria.

Per quanto riguarda le procedure sopra soglia, l'art. 2 del DL Semplificazioni prevede che debbano essere espletate le procedure ordinarie previste dal Codice dei contratti (procedura aperta, procedura ristretta, dialogo competitivo ecc.) con applicazione automatica, tuttavia, dei termini ridotti per ragioni di urgenza, **urgenza che si intende in ogni caso sussistente senza necessità di apposita motivazione.**



1. Si veda l'art. 8, comma 1, lett. c) del D.L. n. 76/2020, convertito dalla L. n. 120,2020, come richiamato dall'art. 2, comma 2 del medesimo Decreto.

Per quanto concerne invece il secondo aspetto - la maggiore speditezza delle procedure, che è il tema di cui ci occuperemo più diffusamente in questa sede - il legislatore ha stabilito tempi contingentati per la conclusione degli affidamenti di lavori, forniture e servizi, e tali tempi sono da intendersi come **perentori**, per quanto non siano previste vere e proprie sanzioni in caso di inosservanza degli stessi, quantomeno per i RUP.

La tempistica contingentata stabilita per le procedure del regime derogatorio introdotto dal DL Semplificazioni va intesa come applicabile per fasce di importo, più che per tipologia di procedura prescelta. Ciò al fine di evitare atteggiamenti elusivi e di aggiramento delle finalità acceleratorie della norma da parte delle stazioni appaltanti.



2. La tempistica contingentata delle procedure di affidamento suddivisa per fasce di importo

Una delle novità di maggior rilievo introdotta dal DL Semplificazioni è, come detto, l'aver imposto una tempistica contingentata alle procedure di affidamento al fine di garantirne la celere conclusione. In realtà, la tempistica prevista è stabilita non tanto per tipologie di procedure quanto per **fasce di importo**.

L'art. 1 del D.L. n. 76/2020 prevede che <<salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di **due mesi** dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a **quattro mesi** nei casi di cui al comma 2, lettera b) (procedure negoziate sopra i 75mila euro per forniture e servizi e sopra i 150mila euro per i lavori, ndr) (...)>>.

In altri termini, gli affidamenti diretti puri devono essere espletati entro due mesi dal loro avvio mentre le procedure negoziate entro quattro mesi. Per essere precisi però, poiché le stazioni appaltanti

sono obbligate, salvo adeguata motivazione, ad applicare le procedure che il regime transitorio stabilisce per ciascuna delle fasce di importo viste sopra, anche laddove ipoteticamente una amministrazione decidesse di espletare una procedura negoziata ad invito per un affidamento sotto i 75mila euro (non applicando quindi la procedura prescelta per tale fascia di importo dal DL Semplificazioni) dovrebbe comunque rispettare il termine di due mesi per la conclusione

del procedimento. Stesso discorso varrebbe nell'ipotesi in cui, adeguatamente motivando, una stazione appaltante decidesse, per un affidamento sotto soglia, di espletare una procedura ordinaria: in tale caso, la tempistica da rispettare sarebbe quella di quattro mesi.

D'altra parte, se così non fosse si eluderebbe la *ratio* dell'intero decreto che è quella di garantire maggiore speditezza a tutte le procedure semplificando il più possibile quelle di importo più basso ed imponendo alle stazioni appaltanti di rispettare i tempi di conclusione prescritti. Se bastasse cambiare procedura per poter eludere i termini di conclusione dell'affidamento imposti, non avrebbe alcun senso averli previsti. In questo senso vanno anche le Linee guida ITACA quando affermano che <<il legislatore con l'entrata in vigore del decreto Semplificazioni, ha attribuito interesse preminente all'esigenza di accelerare gli affidamenti ed incentivare gli investimenti. Tenuto necessariamente conto di quanto sopra, si ritiene che le stazioni appaltanti potranno procedere all'affidamento dei contratti sottosoglia anche tramite procedure ordinarie (aperte o ristrette), purché ciò avvenga previa motivazione da parte della SA **nonché nel rispetto dei tempi scanditi in maniera espressa dal D.L. semplificazioni**

2. Il Gruppo di Lavoro contratti pubblici presso ITACA (Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale) ha predisposto un Documento recante <<Indicazioni operative per l'applicazione delle norme in materia di contratti pubblici del d.l. n.76/2020, convertito nella legge n.126/2020 recante "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale">>, approvato il 17 dicembre 2020 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome.

e degli obiettivi di velocizzazione perseguiti dal legislatore con la citata normativa emergenziale ed in particolare: 1. il rispetto del principio di non aggravamento; 2. il rispetto dei termini di conclusione del procedimento previsto; 3. il rispetto degli obiettivi di incentivazione degli investimenti e di argine alle ricadute economiche negative seguite all'emergenza COVID>>.

Nello stesso senso si è espresso il Ministero delle Infrastrutture, quando ha affermato 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. Gli affidamenti dovranno avvenire comunque nel rispetto dei tempi previsti dal nuovo decreto**>>.

Più mediana è la posizione espressa in merito dall'ANAC, che ha sostenuto che la perdurante

applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30, non intaccata dal DL Semplificazioni, induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora queste appaiano più idonee a soddisfare il pubblico interesse. L'Autorità aveva in verità suggerito di inserire nella legge di conversione un riferimento espresso alla possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, previa adeguata motivazione, suggerimento poi non accolto.

Per quanto riguarda le procedure sopra soglia, l'art. 2 del Decreto prevede, alla stessa stregua degli appalti sotto soglia, che <<salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di **sei mesi** dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento (...)>>.

Ciò significa che, qualora una stazione appaltante volesse scegliere una procedura differente da quelle previste nel presente regime transitorio per le varie fasce di importo dovrebbe:

- 1) motivare adeguatamente tale scelta alla luce delle finalità del D.L. n. 76;
- 2) rispettare in ogni caso la tempistica imposta per quella fascia di importo.

E' di immediata evidenza il fatto che sarà ben difficile che una stazione appaltante decida di

Considerato che il preminente interesse perseguito dal legislatore è quello al sollecito affidamento degli appalti per superare la crisi economica da pandemia, qualunque scelta delle stazioni appaltanti difforme dal regime derogatorio deve essere adeguatamente motivata alla luce del miglior perseguimento proprio di quegli interessi di rilancio dell'economia e di incentivazione agli investimenti cui è sotteso il regime derogatorio stesso.



3. Parere MIT n. 735 del 24 settembre 2020.

4. Altro interessante parere del MIT è il n. 764 del 20.10.2020, che, in tema di affidamento diretto puro, sostiene che, pur restando la previa richiesta di preventivi una best practice, la stessa deve essere evitata laddove, <<comporti una eccessiva dilatazione dei tempi di affidamento che, invece, sarebbe in contrasto con la ratio che informa l'intero decreto semplificazione>>.

5. Cfr. ANAC Parere del 4 agosto 2020 <<Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione>>.

optare, ad esempio, per una procedura aperta in caso di importi sotto soglia perché sarebbe tenuta a concludere la procedura entro quattro o addirittura due mesi, il che è praticamente impossibile considerata la complessità di tale procedura.

In sintesi, posto che il preminente interesse perseguito dal legislatore è quello al sollecito affidamento degli appalti al fine di ridare slancio all'economia nazionale, qualunque scelta da parte delle stazioni appaltanti che si discosti dal regime derogatorio dovrà essere adeguatamente motivata alla luce del miglior perseguimento di quegli stessi interessi di rilancio dell'economia e di incentivazione agli investimenti cui è sotteso il regime derogatorio stesso.

Al contrario, in vigenza del regime derogatorio, non sarà più necessario motivare la scelta del contraente soffermandosi anche sulle ragioni della scelta della procedura semplificata, come tradizionalmente era richiesto in vigenza del regime ordinario anche dalle Linee guida ANAC sugli affidamenti sotto soglia, in quanto questa volta, essendo il legislatore ad aver, per così dire, imposto la scelta di una procedura semplificata, le ragioni della scelta della procedura sono insite nel rispetto del dettato normativo.

3. Il calcolo dei tempi contingentati

Per compiere correttamente il calcolo dei tempi contingentati e quindi individuare il *dies a quo* e il *dies ad quem* da prendere in considerazione, ci viene in soccorso il già citato Documento elaborato da ITACA che, con estrema chiarezza, distingue tra il momento da prendere in considerazione ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione del decreto Semplificazioni e il momento rilevante ai fini del calcolo delle tempistiche di conclusione dei procedimenti.

Il primo momento è definito con chiarezza: si tratta della determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente, il quale deve intervenire entro il 31 dicembre 2021 perché alla procedura scaturente da esso possa applicarsi il regime derogatorio.

Il secondo momento invece è definito in modo più sibillino: sia l'art. 1 che l'art. 2 fanno riferimento alla <<data di adozione dell'atto di avvio del procedimento>>, il cui significato va dunque rinvenuto ricorrendo ad altri riferimenti normativi. Nel Documento di ITACA si prende spunto dall'art. 32 del Codice, nella parte in cui si riferisce alla determina a contrarre qualificandola in sostanza quale **atto prodromico** rispetto all'avvio del procedimento. In altri termini, l'avvio del procedimento non avviene con la determina a contrarre ma con altro atto successivo che **abbia valenza verso l'esterno**.

Per quanto riguarda la procedura negoziata senza bando, con consultazione di un certo numero di operatori, l'atto di avvio avente rilevanza esterna può essere facilmente rinvenuto nella lettera di invito. Il momento a decorrere dal quale conteggiare i quattro mesi è dunque quello dell'invio di quest'ultima.

L'eventuale consultazione preliminare di mercato, che può aver preceduto la procedura negoziata, essendo fase autonoma rispetto a questa, per quanto propedeutica ad essa, non va presa in considerazione per il calcolo dei tempi di conclusione della procedura.

Il momento finale sarà da individuare nell'atto di aggiudicazione ex art. 32, comma 5 del Codice, con cui si individua in via definitiva l'affidatario dell'appalto.

Per quanto riguarda gli affidamenti diretti puri, il termine contingentato di due mesi decorrerà dal momento dell'invio della richiesta di offerta all'operatore economico scelto, a parere di ITACA <<con o senza previa richiesta di preventivi a più operatori>>. Sembrerebbe dunque che, se sono richiesti preventivi a più operatori, ivi compreso il prescelto, i due mesi decorreranno da tale momento.

Anche in questo caso, il *dies ad quem* è ravvisabile nel momento dell'adozione della determina a contrarre che contiene l'indicazione del contraente prescelto e le ragioni della scelta, ai sensi dell'art. 32, comma 2 del Codice, o comunque del provvedimento di aggiudicazione.

6. Vedi nota n. 2.

Infine, per quanto riguarda le procedure ordinarie sopra soglia, da concludersi entro sei mesi dall'avvio, il *dies a quo* è agevolmente ravvisabile nel momento di invio del bando o dell'avviso di indizione della gara alla GUCE mentre il *dies ad quem* sarà anche in questo caso il momento della determina di aggiudicazione.

E' opportuno precisare che la determina di aggiudicazione non è di per se stessa efficace, essendo necessario, come prescrive l'art. 32, comma 7, del Codice, che abbia avuto esito positivo la verifica del possesso dei requisiti prescritti. Ciò significa che nel computo dei due, quattro o sei mesi non dovrà essere considerato il periodo necessario per lo svolgimento dei controlli sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario.

Tale considerazione va tenuta presente dai RUP al fine di un più sereno svolgimento dell'insieme degli adempimenti connessi all'affidamento degli appalti.

Per espressa previsione di legge, inoltre, nel computo dei tempi contingentati di conclusione delle procedure non rientrano eventuali sospensioni dei termini dovuti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria, quindi in pendenza di eventuali ricorsi.

4. Ulteriori previsioni a vantaggio della celerità delle procedure

Sempre nell'ottica di favorire la speditezza nell'espletamento delle procedure, il DL Semplificazioni introduce altre novità, anch'esse valide tuttavia solo nella presente fase transitoria. La prima è quella introdotta dall'art. 1, comma 3, nella parte in cui dispone che, per le procedure di cui al comma 2, lett. b) del medesimo articolo, <<nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari

o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse **sia pari**

o superiore a cinque>>, anziché pari o superiore a dieci come è previsto, in regime ordinario, dall'art. 97, comma 8 del Codice.

E' evidente che, nelle procedure negoziate di cui alla suddetta lett. b) in cui è richiesto un numero di invitati almeno pari a cinque, sarà decisamente frequente che il numero dei concorrenti sia pari o superiore a tale numero, con la conveniente conseguenza, in termini di celerità, di poter applicare la clausola dell'esclusione automatica delle offerte che superano la soglia di anomalia e evitare così *tout court* il sub procedimento di verifica di congruità

dell'offerta che tanto tempo fa perdere ai RUP.

Tale modifica tuttavia è circoscritta alle procedure semplificate di cui al DL Semplificazioni. Non è quindi applicabile ad una eventuale procedura ordinaria espletata, in regime di autovincolo da parte della stazione appaltante, per un affidamento sotto soglia.

Un'altra disposizione volta a garantire maggiore celerità nelle procedure è contenuta nell'art. 8, comma 7 del DL Semplificazioni: con tale norma è stato prorogato al 31 dicembre 2021 il termine di sospensione dell'applicazione di talune norme del Codice dei contratti - disposte dal D.L. n. 32/2019, c.d. "Sblocca cantieri" - concernenti, tra l'altro, l'estensione ai settori ordinari della possibilità di inversione procedimentale della verifica dei requisiti prevista in regime ordinario soltanto per i settori speciali (art. 133, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016). Ciò significa che, fino al 31 dicembre di quest'anno, salve ulteriori proroghe, le stazioni appaltanti, in qualunque tipo di appalto, nei settori ordinari e speciali, sopra e sotto soglia, potranno, se lo riterranno opportuno e conveniente in funzione del numero dei concorrenti, procedere prima

Il dies a quo da cui decorre la tempistica fissata per la conclusione degli affidamenti è quello di avvio della procedura, ravvisabile nell'invio della lettera di invito o della richiesta di offerta nelle procedure semplificate e nell'invio del bando di gara alla GUCE nelle procedure sopra soglia. Il dies ad quem sarà invece il momento dell'adozione della determina di aggiudicazione, anche non efficace.



all'apertura delle offerte tecniche ed economiche e solo successivamente alla verifica dell'assenza di cause di esclusione e del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti.

L'inversione procedimentale, come è noto, ha suscitato non poche perplessità in quanto, pur essendo uno strumento di accelerazione della procedura, può talvolta rivelarsi foriera di ritardi laddove ci si renda conto che il primo classificato non aveva in realtà tutti i requisiti per partecipare. Ma tant'è. La legislazione d'urgenza in epoca Covid ha tentato di mettere in campo tutti gli strumenti - più o meno efficaci e collaudati - per dare una decisa accelerata alle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Un'altra norma volta a garantire, questa volta, la tempestiva esecuzione dei contratti, è sempre contenuta nell'art. 8 del Decreto Semplificazioni e dispone che, fino alla data del 31 dicembre 2021, è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, del Codice, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'art. 80, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura.

5. I maggiori oneri ricadenti sul RUP e le ricadute negative in caso di mancato rispetto dei tempi previsti

Va da sé che tutta la normativa fin qui esaminata, volta a garantire procedure celeri e affidamenti tempestivi, non potrebbe sortire alcun effetto senza il presidio attento da parte dei RUP.

E' evidentemente su di loro che ricade l'onere di sovrintendere all'intera procedura di appalto, dalla progettazione all'esecuzione contrattuale, avendo bene in mente il necessario rispetto dei tempi contingenti imposti dal DL Semplificazioni.

Ciò significa che, in primo luogo, il RUP dovrà, già in fase di progettazione, scegliere con cura la tipologia di procedura da espletare, in funzione della soglia di importo e dell'eventuale concreta necessità di dover garantire un confronto competitivo maggiore rispetto a quello prescritto in base al valore dell'affidamento. Il responsabile del procedimento dovrà infatti essere ben consapevole del fatto che, in ogni caso, la tempistica da rispettare sarà quella fissata per la fascia di importo di quello specifico appalto.

In caso di mancato rispetto dei tempi prescritti, il RUP avrà cura di motivare adeguatamente - plausibilmente nel provvedimento di aggiudicazione o in eventuali atti successivi - le ragioni dello scostamento, dando conto degli eventuali impedimenti, non imputabili alla stazione appaltante, che siano intervenuti ed abbiano determinato o contribuito a determinare il ritardo nell'espletamento della procedura.

Sia l'art. 1 che l'art. 2 del DL Semplificazioni non comminano vere e proprie sanzioni alle stazioni appaltanti in caso di mancato rispetto dei tempi di conclusione

delle procedure. L'unica ricaduta conseguente al ritardo nella stipulazione del contratto o nell'esecuzione del medesimo consiste nel poter valutare negativamente tale situazione di fatto ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale.

Si ponga l'attenzione sul fatto che qui la "sanzione" è formulata in termini di possibilità, di facoltatività. Diversamente, se il ritardo è causato da condotte imputabili all'operatore economico, queste costituiscono una causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante **e opera di diritto.**

A parere di chi scrive, tale disparità di trattamento nel valutare e punire la responsabilità del RUP e quella dell'operatore economico stride un

In caso di mancato rispetto dei tempi di conclusione delle procedure, la responsabilità del RUP può essere valutata negativamente per danno erariale. Se il ritardo è causato da condotte imputabili all'operatore economico, queste costituiscono una causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento.



po' e depotenzia la perentorietà dei termini di conclusione delle procedure.

D'altro canto, si deve tener conto anche della complessità delle procedure e del fatto che spesso esse si complicano per ragioni del tutto estranee alla diligenza del RUP; si pensi all'inevitabile allungamento dei tempi che sub procedimenti come il soccorso istruttorio o la verifica della congruità delle offerte anomale o dei costi della manodopera comportano.

Più in generale, il DL Semplificazioni ha introdotto l'importante principio secondo cui, in tema di responsabilità amministrativo-contabile, è sanzionata con più rigore la condotta omissiva del RUP anziché quella commissiva, nel senso che, nel regime transitorio, la condotta commissiva del RUP sarà perseguibile per danno erariale solo in caso di dolo, mentre la condotta omissiva sia per dolo che per colpa grave, come è ordinariamente previsto. L'art. 21, comma 2 del D.L. n. 76 in esame prevede infatti che <<limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è **limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta**. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo **non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia** del soggetto agente>>.

Come a dire che ciò che conta, in questo periodo emergenziale, sul fronte degli appalti pubblici è agire - anche a rischio di sbagliare - piuttosto che rimanere inerti e, così facendo, contribuire al ritardo negli affidamenti.

6. L'incidenza del prioritario principio di tempestività su quello della tutela della concorrenza

Da un'analisi meditata del dettato normativo sin qui esaminato, sembra emergere la necessità di rivedere la posizione di supremazia che, in materia di appalti pubblici ha fino ad ora rivestito il principio, di estrazione europea, della tutela della concorrenza. Infatti, la normativa emergenziale considera predominante la necessità di procedure celeri e snelle, anche eventualmente a danno della concorrenza. In altre parole, in questo periodo di emergenza si preferisce che una procedura di affidamento sia conclusa in modo spedito anche se ciò significhi rinunciare ad un ampio ed efficace confronto competitivo.

Si pensi al concetto di danno alla concorrenza così come tradizionalmente elaborato dalla Corte dei Conti, secondo cui <<ove sia

omessa qualsiasi procedura concorsuale, **anche nella forma di semplice gara informale** tra più operatori economici, la prova dell'effettività del danno può essere individuata nel fatto notorio che il confronto concorrenziale delle offerte di più operatori economici avrebbe consentito all'amministrazione aggiudicatrice di conseguire condizioni più vantaggiose di quelle ottenute contrattando con un'unica ditta>>.

Secondo i giudici contabili, <<nei casi di omissione delle prescritte procedure concorrenziali, la perdita delle condizioni più favorevoli non costituisce una mera ipotesi da provare, ma rappresenta una ragionevole probabilità. Per affermare nella specie la sussistenza del danno da "perdita di chance", sarebbe già sufficiente aver rilevato il mancato esperimento di qualsiasi procedimento di gara>>. L'impostazione tradizionale vede nel confronto competitivo sempre e comunque la best

La normativa emergenziale pare considerare predominante la necessità di procedure celeri e snelle, anche a parziale sacrificio della concorrenza. Tale sacrificio tuttavia è parzialmente temperato dall'obbligo di trasparenza e pubblicità sugli esiti delle procedure che lo stesso decreto Semplificazioni ha imposto.



7. Corte dei Conti, sez. Liguria, sent. n. 187/2012.

practices da mettere in pratica, in presenza del quale la stazione appaltante può essere sicura di aver compiuto una scelta corretta sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa e, pertanto, incontestabile.

Nella fase che stiamo vivendo attualmente, invece, il confronto competitivo è ammesso nei termini e con i limiti previsti dal regime derogatorio e sempre che non comporti una dilatazione dei tempi di affidamento dell'appalto. In questo momento l'efficienza viene privilegiata a parziale discapito della concorrenza.

D'altro canto, la stazione appaltante non potrà, tuttavia, scegliere per assurdo un'offerta fuori mercato, priva dei requisiti di economicità, posto che il regime derogatorio del DL Semplificazioni ha fatto salvo il comma 1 dell'art 36 del Codice, che contiene il rinvio ai principi generali da rispettare nelle procedure sotto soglia, tra i quali vi è sicuramente l'economicità.

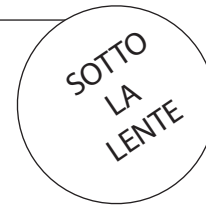
Un temperamento al parziale sacrificio della concorrenza va infine ravvisato nella maggiore attenzione che il legislatore riserva al garantire la pubblicità dell'operato delle stazioni appaltanti: il DL Semplificazioni prevede infatti che le stazioni appaltanti diano evidenza dell'avvio delle procedure negoziate senza bando tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali; tale avviso sui risultati della procedura di affidamento dovrà altresì contenere l'indicazione dei soggetti invitati.

Tale adempimento, in realtà, persegue finalità di trasparenza e non di apertura alla concorrenza in quanto trattasi di avviso successivo all'espletamento della procedura e non precedente ad essa, avendo ad oggetto, per specifica previsione di legge, i risultati della stessa.

8. La pubblicazione dell'avviso de quo non è obbligatoria per gli affidamenti inferiori ad euro 40.000, per i quali, tuttavia, la stazione appaltante ha comunque l'obbligo di pubblicare la determinazione a contrarre contenente la scelta del contraente ai sensi dell'art. 29 del Codice.

Il soccorso istruttorio integrativo tra verifiche formali e approccio sostanziale.

di Stefano Usai



Premesse

In tempi recenti la giurisprudenza ha affrontato alcune questioni specifiche in tema di soccorso istruttorio "integrativo" ex art. 83, comma 9 del Codice dei contratti che risulta interessante approfondire anche per la rilevanza pratica operativa per i RUP delle stazioni appaltanti.

In premessa è bene annotare che il Codice dei contratti conosce le **due** forme di soccorso istruttorio così come emergono nella sede originaria ovvero la legge 241/90 e succ. modifiche ovvero nell'articolo 6 della legge sull'azione amministrativa.

Il soccorso istruttorio, pertanto, si atteggia nelle due note fattispecie del soccorso specificativo e del soccorso istruttorio integrativo.

