

Rivista mensile - Anno XI, Numero 6

settembre
2021

MEDIA APPALTI

**Le principali novità
apportate in fase di
conversione del D.L.
77/2021 con la legge
108/2021**

**Il Codice dei contratti si
rifà il look: il CdM licenzia
il nuovo disegno di legge
delega in materia di
appalti pubblici**

**Le sedute pubbliche nelle
procedure telematiche**



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

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

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

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

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

Media
Graphic





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

**settembre
2021**

STD

EDI
TO
RIALE

Tra le foto che conserveremo di questa estate ci saranno gli occhi di Angelo. In quegli occhi il terrore. Le scene delle fiamme che lo accerchiavano e lo ustionavano. Angelo è uno degli oltre 20milioni di animali che hanno perso la vita nei roghi che hanno martoriato l'Italia, depredandola di 158mila ettari di verde.

Il verde che ci proponiamo di tutelare, difendere, rinvigorire, valorizzare è andato in fumo. Colpa dei cambiamenti climatici? Un alibi. Le temperature infernali che hanno surriscaldato l'Italia tra luglio e agosto, la siccità, hanno contribuito a diffondere devastazione, ma l'innescò è responsabilità dell'uomo. Il fenomeno incendi ha origine naturale solo per una percentuale minima. Come ha illustrato il Ministro della Transizione Ecologica Roberto Cingolani, gli incendi sono dolosi per il 57,4% mentre il 13,7% dei roghi non è intenzionale. Oltre il 70% dei roghi è responsabilità dell'uomo.

"In cima alla scala delle criticità - afferma lo scrittore Antonio Scurati sul