Nel primo caso, senza particolari formalità, è sempre ammesso al responsabile del procedimento

ottenere dei chiarimenti sul complesso della documentazione amministrativa e sull'offerta presentata. Ovviamente, l'ambito di incidenza del soccorso specificativo non può alterare la portata/ contenuto degli atti già prodotti dall'appaltatore.

Pertanto se la fattispecie in parola ha una portata molto ampia (fino a comprendere anche l'offerta) è altrettanto vero che ha un ridotto ambito di "incidenza": si presenta quindi esteso in senso orizzontale ma limitato in senso verticale non potendo che assolvere alla sua funzione specifica ovvero spiegare/chiarire ciò che della documentazione già prodotta viene considerato "oscuro" da parte degli attori principali del procedimento amministrativo

In premessa è bene annotare che il Codice dei contratti conosce le due forme di soccorso istruttorio così come emergono nella sede originaria ovvero la legge 241/90 e succ. modifiche ovvero nell'articolo 6 della legge sull'azione amministrativa.



contrattuale dal seggio di gara, alla commissione ed allo stesso RUP. L'attivazione del soccorso specificativo ha come procedimento base quello declinato nel comma 9 dell'articolo 83 del Codice di cui si dirà più avanti in sede di considerazioni sul soccorso integrativo.

1. Il soccorso istruttorio integrativo

Il soccorso istruttorio integrativo, invece, ha una estensione orizzontale più limitata del soccorso specificativo (considerato che normalmente non può riguardare l'offerta tecnico/economica e solo una parte sostanziale della documentazione amministrativa) ma, evidentemente, ha una incidenza in senso verticale estremamente significativa considerato che l'operatore può produrre documentazione (amministrativa) non prodotta entro i termini di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Si tratta, non v'è dubbio, di una fattispecie estrema, il cui fondamento – come anticipato -, trova sede nella legge 241/90 ed in specie nell'articolo 6 tra i compiti del responsabile del procedimento, che impone un contemperamento con i principi classici dell'evidenza pubblica e quindi con la *par condicio*, in primis, con la trasparenza ed oggettività del procedimento.

Non a caso il legislatore del Codice dei contratti disciplina espressamente il procedimento del soccorso istruttorio integrativo (applicabile anche al soccorso specificativo) prevedendo che *"la stazione appaltante" assegni, "al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara"*.

Da notare che sul termine è intervenuto, in tempi recenti, il Consiglio di Stato, sentenza n. 1759/2021, secondo cui deve ritenersi legittimo l'operato della stazione appaltante che ha previsto **un termine perentorio** (nettamente inferiore ai 10 giorni) per rispondere all'istanza anche se questi termini siano caduti *"in giorni tipicamente dedicati alle ferie con chiusura generalizzata di uffici" considerato che tale accadimento rappresenta "una circostanza sfortunata, derivata dai tempi di gara che hanno condotto alla chiusura del procedimento in quei giorni"*. Il soccorso integrativo, quindi, può essere considerato come una sorta di "seconda" possibilità per il concorrente che abbia omissa la comunicazione/inserimento di documenti amministrativi (o dichiarazioni ad eccezione delle fattispecie ad implicazione penale e/o a precedenti professionali che incidono sulla valutazione

della stazione appaltante circa l'affidabilità dell'appaltatore) evitando conseguenze estreme (come l'esclusione dalla gara) di offerte che altrimenti potrebbero essere estremamente vantaggiose per la stazione appaltante.

In pratica, il legislatore intende far prevalere l'interesse "pubblico" alla conclusione del procedimento amministrativo contrattuale facendo in modo che meri errori "veniali"/formali non impediscano la possibilità della stazione appaltante e dell'appaltatore interessato di giungere ad un provvedimento favorevole come può essere l'aggiudicazione dell'appalto premiando anche gli sforzi/costi affrontati dagli operatori economici che vedrebbero frustrati gli obiettivi di diventare contraenti della P.A. per meri errori non sostanziali. E' proprio l'ultimo inciso che mette in evidenza il, tutto sommato, limitato ambito operativo del soccorso integrativo in senso orizzontale considerato, come recita il comma 9 dell'articolo 83 del Codice, che non devono ritenersi ammesse integrazioni/correzioni delle irregolarità sostanziali. E sono tali, sempre secondo il dettato normativo, *"le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*.

Inciso normativo, quest'ultimo, che andrebbe adeguato alle nuove modalità telematiche di svolgimento della gara che rendono praticamente impossibile l'anonimato nelle gare d'appalto mentre può permanere la questione della diretta imputazione almeno nel caso in cui manchi del tutto (dal complesso della documentazione prodotta) un riferimento che consenta una riconduzione, della responsabilità: si pensi al caso classico della presentazione di una offerta tecnico/economica non firmata digitalmente.

Più in generale, quindi, l'ambito connaturale del soccorso integrativo, intenso quanto a incidenza e quindi in senso verticale, consente di sanare ogni *"mancanza, incompletezza e (...) altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica"*.

Pertanto, normalmente, una dichiarazione lacunosa può essere integrata con dichiarazioni postume (ovvero dopo la scadenza del termine per presentare le offerte) al netto degli

aspetti sostanziali che incidono sull'affidabilità dell'operatore.

Per intendersi, l'aver omissso un riferimento finanche ad una sentenza di condanna non può essere considerato un mero errore "veniale" ma una falsa dichiarazione tendente a condizionare l'esito della valutazione della stazione appaltante.

Allo stesso modo l'aver taciuto di dichiarare i cc.dd. "illeciti professionali" (art. 80, comma 5 lett. c) e segg) che successivamente la stazione appaltante - con qualsiasi mezzo - venisse a conoscenza.

Siamo in presenza, pertanto, di omissioni che vengono qualificate dal giudice, evidentemente, come finalizzate ad uno scopo e non un mero errore materiale/veniale che non ammette, normalmente, "emendamento".

Nello stesso senso devono essere intesi quegli obblighi di produzione documentale, si pensi al versamento del contributo sulla gara, al contratto di avalimento, alla produzione delle cauzioni/garanzie la cui "acquisizione" da parte dell'operatore economico deve essere conseguita prima della scadenza del termine di presentare l'offerta ma di cui è ammessa, appunto attraverso il soccorso integrativo, la sola produzione postuma alla stazione appaltante.

2. Una differenza rispetto al modello generale (nella legge 241/90 e modifiche) di soccorso istruttorio

Come si è anticipato, il modello generale della fattispecie del soccorso istruttorio è declinato nella legge 241/90 (art. 6) e, rispetto alla fattispecie declinata nel Codice dei contratti (art. 83, comma 9), al netto di un diverso approccio linguistico segno dei tempi e condizionato dall'essere, il primo, relativo alla fattispecie generale del procedimento

amministrativo, il secondo invece tarato sul procedimento amministrativo contrattuale, **si distingue per il riferimento al soggetto che presidia il sub-procedimento in parola.**

Nella legge 241/90 è chiarissima, perché esplicita, l'assegnazione del procedimento di soccorso al responsabile del procedimento, questo aspetto non viene affrontato nel Codice dei contratti considerato che la norma dell'articolo 83 riferisce

la sub-procedura in modo generico alla stazione appaltante.

La questione della competenza deve essere risolta allo stesso modo rispetto a quanto emerge dall'articolo 6 della legge 241/90 e quindi la competenza sul sub-procedimento del soccorso nella fase pubblicistica della gara non può che competere al RUP.

Pertanto, anche attraverso i propri collaboratori, sarà il RUP ad attivare il soccorso integrativo (si può ritenere che il soccorso solo specificativo, ad esempio sulle offerte tecniche, possa essere esperito dal presidente della commissione di gara nell'appalto da aggiudicarsi con il multicriterio)

chiedendo le integrazioni all'uopo necessarie.

In senso analogo si deve ragionare per l'adozione del provvedimento di esclusione qualora la richiesta di integrazione non venisse soddisfatta positivamente.

Sul potere di adottare gli atti a valenza esterna, anche in presenza di un RUP che anche non coincidesse con il dirigente/responsabile del servizio risulta pacificamente ammessa dall'orientamento consolidato della giurisprudenza, dall'ANAC (nei bandi tipo e nelle linee guida n. 4) e dallo stesso MIT con diversi pareri.

E' altresì vero che il potere "decisorio" del RUP, soprattutto nel caso in cui questo soggetto non

Il modello generale della fattispecie del soccorso istruttorio è declinato nella legge 241/90 (art. 6) e, rispetto alla fattispecie declinata nel Codice dei contratti (art. 83, comma 9), al netto di un diverso approccio linguistico segno dei tempi e condizionato dall'essere, il primo, relativo alla fattispecie generale del procedimento amministrativo, il secondo invece tarato sul procedimento amministrativo contrattuale, si distingue per il riferimento al soggetto che presidia il sub-procedimento in parola.



abbia poteri a valenza esterna (perché non coincide con il dirigente/responsabile del servizio), trattandosi di competenza "residuale" può essere oggetto – ed è bene che lo sia –, di una specifica disciplina nell'ambito della legge di gara in cui occorrerà chiarire "chi fa che cosa".

Si tratta, quindi, di una prerogativa che il RUP (non dirigente/responsabile del servizio) può legittimamente non esercitare se nella legge di gara si chiarisce che tale competenza è rimessa al dirigente/responsabile del servizio. In difetto di precisazioni, il RUP non potrà affrancarsi dall'obbligo di adottare i provvedimenti a valenza esterna (si allude alle esclusioni dal procedimento, ad esempio, anche nel caso di acclarata anomalia dell'offerta) in tema si vedano: Tar Campania, sez. I, sent. n. 697/2021, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 2315/2021, Tar Puglia, Lecce, sezione III, sentenza n. 311/2021.

3. Casi specifici di soccorso istruttorio

La recente giurisprudenza ha avuto modo di affrontare, come si evidenziava in premessa, alcuni casi particolari di soccorso istruttorio la cui focalizzazione può risultare utile per l'attività pratica del RUP.

E' questo il caso affrontato dalla sentenza del Tar Liguria, Genova, sez. I, n. 102/2021 che in relazione ad un appalto da aggiudicarsi al minor prezzo ha ritenuto assolutamente "veniale"/formale l'errore commesso dall'operatore economico che ha inserito, nella documentazione amministrativa, l'indicazione degli oneri della manodopera e aziendali ordinariamente contigui con l'offerta economica.

Nel caso di specie, evidentemente, l'offerta (intesa nel suo complesso) è "contaminata" da un errore che attraverso un semplice soccorso – neanche esplicito – del RUP consente di ritenere valida l'offerta presentata.

Più nel dettaglio, la società ricorrente aveva "inserito tra la documentazione amministrativa, anziché nell'offerta economica, il modulo compilato contenente le informazioni richieste dall'art. 95 comma 10 del codice dei contratti pubblici relative ai propri costi di manodopera e agli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, in violazione di un'apposita clausola della lettera di invito, formulata a pena di esclusione".

In questo caso in sentenza si legge che "secondo una costante giurisprudenza (...) il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali, sicché trova applicazione, propter tenorem rationis, **nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione**, il che accade soltanto laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta) e, dunque, soltanto allorché il criterio di

aggiudicazione (che ingloba entrambi i profili) sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo di cui all'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr., per tutte, Cons. di St., III, 9.1.2020, n. 167, nonché id., V, 2.9.2019, n. 6017, impropriamente citata dall'amministrazione nel provvedimento di rigetto dell'istanza di autotutela)". Nel caso in esame, "il pericolo di potenziale compromissione della garanzia di imparzialità delle valutazioni del seggio di gara non sussiste affatto, vuoi perché la gara è da aggiudicarsi con il criterio del

minor prezzo, vuoi perché effettuata attraverso una piattaforma telematica di e-procurement, e dunque mediante valutazioni di tipo eminentemente automatico".

Il Tar Liguria, Genova, sez. I, n. 102/2021 in relazione ad un appalto da aggiudicarsi al minor prezzo ha ritenuto assolutamente "veniale"/formale l'errore commesso dall'operatore economico che ha inserito, nella documentazione amministrativa, l'indicazione degli oneri della manodopera e aziendali ordinariamente contigui con l'offerta economica.



Si tratta, pertanto, di privilegiare un approccio sostanziale e non legittimare una formalissima "caccia all'errore" commesso dall'appaltatore associando, poi, a questo delle conseguenze eccessivamente penalizzati (come può essere l'estromissione dalla competizione).

4. La valorizzazione dell'approccio sostanziale

L'approccio sostanziale ha costituito oggetto di attenta considerazione anche dall'ANAC con il parere n. 98/2021 soprattutto nei rapporti tra offerta e carenza di firma quando non è in discussione la paternità della prima (circostanza che, come detto, si verifica costantemente - evidentemente - nella procedura telematica).

Nel parere si premette che in relazione ai rapporti tra carenze della domanda e soccorso istruttorio integrativo, la possibilità di una integrazione postuma della documentazione di gara (successiva alla scadenza del termine di presentazione della domanda di gara) può riguardare solo le carenze formali e non anche quelle sostanziali, in particolare quelle afferenti l'offerta.

Ciò ha per conseguenza che se un documento viene ritenuto collegato all'offerta, la sua eventuale carenza non può portare ad una correzione/integrazione postuma.

Differente deve essere l'approccio del RUP nel caso della mancata sottoscrizione dell'offerta. In relazione a quanto, l'ANAC ricorda di aver "da tempo aderito all'orientamento sostanzialistico affermato anche dalla giurisprudenza, e ha quindi in molteplici occasioni affermato il principio per cui la sottoscrizione della domanda o dell'offerta costituisce un elemento essenziale".

L'aspetto di rilievo, però, che occorre valorizzare è che la sottoscrizione, comunque, non impatta "sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta", pertanto "la sua eventuale carenza si ritiene sanabile", sempre che risulti inoppugnabile "la riconducibilità

dell'offerta al concorrente che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza".

Il caso, quindi, su cui il RUP necessariamente si dovrà soffermare in presenza di carenza di sottoscrizione (in particolare nel caso di partecipazioni concertate, in raggruppamenti), è se l'offerta risulti "con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico" (V. Parere ANAC reso con delibera n. 265 del 17 marzo 2020).

Si tratta quindi di una ovvia "attualizzazione" del soccorso istruttorio integrativo riducendo in maniera significativa la casistica delle esclusioni agli errori realmente sostanziali per evitare una penalizzazione eccessiva degli operatori economici.

L'aspetto sostanziale risulta valorizzato dallo stesso MIT con il recente parere n. 860/2021 che ha ammesso la produzione (e generazione) postuma del PASSOE.

Più in dettaglio, nel riscontro degli uffici di consulenza del Ministero si legge che "il PASSOE è condizione per compiere le verifiche sulle autodichiarazioni di gara. La sua presentazione non è quindi nè requisito nè condizione di partecipazione alla procedura. In caso di mancata generazione del PASSOE al momento di presentazione dell'offerta, si potrà richiedere lo stesso

PASSOE, ma non a pena di esclusione. Il PASSOE potrà anche avere data successiva al termine di scadenza della ricezione delle offerte. La mancata presentazione del PASSOE diviene escludente solo se richiesto e non generato in tempo utile per le verifiche".

5. Attuali tendenze a negare l'approccio sostanziale

Non mancano, nella recentissima giurisprudenza, interventi che invece non valorizzano l'aspetto

L'aspetto su cui il RUP necessariamente si dovrà soffermare in presenza di carenza di sottoscrizione (in particolare nel caso di partecipazioni concertate, in raggruppamenti), è se l'offerta risulti "con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (V. Parere ANAC reso con delibera n. 265 del 17 marzo 2020).



sostanziale che potrebbe essere oggetto, invece, di una differente valutazione (probabilmente da acquisire con una ricalibratura della norma).

Il riferimento riguarda due casi specifici ovvero la cauzione provvisoria, l'avvalimento e il contributo sulla gara.

In relazione al primo caso, deve venire in rilievo la sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, n. 804/2021**.

Il *decisum* sintetizzato è l'approdo generale in tema di soccorso istruttorio integrativo con riferimento alla (sovente) carenza della garanzia (cauzione) provvisoria a corredo della domanda (a margine si rammenta la generale possibilità di affrancarsi da tale richiesta, compresa la cauzione definitiva, nel periodo emergenziale ex art. 1, comma 3, della legge 120/2020).

Nel caso trattato dal giudice di Palazzo Spada si evidenzia che l'integrazione della cauzione non prodotta è ammissibile sempre che risulti **rilasciata anteriormente alla scadenza del termine per presentare l'offerta**.

Ora, non sembra esserci dubbio sul fatto che, stante anche l'oramai consolidata generalizzazione della facoltatività di presentazione delle cauzioni con i provvedimenti emergenziali sopra citati (di probabile estensione con le semplificazioni ora previste nel Piano di ripresa e resilienza) che l'approccio alla carenza del documento in parola possa essere rivisto anche ammettendo una produzione (con rilascio postumo) successiva purchè prima evidentemente dell'aggiudicazione.

Analoghe considerazioni possono essere espresse nel caso della mancata allegazione del contratto di avvalimento che per orientamento consolidato deve avere data anteriore al termine di presentazione delle offerte (dovendo risultare, almeno, da una scrittura privata con data certa) potendo invece, l'approccio sostanziale, ritenere sufficiente una dichiarazione di impegno (ausiliaria/ausiliata) da poter integrare sempre (e solo) nella fase della verifica formale della documentazione amministrativa.

L'aspetto però, su cui occorre soffermarsi è quello del mancato versamento del contributo alla gara. Pur vero che si è in presenza di un adempimento essenziale che l'operatore deve dimostrare di aver

soddisfatto prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta è altrettanto vero, e non si può legittimamente disconoscere, che si è in presenza di un mero adempimento formale che l'operatore economico, sempre in fase di verifica formale della documentazione (e quindi all'atto del primo intervento della stazione appaltante) potrebbe anche essere soddisfatto in modo "postumo" rispetto alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Purchè, per intendersi, ciò avvenga, per rispetto della *par condicio* tra i competitori.

Per correttezza è bene annotare che anche di recente (sentenza del Tar Calabria, n. I, n. 713/2021) si è confermato l'indirizzo consolidato, estremamente formale) che pretende la prova del pagamento ante scadenza del termine di presentare le offerte.

6. Conclusioni

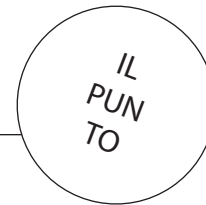
L'approccio sostanziale, quindi, sembra rendersi altresì necessario a causa dell'emergenza sanitaria e, inoltre, dovrebbe considerarsi coerente con l'esigenza di giungere ad aggiudicazione nel più breve tempo possibile. Esigenza anche ribadita dallo schema di PNRR che intende estendere le misure semplificative già declinate nel D.L. 76/2020.

Ricalibrare il soccorso istruttorio alle rinnovate esigenze consentirebbe di ridurre i casi di estromissione ai casi limiti realmente incidenti sulla *par condicio* evitando di considerare tali mere irregolarità, pur importanti, ma solo formali che ben potrebbero essere "sanate" nella prima fase di escussione della documentazione amministrativa senza che ciò avrebbe per effetto di vulnerare la correttezza del procedimento.

Allo stesso modo, sulla falsariga di quanto sostenuto dall'ANAC nel parere sopra citato, la questione della firma sulle offerte e/o sulla riconduzione della paternità degli atti (e della correlata responsabilità) dovrebbe essere facilmente superata nell'utilizzo delle piattaforme telematiche.

Sul principio di rotazione nelle procedure sottosoglia

di Paola Cartolano



Premesse

L'affidamento dei contratti pubblici con importo inferiore alle cd. soglie comunitarie¹ ha nel **principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** uno dei suoi canoni fondamentali: principio che, trovando applicazione solo nell'ambito delle gare sottosoglia comunitaria, non opera in caso di procedure ordinarie o comunque aperte al mercato.

Par condicio e garanzia di massima partecipazione a tutti gli operatori economici devono essere le direttrici lungo cui l'operato della stazione appaltante deve correre nell'affidamento di tale tipologia di contratti pubblici.

In termini generali si chiarisce che il principio di rotazione regola l'avvicinarsi dei concorrenti nella partecipazione ad una procedura di selezione sottosoglia comunitaria, imponendo, nei confronti degli affidatari "uscenti", un limite restrittivo al loro reinvio alla nuova gara, al fine di favorire la partecipazione del maggior numero di operatori economici, ivi incluse le microimprese, le piccole e le medie imprese.

Diviene, quindi, il principio di rotazione uno strumento di tutela della concorrenza e di contrasto

ai possibili fenomeni corruttivi nell'affidamento degli appalti pubblici, con lo scopo di evitare la creazione di posizione in capo a una stessa platea di concorrenti.

L'obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia è volto quindi ad evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore, avendo come obiettivo l'ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, in settori nei quali è maggiore il rischio del consolidarsi - soprattutto a livello locale - di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari.

Nel presente contributo, dopo aver ripercorso le modifiche legislative che hanno condotto all'introduzione nel nostro ordinamento del principio di rotazione nell'ambito dei contratti sottosoglia, si passeranno in rassegna le più recenti pronunce giurisprudenziali al fine di individuare la corretta

applicazione di detto principio, senza tralasciare gli effetti generati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 che ha inevitabilmente colpito anche l'ambito dei contratti pubblici in ragione del mancato perfezionamento di diverse procedure.

Il principio di rotazione regola l'avvicinarsi dei concorrenti nella partecipazione alle procedure sottosoglia ex art. 36 D.Lgs. 50/2016



1. Le soglie di rilevanza comunitaria a cui oggi fare riferimento sono indicate all'art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, come da ultimo elevate dal 1° gennaio 2020 dai Regolamenti (UE) 2019/1827,1828, 1829, 1830, del 30 ottobre 2019

1. La disciplina

Le disposizioni che regolano i contratti "sotto soglia" suscitano da sempre forte interesse da parte degli operatori del diritto, impegnati a trovare il giusto bilanciamento fra la garanzia della massima partecipazione alle procedure di gara e la semplificazione delle stesse, trattandosi di contratti di importo ridotto.

La disciplina dei contratti sottosoglia di cui al d.lgs. 163/2006 è stata innovata con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 ("**Codice Appalti**"), per poi essere successivamente modificata sia dal d.lgs. n. 56/2017 (cd. **Decreto Correttivo al Codice Appalti**), sia dal D.L. n. 32/2019 convertito in L. n. 55/2019 (cd. **Decreto Sblocca Cantieri**) e da ultimo con il D.L. n. 76/2020 convertito in L. n. 120/2020 (c.d. **Decreto Semplificazioni**).

Andiamo con ordine.

Rispetto al d.lgs. n. 163/2006 – che con un complesso di disposizioni consentiva l'affidamento di contratti sottosoglia all'esito di procedure semplificate rispetto a quanto previsto per gli appalti di rilevanza comunitaria, mediante la contrazione degli oneri di pubblicità degli atti di gara e la riduzione dei termini minimi da concedere ai possibili concorrenti per la presentazione di domande di partecipazione e offerte – nel Codice Appalti la disciplina viene riordinata e trova una collocazione comune.

Per quel che rileva ai fini del presente contributo, già nel precedente d.lgs. n. 163/2006 - al comma 6 dell'art. 57, al comma 7 dell'art. 59, al comma 7 dell'art. 122 e al comma 11 dell'art. 123 - si faceva riferimento al principio di rotazione ma è solo con il Codice Appalti che detto principio trova una sua definizione, essendo tra l'altro indicata la modalità per la sua concreta attuazione.

La disciplina dei contratti sottosoglia nel Codice Appalti è stata infatti inserita in un'unica disposizione che scandisce i termini per l'affidamento dei contratti in questione, sia nell'ambito dei settori "ordinari" che nell'ambito di quelli "speciali", precisando il procedimento di gara utilizzabile e le specifiche deroghe rispetto alla disciplina generale

degli affidamenti sopra soglia.

È l'**art. 36 del Codice Appalti** che oggi regola l'affidamento di contratti sottosoglia, sostituendosi all'articolata disciplina prima contenuta nel d.lgs. n. 163/2006.

Tuttavia l'art. 36 nella formulazione originaria del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva solo il «rispetto del principio di rotazione», senza fornire alcuna ulteriore indicazione circa la fattispecie a cui lo stesso dovesse essere applicato.

È con il d.lgs. n. 56/2017 che è stato introdotto il riferimento esplicito a cosa debba applicarsi il principio di rotazione.

Per desumerne la *ratio* di detto principio, è utile riferirsi allo schema del Decreto Correttivo in cui era indicato il «rispetto del principio di rotazione degli inviti» in ordine al quale il Consiglio di Stato,

nel parere della Commissione Speciale del 30 marzo 2017, n. 782, si è espresso rilevando che «... L'innovazione intenderebbe collocare la rotazione già nella fase in cui l'amministrazione si rivolge al mercato, per delineare, eventualmente, la successiva competizione tra gli operatori interessati all'affidamento. Il

meccanismo indicato, tuttavia, dovrebbe essere meglio chiarito. Sembrerebbe che l'intento sia quello di assicurare una piena turnazione degli inviti degli operatori che potrebbero aspirare al contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari. La precedente formulazione, invece, poteva intendersi nel senso che la turnazione si riferisse alla posizione di affidatario del contratto, legittimando la ripetizione di inviti alla stessa platea di operatori. Si tratta di una soluzione che, astrattamente, amplia la base degli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento. Si deve osservare, però, che in tal modo, si pongono sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti. Sarebbe preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione. In questo senso, resta ancora poco chiaro se sussista un vero e proprio dovere di non invitare il precedente

È con il d.lgs. n. 56/2017 (Correttivo) che è stato introdotto il riferimento esplicito a quali ipotesi debba applicarsi il principio di rotazione.



affidatario del contratto, o se si tratti di una mera facoltà della stazione appaltante..».

Sulla base di tali rilievi il legislatore, rispetto alla formulazione originaria del Decreto Correttivo, ha modificato in parte tale inciso dell'art. 36 del Codice Appalti prevedendo da ultimo il «rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti», provvedendo ad integrare anche il riferimento ai principi di cui – non solo all'art. 30 comma 1, come indicato nella versione originaria del d.lgs. 50/2016 – agli artt. 34 e 42.

A conferma dell'importanza del principio di rotazione si segnala che lo stesso è però l'unico principio espressamente richiamato nella norma, mentre per gli altri principi viene solo operato il rinvio ai relativi articoli.

Per gli affidamenti contemplati nell'art. 36 del Codice Appalti dunque la Stazione Appaltante è tenuta ad applicare, oltre ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, anche quello di "rotazione" da intendersi quale "avvicendamento" di più operatori economici nella partecipazione alla selezione (inviti) ovvero nell'aggiudicazione del contratto (affidamenti) nelle ipotesi di affidamento dei contratti mediante rispettivamente una procedura negoziata ovvero un affidamento diretto previsti al comma 2 dello stesso art. 36.

Intento del legislatore è, dunque, che l'alternanza tra gli operatori economici avvenga proprio e già al momento della scelta di coloro che dovranno essere invitati a partecipare alla procedura di gara. In tale quadro normativo ha – con ogni evidenza – dispiegato i suoi effetti la **pandemia da Covid-19**: le misure volte al contenimento della diffusione della pandemia con le restrizioni attuate dalle autorità competenti, hanno infatti creato uno stallo alla conclusione delle procedure di gara.

Per far fronte a tale situazione e, in generale, alla contrazione del mercato dei contratti pubblici, il legislatore è intervenuto con il D.L n. 76/2020

convertito in L. n. 120/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), introducendo diverse misure atte a snellire le procedure in alcuni ambiti ritenuti essenziali, fra cui i contratti sottosoglia.

In particolare, il Decreto Semplificazioni, ha disposto un regime speciale con la finalità di *"incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19 ..."* (art. 1 comma 1 Decreto Semplificazioni).

Il D.L. 76/2020 (Decreto Semplificazioni) per le procedure sottosoglia, ha rimodulato la disciplina di affidamento introducendo un regime speciale, parzialmente derogatorio rispetto a quello dell'art. 36 del Codice Appalti



In particolare, con riferimento alle procedure sottosoglia, è previsto che nelle ipotesi in cui la determina a contrarre, o altro atto di avvio del procedimento equiparato, sia adottato entro il 31 dicembre 2021, le stazioni appaltanti potranno derogare all'art. 36, comma 2 del Codice Appalti (e all'art. 157, comma 2 con riferimento agli incarichi di progettazione).

Rimandano nel dettaglio alle norme dell'art. 1 del Decreto Semplificazioni, si segnala che la speciale disciplina temporanea ivi contenuta fa riferimento:

- a) per servizi e forniture di importo inferiore a 75.000 € e per lavori di importo inferiore a 150.000 €, per i quali si può procedere mediante affidamento diretto;
- b) per forniture e servizi di importo pari o superiore a 75.000 € e fino alle soglie di cui all'art. 35 del Codice Appalti (ovvero 214.000 euro nei settori ordinari) nonché per lavori di importo pari o superiore a 150.000 € e inferiore a 350.000 €, per i quali è richiesta la procedura negoziata senza bando ex art. 63 del Codice Appalti, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, **nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti «che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate»**, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Per i lavori, se l'importo a base di gara è pari o superiore a 350.000 € e inferiore a un milione di €, gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata saranno dieci,

mentre saranno quindici se l'importo dei lavori è pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del Codice Appalti (ovvero 5.350.000 €).

La disciplina speciale di cui all'art. 1 del Decreto Semplificazioni mantiene pertanto fermo il principio di rotazione, non derogabile neanche in ragione dell'emergenza epidemiologica.

Ferma restando la disciplina temporanea da applicare per le procedure avviate entro il 31.12.2021, passiamo ad esaminare la disciplina "ordinaria" per gli affidamenti sottosoglia.

Testualmente, oggi la formulazione del comma 1 dell'art. 36 del Codice Appalti (come da ultimo modificata dal Decreto Semplificazioni) dispone che «1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del **principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50».

Prosegue, infatti, nel dettaglio l'art. 36 al comma 2 specificando le ipotesi nelle quali le stazioni appaltanti possono procedere ad affidare contratti sottosoglia ovvero (secondo il testo oggi in vigore, modificato dal Decreto Correttivo, dal Decreto Sblocca Cantieri e dal Decreto Semplificazioni):

«a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria;

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8».

Sempre con il Decreto Correttivo, l'art. 36 del Codice è stato modificato anche in altri commi, successivamente emendati dal Decreto Sblocca Cantieri.

In particolare, prima dell'intervento del Decreto Sblocca Cantieri, in forza della modifica introdotta dal Decreto Correttivo al comma 7 dell'art. 36, l'ANAC ha provveduto ad aggiornare le **Linee Guida n. 4** – ancora in vigore ai sensi dell'art. 216, comma 27-octies del Codice Appalti, non essendo intervenuto il regolamento previsto al medesimo comma 7 – con riferimento proprio alle specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti. Rinviando al testo delle Linee Guida n. 4 per una più approfondita disamina, per quel che rileva ai fini del presente contributo, si segnala che ad avviso dell'ANAC «3.6 Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure

dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato... In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari,

3.7 Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. ...».

2. Gli indirizzi giurisprudenziali

Con riferimento ai contratti sottosoglia, uno dei temi su cui gli operatori del diritto si sono ampiamente misurati è proprio quello della **corretta applicazione del principio di rotazione**, elemento che deve caratterizzare l'intera fase di preparazione della procedura di selezione volta all'affidamento di un contratto sottosoglia. L'interrogativo è uno: dopo l'entrata in vigore del Codice Appalti, anche alla luce delle modifiche apportate dal Decreto Correttivo, e delle Linee Guida ANAC n. 4, le stazioni appaltanti negli affidamenti sottosoglia possono invitare il contraente uscente? La risposta a questo interrogativo rappresenta il primo step per ogni stazione appaltante sin

Obiettivo del legislatore è che l'alternanza tra gli operatori economici avvenga già al momento della scelta di coloro che dovranno essere invitati a partecipare alla procedura



Negli affidamenti sottosoglia le stazioni appaltanti possono invitare il contraente uscente derogando al principio di rotazione?



dalla prima fase di predisposizione degli atti della procedura, dipendendo dallo stesso l'esito della procedura di affidamento e l'insorgere di contenzioso.

Le posizioni assunte nel corso degli anni circa la corretta applicazione di tale principio sono mutate diverse volte; l'orientamento dei giudici amministrativi si è andato via via evolvendo fino agli arresti più recenti dai quali le stazioni appaltanti possono trarre necessarie indicazioni di carattere operativo.

In generale, la giurisprudenza amministrativa è oggi consolidata nel ritenere che quello della rotazione è un **principio che può essere derogato in caso di adeguata motivazione**: la valutazione discrezionale della stazione appaltante di invitare nuovamente l'operatore economico uscente per la partecipazione alla procedura di affidamento diretto, senza ricorso alla rotazione dello stesso operatore, deve emergere dalla motivazione del provvedimento di affidamento.

Si segnala una recentissima pronuncia di Palazzo Spada secondo cui «per tutte le procedure semplificate (come quella in oggetto), la rotazione costituisce un **riferimento normativo inviolabile del procedimento amministrativo**, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente». E ancora, ad avviso del Consiglio di Stato «Detto principio costituisce, infatti, necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di

cambiare per ottenere un miglior servizio... Tale principio comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento;... La giurisprudenza ha poi esteso dette considerazioni alle concessioni di servizi, giacché l'art. 164, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36). Si è altresì precisato che tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare - nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) - già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dall'integrazione postuma, in sede contenziosa" (Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2021 n. 2292). Di interesse è anche una pronuncia del Consiglio di Stato che ha osservato che «... anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara - tanto più ove ripetuti nel tempo - che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" (recte, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale. Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura.

Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà **puntualmente motivare** tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal

senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4).

Nel caso su cui si verte, dunque, la stazione appaltante aveva solo due possibilità: non invitare il gestore uscente o, in caso contrario, motivare attentamente le ragioni per le quali riteneva di non poter invece prescindere dall'invito» (Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2019 n. 1524).

Si rileva ancora che Palazzo Spada, richiamando propri precedenti ed esprimendosi anche sulla portata delle Linee Guida n. 4 ANAC, con riferimento a un'altra vicenda ha affermato che **il principio di rotazione può essere disapplicato solo in caso di procedure aperte**: «... Detto principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di **cambiare per ottenere un miglior servizio** (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755). In questa ottica non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854). Se è vero che l'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50 cit. rimette alle Linee guida ANAC di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti - e che le Linee guida n. 4 nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 prevedevano (al punto 3.6) che "La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare

la selezione” – non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell’inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l’operatore economico mediante una **procedura aperta**, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti. Diversamente opinando, stridente ed inconciliabile sarebbe il contrasto contenuto nel medesimo paragrafo delle citate Linee Guida laddove è precisato che “Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento”. In conclusione deve ragionevolmente ammettersi che il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia **adeguata motivazione** delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l’invito anche all’operatore uscente» (Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539).

Sul punto un’altra recente pronuncia del Consiglio di Stato ha confermato che l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale evidenziando che «Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura: per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, dovrà **puntualmente motivare** tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento».

E ancora il Consiglio di Stato ha chiarito che il **principio di rotazione deve essere applicato anche dopo un’indagine di mercato**. In particolare, «... Anche a voler conferire rilievo al fatto che il gestore uscente non sia stato invitato alla procedura dalla stazione appaltante, ma

abbia partecipato per adesione spontanea, il dato si infrange irrimediabilmente sul chiaro tenore testuale della norma citata che impone il rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti, in modo da assicurare l’effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all’art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall’invito). 9.6. Risultano condivisibili i rilievi mossi all’operato dell’Amministrazione comunale, nella misura in cui “non ha palesato le ragioni che l’hanno indotta a derogare a tale principio”: ciò in linea con i principi giurisprudenziali per cui “ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito di quest’ultimo (il gestore uscente), dovrà **puntualmente motivare** tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all’oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell’Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4)” (ex multis: C.d.S., Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125)» (Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 2019 n. 3831).

La giurisprudenza amministrativa è oggi consolidata nel ritenere che quello della rotazione è un principio che può essere eccezionalmente derogato solo in caso di adeguata motivazione

Sotto il **profilo processuale**

è di rilievo individuare il momento a partire dal quale l’operatore economico – che lamenti la mancata applicazione del principio di rotazione – può tutelare le proprie ragioni. Sul punto i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che «Laddove si lamenti la mancata applicazione del principio di rotazione, il concorrente può indi ricorrere già avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, che concreta a suo danno, in via immediata e diretta, la paralisi di quell’ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione che il principio di rotazione mira ad assicurare. Diversamente opinando, ovvero se non vi fosse la

possibilità di ricorrere avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, la specificazione operata dall'art. 36 comma 1 del Codice dei contratti pubblici che il principio di rotazione opera già nella fase degli inviti sarebbe priva di ratio. In tal senso, pertanto, non può essere posto in dubbio il collegamento con l'impugnazione immediata delle ammissioni disciplinata dall'art. 120 comma 2-bis del Codice del processo amministrativo...» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 17 gennaio 2019 n. 435).

3. Conclusioni

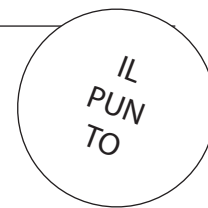
In estrema sintesi, tenuto conto della portata dell'art. 36 del Codice e degli ultimi arresti giurisprudenziali in ordine al principio di rotazione, al momento è possibile affermare che:

- con riferimento all'affidamento dei contratti sottosoglia nell'ordinamento italiano non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente;
- il principio di rotazione, in taluni casi eccezionali e comunque motivando in maniera adeguata l'invito a formulare offerta, è derogabile da parte delle stazioni appaltanti;
- la partecipazione, alla procedura, dell'affidatario uscente, priva di motivazione, espone la stazione appaltante ad un rischio di contenzioso.

La regola generale può quindi subire eccezioni solo in presenza di circostanze particolari, come il numero ridotto di operatori presenti sul mercato, il grado di soddisfazione maturato nel precedente rapporto contrattuale o l'oggetto e le caratteristiche del mercato di riferimento. In ogni caso, l'eventuale invito del contraente uscente deve essere sorretto da un'attenta motivazione, sussistendo al riguardo un onere di motivazione rafforzato. Rimane ferma la normativa speciale e temporanea di cui al Decreto Semplificazioni, adottata al fine di rilanciare il mercato dei contratti pubblici, contrattosi a causa della diffusione della pandemia da Covid-19.

L'accesso agli atti nelle gare d'appalto: l'accoglimento da parte della stazione appaltante a seguito di necessaria istruttoria e ponderata complessiva valutazione nell'ambito dei principi di trasparenza, di riservatezza e di tutela del diritto alla difesa

di Beatrice Corradi



1. L'accesso, in via generale, come ampia tutela di situazioni giuridicamente rilevanti

L'accesso agli atti è considerato non solo ed esclusivamente come un istituto capace di permettere la conoscenza dei documenti amministrativi in via strumentale alla partecipazione procedimentale o alla difesa in giudizio, ma anche come idoneo ad ottenere la conoscenza di atti del procedimento amministrativo ogniqualvolta venga rilevata la sussistenza di un interesse alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, la cui nozione è più ampia ed estesa rispetto a quella dell'interesse all'impugnazione, potendo avere ad oggetto atti idonei a dispiegare effetti diretti o indiretti nei confronti dell'istante indipendentemente dalla sussistenza o meno di una loro lesività.

Ai fini dell'accesso agli atti, il soggetto richiedente deve poter vantare un interesse che, oltre ad essere serio e non emulativo, rivesta carattere personale e concreto, ossia ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico rapporto. In sostanza,

occorre che il richiedente intenda poter supportare una situazione di cui è titolare, che l'ordinamento stima di sua meritevole tutela, con la conseguenza che non è sufficiente addurre il generico e indistinto interesse di qualsiasi cittadino alla legalità e al buon andamento dell'attività amministrativa, bensì è necessario che il richiedente dimostri che, in virtù del proficuo esercizio del diritto di accesso agli atti e/o documenti amministrativi, verrà inequivocabilmente a trovarsi titolare di poteri di natura procedimentale, volti in senso strumentale alla tutela di altri interessi giuridicamente rilevanti (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. I, 14/11/2019, n.2403).

Ai fini del legittimo esercizio del diritto di accesso agli atti amministrativi, il nesso di strumentalità fra l'interesse all'accesso e la sua rilevanza ai fini della proposizione di un giudizio deve essere inteso in senso ampio, dovendo la documentazione richiesta costituire, genericamente, un mezzo utile per la difesa dell'interesse del richiedente e non, invece, uno strumento di prova diretta della lesione di tale interesse.

2. Il diritto di accesso alla documentazione amministrativa nelle gare d'appalto. La divulgazione del segreto industriale o commerciale

Le norme che regolano l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici sono definite dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, ma vi aggiunge speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che si manifestano e assumono rilievo nel contesto delle procedure evidenziali.

In forza della citata disposizione l'accesso agli atti di gara è "comunque" consentito al solo concorrente che abbia partecipato alla selezione, purché la documentazione richiesta sia effettivamente funzionale alla difesa dei diritti del richiedente. Il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l'opposizione di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza.

La partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta infatti l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l'obbligo tassativo per il richiedente l'accesso, di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici. Vi è, in altri termini, nella decisione di un'impresa di partecipare a gare di appalto pubbliche una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, ove quest'ultimo sia impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo all'interno di una gara pubblica, proprio in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono quest'ultima

(cfr. T.A.R. Bari (Puglia), sez. III, 19 dicembre 2014, n. 1603).

L'istante, il quale ha partecipato alla gara, è titolare di un interesse diretto, attuale e concreto (ex artt. 22, comma 1, lett. b) legge n. 241/1990 e 2, comma 1 d.p.r. n. 184/2006) all'accesso pieno all'offerta tecnica in vista della (strumentale alla) tutela in giudizio della proprie posizioni giuridiche soggettive (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431: "..., se è vero che il diritto di accesso deve essere più propriamente definito quale "potere di natura procedimentale volto in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritto o interessi)" (Cons. Stato, ad. Plen., 20 aprile 2006 n. 7; sez. IV, 28 febbraio 2012 n. 1162), esso deve tuttavia avere i caratteri (che deriva dalla posizione cui afferisce) della personalità, concretezza e attualità, e postula un accertamento concreto dell'esistenza di un interesse differenziato della parte che richiede i documenti (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006 n. 555).").

Il diritto di accesso deve essere più propriamente definito quale potere di natura procedimentale volto in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante: esso deve tuttavia avere i caratteri della personalità, concretezza e attualità, e postula un accertamento concreto dell'esistenza di un interesse differenziato della parte che richiede i documenti.

Sotto un profilo normativo va infatti premesso che l'art. 53 del codice dei contratti pubblici rinvia alla disciplina generale di cui agli artt. 22 e seguenti della L. 241/1990, salvi gli specifici limiti all'accesso e alla divulgazione previsti dai commi dal 2 a 6 dello stesso art. 53.

La previsione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento e l'introduzione

di veri e propri divieti di divulgazione del contenuto di determinati atti, si pongono come regole destinate a disciplinare in modo completo tutti gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici.

Come tali, esse tracciano una sorta di microsistema normativo, collegato alla peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali tracciate dalla L. n. 241 del 1990 (cfr. Tar Lazio, sez. II, n. 4945/2019 che richiama Cons.

Stato, sez. V, n. 3079/2014). Si tratta di previsioni molto più restrittive di quelle contenute nell'art. 24, L. n. 241 del 1990 cit., posto che nel regime ordinario l'accesso è consentito ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, nn. 3953/2018 e 4813/2017).

Costituisce essenziale corollario applicativo delle premesse sopra esposte la regola che, proprio in applicazione della disciplina di cui all'art. 53, impone al giudice *"un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta ... allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso"* (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6083/2018).

Se è vero che secondo l'orientamento nettamente maggioritario della giurisprudenza, il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale deve ritenersi prevalente rispetto al diritto alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta, è altrettanto vero che va operata una stringente verifica del nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la necessità della tutela giurisdizionale della posizione dell'istante.

Nel bilanciamento con i profili di riservatezza va rammentato che la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta quindi, come detto, l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione.

L'opposizione (parziale) all'ostensione dei documenti richiesti non può essere articolata

L'accesso agli atti deve presupporre quindi un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso. Va operata una stringente verifica del nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la necessità della tutela giurisdizionale della posizione dell'istante.



in termini generici senza alcun preciso riferimento, ad esempio, alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto o alle particolarità dell'offerta proposta, non assolvendo così all'onere di motivazione di cui all'art. 53 comma 5 lett. a) del D.lgs. 50/2016. L'opposizione non si può risolvere in una mera perifrasi di stile e la stazione appaltante deve svolgere una autonoma valutazione, non aderendo sostanzialmente in modo acritico ai rilievi formulati (talvolta in termini generici) dall'aggiudicataria.

Spetta all'offerente indicare le parti dell'offerta che contengano detti segreti tecnici o commerciali, con una motivata e comprovata dichiarazione, ma tale manifestazione è suscettiva di autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il

profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego (T. A. R. Campania - Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437).

3. In particolare l'art. 53, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016: le rispettive e contrapposte ragioni del richiedente che chiede l'accesso e dell'impresa controinteressata che vi opponga la tutela della riservatezza per esigenze connesse a segreti tecnici o commerciali

L'art. 53 sancisce: "sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione [...] alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

La giurisprudenza ha altresì chiarito che *"La particolare voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella*

parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale)." (Cons. di Stato, V, 64/2020 cit.).

La *ratio legis* è, infatti, di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica, che non deroga ma assicura la corretta competizione tra imprese, del diritto di accesso – per quanto garantito dal principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 l. n. 241 del 1990) – non si possa fare un uso emulativo, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l'istanza allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri (cfr. Cons. Stato, VI, 19 ottobre 1990, n. 6393).

Il sancito limite alla ostensibilità è comunque subordinato all'espressa "manifestazione di interesse" da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di "motivata e comprovata dichiarazione", mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un

segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia. A tal fine, la presentazione di una istanza di accesso impone alla stazione appaltante di coinvolgere, in rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme di cui alla disciplina generale del procedimento amministrativo, e richiede una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza.

Le rispettive e contrapposte ragioni del richiedente che chieda l'accesso e dell'impresa controinteressata che vi opponga la tutela della riservatezza per esigenze connesse a segreti tecnici o commerciali, lungi dal tradursi, dunque, nell'automatica prevalenza a favore dell'interesse del primo alla conoscibilità della documentazione di gara, dovranno quindi essere criticamente considerate e soppesate dalla stazione appaltante, nell'ambito di una valutazione discrezionale a quest'ultima rimessa.

Pertanto, è esente dai dedotti profili di illegittimità l'operato della Stazione appaltante che ha tenuto conto delle motivate e comprovate dichiarazioni di diniego all'accesso espresse dalle controinteressate.

La trasparenza e riservatezza sono valori primari per l'azione amministrativa: va rilevato che la legge non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta

valevole ex ante, ma impone una valutazione in concreto dei motivi adottati a difesa del segreto, in modo che possa non essere in maniera preclusiva escluso l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Del resto, l'accesso è, nella materia di appalti, strettamente legato alla sola esigenza di "difesa in giudizio": previsione più restrittiva di quella dell'art.

L'art. 53, stabilisce "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a)" è consentito l'accesso al concorrente non più "in vista" e "comunque" (come nel testo del previgente art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006), ma esclusivamente "ai fini" della difesa in giudizio dei propri interessi: così confermando il rapporto di stretta funzionalità e strumentalità che deve sussistere tra la documentazione oggetto dell'istanza, contenente, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali, e le esigenze difensive.



24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (cfr. Cons. Stato, V, 9 dicembre 2008, n. 6121).

Tanto è ulteriormente confermato dalla lettera del citato art. 53, dove "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a)" è consentito l'accesso al concorrente non più "in vista" e "comunque" (come nel testo del previgente art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006), ma esclusivamente "ai fini" della difesa in giudizio dei propri interessi: così confermando il rapporto di stretta funzionalità e strumentalità che deve sussistere tra la documentazione oggetto dell'istanza, contenente, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali, e le esigenze difensive, specificamente afferenti "alla procedura di affidamento del contratto".

Trasparenza e riservatezza sono valori primari per l'azione amministrativa va tuttavia rilevato che la legge non pone una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole ex ante, ma impone un valutazione in concreto dei motivi adottati a difesa del segreto, in modo che possa non essere preclusivamente vulnerato l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (non più "in vista" e "comunque" come nel testo del previgente art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006).

Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio.

L'accesso agli atti di gara non è pacificamente sempre integrale a fronte della deduzione di esigenze di difesa, essendo sempre necessario, nel bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali e commerciali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo", l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate.

L'interesse all'accesso ai documenti oggetto delle

istanze non può essere considerato "in astratto" né può prescindere dalla dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia. La sussistenza di un segreto tecnico o commerciale, cioè di un quid pluris rispetto alla mera "riservatezza" della documentazione oggetto dell'accesso, è idonea ad escludere, ove motivata e comprovata, l'esercizio del diritto di accesso.

4. Termini per l'impugnazione degli atti e conoscibilità degli atti a seguito di istanza di accesso

L'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata, per la quale, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti.

Infatti, non si può escludere che il principio della piena conoscenza o conoscibilità si applichi anche in tale caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario, poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti. La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Pertanto, secondo l'indicato indirizzo giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 25 settembre 2020 "non è lecito pretendere che un operatore economico, per essere legittimato all'accesso all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba proporre un cd. ricorso al buio. L'istituto dell'accesso documentale è costruito come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo".

L'interesse che supporta il richiesto accesso non può essere ritenuto emulativo, nel caso in cui sia stato puntualmente riferito al concreto ed attuale interesse dell'impresa concorrente, differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati secondo le previsioni della legge n. 241/1990, a verificare la corrispondenza, ad esempio, del prodotto offerto dalla concorrente risultata aggiudicataria alle caratteristiche richieste a pena di esclusione e la correttezza delle valutazioni tecniche della commissione. Ciò ai fini della possibilità, da di valutare *ex ante* ed *in abstracto* con riferimento al momento della domanda, di ottenere una tutela giurisdizionale e comunque di conoscere le possibili violazioni delle regole dell'evidenza pubblica secondo le disposizioni del c.d. codice dei contratti pubblici, necessariamente interpretate secondo la disciplina euro unitaria di riferimento (direttiva ricorsi n. 89/665/CEE, Considerando n. 122 della direttiva n. 2014/24/UE), che non subordina l'esercizio di tale interesse alla proposizione di un ricorso giurisdizionale.

L'accesso agli atti, tra l'altro, deve essere riconosciuto, anche secondo consolidata giurisprudenza amministrativa, ad esempio, nei confronti della società esclusa dalla gara connotata, infatti, da "interesse strumentale", proprio ad indicare l'esistenza di un indiretto (ma concreto)

vantaggio derivante dalla radicale demolizione dei risultati di gara, consistente per l'appunto nella salvaguardia delle proprie prerogative di aggiudicazione qualora si dovesse provvedere alla riedizione della procedura selettiva (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5261).

Un'impresa è, dunque, titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", miri ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (Cons. Stato, A.P., 10 novembre 2008, n. 11).

Pertanto, pur se ritenuta legittima ed accettata la propria esclusione, il soggetto è titolare di una peculiare posizione "differenziata" (rispetto al terzo non partecipante) a che lo svolgimento della procedura di affidamento avvenga in modo rispettoso delle norme e delle disposizioni di gara. Ciò in quanto, qualora l'aggiudicazione si riveli illegittima, anche mediante l'accesso agli atti esperito, la procedura andrà totalmente rinnovata, con conseguente acquisizione della chance di partecipazione e quindi di possibile nuova aggiudicazione (TAR Sardegna, sez. I, 25 novembre 2009, n. 1954).

Tassatività delle cause di esclusione e difformità dell'offerta tecnica rispetto alle specifiche tecniche previste dalla legge di gara. L'assenza di un requisito comporta sempre l'esclusione?

di Ilenia Paziani

IL
PUN
TO

1. Le specifiche tecniche

Ai sensi dell'articolo 68 del Codice dei Contratti Pubblici le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono nei documenti di gara "specifiche tecniche" in grado di definire le caratteristiche previste per i lavori, i servizi o le forniture oggetto della procedura di affidamento.

L'articolo 68 al comma 5 precisa che "le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti:

- a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto;
- b) mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di

progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l'espressione «o equivalente»;

- c) *in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera a), con riferimento alle specifiche citate nella lettera b) quale mezzo per presumere la conformità con tali prestazioni o requisiti funzionali;*
- d) *mediante riferimento alle specifiche tecniche di cui alla lettera b) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera a) per le altre caratteristiche."*

In ogni caso, le specifiche tecniche devono essere formulate in modo da consentire **pari accesso** degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione ed in modo tale da non comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (cfr. comma 4 art. 68).

L'indicazione delle specifiche tecniche consente quindi all'operatore economico di individuare le caratteristiche che la prestazione o il prodotto deve avere per poter concorrere alla procedura di affidamento.

Attraverso la formulazione delle specifiche tecniche è possibile operare una restrizione del mercato e favorire determinati operatori a danno di altri.

Per tale ragione, in conformità ai principi euro-unitari, la formulazione delle specifiche tecniche deve essere orientata al rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza, corretta informazione e divieto di fare ingiustamente riferimento a marchi specifici senza consentire l'offerta di un prodotto equivalente.

Altrettanto fondamentale appare precisare che il rispetto di tali principi è strettamente correlato anche alla modalità di previsione delle specifiche tecniche utilizzata dalla amministrazione aggiudicatrice nella legge di gara.

La *lex specialis* deve infatti indicare chiaramente le specifiche tecniche che devono intendersi:

- da possedere obbligatoriamente, con sanzione espulsiva in caso di mancato possesso;
- previste a titolo di miglioria, con la conseguenza che il loro mancato possesso può comportare, al più, l'attribuzione di un punteggio qualitativo inferiore e mai l'esclusione dalla gara.

In altri termini, non sempre l'offerta priva delle caratteristiche tecniche comporta l'esclusione del concorrente dalla gara, e ciò dipende dalla modalità di formulazione della legge di gara.

Ciò premesso, appare evidente l'importanza della formulazione di suddette caratteristiche, al fine di consentire all'operatore economico di comprendere *ex ante*, e quindi prima della presentazione dell'offerta, quali caratteristiche è obbligato a possedere (caratteristiche minime), quali invece non è obbligato a possedere e in quali casi può ritenersi ammessa l'offerta di un prodotto "equivalente".

Lo scopo del presente contributo è quello di delineare i limiti della sanzione espulsiva per mancato possesso delle specifiche tecniche, in rapporto ai principi generali di tassatività delle cause di esclusione, al principio di equivalenza e al principio di vincolatività della legge di gara e parità di trattamento.

2. Tassatività, equivalenza e vincolatività della legge di gara

Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste per la specifica procedura di gara nel bando o nella lettera di invito.

La chiara individuazione di specifiche tecniche nella legge di gara è imprescindibile per consentire, da un lato, alla stazione appaltante di ottenere la prestazione o il bene il più possibile aderente ai suoi bisogni (a tutela dell'interesse pubblico); dall'altro lato, per permettere all'operatore economico di presentare l'offerta che gli consente di avere maggiori *chances* di aggiudicazione.

Per tale ragione la stazione appaltante indica quei requisiti minimi che la prestazione o il bene offerto deve possedere per poter concorrere alla procedura competitiva.

Ne discende che, come regola generale, l'operatore economico che offre una prestazione o un prodotto privo dei requisiti minimi di carattere tecnico dev'essere escluso dalla procedura di gara (così Cons. Stato, Sez. III, 1° luglio 2015, n. 3275; 11 dicembre 2019, n. 8429).

Tuttavia, una Commissione di gara che si ritrova a dover valutare un'offerta

non deve e non può escludere automaticamente un operatore economico ogni qualvolta riscontri l'assenza o la difformità ad una o più caratteristiche tecniche previste nella legge di gara.

Se è vero infatti che l'operatore economico è senz'altro chiamato a presentare un'offerta conforme alle disposizioni di gara; altrettanto vero è che non tutte le caratteristiche tecniche sono necessarie per la corretta esecuzione dell'appalto oggetto della specifica gara.

In altri termini, un prodotto può soddisfare i medesimi bisogni (ottemperare al medesimo scopo) pur avendo caratteristiche simili, ma non identiche a quelle specificamente richieste dalla legge di gara.

Di conseguenza è fondamentale che laddove la stazione appaltante ritenga che alcune

Come regola generale deve essere esclusa dalla gara un'impresa che abbia offerto un prodotto privo dei requisiti minimi di carattere tecnico richiesti per la partecipazione.



caratteristiche tecniche siano davvero fondamentali ed immancabili, lo preveda espressamente nella legge di gara.

In virtù del principio di tassatività, è quindi innanzitutto necessario che la legge di gara stabilisca inequivocabilmente quali caratteristiche tecniche devono intendersi a pena di esclusione.

3. Principio di tassatività

Secondo il principio di tassatività delle cause di esclusione, contenuto al comma 8 dell'articolo 83 del Codice, nella legge di gara sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti, con la precisazione che i bandi e le lettere di invito **non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione** rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti.

In termini generali, lo scopo del principio di tassatività è quello di evitare esclusioni basate su violazioni meramente formali e di ricollegare tale sanzione alla sola carenza sostanziale dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento costituisce una regola volta a favorire la massima partecipazione, con il divieto di aggravio del procedimento, con lo scopo quindi di evitare esclusioni anche per violazioni puramente formali.

Nello specifico, con riferimento alla previsione di requisiti tecnici che tutti i partecipanti alla gara devono possedere, il principio di tassatività implica che affinché la sanzione espulsiva possa operare, è necessario che sia espressamente prevista negli atti di gara.

Il concorrente dunque non può essere escluso nell'ipotesi in cui **manchi un'espressa comminatoria** in tal senso nella *lex specialis*, detta carenza non consente infatti l'automatica estromissione dalla gara.

In taluni casi però, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, la carenza di una caratteristica tecnica "minima" può comportare comunque l'estromissione dalla gara del concorrente.

Ci si riferisce tuttavia esclusivamente a quei casi in cui "il concetto di essenzialità, riferito ai contenuti dell'offerta tecnica dev'essere **chiaro ed evidente** nelle previsioni di gara, e non può essere ex post ritagliato sulla scorta di una interpretazione sistematica delle stesse, che ne estenda la portata sino alla valutazione della "sufficienza" dei contenuti tecnici" (Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2019, n. 4865; 22 febbraio 2018 n. 1137).

3.1 Un caso pratico: la mancata esclusione di un operatore economico a fronte dell'offerta di un prodotto non identico a quello richiesto dalla legge di gara

È stata infatti recentemente esclusa la portata escludente di una caratteristica tecnica in quanto il Consiglio di Stato ha ritenuto che il "complesso delle previsioni della legge di gara (...) legittimamente induca ad intendere le caratteristiche tecniche qui controverse come prive di portata escludente, ovvero, in ultima analisi, come affette da un limite di assenza di univocità che ne suggerisce una interpretazione improntata al favor participationis".

Nel caso di specie il giudizio aveva ad oggetto una fornitura in ambito sanitario.

Uno dei partecipanti, risultato poi aggiudicatario, aveva offerto un prodotto che non rispecchiava esattamente le richieste del capitolato di gara.

In particolare la fornitura aveva ad oggetto "filo guida angiografico idrofilico" per emodinamica, il capitolato indicava una doppia tipologia di "filo: standard e stiff", tuttavia l'aggiudicatario aveva offerto solo la tipologia standard.

Ebbene, secondo la tesi della ricorrente la caratteristica tecnica mancante costituiva, per

In virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione il mancato possesso di una caratteristica tecnica non può comportare l'automatica esclusione del concorrente se manca un'espressa comminatoria in tal senso nella lex specialis

ragioni scientifiche, una caratteristica tecnica essenziale per la fornitura e ciò sarebbe stato desumibile sia dal tenore letterale della legge di gara, sia dall'utilizzo della congiunzione "e".

Ebbene, il Collegio, dopo un'attenta disamina del disciplinare e del capitolato ha rilevato che la legge di gara *"nel definire le caratteristiche dei prodotti dei diversi lotti oggetto di gara - solo in taluni casi (...) ha esplicitato il carattere escludente solo di alcune delle caratteristiche elencate (...). Una **sistematica visione** del capitolato conferma dunque che i parametri tecnici della fornitura sono stati dettagliati con un variegato livello di puntualità e di rigore e con una **diversa modulazione del connotato di essenzialità, di volta in volta associato a taluni, ma non costantemente a tutti i requisiti elencati"***.

Il Collegio non ha quindi ravvisato elementi tali da poter includere inequivocabilmente la richiesta di un filo tipologia "stiff" tra le caratteristiche richieste a pena di esclusione.

Pertanto, il Consiglio di Stato, confermando la sentenza del giudice di prime cure ha giudicato che *"Il principio dell'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, **anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione**, può valere nei casi in cui la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che **con assoluta certezza**, si qualificano come caratteristiche minime. Nel caso in cui non vi sia tale certezza ma vi sia un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, trova applicazione il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della lex specialis maggiormente rispettosa del principio del favor participationis e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività delle cause di esclusione. In tali casi l'Amministrazione può discostarsi da interpretazioni apparentemente letterali ma*

L'esclusione dalla gara in assenza di un'espressa comminatoria di esclusione è limitata ai casi in cui l'essenzialità del requisito mancante risulti chiara ed evidente dalle previsioni della legge di gara



Le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta se l'operatore economico ne dimostra l'equivalenza anche attraverso la documentazione tecnica allegata in sede di offerta



non tutelanti il legittimo affidamento e la par condicio dei partecipanti" (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020 n. 3084).

Se ne desume quindi *a contrario* che il tenore escludente e l'indispensabilità di una caratteristica tecnica può desumersi dalla legge di gara anche implicitamente, ma a patto che tale portata sia chiara e inequivoca.

I limiti individuati nella pronuncia sopra richiamata, che predilige un'interpretazione sistematica su un'interpretazione letterale della singola prescrizione della legge di gara, rendono questo orientamento giurisprudenziale pienamente coerente sia con il principio

di tassatività delle cause di esclusione, sia con il principio di vincolatività della legge di gara (cfr. sul punto da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2021 n. 1863).

4. Assenza dei requisiti minimi e principio di equivalenza

Quando si parla di specifiche tecniche assume particolare importanza anche il principio di equivalenza.

Con particolare riferimento agli appalti di forniture infatti, trova generale applicazione il principio di equivalenza, di matrice comunitaria, diretto a tutelare la libera concorrenza e la *par condicio* tra i partecipanti alle gare.

Vediamo in che modo.
L'articolo 68 del Codice dei contratti pubblici - che attua l'art. 42 della direttiva 2014/24/UE - precisa che le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture devono consentire *"pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli*

ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza".

Al comma 6, la disposizione specifica inoltre che *"Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»".*

Precisando poi che *"le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente **dimostra**, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte **ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche**".*

In base a tale principio, l'offerente può fornire con qualsiasi mezzo appropriato la prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, fermo restando che la stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza. La possibilità di ammettere, a seguito di valutazione della stazione appaltante, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione.

Il principio di equivalenza opera a prescindere da espressi richiami nella legge di gara, i concorrenti non sono onerati a presentare un'apposita dichiarazione di equivalenza, potendo la Commissione desumere l'equivalenza anche in forma implicita da idonea documentazione tecnica a corredo dell'offerta



Va da sé, che a mente del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, l'offerente è tenuto a provare l'equivalenza dei suoi prodotti contestualmente all'offerta (Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, sentenza 12 luglio 2018, C-14/17).

In ogni caso, va precisato che:

- il principio trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica;
- e che i concorrenti non sono onerati di una apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza **anche in forma implicita**, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2020, n. 7404).

Negli appalti di forniture, la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti è quindi generalmente ritenuta idonea a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento del giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093).

Pertanto, una volta che l'Amministrazione, anche implicitamente, abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico - discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l'erroneità (Cons. Stato, sez. III 13 dicembre 2018 n. 7039).

Come anticipato, il principio di equivalenza trova applicazione, indipendentemente da un espresso richiamo nella legge

di gara; tuttavia l'amministrazione aggiudicatrice può, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica (motivando), escludere l'equivalenza del prodotto offerto e disporre l'esclusione dell'operatore economico per difformità dell'offerta.

La dichiarazione di equivalenza non può infatti risolversi nell'offerta di un prodotto diverso rispetto alle esigenze della amministrazione aggiudicatrice (*aliud pro alio*).

4.1 Un caso pratico: l'esclusione di un operatore economico a fronte dell'offerta di un prodotto non conforme e non equivalente

In una recente pronuncia del TAR L'Aquila, è stata ritenuta illegittima l'aggiudicazione disposta in favore di un operatore economico che aveva offerto un prodotto con caratteristiche tecniche diverse rispetto a quelle espressamente richieste dalla legge di gara, sul presupposto che l'equivalenza deve essere esclusa in presenza di "specifiche minime" (cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 22 settembre 2020 n. 327).

Il giudizio riguardava una fornitura avente ad oggetto strumentazione concernente il trattamento dello scompenso cardiaco, inclusi dei kit monouso per impianto di *pacemaker* e defibrillatore. L'aggiudicatario aveva offerto una tipologia di "pinza" (Halsted Mosquito) in luogo di una specifica pinza richiesta dalla legge di gara (pinza passafilo). Il Disciplinare di gara richiedeva in modo puntuale le caratteristiche specifiche della fornitura ritenute come "essenziali", costituendo "requisiti indispensabili" per l'ammissione dell'offerta.

Il Capitolato precisava inoltre che l'assenza di una delle caratteristiche minime (e la mancata offerta di un prodotto equivalente ex articolo 68) avrebbe comportato l'esclusione.

Il Collegio, a seguito di verifica, ha rilevato che la pinza offerta era caratterizzata da una destinazione d'uso diversa da quella della specifica tipologia di pinza richiesta dalla legge di gara.

Per tale ragione, il Collegio ha ritenuto che l'offerta dell'aggiudicatario non fosse rispondente alle caratteristiche tecniche minime individuate dalla *lex specialis* da un punto di vista operativo e funzionale.

Pertanto, considerato che

- la legge di gara individuava tale caratteristica tra quelle da possedere a pena di esclusione
- e che, alla luce delle conclusioni del verificatore, non era nemmeno possibile

ritenere "equivalente" la pinza offerta dall'aggiudicatario, il TAR ha ritenuto l'aggiudicazione illegittima.

La stazione appaltante avrebbe infatti dovuto procedere all'esclusione dell'offerta dalla gara in quanto il prodotto offerto difettava di uno dei requisiti ritenuti indispensabili dalla legge di gara, non potendosi ritenere il prodotto offerto dal concorrente nemmeno equivalente.

La pronuncia si inserisce in un filone giurisprudenziale teso ad evidenziare che il principio di equivalenza non può in ogni caso risolversi nell'offerta di un prodotto diverso da quello specificamente richiesto negli atti di gara.

In particolare *"la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un "aliud pro alio" idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione; tale rigido automatismo, valido anche in assenza di un'espressa comminatoria escludente, opera tuttavia solo nel caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione Pubblica e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie ed indefettibili"* (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084).

5. I chiarimenti come interpretazione autentica delle *lex specialis*

Nelle procedure ad evidenza pubblica le uniche fonti da cui desumere le specifiche regole applicabili sono costituite dalla legge di gara e quindi dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati.

Come recentemente giudicato, nel caso di contrasti tra le singole disposizioni del bando, del disciplinare di gara e/o del capitolato speciale d'appalto, il contenuto del bando di gara prevale sulle disposizioni del disciplinare e del capitolato speciale (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2021, n. 1813).

Premesso quanto evidenziato nei precedenti paragrafi con riferimento alla necessità di una legge di gara che preveda espressamente ed

in maniera chiara quali requisiti sono richiesti a pena di esclusione, non è rara l'ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici si ritrovino a dover rispondere a richieste di chiarimenti da parte dei potenziali concorrenti.

La stazione appaltante, tra la data di emissione del bando ed il termine per la presentazione delle offerte, pubblica dei chiarimenti sia in risposta a quesiti dei concorrenti sia anche di propria iniziativa.

I chiarimenti possono infatti rivelarsi molto utili al fine di meglio comprendere la portata di una determinata prescrizione, al fine di evitare all'operatore economico di incorrere in errori che potrebbero comportare l'esclusione dalla gara.

Posto quanto appena evidenziato circa la portata escludente di specifiche caratteristiche tecniche che deve essere chiara ed inequivoca, pena l'illegittimità dell'esclusione, è certamente preferibile per l'operatore economico che dovesse nutrire dei dubbi sull'applicazione della legge di gara, chiedere in anticipo (e cioè prima di trasmettere l'offerta) se un determinato requisito è richiesto a pena di esclusione o se il mancato possesso non è idoneo a precludere la partecipazione alla gara.

Per tale ragione, e per non incorrere in errori che potrebbero compromettere la partecipazione alla gara, pare opportuno precisare i limiti dei chiarimenti forniti dalle stazioni appaltanti.

Anche i chiarimenti devono infatti tenere conto dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di vincolatività della legge di gara.

Costituisce ormai principio consolidato quello che ritiene che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificare, né integrare la legge di gara.

In particolare i chiarimenti non possono essere interpretati e applicati dalla Commissione (se prevista o comunque dall'organo che procede alla valutazione delle offerte) con l'effetto di integrare la lex specialis (cfr. TAR Lombardia – Brescia, 6

maggio 2020, n. 334; TAR Sardegna, sez. I, 17 dicembre 2019, n. 893; TAR Piemonte, I, 11 novembre 2019, n. 1121; TAR Toscana, Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 1630).

La legge di gara (bando, capitolato, disciplinare e allegati) rappresenta infatti l'unica fonte di riferimento tanto per i concorrenti, quanto per stazione appaltante in applicazione del canone di certezza, affidamento, partecipazione massima, concorrenza.

La stessa amministrazione non conserva quindi margini di discrezionalità nella concreta attuazione dei chiarimenti e non può disapplicare le disposizioni della *lex specialis*, neppure quando alcune di queste regole risultino inopportune o incongrue o comunque superate, fatta salva la sola possibilità di procedere all'annullamento delle regole di gara nell'esercizio del potere di autotutela (TAR Lombardia, Milano, sez. II, 26 giugno 2020, n. 1215).

I chiarimenti forniti dalla stazione appaltante non possono attribuire ad una disposizione di gara un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso.



Come pacificamente affermato, *"l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti autointerpretativi, non può modificare o integrare la disciplina di gara pervenendo alla sua sostanziale disapplicazione. I chiarimenti sono infatti ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e la ratio, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. Pertanto, i chiarimenti integrativi della lex specialis nei sensi sopra detti non sono vincolanti per la commissione giudicatrice"* (Cons. Stato sez. V, 5 marzo 2020, n.1604).

In altri termini, i chiarimenti della stazione appaltante possono costituire interpretazione autentica, contribuendo a chiarire la volontà provvedimentale della P.A., soltanto in assenza di conflitto tra le delucidazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole

chiarite, dovendosi in caso di contrasto ritenere prevalenti le clausole della *lex specialis* per quello che oggettivamente prescrivono (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018 n. 279; vedi sul punto anche *ex multis*: Cons. Stato, Sez. III, 13 gennaio 2016 n. 74; 20 aprile 2015 n. 1993; Sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014).

Ne discende che la Commissione nella valutazione dell'offerta tecnica e nella valutazione di conformità della stessa alle specifiche tecniche indicate nella *lex specialis* non può e non deve tener conto di quei chiarimenti che darebbero luogo ad una integrazione postuma della legge di gara.

L'esclusione di un concorrente per difformità tecnica dell'offerta non può mai derivare dall'interpretazione (seppure autentica) fornita dall'amministrazione aggiudicatrice in corso di gara, ma deve essere sempre ricondotta al mancato rispetto di previsioni espresse (conoscibili *ex ante*) e contenute nella legge di gara, unica fonte in grado di regolamentare la specifica procedura.

Il ruolo del broker assicurativo per la tutela degli interessi pubblici (parte prima)

di Sonia Lazzini

IL
PUN
TO

Premessa

Il broker è un mediatore professionale di assicurazioni, **che agisce su incarico fiduciario del cliente**, fornendo una specifica attività di consulenza nel settore assicurativo (cfr sentenza numero 63 del 26 gennaio 2021 pronunciata dal Tar Emilia Romagna, Bologna).

ma non solo

“(…) la figura dei broker, l’art. 109, comma 2, lett. b del d.lgs. 07/09/2005 n. 209 (“Codice delle assicurazioni private”) li definisce come “i mediatori di assicurazione o di riassicurazione”, cioè i soggetti **“intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione”**; e l’art. 106 prevede che “l’attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa consiste nel proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare

assistenza e consulenza o compiere altri atti preparatori relativi alla conclusione di tali contratti o nella conclusione di tali contratti, ovvero nella collaborazione alla gestione o all’esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati.(…)”.

Da ciò consegue che “il broker, quindi, non è un rappresentante delle parti (o di una di esse) contraenti il contratto di assicurazione, **ma è parte di un contratto cd. di brokeraggio, stipulato con il soggetto che allo stesso si è rivolto, per la suddetta attività tipica**” (cfr. Cass. Civ., sez. un., 02.04.2007 n. 8095). (cfr sentenza numero 13351 dell’11 dicembre 2020 pronunciata dal Tar Lazio, Roma)

Come accade sempre più spesso, è dal Supremo Giudice Civile che dobbiamo prendere spunto per affrontare il ruolo del broker assicurativo nella Pubblica amministrazione.

La Corte di Cassazione, Sezione VI civile, ordinanza numero 9863 del 15 aprile 2021 sancisce che:

“il broker assicurativo svolge - accanto all’attività imprenditoriale di mediatore di assicurazione e riassicurazione - un’attività di collaborazione intellettuale con l’assicurato nella fase che precede la messa in contatto con l’assicuratore, durante la quale non è equidistante dalle parti, **ma agisce per iniziativa dell’assicurato** e come consulente dello stesso, **analizzando i modelli contrattuali sul mercato, rapportandoli alle esigenze del cliente, allo scopo di riuscire ad ottenere una copertura assicurativa il più possibile aderente a tali esigenze** e, in generale, mirando a collocare i rischi nella maniera e alle condizioni più convenienti per lui; peraltro, tale attività di collaborazione non investe solo la fase genetica del rapporto, ma consiste anche nell’assistenza durante l’esecuzione e la gestione contrattuale (Sez. 3 - , Sentenza n. 25167 del 11/10/2018)”

In realtà, sempre la Cassazione, ma questa volta una sezione penale ha svolto un’interessante analisi della quale merita riportare alcuni passaggi.

Corte di Cassazione, Sezione VI penale, ordinanza numero 21322 del 5 marzo 2018.

“MOTIVI DELLA DECISIONE Questa Corte di Cassazione con sentenza 47869/2016 dichiarava inammissibile il ricorso presentato nell’interesse di S_ Giuseppe avverso la sentenza dell’11 dicembre 2014 della Corte di Appello di Taranto che confermava la sua condanna per il reato di appropriazione indebita in quanto, quale broker per conto di un agente della compagnia di assicurazioni U_, aveva incassato dai clienti premi assicurativi che non riversava alla agenzia. In particolare, la Corte riteneva inammissibile ai sensi dell’art. 606, comma 3, cod. proc. pen. il motivo fondato sulla violazione dell’art. 109 Codice delle Assicurazioni in quanto dedotto per la prima volta con il ricorso in cassazione. Il difensore di S_, munito di procura speciale, propone ricorso straordinario ex art. 625 bis cod. proc. pen. avverso tale decisione rilevando che vi è stato errore di fatto nella lettura degli atti processuali laddove si è ritenuto che S_ deducesse per la prima volta la questione del non essere l’agente assicurativo la parte danneggiata dal reato di appropriazione indebita. **Nei motivi di appello, difatti, era scritto che «il trattenimento, a titolo di provvigioni, da parte dell’agente assicurativo di una percentuale dei premi incassati dal broker non è di per sé elemento**

sufficiente a qualificare agente-depositario intermedio (nella fattispecie la sig.ra P_) come soggetto passivo del reato» ... «Nel caso in esame i premi sono del cliente (in questo caso del consorzio dei trasporti pubblici) che li eroga al broker, che si impegna, in ragione degli impegni negoziali assunti, a garantire alla scadenza la copertura assicurativa, attraverso il rilascio delle polizze quietanzate; solo tra loro sussiste infatti un rapporto di collaborazione e affidamento in ragione del quale si ha il pagamento in favore del broker, ma il cui importo vede quale destinatario finale la sola compagnia mandante U_».

Con tali argomenti la difesa intendeva sostenere che non vi era l’elemento oggettivo del reato, ovvero la detenzione del denaro in conto altrui.

Tale stessa questione, osserva la parte, andava comunque valutata di ufficio dalla Corte.

Il ricorso è manifestamente infondato in quanto non risulta che **il difensore avesse dedotto la violazione della data disposizione di legge che prevede che il soggetto denominato “broker” assuma, con il rapporto di intermediazione, il ruolo di gestore degli interessi del soggetto che intende assicurarsi.** Il motivo di appello, per la parte richiamata dal ricorrente, difatti, sollevava un’altra questione, **ovvero quella relativa al soggetto cui apparteneva il denaro trattenuto in cassa dal broker sino al momento del riversamento in favore della agenzia di assicurazione.**

In ogni caso, dalla sentenza risulta come la Corte, argomentando sul quarto motivo, abbia dato la risposta in merito che la parte chiedeva: **la questione della figura del broker e del suo rapporto con il solo cliente (la norma citata definisce i broker “... intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione ...”),** era irrilevante in quanto il reato era stato accertato con riferimento al diverso momento della «consapevole appropriazione di una rilevante somma che l’imputato avrebbe dovuto corrispondere all’agenzia - per il successivo trasferimento alla compagnia - con la quale aveva un rapporto contrattuale di collaborazione che lo obbligava esplicitamente a rimettere gli incassi ...»

siamo nel 2000, e così sanciva il Tar Lecce (sentenza 4445 numero del 31 ottobre 2000).

“L’incarico di brokeraggio, quale è quello conferito

alla I_ Insurance, ai sensi dell'art.1 della legge 792/1984, non si limita alla mera consulenza, ma comporta lo svolgimento di molteplici attività quali: l'assistenza al cliente per la ricerca della migliore copertura assicurativa, eventualmente indicendo a tal fine anche gare, la messa in relazione del cliente con l'impresa assicuratrice più idonea allo scopo, l'assistenza nella determinazione del contenuto del contratto, la collaborazione nella gestione ed esecuzione del contratto medesimo.

Il broker svolge pertanto un'attività precedente ed una successiva alla messa in contatto dell'assicurato con l'assicuratore, assistendo preliminarmente il cliente, gestendo e curando l'esecuzione del contratto di assicurazione stipulato, promuovendo la conclusione dei contratti.

Il contratto di brokeraggio, figura atipica di contratto ad esecuzione continuata o periodica (disciplinata dalla L.792/1984), configurando uno specifico rapporto di intermediazione nel particolare campo assicurativo, costituisce **una particolare ipotesi di appalto pubblico di servizi assicurativi previsti dal d.lgs. 157/1995, del quale ben possono avvalersi anche le pubbliche amministrazioni** (v. TAR Lazio sez. II, 9.4.1997, n.637; TAR Piemonte, 13.3.1989, n.194).

Una volta ammessa la possibilità per le pubbliche amministrazioni di avvalersi dei broker assicurativi, non può sostenersi che con la conclusione del contratto di brokeraggio l'ente pubblico abdichi alle sue funzioni in merito allo svolgimento delle trattative private.

Nella stipulazione dei contratti assicurativi, quando l'assicurato è la p.a. e l'individuazione dell'assicuratore è preceduta da trattativa privata, la messa in relazione tra p.a. e assicuratore prescinde formalmente dal pur fondamentale e diretto intervento del "broker" ed avviene sempre non in base ai dettami del libero mercato, ma secondo norme amministrative volte alla verifica di predeterminate caratteristiche del partner contrattuale.

E' ammissibile l'intervento di un "broker" in relazione ai contratti assicurativi della p.a. stipulati all'esito di procedura negoziata, poichè viene devoluto l'incarico di formulare giudizi tecnici sulla estensione e convenienza

delle coperture assicurative in ballottaggio, ferma restando la esclusiva e inderogabile competenza finale della p.a. nella valutazione del pubblico interesse e nella assunzione delle consequenziali decisioni (Trib. Torino, 10.1.1997).

D'altronde, se la relazione tra broker e assicurando può configurarsi sia come rapporto di prestazione d'opera intellettuale, per la consulenza in ordine alle clausole del contratto assicurativo, sia come mandato, per la fase di gestione ed esecuzione del contratto, non potendosi equiparare "sic et simpliciter" il broker al mediatore, tale configurazione non può mutare per il solo accidente che l'assicurato sia una pubblica amministrazione, se non a costo di snaturare la funzione del contratto, e di limitare l'oggetto e le prestazioni dello stesso.

Il sistema della trattativa privata può ben essere, e di solito lo è, preceduto da procedimenti informali, quali sondaggi di mercato, gare esplorative et similia, **fasi nelle quali l'ente pubblico può avvalersi della collaborazione del broker, fermo restando esso ente pubblico il dominus delle situazioni procedurali, di quelle precontrattuali e di quelle contrattuali.** Ed è appunto in tale fase informale della trattativa privata, che si inserisce legittimamente l'attività di consulenza, di assistenza, di promozione, di intermediazione del broker a favore dell'amministrazione.

La "trattativa privata", come modo di formazione dei contratti ad evidenza pubblica, è, secondo la più autorevole dottrina, lo stesso proprio delle norme interpretate comuni: l'amministrazione propone a più soggetti; possono esservi anche trattative, e la p.a. quindi tratta con più soggetti; l'amministrazione conclude il contratto.

Se le trattative consistono nella fase anteriore ed eventuale rispetto alla conclusione del contratto, nel cosiddetto contatto sociale instaurato dalle parti in vista della perfezione del contratto, tale contatto, nei contratti in cui parte sia la p.a., e la scelta dell'altro contraente avvenga con il sistema della "trattativa privata", può avvenire anche a mezzo di terzi soggetti, **come mediatori, consulenti dell'amministrazione e, appunto, broker assicurativi, sempre che la fase contrattuale resti di esclusiva pertinenza e competenza dell'ente pubblico.**

L'amministrazione, nella fattispecie, ha esaminato, autorizzato, fatto proprie tutte le attività compiute dal broker, che ha promosso la conclusione del contratto, poi stipulato dall'azienda; **deve osservarsi che si giungerebbe a sostenere una limitazione della capacità contrattuale delle pubbliche amministrazioni rispetto alla possibilità di concludere contratti di brokeraggio, se tale evento fosse di per sé inteso come abdicazione all'espletamento di compiti propri ed esclusivi dell'amministrazione.**

Non può sostenersi che sussista incompetenza assoluta dell'operato della pubblica amministrazione che incarichi il broker di prestare la **propria consulenza assicurativa e di svolgere indagine di mercato al fine della stipulazione di un contratto di assicurazione**, ove l'amministrazione faccia propria l'attività del consulente e concluda essa stessa il contratto alla cui promozione era diretta l'attività di assistenza, di consulenza e di mediazione."

Andiamo quindi a verificare, incominciando da un parere del Consiglio di Stato, quali sono le differenze fra un Agente di Assicurazione ed un broker assicurativo.

Ancora una considerazione: alcune delle sentenze che andremo ad analizzare sono datate; ho voluto apposta metterle in evidenza perché rappresentano la base sulla quale le altre decisioni si sono opportunamente riferite.

1. Due diverse figure: Agente e Broker

coogliamo al volo quanto si riferiscono i giudici di Palazzo Spada.

"Il broker assicurativo è un mediatore professionale che organizza una transazione tra un acquirente e un venditore, svolgendo la propria attività su incarico fiduciario del cliente, generalmente allo scopo di reperire sul mercato le soluzioni assicurative rispondenti alle esigenze di coloro che si affidano al suo servizio, remunerato poi alla conclusione dell'affare dalle compagnie di assicurazioni mediante provvigioni commisurate ai premi intermediati.

In particolare, secondo il Regolamento Isvap n. 5 del 2006 "si intendono per mediatori o broker gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e

che non hanno poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione".

Pertanto, **l'attività di brokeraggio o di intermediazione assicurativa si esaurisce in un'attività di consulenza professionale e precontrattuale indipendente, inerente all'individuazione, acquisto e gestione del prodotto allo scopo di fornire una copertura ad hoc, previa ricerca all'interno del mercato delle condizioni più idonee per il cliente, ed è subordinata soltanto all'iscrizione al registro degli intermediari presso l'Ivass; laddove soltanto le imprese di assicurazione svolgono attività soggette ad autorizzazione (consistenti nella realizzazione e nella distribuzione del prodotto) in presenza di elevati requisiti patrimoniali, sono sottoposte a vigilanza dell'Ivass (ex art. 11 e seguenti del Codice delle assicurazioni)** e devono perciò essere dotate di un'adeguata struttura aziendale composta da molteplici figure professionali per seguire la creazione del prodotto, la sua distribuzione e la complessa gestione (ivi inclusa l'attività di liquidazione del danno)" (cfr Consiglio di Stato decisione numero 4806 del 27 luglio 2020).

Si individuano due diverse figure: quella dell'agente, che agisce quale mandatario di una o più imprese assicurative, e quella del broker che agisce su incarico del cliente.

Fondamentale appare il contenuto del parere n. 576 del 3 marzo 2017 pronunciato dal Consiglio di Stato.

"Dal combinato disposto degli artt. 106, 108 e 109 del CAP si ricava: (i) la definizione di attività di intermediazione assicurativa ("consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi ... o nel prestare assistenza o consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione ... dei contratti stipulati" (art. 106), (ii) che "L'attività di intermediazione assicurativa ... è riservata agli iscritti nel registro di cui all'articolo 109" (art. 108), (iii) "Nel registro sono iscritti in sezioni distinte: a) gli agenti di assicurazione, in qualità di intermediari che agiscono in nome e per conto di una o più imprese di assicurazione o di riassicurazione ..."; "b) i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, altresì denominati broker, in qualità di intermediari

che agiscono su incarico del cliente e senza potere di rappresentanza di imprese di assicurazione ..."; "c) i produttori diretti ..."; "d) le banche autorizzate ..."; "e) i soggetti addetti all'intermediazione, quali i dipendenti, i collaboratori, i produttori e gli altri incaricati degli intermediari iscritti alle sezioni di cui alle lettere a), b) e d) per l'attività di intermediazione svolta al di fuori dei locali dove l'intermediario opera" (art. 109).

Risulta evidente dalla normativa citata che, in relazione alla definizione generale di attività di intermediazione assicurativa, vengono individuate diverse figure di intermediari, ognuna connotata da specifiche attività e da un corrispondente regime delle remunerazioni.

In particolare, si individuano due diverse figure: quella dell'agente, che agisce quale mandatario di una o più imprese assicurative, e quella del broker che agisce su incarico del cliente. I soggetti iscritti nella sezione E del RUI operano in nome e per conto di una o più imprese di assicurazione e, in qualità di collaboratori dell'agente, agiscono nei limiti del mandato conferito e sono remunerati indirettamente dalle imprese di assicurazione. Ne segue che l'intermediario iscritto nella sezione E non può svolgere attività di consulenza remunerata dal cliente ma deve agire in condizione di indipendenza in modo da evitare conflitti di interesse."

2. La figura del broker e la sua legittimità anche per la Pubblica amministrazione.

L'attività degli intermediari di assicurazione e riassicurazione è definita dall'art. 106 del d.lgs. n. 209/2005 - Codice delle Assicurazioni Private - come l'attività che consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzata a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediario, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati.

La figura del Broker è definita dal Regolamento Isvap n. 5 del 16/10/2006 come segue:

"si intendono per mediatori o broker gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e che non

hanno poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione".

Il reperimento delle migliori coperture assicurative è uno dei momenti in cui si esprime l'attività del broker, ed è sempre più integrato nella gestione globale delle problematiche assicurative del cliente.

In sintesi, il moderno broker deve saper offrire al cliente un servizio completo, sempre e comunque "personalizzato", articolato in diversi momenti:

- analisi dei rischi;
- definizione delle specifiche contrattuali;
- individuazione delle compagnie d'assicurazione idonee;
- gestione dei contratti;
- assistenza nella liquidazione dei danni;
- aggiornamento costante sulle dinamiche dei rischi e sull'andamento del mercato assicurativo

La Suprema Corte di Cassazione ritiene sia legittimo il ricorso da parte della pa o di un ente pubblico al broker in quanto vale a garantirli ed assisterli nella stipula del contratto di assicurazione e che l'attività del broker sia compatibile con le procedure ad evidenza pubblica.

Nei bandi di gara per il servizio assicurativo; l'attività del broker si estrinseca nei momenti della predisposizione dei requisiti di partecipazione alla gara delle imprese di assicurazione e di preparazione dei bandi (Suprema Corte di Cassazione, terza sezione civile, con la sentenza numero 2416 decisa il 9 dicembre 2004 e depositata il 7 febbraio 2005).

Il principio della piena compatibilità del contratto di brokeraggio con l'attività contrattuale, anche soggetta ad evidenza pubblica, della pubblica amministrazione deve ormai considerarsi un dato pienamente acquisito, sia in ambito normativo che giurisprudenziale.

E' evidente l'utilità del servizio che il broker può fornire, di ausilio nella fase precontrattuale alle amministrazioni pubbliche, relativamente all'assistenza nel confezionamento del bando di gara per la scelta, con procedure di evidenza pubblica, dell'assicuratore con cui stipulare il contratto di assicurazione nell'interesse dell'amministrazione stessa che bandisce la selezione (Consiglio di Giustizia amministrativa siciliana, con la sentenza n. 707 del 24 ottobre 2005).

L'aumentare di rischi peculiari dovuti alla sempre maggiore complessità organizzativa delle pubbliche amministrazioni, ha reso, negli ultimi tempi, sempre più frequente il ricorso all'ausilio di broker anche per tutti gli enti pubblici, al fine di consentire a quest'ultimi la corretta individuazione dei rischi specifici legati allo svolgimento delle proprie attività istituzionali. (sentenza numero 439 del 30 gennaio 2013 pronunciata dalla CORTE DEI CONTI _ SEZIONE PER LA SICILIA).

L'Autorità, nei documenti di consultazione, ha evidenziato come l'attività dei brokers possa garantire un ausilio fondamentale per le pubbliche amministrazioni nell'attività di riduzione dei rischi e gestione dei contratti assicurativi.

L'attività dei brokers, tuttavia, diversamente da quanto avviene nel settore privato, non può spingersi alla ricerca della controparte assicurativa, rimessa dal Codice dei contratti in esclusiva alle stazioni appaltanti. Sul punto di fatto concordano tutti gli intervenuti alla consultazione (ANAC, Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013).

Al vaglio della Consulta la questione dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior* sulla escussione della garanzia provvisoria prevista dal nuovo Codice Appalti

di Adriana Presti

IL
PUN
TO

Premesse: La vicenda

A seguito dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di gara bandita nel vigore del d.lgs. n. 163/2016, la stazione appaltante provvedeva altresì ad escutere la cauzione provvisoria da questi prestata non solo per l'unico lotto nel quale detto operatore economico era risultato primo in graduatoria e quindi aggiudicatario, ma anche - in un secondo tempo - per tutti i lotti per i quali lo stesso aveva presentato un'offerta, malgrado il fatto che tale operatore economico non fosse risultato in relazione a questi ultimi né aggiudicatario e neanche secondo graduato.

Il tutto in applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis* alla gara.

Avverso il provvedimento che disponeva l'escussione della cauzione provvisoria per i lotti nei quali non era risultata aggiudicataria, la concorrente proponeva ricorso al TAR e, a seguito del suo rigetto, presentava appello al Consiglio di Stato sollevando altresì questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, nel disposto combinato con l'art. 216 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per contrasto con gli artt. 3 e 117 comma primo della Costituzione.

1. Il contesto normativo

In base all'art. 93, comma 6 del d.lgs. n. 163 del 2006, la cd. "garanzia provvisoria" prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara "[...] copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto". Tale garanzia viene obbligatoriamente posta a corredo dell'offerta e – come precisa il primo comma della medesima disposizione – è "pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione".

La norma è dunque chiara nel circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario (*recte*, "affidatario"), nei casi specifici ivi contemplati.

Ai sensi dell'art. 216, recante "Disposizioni transitorie e di coordinamento", del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, peraltro, le disposizioni contemplate nel vigente "Codice dei contratti pubblici" si applicano "alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Nel vigente "Codice dei contratti pubblici" non esiste una disposizione espressa che, in particolare,

estenda l'applicazione della disciplina di cui al comma sesto dell'art. 93 cit. anche alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano stati sì pubblicati in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma relativamente alle quali l'amministrazione si sia determinata ad escutere la cauzione prestata da uno dei partecipanti alla gara non aggiudicatario in un momento successivo all'entrata in vigore dello stesso.

Nel caso di specie, come già anticipato, la procedura di gara era soggetta alla disciplina di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Ai sensi del previgente codice dei contratti pubblici, l'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, che si riferisce all'ipotesi di un controllo a campione che abbia sortito esito negativo circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa (ossia dei c.d. "requisiti speciali") dichiarati dal concorrente all'atto dell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità, a prescindere dalla posizione occupata in graduatoria dal concorrente.

Ai sensi dell'articolo 48 (comma primo), infatti, "Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate,

arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano

Secondo il Collegio remittente il regime di escussione della garanzia provvisoria previsto a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 integra una forma di sanzione di carattere punitivo a carico dell'operatore economico che abbia fornito dichiarazioni rimaste poi senza riscontro, sanzione peraltro abbandonata dalla normativa sopravvenuta. La misura sanzionatoria amministrativa prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 abbia natura punitiva e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior



il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale; per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'articolo 42, comma 1, lettera a), del presente codice è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6-bis del presente Codice. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento".

A sua volta l'art. 75 – che concerne invece il caso del contratto che non venga sottoscritto per fatto dell'aggiudicatario – al comma primo prevede che *"L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente [...]", di seguito precisando, al comma 6, che "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo".*

Ebbene secondo un orientamento giurisdizionale consolidato in ordine alla normativa di cui al previgente Codice (cfr. TAR del Lazio, Sez. II, 13 ottobre 2020, n. 10413) vi è, in linea generale, un automatismo tra esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione ed escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia della serietà dell'offerta, quale conseguenza diretta della violazione del patto di integrità e delle regole di gara cui è soggetto il partecipante (v. Cons. St., V, 16.5.2018, n. 2896; Cons. Stato, Sez. V, 2.2.2018, n. 691). L'escussione della cauzione, secondo tale interpretazione, costituisce, infatti, conseguenza diretta ed automatica del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione ed è una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione,

ad un distinto per quanto connesso rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore.

Detto altrimenti, la gravata escussione non è altro che una conseguenza vincolata e diretta del provvedimento di esclusione, e ciò anche in quei casi in cui l'effetto espulsivo della procedura sia l'esito di un giudizio di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, la quale sussume la fattispecie concreta nella fattispecie astratta disegnata dal legislatore in guisa di concetto giuridico indeterminato. Conseguenza diretta ed automatica che prescinde dall'elemento soggettivo, atteggiandosi a misura patrimoniale e ad evenienza che i concorrenti accettano partecipando alla selezione e al relativo patto di integrità.

2. L'incidente di costituzionalità

Il Consiglio di Stato con l'Ordinanza Collegiale n. 3299 del 26 aprile 2021, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che disciplina la cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara, nel combinato disposto con l'art. 216 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma primo (quest'ultimo in relazione all'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) della Costituzione.

Ad avviso del Collegio remittente, in estrema sintesi, le citate norme precludono l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta - introdotta dal nuovo Codice dei contratti, rispetto alla disciplina del previgente Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2016 – che, come si è detto, prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica, in quanto già in vigore al momento dell'adozione del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

Del tutto condivisibile è l'inquadramento operato dal Consiglio di Stato in ordine alla natura ed alla funzione di sanzione amministrativa (seppure non in senso proprio) dell'istituto dell'escussione della cauzione provvisoria, allorché quest'ultima non assuma la specifica finalità indennitaria, propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del

contratto da parte dell'aggiudicatario, o risarcitoria. E ciò perché si tratta di un'interpretazione in linea con i precedenti giurisprudenziali evidenziati nell'Ordinanza in parola, nonché con altri arresti giurisprudenziali¹ fattispecie analoghe al caso oggetto dell'Ordinanza in commento.

In particolare, l'Adunanza plenaria 4 ottobre 2005, n. 8 che ha affermato che la cauzione provvisoria, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario (funzione indennitaria), può svolgere **altresì una funzione sanzionatoria** verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti.

La successiva decisione 10 dicembre 2014, n. 34 dell'Adunanza plenaria faceva salvo tale presupposto. In termini più generali *ex multis*, Cons. Stato, V, 27 giugno 2017, n. 3701; V, 19 aprile 2017, n. 1818; IV, 19 novembre 2015, n. 5280; IV, 9 giugno 2015, n. 2829; V, 10 settembre 2012, n. 4778, secondo cui **l'incameramento della cauzione va considerata una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza ex lege dell'esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.** Tale conclusione è stata poi ribadita da Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2181, "in considerazione della natura sanzionatoria e affittiva della determinazione relativa all'incameramento della cauzione".

L'escussione della garanzia provvisoria non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell'operatore economico, trattandosi di una sanzione dall'elevata carica affittiva che, in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario) o risarcitoria, si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza che è certamente comune anche alle pene in senso stretto



In tali casi, allora, sembra corretto quanto affermato dal Collegio remittente, dal momento che l'incameramento della cauzione provvisoria a seguito dell'esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, troverebbe spiegazione in

chiave soltanto punitiva e avrebbe una finalità di mera deterrenza. Per tali ragioni, appare condivisibile la considerazione che una siffatta sanzione affittiva soggiacerebbe alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia ed, in particolare, alla garanzia della retroattività della *lex mitior* – in forza della sentenza della Corte Costituzionale n. 193/2016, che ha affermato la applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* anche alle sanzioni amministrative – essendo pacifico che tale sanzione è stata totalmente abbandonata dalla normativa sopravvenuta.

A tale riguardo, il Consiglio di Stato, nell'Ordinanza in esame, ha, in particolare, affermato "che il regime di escussione della garanzia provvisoria previsto a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 possa

integrare, alla luce del richiamato consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, una forma di sanzione di carattere punitivo a carico dell'operatore economico che abbia fornito dichiarazioni rimaste poi senza riscontro, sanzione peraltro abbandonata dalla normativa sopravvenuta. Non sembra revocabile in dubbio che la misura sanzionatoria amministrativa prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 abbia

1. Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 13 ottobre 2020, n. 10413 e 16 ottobre 2020, n. 10562 rese nei confronti della GI One S.p.A. in fattispecie analoghe a quelle oggetto dell'Ordinanza n. 3299/2020.

natura punitiva e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della lex mitior. L'escussione della garanzia in parola, infatti, non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell'operatore economico. Si tratta, piuttosto, di una sanzione dall'elevata carica afflittiva [in taluni casi anche di diversi milioni di euro, come nel caso al vaglio del Consiglio di Stato, n.d.r.], che in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario) o risarcitoria, "si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto" (Corte cost., n. 63 del 2019)".

La ricordata conclusione, del resto, consegue ad un puntuale inquadramento dell'ambito di operatività del principio della retroattività della *lex mitior*, che si fonda su un'analitica disamina della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. 21 marzo 2019, n. 63; n. 394/2006; n. 236/2011 e 393/2006), nonché dei principi CEDU (art. 7 nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo) e di altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio (tra cui gli artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.).

Di conseguenza, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, la regola dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale – sancita, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, del Codice penale e che ha fondamento costituzionale nel

principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. – "impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice" (sentenza Corte Cost. n. 394 del 2006). Ciò in quanto, in via generale, "[n]on sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)" (sentenza Corte Cost. n. 236 del 2011).

Per altro verso, dalla ricostruzione operata dal Consiglio di Stato discende che è possibile derogare al principio della retroattività della *lex mitior*, ma che la deroga dovrebbe pur sempre superare un vaglio positivo di ragionevolezza, in relazione alla necessità di tutelare contro-interessi di analogo rango e rilievo costituzionale; interessi che, come la stessa Ordinanza lascia intendere, non parrebbero sussistere nella legislazione in esame.

Alla luce delle predette considerazioni, si ritiene che la Corte Costituzionale, qualora confermi la assenza di contro-interessi di pari rango costituzionale tali da giustificare, secondo il vaglio di ragionevolezza dalla stessa Corte operato in materia, una deroga al principio della *lex mitior*, potrebbe ritenere fondata la questione di illegittimità costituzionale sollevata dall'Ordinanza in commento in ordine alle disposizioni normative che precludono l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – in quanto già in vigore al momento dell'adozione, da parte della Stazione Appaltante, del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. IV, 28/4/2021, n. 3418

In presenza di grave illecito professionale la motivazione di non gravità risulta anche in modo implicito e per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara

In tema di commissione di gara, "il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto – che i componenti della commissione di gara debbono possedere – deve essere interpretato nel senso che la competenza e l'esperienza richieste ai commissari devono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto"

- "come emerge dallo stesso tenore letterale dell'articolo 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016 invocato dall'appellante, la stazione appaltante è tenuta a dimostrare "con mezzi adeguati" il dubbio sulla integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico (a causa dei suoi gravi illeciti professionali) solo qualora si giunga alla decisione di escludere il suddetto operatore economico dalla gara d'appalto, e non invece nel caso contrario, potendo la motivazione di non gravità risultare anche in modo implicito e per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850 e giurisprudenza ivi richiamata).

- Con il quinto motivo di appello è stata censurata la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tar ha respinto il quinto motivo del ricorso originario, incentrato sulla violazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 per l'illegittima nomina e composizione della commissione di gara, non essendo state precisate le modalità di scelta del Presidente (esterno all'Ente), né essendo presenti, tra i componenti della commissione, soggetti esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. Il Collegio in primo luogo richiama l'orientamento già espresso da questo Consiglio di Stato, in ordine all'interpretazione dell'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (ove si prevede che la commissione giudicatrice è "composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto"), secondo cui: "In tema di componenti le commissioni delle gare di appalto, da un lato, la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto; dall'altro il requisito enunciato deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere. Non è in proposito necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea" (Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 83; sostanzialmente negli stessi termini ex multis Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7446).

16.3. Al riguardo la sezione ha avuto di recente modo di ribadire che il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto – che i componenti della commissione di gara debbono possedere – deve essere interpretato nel senso che la competenza e l'esperienza richieste ai commissari devono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto (Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2021, n. 2822; conformi ex multis sez. V, 11 settembre 2019, n. 6135; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556)."

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23/4/2021, n. 3287

La procedimentalizzazione dell'affidamento diretto mediante confronto di preventivi non lo trasforma in una procedura di gara

"...la stazione appaltante:

- aveva espressamente precisato che avrebbe proceduto all'affidamento "a seguito del confronto dei preventivi ricevuti sulla base della convenienza economica per OMISSIS" (pag. 1);
- sebbene avesse indicato che "L'aggiudicazione avverrà ai sensi dell'art. 95, comma 4, D.lgs 50/2016 a favore del concorrente che avrà proposto il maggior ribasso unico percentuale [...], si era comunque espressamente riservata la possibilità di "avviare eventuali negoziazioni con uno o più degli operatori economici interpellati ritenuti idonei all'esecuzione della prestazione richiesta, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale"...la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze...."

Consiglio di Stato, Sez. III, 23/04/2021, n. 3297

Sulla previsione dell'obbligo di riassorbimento del personale non come condizione di partecipazione alla gara, ma come criterio premiale

"...per costante giurisprudenza di questa Sezione (ex multis, sentenze nn. 1576/2021, 8442/2020, 4796/2020, 389/2020, 750/2019, 726/2019) l'obbligo sotteso alla clausola sociale, che richiede un bilanciamento fra valori antagonisti (V Sezione, sentenza n. 6761/2020), non può mai essere assoluto (id est, tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa e da impedire una efficiente ed efficace combinazione dei fattori della produzione), ciò che appare dirimente nel caso di specie è che - in tale prospettiva - la lex specialis prevedeva l'obbligo di riassorbimento del personale non come condizione di partecipazione alla gara, ma come criterio premiale. Il T.A.R. ha, pertanto, correttamente valutato la legittimità, sotto questo profilo, dell'aggiudicazione della gara all'offerta della controinteressata."

Consiglio di Stato, Sez. IV, 22/04/2021, n. 3255

In tema di unicità di centro decisionale "non è necessaria la prova che il collegamento abbia influito sulla formazione delle offerte, ma è sufficiente che sia probabile il fatto che le stesse provengano da un unico centro decisionale"

"Il riferimento all'unicità del "centro decisionale" evidenzia che la ratio della norma è quella di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale. La ratio normativa è quella di garantire la regolarità della competizione selettiva dell'affidatario di un determinato appalto, consentendo il confronto concorrenziale e scongiurando il pericolo di condizionamento dell'esito della gara.

La giurisprudenza amministrativa ha fornito numerose indicazioni sulla identificazione di situazioni che

concretizzano fattispecie di collegamento, individuando una serie di indici, che per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all'Amministrazione valutare in concreto; come ha correttamente rilevato il giudice di primo grado - senza peraltro incorrere nel difetto di motivazione rilevato nell'atto di appello - se, da un lato, l'Amministrazione è onerata delle verifiche puntuali degli elementi che fanno ritenere probabile il collegamento societario, dall'altro, non è necessario che effettui una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull'esito della gara. In altri termini, non è necessaria la prova che il collegamento abbia influito sulla formazione delle offerte, ma è sufficiente che sia probabile il fatto che le stesse provengano da un unico centro decisionale."

Consiglio di Stato, Sez. III, 16/4/2021, n. 3130

Rimessione alla Corte di Giustizia Europea della questione inerente l'esclusione automatica dell'operatore economico che, in caso di avvalimento, si avvale di soggetto che ha reso dichiarazioni non veritiere

"L'ordinanza ha rimesso alla Corte di Giustizia UE il seguente quesito interpretativo:

"Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione".

TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 12/4/2021, n. 1141

Sulle ragioni delle incompatibilità del cumulo delle funzioni di Dirigente e Presidente della Commissione ex art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50/2016

"Con riguardo al regime di incompatibilità del cumulo delle funzioni di Dirigente e Presidente della Commissione, il fondamento è di stretto diritto positivo, e va rinvenuto nell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui esclude che i commissari possano avere svolto alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Occorre, peraltro, rilevare che la norma oggetto di scrutinio ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13).

Né a diversa soluzione può condurre la previsione di cui all'art. 107 T.U.E.L., in quanto, da un lato, il D.Lgs. n.50/2016 è norma speciale rispetto a quella poc'anzi citata, e, dunque, prevale su qualsivoglia disposizione contrastante. In secondo luogo, l'art.107 T.U.E.L. si limita ad affermare soltanto che sono

attribuite ai dirigenti molteplici competenze, tra cui quelle della presidenza delle commissioni di gara e di concorso (comma 3, lett. a) e quella della responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso (comma 3, lett. b), senza, dunque, decretare anche la regola del cumulo nella stessa persona delle funzioni di presidente della Commissione e di dirigente del procedimento. Enunciando, dunque, soltanto le "funzioni e responsabilità della dirigenza", l'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 non può ritenersi dirimente, non essendo desumibile da siffatta norma la regola secondo cui il Dirigente può nella stessa gara ricoprire anche e contemporaneamente il ruolo di Presidente della commissione e di Dirigente della gara (Consiglio di Stato sez. V, 09/01/2019, n.193)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 08/04/2021, n. 2843

"la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte"

"secondo giurisprudenza consolidata, "la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne [...] per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo" (da ultimo Cons. Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690 ; ex multis 13 febbraio 2017, n. 607; 20 luglio 2016, n. 3271; 7 settembre 2007, n. 4694; IV, 29 ottobre 2002, n. 5945)."

Consiglio di Stato, Sez. IV, 08/04/2021, n. 2822

"La verbalizzazione successiva è ammessa purché sopraggiunga in un arco temporale ragionevolmente breve"

"... per giurisprudenza costante (ex plurimis Cons. Stato, Sez. IV, n. 5253 del 2014) e in mancanza di norme contrarie, anche della lex specialis, che prescrivano la verbalizzazione distinta di ogni singola riunione - la commissione di gara può far risultare in unico verbale tutte le operazioni poste in essere, ancorché svoltesi in più giornate, dando conto di tale distinzione. La verbalizzazione successiva è ammessa purché sopraggiunga in un arco temporale ragionevolmente breve e tale da evitare che vi possano essere errori od omissioni nella ricostruzione dei fatti e dell'iter valutativo posto in essere dalla commissione di gara..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 8/4/2021, n. 2839

Con riferimento all'indicazione dei costi della manodopera, "la scusabilità dell'omissione (e la conseguente ammissibilità del soccorso) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta"

"Occorre ribadire, in termini generali, che la disposizione dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, laddove impone ad ogni operatore economico, con non equivoca formula verbale deontica, di indicare nell'offerta economica "i propri costi della manodopera" e "gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro", fissa (con l'espressa eccezione, non ricorrente nel caso di specie, delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura

intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a)) un obbligo dichiarativo a pena di esclusione, la cui complessiva ratio è esplicitata nell'ultimo periodo dello stesso articolo, secondo il quale "le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)", vale a dire il rispetto dei minimi salariali retributivi del personale indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16... come chiarito, la scusabilità dell'omissione (e la conseguente ammissibilità del soccorso) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva, che, espressamente vietando la modifica dei documenti unilateralmente predisposti, valga a porre l'operatore concorrente nella situazione di dover inammissibilmente optare per il rispetto della norma generale o, alternativamente, di quella speciale incompatibile.

Nel caso di specie, come correttamente evidenziato dal primo giudice, non era riscontrabile una materiale "impossibilità di indicazione", in quanto il modello dell'offerta economica era bensì non editabile, ma "aperto", con facoltà di inserimento di dati "ulteriori" (come quelli imposti dalla normativa di settore), come, del resto, dimostrato dalla circostanza che, nella medesima situazione, la controinteressata non aveva avuto difficoltà a compilarlo, a mezzo di integrazioni a mano."

TAR Roma, Sezione I-Bis, 06/04/2021, n. 4051

Il contratto di avvalimento non può essere integrabile a mezzo DGUE

"... Per giurisprudenza costante, il contratto di avvalimento esprime un impegno giuridicamente vincolante tra ausiliato e ausiliario in termini di messa a disposizione per tutta la durata dell'appalto di mezzi e risorse necessari ad assolvere alle prestazioni dedotte nell'appalto, e pertanto sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate (Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2020, n. 2359; id, 5 aprile 2019, n. 2243; id., 16 luglio 2018, n. 4329; id., 26 novembre 2018, n. 6690; Tar Lazio, sez. I bis, 26 ottobre 2020, n. 10912). ... E, invero, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, occorre distinguere tra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità) e risorse: per queste ultime è necessaria una "messa a disposizione in modo specifico", in quanto solo le risorse possono rientrare nella nozione di beni in senso tecnico-giuridico, cioè di "cose che possono formare oggetto di diritti" ex art. 821 c.c.; con il corollario che in questa ipotesi l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere determinato, in tutti gli altri casi essendo sufficiente la sua semplice determinabilità (Cons. Stato Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2359; V, 16 luglio 2018, n. 4329; V, 26 novembre 2018, n. 6690) ... la totale mancanza di indicazioni nel corpo o in allegato al contratto non poteva essere supplita dalla presenza del diverso elenco dei macchinari che veniva allegato alla DGUE della impresa "...", trattandosi di due atti distinti, entrambi necessari, che assolvevano a funzioni differenti, di modo che non può ritenersi che uno potesse integrare l'altro (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209). Ciò, neppure tenendo conto della Delibera ANAC n. 121 del 12 febbraio 2020 e dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (4 novembre 2016, n. 23; in seguito, Cons. Stato, Sez. V, n. 2243 del 2019) che - pur se in vigore della normativa precedente a quella attualmente vigente del richiamato art. 89, comma 1, del codice dei contratti pubblici - ha affermato la validità, ai fini delle procedure di appalto, del contratto di avvalimento il cui contenuto, relativamente ai mezzi prestati, ancorché non puntualmente determinato, sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile."

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.**1**

La revisione dei prezzi ex art. 106 comma 1 lett. a) del codice si applica anche in caso di rinnovo di un contratto di appalto di servizi e forniture?

La clausola di revisione prezzi non è più obbligatoria ma facoltativa ovvero è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la decisione di ricorrere o meno alla revisione dei prezzi come anche la relativa disciplina. La clausola di revisione prezzi dunque sia nei settori ordinari che nei settori speciali trova applicazione solo se espressamente prevista nei documenti di gara.

Nel caso in cui l'appaltatore abbia espresso la propria volontà di rinnovare il rapporto contrattuale è in re ipsa che lo stesso accetti la nuova determinazione del prezzo e non avrà diritto alla sua revisione, che invece spetterà nel caso in cui si sia concordato il mero slittamento temporale del termine del servizio.

La revisione dei prezzi dei contratti si applica solo alle proroghe contrattuali, come tali previste ab origine negli atti di gara, ma non anche agli atti successivi al contratto originario con cui, mediante specifiche manifestazioni di volontà, è stato dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici.

2

E' richiesto il possesso dei requisiti in sede di manifestazione di interesse?

“La c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati” (Consiglio di Stato, sezione IV, 3 luglio 2014, n. 3344).

L'ANAC intervenuta con il Parere di Precontenzioso n. 747 del 30 settembre 2020, sostiene che, in ragione della natura esplorativa dell'avviso di indagine di mercato, la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Consiglio di Stato, sezione IV, 21 settembre 2015, n. 4409) e che l'operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse (Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC n. 1150 del 12 dicembre 2018).

Pertanto, l'impresa non è tenuta a possedere i requisiti al momento della presentazione della manifestazione di interesse, salvo che ciò non sia espressamente richiesto dalla stazione appaltante nell'avviso.

3

Quale è lo scopo della relazione di cui all'art. 99 del d.lgs. 50/2016, quali sono i soggetti tenuti alla sua redazione e per quali tipi di appalti?

Attualmente l'art. 99 al c.1 d.lgs. 50/2016, prevede che la relazione sia redatta se l'importo dell'appaltato è maggiore o uguale alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs. 50/2016. Sulla funzione della relazione, l'articolo dedica l'ultimo comma e chiarisce che va comunicata alla Cabina di Regia (di cui all'art. 212 d.lgs. 50/2016La Cabina di regia è la struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni, e per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri, onde assicurare lo scambio di informazioni sull'applicazione delle norme contenute nel presente codice e sulla gestione delle relative procedure) soltanto su richiesta della stessa, al fine di consentirne la trasmissione alla Commissione europea e agli altri soggetti interessati qualora ne facciano richiesta.

Il Comunicato del Presidente Anac del 2.12.2020, volto a dare chiarimenti sulla stesura della relazione, ha preannunciato anche il cambiamento della scheda di aggiudicazione nella sezione "oggetto dell'appalto" (nell'ambito delle schede da compilare per la trasmissione dei dati post aggiudicazione, ai sensi art. 213 D.Lgs 50/2016), prevedendo un campo specifico per comunicare l'avvenuta redazione della relazione o, eventualmente il contrario.

4

Negli appalti di servizi tecnici di architettura e ingegneria, sussiste l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza e i costi della manodopera di cui all'art. 95 comma 10 del D.Lgs. 50/16?

Una recente sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia del 31/03/2021 n. 278, ha statuito che negli appalti aventi ad oggetto tali servizi, "non sussistendo l'obbligo di indicazione specifica degli oneri sicurezza, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio, i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 sono, infatti, quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono carattere prevalente, ancorché non esclusivo, nel contesto delle prestazioni erogate, rispetto alle attività materiali.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa ha anche precisato che gli oneri di sicurezza interna non sono configurabili negli appalti concernenti servizi di natura intellettuale (Cons. Stato, sez. V, n. 3163 del 2018).

Laddove il servizio affidato venga qualificato in termini intellettuali, l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza non trova applicazione, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio (Cons. Stato, sez. V, n. 4688/2020).

5

In una procedura aperta sotto soglia comunitaria da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso è possibile procedere con l'esclusione automatica delle offerte se quelle pervenute e ammesse sono pari o superiori a cinque ma inferiore a dieci?

La previsione di cui all'articolo 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni con la legge n. 120/2020, secondo la quale, in caso di aggiudicazione in base al criterio del minor prezzo, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica «anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque», si applica alle procedure di affidamento di cui al comma 2 della richiamata previsione ovvero agli affidamenti diretti e alle procedure negoziate indette con determina a contrarre adottata dopo la data di entrata in vigore del D.L. n. 76/2020, ovvero il 17 luglio 2020, e fino al dicembre 2021. Tale previsione non trova, invece, applicazione nelle procedure di gara non contemplate dal regime transitorio e parzialmente derogatorio introdotto dal D.L. Semplificazioni, come nel caso di una procedura aperta di cui all'articolo 60 d.lgs. n. 50/2016.

6

L'accesso ai verbali di gara si estende anche alla valutazione dei singoli commissari?

E' principio di carattere generale quello 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 pertanto, in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare a tale principio. La separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice (art. 77 d.lgs. n. 50/2016) – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale.

7

I servizi tecnici e di ingegneria di importo superiore a € 40.000,00 e inferiore a € 75.000,00 devono essere aggiudicati col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa?

Le SA utilizzeranno il criterio di aggiudicazione dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo per gli affidamenti di importi pari o superiori a 75.000,00 euro, ravvisandosi, al di sotto del predetto limite di valore, un'ipotesi di affidamento diretto, per il quale non vengono in considerazione criteri di aggiudicazione. L'affidamento diretto non richiede utilizzo di criteri di aggiudicazione (neppure per i servizi di ingegneria ed architettura).

8 Le varianti contrattuali sono sempre ammesse se derivano da un evento imprevedibile?

No, l'art. 106 del D.lgs. 50/2016 stabilisce che le eventuali varianti ad un contratto devono essere approvate dal RUP "con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende".

I presupposti in cui la variante è ammissibile sono indicati sempre nel medesimo articolo.

Successivamente, però, il RUP dovrà comunicare le varianti approvate all'Osservatorio di cui all'articolo 213 d.lgs. 50/2016 e nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213.

9 I procedimenti di valutazione di fattibilità delle proposte di project financing presentate dagli operatori economici, a quali obblighi pubblicitari sono soggetti?

La pubblica amministrazione sembrerebbe tenuta ad adottare un apposito provvedimento amministrativo, espresso e motivato, sia in caso di valutazione positiva che negativa.

In tal senso si è espressa recentemente l'Anac, con apposita delibera del 28/04/2021, in quanto non sussistendo attualmente un obbligo specifico di pubblicazione di tali atti, invita le amministrazioni a pubblicare tali provvedimenti come "dati ulteriori" nella sezione "amministrazione trasparente" dei siti web istituzionali.

Focus sull'offerta economica



IN
PIL
LOLE

Volendo focalizzare l'attenzione sul momento dell'offerta economica, si ritrovano in quest'ultimo periodo alcune pronunce interessanti, certamente utili a favorire riflessioni su un momento delicatissimo e cruciale della procedura di gara, quello dell'apertura e valutazione dell'offerta economica. Molteplici infatti sono le possibili variabili che possono verificarsi in quel momento! dalla mancanza stessa dell'offerta, alla carenza di alcuni elementi elevati nel tempo dalla normativa al rango di "essenziali" (si pensi alla carente indicazione degli oneri della sicurezza), passando attraverso errate indicazioni operative di stima declinate già all'atto della stesura della documentazione di gara. Ma andando con ordine, si richiama anzitutto sulla sentenza del **Tar Calabria-Catanzaro, Sez. I, 13 marzo 2021, n. 554** la quale, richiamando ad un costante orientamento (Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2017, n. 2739), rammenta che:

“nell’ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che nell’assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell’offerta”; con la conseguenza che formule matematiche di attribuzione di punteggi che hanno l’effetto di sterilizzare le differenze fatte registrare tra i ribassi offerti non potrebbero sottrarsi ad eventuali censure di contraddittorietà, irragionevolezza ed arbitrarietà, nella misura in cui abbiano l’effetto di alterare il peso della componente prezzo nell’ambito dell’equilibrio complessivo con la componente tecnica: ciò infatti costituirebbe elemento valutabile in chiave sintomatica di un non corretto esercizio della pur ampia discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell’offerta economica (Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2356);

– e3) ciò, tuttavia, non significa che sia obbligatorio l’utilizzo di formule matematiche che assegnino il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso; l’importante è che la formula garantisca “un collegamento proporzionale (e in sé non irragionevole) fra l’entità del ribasso e la conseguente attribuzione del punteggio” (Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185)“.

Interessante anche la sentenza del **TAR Venezia, 26.04.2021 n. 538** nella quale si legge quanto di seguito: “Ciò che occorre valutare, quindi, è se, da un lato, la formula lineare sia legittimamente utilizzabile in quanto sistema ragionevole e logico per valutare le ipotesi di offerte al ribasso o, comunque, non al rialzo, e, dall’altro lato, se sia legittima una *lex specialis* che, come nel caso di specie, preveda due criteri perfettamente alternativi essendo predeterminati gli ambiti applicativi di ciascuna formula.

Sotto il primo profilo, va rilevato come la “formula lineare” sia stata ritenuta legittima dalla giurisprudenza, anche di questo TAR.

Infatti, C. Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4413 ha sottolineato come “il criterio dell’interpolazione lineare ... non è, in sé, illegittimo... . In disparte il fatto che la scelta dell’Amministrazione circa le modalità di attribuzione del punteggio all’offerta

economica, quale manifestazione di ampia discrezionalità, è sindacabile in sede giurisdizionale solo ab externo per manifesta illogicità, il Collegio rileva che il criterio in questione mira a premiare in maniera decisa e significativa il ribasso: come tale, la relativa adozione costituisce una legittima facoltà per le Amministrazioni che, nell’ambito della propria attività contrattuale, intendano privilegiare in primis, sin dall’indizione del bando, il contenimento dei costi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733)“.

Come rilevato da questo TAR, “l’art. 95, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 e le Linee guida ANAC n. 2 esprimono un chiaro favor per la valorizzazione del profilo qualitativo delle offerte (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026) e deve ritenersi legittimo un criterio di valutazione delle offerte che attribuisca importanza centrale alle componenti qualitative (Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7389; Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6639); il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa tuttavia non può prescindere dal prezzo: l’interesse al pregio qualitativo dell’offerta deve essere bilanciato con il necessario interesse al risparmio di spesa dell’Amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081); nell’assegnazione dei punteggi è necessario che venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, attribuendo il punteggio minimo pari a zero all’offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, ed il punteggio massimo, all’offerta che presenta lo sconto maggiore, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell’offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2012, n. 1899; Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3802; Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 856; Sez. V, 22 marzo 2016, n. 1186; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 16 aprile 2020, n. 237; ANAC, Linee Guida n. 2 del 21 settembre 2016)“ (TAR Veneto, sez. I, 29/12/2020, n. 1323). Sotto il secondo profilo, il Collegio ritiene non vi siano norme o principi che impediscano di prevedere, nell’ambito della medesima *lex specialis*, criteri di valutazione delle offerte economiche applicabili alternativamente, qualora, come nel caso di specie, siano puntualmente predeterminati e chiaramente distinti gli ambiti applicativi di ciascuno di essi.

In tal senso, si richiama l’insegnamento per cui le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali

attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; 18 febbraio 2013, n. 978) e su tali scelte il sindacato del giudice è ammissibile unicamente nei casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità (T.A.R. Lazio, sez. II Bis, 1 agosto 2019, n. 10229; T.A.R. Veneto, sez. III, 27 giugno 2016, n. 689; T.A.R. Lombardia, sez. I, 9 marzo 2016, n. 461);

Costituisce *ius receptum* che, nelle gare pubbliche, la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità e di conseguenza la stazione appaltante dispone di ampi margini nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche nella individuazione delle formule matematiche, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnico amministrativa, può essere consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità (C. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018 n. 6026; sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978; 27 giugno 2012, n. 3781; 22 marzo 2012, n. 1640; 1 marzo 2012, n. 1195; 18 ottobre 2011, n. 5583; sez. III, 22 novembre 2011, n. 6146; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 175).

Nel caso di specie, la previsione di due criteri alternativi tra loro, ben distinti quanto a presupposti e ambiti applicativi, non presenta, a giudizio del Collegio, quel carattere di abnormità, sviamento o manifesta illogicità che solo ne giustificerebbe l'annullamento.

In particolare, il Collegio ritiene non fondata la doglianza di parte ricorrente secondo la quale una tale previsione determina una situazione di imprevedibilità e incertezza che impedirebbe alla concorrente di ponderare adeguatamente la propria "linea" di partecipazione alla gara con riguardo al "confezionamento" dell'offerta economica.

In tutte le gare, infatti, qualunque sia il criterio previsto per la valutazione delle offerte economiche, per le imprese concorrenti sussiste una sorta di "alea" o "incertezza" legata all'imprevedibilità delle scelte altrui, per la mancata conoscenza, cioè, del contenuto delle offerte degli altri "competitors".

In questo senso, quindi, secondo il Collegio, il

doppio criterio alternativo censurato da parte ricorrente non risulta aggravare la suddetta alea o incertezza in modo da rendere lo stesso manifestamente irragionevole, illogico o comunque ingiustificato, tanto più che con esso la Stazione appaltante ha inteso "controbilanciare" l'apertura della gara ad offerte al rialzo.

Al contrario, il sistema consentiva a ciascun concorrente, in modo egualitario, di decidere liberamente se "rischiare" facendo un'offerta al ribasso, esponendosi, però, all'eventuale maggior ribasso non anomalo di altro concorrente o alla scelta altrui di offrire al rialzo, ovvero "rischiare" determinando o concorrendo a determinare esso stesso l'applicazione della formula inversamente proporzionale.

Pertanto, parte ricorrente, se avesse ritenuto il criterio inversamente proporzionale maggiormente utile, o, comunque, maggiormente conforme alle peculiarità della propria struttura imprenditoriale e della propria offerta economica, in modo da avere maggiori chance di vittoria, avrebbe potuto presentare l'offerta al rialzo anche solo di 1 euro, al fine di determinare l'applicazione della suddetta formula.

La previsione alternativa in esame, al contrario, era idonea a garantire una più ampia partecipazione anche alle imprese che non fossero in grado di offrire un consistente ribasso, in tal caso potendo l'Amministrazione valorizzare un metodo – quello inversamente proporzionale – che consentisse di confrontare uniformemente le offerte di tutti gli operatori economici in modo che l'importo risultante da ogni singola offerta potesse costituire la base per l'attribuzione del punteggio prezzo.

Con la precisazione che, ad ulteriore controbilanciamento, il bando di gara aveva previsto la possibilità per la Stazione appaltante, in caso di superamento della base d'asta, di valutare, mediante apposita istruttoria, la convenienza dell'offerta ai sensi per gli effetti di cui all'art. 95, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016, anche in relazione ai prezzi correnti di mercato o a raffronti con altre condizioni tecnico-economiche di mercato, rilevati presso le aziende sanitarie del Veneto o altre stazioni appaltanti, e solamente in caso di esito positivo, provvederà ad aggiudicare la fornitura.

Non vi sono elementi per ritenere, quindi, al

contrario di quanto lamentato da parte ricorrente, che il doppio criterio alternativo impedisse ai concorrenti di "calibrare" la propria offerta.

Né il fatto che l'applicazione del criterio inversamente proporzionale avrebbe potuto determinare una diversa conclusione della gara (con eventuale vittoria della ricorrente) può condurre a ritenere abnorme o illogica la soluzione adottata dalla Stazione appaltante.

Il Collegio ritiene, infatti, che la conseguenza sopra censurata trovi un'adeguata giustificazione nel tentativo, non abnorme, né illogico, né manifestamente irragionevole, da parte della Stazione appaltante, di bilanciare l'interesse ad un risparmio di spesa, pur nella garanzia di qualità dell'offerta - attraverso l'applicazione della formula lineare in prima battuta -, e quello - in seconda battuta e, in un certo senso, in via eccezionale - ad aggiudicare comunque la gara garantendo la più ampia partecipazione possibile, "aprendo", quindi, anche ad offerte al rialzo, ma, in tal caso, dovendo utilizzare un criterio quale la formula inversamente proporzionale che, come detto, consente di confrontare uniformemente le offerte di tutti gli operatori economici in modo che l'importo risultante da ogni singola offerta potesse costituire la base per l'attribuzione del punteggio prezzo."

Altra pronuncia interessante, relativamente alla scelta della formula da utilizzarsi per la valutazione dell'offerta economica e alla scelta operativa esercitata a monte dalla stazione appaltante, è quella del **Consiglio di Stato, sez. III, 23.04.2021 n. 3297**, il quale rammenta che: "... Con il quarto motivo dell'appello principale si censura la pronuncia del primo giudice sull'ottavo motivo del ricorso di primo grado, relativo all'eccessiva valorizzazione dell'elemento prezzo "a discapito della qualità, alterando la proporzione (di 70/30) tra le due componenti e trasformando, di fatto, la gara in una concorrenza sul mero prezzo". [...]

La censura è comunque infondata nel merito, sol che si abbia riguardo alla circostanza che, in sede di predisposizione della formula per il calcolo del punteggio, la stazione appaltante compie una scelta funzionale all'obiettivo negoziale, evidentemente senza poter considerare il concreto sviluppo di tale formula in funzione di un dato (il

numero delle imprese che presenteranno offerte) non noto e non prevedibile a quel momento, come correttamente rilevato dal T.A.R. [...] L'assunto non può essere condiviso, giacché esso implica una limitazione dell'attività prenegoziale della pubblica amministrazione non consentita né imposta dai parametri normativi invocati (artt. 94 e 95 del codice dei contratti pubblici), che irrigidirebbe eccessivamente l'esercizio della scelta in esame, peraltro in funzione di elementi del tutto aleatori e variabili, il che snaturerebbe non solo la funzione contabile, ma anche quella proconcorrenziale, del procedimento di evidenza pubblica.

Peraltro va osservato incidentalmente che l'odierna appellante, in disparte il profilo della decadenza o meno sviluppato in sede di gravame, coerentemente a tale prospettazione avrebbe dovuto impugnare la *lex specialis* prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, essendo il presupposto logico della censura quello della astratta (e non concreta) inidoneità della formula rispetto alla tipologia di gara."

Un'ulteriore interessante risvolto in ambito di offerta economica, è quello relativo alla questione oneri della sicurezza indicati in sede di offerta dal concorrente. Alla luce del più recente e diffuso orientamento giurisprudenziale non si può equiparare l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza alla quantificazione degli stessi nell'importo pari a zero.

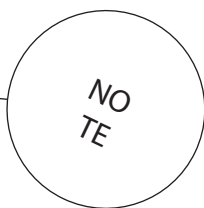
Invero, la situazione del concorrente che si esime dall'emarginare nella propria offerta economica la cifra dei costi della sicurezza, è diversa da quella del concorrente che, in base alla sua politica imprenditoriale e alla personale organizzazione dei fattori produttivi, dichiara, per le ragioni più varie, di non dover sostenere alcun costo diretto in termini di sicurezza in relazione ad un determinato appalto.

L'indicazione di costi della sicurezza pari a zero sottintende una specifica valutazione, da parte dell'impresa offerente, in ordine agli effetti economici dell'applicazione delle regole di sicurezza nello svolgimento concreto del servizio, ascrivibile alla consapevole volontà di determinarli in tale misura, sulla base dell'assunto che, in ragione di particolari circostanze relative alla tipologia di appalto e/o alle modalità con le quali si ritenga di fare fronte ai costi predetti, l'indicato azzeramento corrisponda all'effettiva incidenza

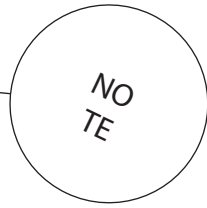
degli stessi sull'offerta economica. Ne deriva che ogni questione di verifica del rispetto dei doveri inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro è destinata a spostarsi dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione.

In definitiva, va affermato che la fissazione degli oneri aziendali per la sicurezza nella cifra pari a zero, effettuata nell'offerta economica, non essendo assimilabile alla totale pretermissione di indicazioni al riguardo, non può costituire motivo di estromissione dalla gara, a prescindere dalla

natura intellettuale del servizio da affidare e dalla possibilità di ricorrere o meno all'ausilio del soccorso istruttorio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017 n. 223; TAR Puglia Bari, Sez. II, 6 ottobre 2020 n. 1245; TAR Sicilia Palermo, Sez. III, 29 luglio 2020 n. 1665; TAR Campania Salerno, Sez. I, 22 maggio 2017 n. 948; TAR Liguria, Sez. I, 2 marzo 2017 n. 163; la giurisprudenza citata appare maggiormente in linea, a differenza dei più risalenti orientamenti con l'attuale quadro normativo, improntato alla dequotazione dei vizi meramente formali delle offerte di gara: così da ultimo, TAR Napoli, 26.04.2021 n. 2686).



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 18 lines in total, arranged in a single column.



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



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

Publicità: 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
NARI

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

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito www.mediaconsult.it

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

maggio
2021

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Incentivi per funzioni tecniche: impegno e liquidazione (solo dopo il completamento dell'opera/servizio/fornitura) (Corte dei Conti, sez. reg. Emilia Romagna deliberazione n. 43/2021)

Premessa

1. La necessità di un quadro economico
2. La pubblicazione dei dati sugli incentivi
3. Il regolamento sugli incentivi
4. La questione dell'impegno di spesa (dell'incentivo)
5. L'imputazione della spesa
6. La fase della liquidazione dell'incentivo

3

Incentivi e amministrazione diretta (Corte dei Conti, sez. reg. Campania, deliberazione n. 14/2021)

Premessa

1. La struttura dell'amministrazione diretta
2. La gara come presupposto degli incentivi
3. L'amministrazione diretta

9

Gli incarichi ex art. 110 del decreto legislativo 267/2000 e la stabilizzazione (Corte dei Conti, sez. reg. Puglia, deliberazione n. 51/2021)

Premessa

1. Il riscontro

11

Incentivi per funzioni tecniche: impegno e liquidazione (solo dopo il completamento dell'opera/servizio/fornitura)

Premessa

Il Sindaco del Comune della regione ha formulato la seguente una serie di quesiti in tema di incentivi per funzioni tecniche (ex art. 113). Tutti i quesiti tendono a comprendere se sia legittima o meno l'erogazione degli emolumenti in parola in assenza di:

1. apposito quadro economico predisposto dal RUP, approvato dal Responsabile del Servizio e sottoposto alla Giunta Comunale;
2. apposito accantonamento delle necessarie risorse a carico del Bilancio di Previsione 2019/2021;
3. definizione delle quote percentuali da riconoscere ai soggetti coinvolti, in relazione alle funzioni espletate;
4. relazione sulle attività svolte da ogni singolo soggetto interessato dalla procedura di che trattasi. E' bene già anticipare che la deliberazione riveste una importanza fondamentale per ampiezza e per chiarezza dei riscontri forniti in tema di corretta gestione della questione degli incentivi per funzioni tecniche.

1. La necessità di un quadro economico

Sul primo quesito la sezione non ha alcun dubbio sulla esigenza della predeterminazione degli incentivi nei quadri economici. Con l'ovvia conseguenza secondo cui l'eventuale carenza non può essere sanata da una previsione/ricalibratura ex post.

In questo senso nella deliberazione in commento si rileva come la sezione ritenga corretto "la provvista degli incentivi per funzioni tecniche venga predeterminata nei quadri economici dei singoli appalti, servizi e forniture, in quanto gli stanziamenti di bilancio effettuati per la realizzazione dell'opera o per l'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto comprendono anche quelli destinati agli incentivi tecnici in virtù della già richiamata normativa che autorizza, anche nelle more dell'approvazione del regolamento comunale, l'accantonamento delle risorse destinate alla corresponsione degli incentivi a fronte dell'espletamento delle funzioni tecniche. Resta inteso, anche in ragione del chiaro dato normativo, che è preclusa per l'ente la possibilità di liquidare gli incentivi non previsti nei quadri economici dei singoli appalti".

Da notare, sotto il profilo pratico – anche se la questione, evidentemente, non viene trattata

nella deliberazione – che il quadro economico, e quindi la proposta di approvazione giunta deve necessariamente essere trasmessa al servizio finanziario che avrà anche la prerogativa di effettuare rilievi ad esempio sulla previsione degli incentivi in una procedura di affidamento diretto (come noto nell'affidamento diretto, senza competizione, non è consentita alcuna erogazione di incentivo).

2. La pubblicazione dei dati sugli incentivi

Nel prosieguo dell'esame dei quesiti da parte della sezione, viene in rilievo la questione dell'obbligo della pubblicazione (o meno) delle determinazioni di liquidazioni degli incentivi. Nel rilevare che non sussiste alcun obbligo in parola, il Collegio rammenta come del resto espresso già dall'ANAC, che l'obbligo viene "sostituito" dai vari obblighi previsti ai sensi dell'articolo 29 del Codice dei contratti che impone l'onere di pubblicare ogni atto/provvedimento/dato afferente gli appalti pubblici e, pertanto, estratti relativi ai quadri economici troveranno pubblicazione già ai sensi della norma predetta.

Più nel dettaglio, nella deliberazione in commento si legge che "anche l'ANAC, nel fornire chiarimenti in merito agli obblighi di pubblicazione riguardanti i dati sugli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del d.lgs. 50/2016 al personale dipendente, nella delibera n. 1047 del 25 novembre 2020, ha precisato **che non sussiste un obbligo di pubblicazione, ai sensi del d.lgs. 33/2013, delle determinazioni dirigenziali di liquidazione degli incentivi tecnici di cui all'art. 113 del d.lgs. 50/2016 al dipendente delle amministrazioni aggiudicatrici** e degli enti aggiudicatori, in quanto le somme stanziare per i soggetti incaricati di svolgere le attività cui è connessa la corresponsione degli incentivi **devono essere riportate nei quadri economici dei singoli appalti di lavori, servizi e forniture, che sono contenuti negli atti propedeutici alla fase di scelta del contraente**. Questi ultimi, ai sensi dell'art. 29 del Codice dei contratti pubblici, **sono assoggettati agli obblighi di pubblicazione** sul profilo del committente. Quindi, secondo quanto riferito dall'ANAC, i dati contenuti nelle predette determinazioni possono essere estratti e pubblicati ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. 33/2013 (obbligo di pubblicazione dei dati relativi agli incarichi conferiti ai dipendenti pubblici), poiché le somme sono liquidate a fronte di incarichi attribuiti al personale dipendente dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore".

3. Il regolamento incentivi

Sulla legittimità del previo accantonamento (in attesa dell'approvazione del regolamento incentivi e del successivo impegno di spesa) risultano di particolare interesse i ragionamenti espressi sulla "centralità" del regolamento. La Corte sottolinea che mentre la previsione "contabile" (che consente di disporre dello stanziamento del 2% degli incentivi) discende direttamente dalla legge (art. 113) con la conseguenza che il regolamento non è determinante ai fini della costituzione del fondo incentivi (all'interno del fondo per lo sviluppo delle risorse umane), il regolamento stesso, però, rappresenta la condizione indispensabile per poter erogare gli incentivi.

A tal proposito, in delibera si legge che "che l'approvazione del regolamento comunale non è determinante ai fini della costituzione del fondo, essendo l'ente autorizzato direttamente dalla legge a procedere all'accantonamento nei limiti massimi previsti (2%), ma è condizione necessaria per la ripartizione del fondo tra gli aventi diritto, attraverso la definizione delle quote percentuali da riconoscere ai soggetti coinvolti, in relazione alle funzioni espletate, nel rispetto dei criteri e delle

modalità fissati in sede di contrattazione decentrata integrativa”.

Pertanto, prosegue la deliberazione il regolamento dell'ente locale costituisce “un elemento atto ad integrare la “fattispecie complessa” che conduce alla liquidazione del compenso incentivante (in tal senso: Sezione regionale di controllo per il Lazio, delibera n. 57/2018/PAR; Sezione regionale di controllo per il Friuli-Venezia Giulia, delibera n. 6/2018/PAR e Sezione regionale di controllo per la Toscana, delibera n. 186/2017/PAR, che la definisce “condicio sine qua non” per attuare il riparto)”. Nell'ambito del ragionamento si conferma l'assunto di partenza che legittima gli incentivi i quali sono “finalizzati a valorizzare le professionalità interne esistenti all'interno dell'amministrazione e conseguendo, al contempo, lo scopo di originare risparmi sulla spesa corrente delle pubbliche amministrazioni che, in tal modo, potrebbero evitare di ricorrere, per l'acquisizione di tali prestazioni, all'esternalizzazione con un probabile incremento degli oneri, costituiscono uno di quei casi nei quali il legislatore deroga al principio per cui il trattamento economico è fissato dai contratti collettivi, attribuendo un compenso ulteriore e speciale e riservando ai regolamenti dell'amministrazione, previa contrattazione decentrata, i criteri e le modalità di ripartizione”.

Per effetto di quanto, ai regolamenti della stazione appaltante è demandata dalla legge l'individuazione delle tipologie dei dipendenti beneficiari degli incentivi, nonché l'indicazione dell'ammontare delle percentuali da corrispondere a ciascuna figura professionale interna”.

Il fondamento normativo del ragionamento appena riportato si rinviene, evidentemente, nel comma 2, dell' art. 113 che prevede l'accantonamento in un apposito fondo di risorse finanziarie in misura non superiore al 2% “modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture posti a base di gara per riconoscere uno specifico compenso per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti esclusivamente per determinate attività (“programmazione della spesa per investimenti, valutazione preventiva dei progetti, predisposizione e controllo delle procedure di gara ed esecuzione dei contratti pubblici, RUP, direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e collaudo tecnico amministrativo ovvero verifica di conformità, collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti”)”.

Il successivo comma 3, oltre alla previsione dei vari collaboratori prevede più nel dettaglio che una quota, pari all'80%, delle risorse del fondo costituito ai sensi del comma 2 possa essere ripartita, per ciascun lavoro, servizio o fornitura, fra i destinatari indicati sempre al comma 2 con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti. Il restante 20%, invece, va destinato, secondo quanto prescritto dal successivo comma 4, all'acquisto di strumentazioni e tecnologie funzionali all'uso di metodi elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, all'attivazione di tirocini formativi, allo svolgimento di dottorati di ricerca, etc.

4. La questione dell'impegno di spesa (dell'incentivo)

L'aspetto centrale della deliberazione – di estremo interesse per i RUP che, comunque, sono tenuti a presidiare le regole dell'impegno di spesa e quindi anche rilevanti aspetti della contabilità armonizzata normalmente, ma erroneamente, delegati al solo responsabile del servizio finanziario – è quello afferente della corretta configurazione del momento dell'assunzione dell'impegno di spesa e dei concetti di perfezionamento dell'obbligazione giuridica, dell'imputazione che devono essere tenuti distinti, perché evidentemente diversi dagli aspetti relativi alla liquidazione degli incentivi.

In particolare, in delibera si annota che sull'impegno di spesa non si può prescindere dalle disposizioni normative di cui all'articolo 183 del decreto legislativo 267/2000 (T.U. degli enti locali) in cui si specifica che l'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa (ovviamente al netto delle ipotesi in cui il procedimento prenda avvio dalla prenotazione dell'impegno come accade con la determina a contrarre) con la quale, a seguito di un'obbligazione giuridicamente perfezionata:

- 1) sono determinati la somma da pagare e il soggetto creditore;
- 2) sono indicate la ragione e la relativa scadenza;
- 3) viene costituito il vincolo sulle previsioni di bilancio, nell'ambito della disponibilità finanziaria accertata ai sensi dell'articolo 151.

Nel caso degli incentivi, secondo la sezione quindi, "l'obbligazione si perfeziona nel momento in cui, con regolamento dell'amministrazione, vengono individuati i soggetti incaricati di svolgere le attività remunerabili con gli incentivi ivi previsti, in relazione ai singoli appalti di lavori, servizi e forniture. Sicché, con il regolamento dell'amministrazione vengono ad esistenza tutti gli elementi che debbono sussistere per la formazione dell'impegno di spesa, ai sensi dell'art. 183 del TUEL, tra cui la somma da pagare e il soggetto creditore".

A parere di chi scrive l'affermazione non è totalmente condivisibile visto che il perfezionamento dell'obbligazione giuridica implica **l'individuazione specifica dei percettori**, con il regolamento invece si assiste alla individuazione generica dei potenziali soggetti beneficiari senza che sia chiaro il dato economico preciso (insistono, nel regolamento solamente delle percentuali) visto che poi l'importo da ripartire potrebbe subire delle riduzioni per eventuali giorni di ritardo sulla conclusione degli interventi previsti (o se si preferisce sulla conclusione dell'intera fase esecutiva del contratto). Il ragionamento espresso dalla Corte, invece, sembra piuttosto riferirsi alla fase della prenotazione di impegno di spesa (che comunque avviene già in fase di quadro economico).

5. L'imputazione della spesa

Aspetto completamente diverso dal perfezionamento dell'obbligazione giuridica, che consente la registrazione dell'impegno di spesa, la questione dell'imputazione dell'impegno che viene a "cadere" nell'esercizio finanziario in cui l'obbligazione è esigibile e quindi, per specificare, l'incentivo può essere pagato.

Correttamente e condivisibilmente, il collegio chiarisce che il diritto all'erogazione può essere azionato solo nel momento in cui si addivene **"al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto nel rispetto dei costi e dei tempi prestabiliti"**. **Il diritto all'incentivo, pertanto, non sorge in momenti anteriori né possono essere legittimamente erogati anzitempo (ed è compito del responsabile del servizio finanziario attentamente verificare che ciò non accada a pena di danni erariali).**

La sezione rammenta le norme di riferimento sulla questione "imputazione" (si ripete aspetti che il RUP deve sapere presidiare anche in relazione alla normale attività degli appalti).

In particolare si rammenta che il comma 5 dell'art. 183 prevede:

- 1) che le obbligazioni passive giuridicamente perfezionate devono essere registrate nelle **scritture contabili quando l'obbligazione è perfezionata, con imputazione all'esercizio in cui l'obbligazione viene a scadenza, secondo le modalità previste dal principio applicato della**

contabilità finanziaria di cui all'allegato n. 4/2 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118;

2) che non possono essere riferite **ad un determinato esercizio finanziario le spese per le quali non sia venuta a scadere nello stesso esercizio finanziario la relativa obbligazione giuridica.**

Da tale quadro normativo di riferimento, prosegue la delibera, **e secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza contabile per cui "l'imputazione della spesa relativa agli incentivi per funzioni tecniche deve essere effettuata nel rispetto del principio della competenza finanziaria potenziata e, quindi, nell'esercizio in cui si prevede che la spesa divenga esigibile (cfr. Sezione regionale di controllo per il Piemonte, delibera n. 25 del 19 marzo 2019; Sezione regionale di controllo per l'Umbria, delibera n. 56/2019/PAR)".**

Nel rispetto del principio della competenza finanziaria potenziata è rilevante, quindi, ai fini dell'assunzione dell'impegno, **"il momento di effettivo svolgimento dell'attività", più correttamente il momento in cui l'attività viene svolta e l'obbligazione (degli incentivi) diviene esigibile.**

In relazione proprio agli incentivi, la delibera prosegue annotando che "le spese in questione afferiscono ad un appalto, la tempistica per l'adozione dei relativi impegni di spesa non può che seguire lo sviluppo del servizio oggetto dell'affidamento nel cui ambito viene svolta l'attività per la quale è riconosciuto l'incentivo. La scadenza di ogni obbligazione, pertanto, andrà individuata nel momento in cui, secondo lo sviluppo temporale dell'appalto, **si prevede che la singola attività sarà conclusa, con conseguente diritto del dipendente di esigere il pagamento dell'incentivo a fronte della prestazione eseguita".**

Tale condizione, conclude la sezione, "subordina necessariamente l'erogazione dell'incentivo al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto nel rispetto dei costi e dei tempi prestabiliti".

6. La fase della liquidazione dell'incentivo

La fase dell'impegno, perfezionamento dell'obbligazione giuridica (che consente la registrazione dell'impegno nel momento in cui l'obbligazione giuridica sorge) e l'imputazione dell'impegno (nel momento in cui l'obbligazione "scade" e diventa esigibile) deve essere tenuto distinto dal momento della liquidazione. E ciò emerge altrettanto chiaramente dalla deliberazione in commento.

Nella delibera infatti si legge che "il momento dell'impegno va tenuto distinto da quello della liquidazione, la quale comporta la verifica da parte dell'amministrazione (nda da parte del servizio del personale e/o da parte del responsabile del servizio finanziario salvo che sia direttamente interessato dall'incentivo) del corretto svolgimento dell'attività incentivata, con la possibilità, quando ne ricorrano i casi, di eventuali riduzioni o addirittura di esclusioni del compenso, secondo le previsioni del regolamento approvato dall'ente".

E' ovvio che la liquidazione impone una relazione specifica da parte del responsabile del servizio interessato.

L'assunzione dell'impegno però, ricorda la Corte, è condizionata dall'approvazione del regolamento prima di quel momento sono possibili solo accantonamenti.

In delibera si legge che "in presenza di accantonamenti già effettuati dall'ente nelle more

dell'approvazione del regolamento, l'impegno di spesa dovrà essere assunto, a partire dalla data di entrata in vigore del regolamento, anche per attività svolte in precedenza, con l'unico limite di quelle relative ad appalti che si siano già conclusi prima dell'adozione del regolamento stesso (cfr. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, delibera n. 57/2018)".

L'ultima delibera citata specifica chiaramente come si da "escludere che il Regolamento possa ripartire tali incentivi con effetto retroattivo (pur in presenza di un accantonamento di risorse in bilancio già tempestivamente effettuato dall'Ente, in via prudenziale, nei limiti di legge), a coloro che, dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, abbiano espletato attività tecniche nelle procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture non soltanto già avviate, ma anche già concluse, prima dell'adozione dell'atto regolamentare" fatto salvo che tali criteri non siano già stati definiti in contrattazione decentrata (ciò legittimerebbe l'erogazione comunque dell'incentivo).

Mentre la delibera in commento ribadisce che "la nascita del diritto è condizionata sospensivamente, non dalla sola prestazione dell'attività incentivata, bensì anche dall'adozione del regolamento, in assenza del quale il dipendente avente **titolo potrà eventualmente esercitare un'azione risarcitoria per inottemperanza agli obblighi che il legislatore ha posto a carico delle amministrazioni appaltanti** (cfr., da ultimo, Cass. n. 10222/2020; Cass. n. 13937/2017)".

Infine, la sezione si sofferma sulla necessità della relazione tecnica che individui i beneficiari. In tale senso in delibera si legge che "l'acquisizione da ogni singolo soggetto interessato alla procedura di che trattasi di una relazione sulle attività svolte ai fini della liquidazione degli incentivi richiesti, la norma (art. 113, comma 3, d.lgs. n. 50/2016) prevede il preventivo accertamento delle specifiche attività svolte dal dipendente a cura del dirigente o del responsabile del servizio. Quindi, l'incentivo è erogabile in relazione ad attività effettivamente svolte rispetto alle quali il dirigente o il responsabile del servizio devono poter acquisire elementi utili a disporre l'accertamento propedeutico alla corresponsione dell'incentivo, ove spettante. È evidente che la relazione sulle attività svolte redatta dal singolo dipendente che fa richiesta dell'incentivo è uno dei possibili strumenti a disposizione del dirigente o del responsabile per effettuare l'accertamento in ordine al corretto ed effettivo svolgimento delle attività incentivabili. Si ritiene, tuttavia, che tali scelte rientrino nella discrezionalità dell'ente e su di esse, pertanto, questa Sezione ritiene di non dover interferire, ferma restando la necessità che la liquidazione sia preceduta da un puntuale accertamento sull'effettivo svolgimento delle specifiche attività per le quali è richiesto l'incentivo a cura del dirigente o del responsabile del servizio".

Incentivi e amministrazione diretta

Premessa

Nel quesito si sottopone al collegio regionale la questione della possibilità o meno, di attivare i fondi di incentivazione ex art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 nel caso della "amministrazione diretta". Ad avviso del richiedente, si legge in delibera, "il tenore letterale della norma non impedirebbe di estendere il sistema delle incentivazioni del personale ad una forma di produzione di beni e servizi che può presentare una complessità tecnica e richiedere specializzazione da parte del personale interno analoga a quella delle gare".

1. La struttura dell'amministrazione diretta

Dal novero degli incentivi, si anticipa, deve essere assolutamente esclusa la fattispecie dell'amministrazione diretta: gli incentivi presuppongono una gara mentre l'amministrazione diretta altro non è che la gestione interna di un "cantiere". Caso mai, aggiunge chi scrive, può essere interessata dall'incentivo la fase precedente dell'acquisizione (es. delle forniture) sempre che si rispettino i dettami delle linee guida ANAC n. 3 ovvero, tra gli altri, la nomina del DEC e importi d'appalto non inferiori ai 500mila euro.

In deliberazione si premette, come da costante giurisprudenza, che la *ratio* della norma sugli incentivi, nell'ambito del codice dei contratti pubblici, è quella di incentivare l'espletamento del confronto competitivo (e del contratto a valle) con una piena cognizione del fabbisogno a garanzia della stazione appaltante; all'uopo, in ragione della complessa tecnica che la formulazione della domanda al mercato può comportare, viene stabilito uno speciale (*recte* eccezionale) incentivo "premiale" al personale dell'amministrazione pubblica aggiudicatrice che svolge prestazioni intellettive di alta complessità.

Dalla giurisprudenza contabile, emerge il carattere eccezionale degli incentivi, poiché essi costituiscono una ipotesi di deroga al principio dell'onnicomprendività della retribuzione (art. 24, D.lgs. n. 165/2001, Corte dei Conti, Sez. giurisdiz., Campania n. 1396/2011; Cass. civ., Sez. lavoro, sent., 25 ottobre 2019, n. 27385; Sezione delle Autonomie, 15/2019/QMIG; SRC Lazio n. 60/2020/PAR). Per tale ragione la norma è applicabile alle ipotesi di legge tassativamente previste e non è suscettibile di applicazione analogica (cfr. Sezione delle Autonomie, 15/2019/QMIG), salva la possibilità di interpretazione flessibile di alcuni lemmi (cfr. Sezione delle Autonomie n. 2/QMIG/2019 a proposito degli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria).

2. La gara come presupposto degli incentivi

In questa prospettiva, come chiarito in modo unanime e pacifico, il collegio ribadisce che il presupposto dell'applicazione della norma sia l'esternalizzazione della produzione di beni e servizi o comunque il ricorso al mercato, a mezzo di pubblica gara, come si emerge dal comma 2 dell'articolo 113 del Codice, il quale individua nell'importo posto "a base di gara" il parametro per il calcolo della percentuale da destinare al fondo incentivi per funzioni tecniche.

La conclusione, ovvia, è che la disposizione limita l'ambito applicativo della previsione alle fattispecie in

cui la scelta del contraente avvenga mediante valutazione comparativa formalizzata tra più operatori economici (in tal senso, Sez. reg. controllo Lazio, 57/2018/PAR; Sez. reg. controllo Lombardia, 190/2017/PAR; Sez. reg. controllo Toscana, 19/2018/PAR; Sez. reg. controllo Puglia 162/2018/PAR; Sez. reg. controllo Liguria, 136/2018/PAR; Sez. reg. controllo Veneto, 72/2019/PAR).

3. L'amministrazione diretta

Il collegio quindi esprime la corretta configurazione dell'amministrazione diretta evidenziando come occorra ribadire la fattispecie in parola ricade, insieme al cottimo fiduciario, nella categoria dei "lavori in economia", oggi non più disciplinati dal codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016), al netto di alcune brevi cenni definitivi.

Segnatamente, ai sensi dell'art. 3, lett. gggg) per «*amministrazione diretta*» si intendono «*le acquisizioni effettuate dalle stazioni appaltanti con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento*». Si tratta quindi di una forma di autoproduzione, che non prevede una gara e il ricorso ad una impresa esterna.

Premessa questa definizione, il codice, a differenza del pregresso ordinamento giuridico sugli appalti (art. 125, D.lgs. n. 163/2006) non ha previsto una disciplina specifica per le procedure in economia, con lo scopo di negare, in generale, il ricorso a tale tipologia di affidamenti, salvo alcune eccezioni specifiche (art. 36 lett. a) e b)), e una previsione speciale per il solo settore dei beni culturali (articolo 148, comma 7).

Nel caso di amministrazione diretta, gli uffici operano direttamente attraverso il proprio responsabile del procedimento, il quale agisce in nome dell'amministrazione. La stazione appaltante, quindi, assume direttamente tutti i rischi, legati all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, diversamente da quanto avviene nell'appalto, ove i rischi ricadono sull'impresa appaltatrice.

Da ciò risulta evidente che le acquisizioni (i lavori in economia) con "amministrazione diretta" sono al di fuori dell'ambito e della logica del codice dei contratti (e quindi degli incentivi), che ha introdotto, nell'ipotesi di gare ad oggetto e contenuto complesso, un peculiare ed eccezionale sistema di remunerazione.

Secondo il legislatore, quindi, sia il cottimo fiduciario che l'amministrazione diretta sono procedure cui si ricorre per attività che, per il basso valore o per la bassa complessità dell'oggetto, non rendono necessario una "pubblica gara" secondo gli standard competitivi più alti previsti dal codice stesso. In buona sostanza, nella fattispecie di legge, tali procedure difettano del presupposto letterale (la gara) e si disallineano dalla *ratio* (la complessità) per cui si è introdotta una eccezione al principio di omnicomprensiva della retribuzione.

In definitiva, l'amministrazione diretta è una procedura derogatoria ed eccezionale, per la quale vale l'assunto giurisprudenziale costante e pacifico per cui per "Le procedure eccezionali e non competitive sono sottratte all'incentivazione" (cfr. SRC Marche n. 28/2018/PAR e SRC Toscana n. 186/2017/PAR).

Gli incarichi ex art. 110 del decreto legislativo 267/2000 e la stabilizzazione

Premessa

La questione affrontata dalla sezione regionale della Puglia – in tema di stabilizzazione possibile o meno del c.d. incarico ai sensi dell’art. 110 del decreto legislativo 267/2000 -, pur non afferendo agli appalti risulta di interesse considerata la “contiguità” tra incarichi ex 110 ed uffici che hanno alta intensità di attività contrattuale.

Nel caso di specie il Sindaco di un comune della regione (tenendo a mente le disposizioni di cui al decreto legislativo 75/2017) chiede se sia “possibile attivare la procedura di stabilizzazione per operatori che hanno svolto l’attività lavorativa presso questo Comune con la tipologia contrattuale ex art. 110 d.lgs. n. 267/2000 e contratti con P.IVA”.

1. Il riscontro

Già si anticipa, evidentemente, che il riscontro è negativo. Il collegio rammenta come tali modalità di reclutamento speciali vengono introdotte dal legislatore al dichiarato fine di “ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato”, con possibilità per le amministrazioni di elevare gli ordinari limiti finanziari per le assunzioni a tempo indeterminato, utilizzando le risorse previste per i contratti di lavoro flessibile nei limiti di spesa di cui all’art. 9, comma 28 d.l. 78/2010 (comma 3).

In relazione al quesito, si legge in delibera, tuttavia, viene in rilievo il comma 7, dell’art. 20, d.lgs. 75/2017, secondo il quale “Ai fini del presente articolo non rileva il servizio prestato negli uffici di diretta collaborazione di cui all’articolo 14 del decreto legislativo n. 165 del 2001 o degli organi politici delle regioni, secondo i rispettivi ordinamenti, né Alla luce del chiaro tenore letterale dell’art. 20, comma 7, d.lgs. 75/2017, la risposta al primo quesito, relativo all’astratta riconducibilità dei contratti ex art. 110 Tuel nel novero dei contratti di lavoro flessibile interessati dalla procedura di stabilizzazione, non può che esser negativa”.

Ciò emerge chiaramente nel dato normativo del 2017 e con riferimento a precedenti misure di superamento del precariato nella pubblica amministrazione introdotte dal legislatore, la giurisprudenza contabile si era orientata nel senso di escludere la possibilità di un’eventuale stabilizzazione dei rapporti instaurati ex art. 110 del d.lgs. n.267/2000.

Più nel dettaglio il collegio rammenta che “la norma contenuta nell’art. 110 (...) ha inteso fornire al sindaco uno strumento per affidare incarichi di rilievo sulla base dell’intuitus personae, anche al di fuori di un rapporto di dipendenza stabile e oltre le dotazioni organiche. Tale criterio, risultando

estraneo ai principi costituzionali che presiedono al reclutamento del personale pubblico, ha carattere eccezionale e temporaneo (...)", con la conseguenza che "l'istituto in base al quale si è instaurato il rapporto di lavoro sottostante all'incarico predetto, cioè il contratto a tempo determinato ex art. 110 TUEL, ha carattere eccezionale e limitato nel tempo e non può pertanto essere suscettibile di stabilizzazione (Sezione regionale di controllo per il Molise n. 131/PAR/2013).

Del pari, devono ritenersi esclusi dal novero dei soggetti destinatari della procedura di stabilizzazione, i titolari di partita Iva, trattandosi all'evidenza di prestazioni lavorative non riconducibili a nessuna delle tipologie contemplate dall'art. 20, comma 1 e 2, d.lgs. 75/2017".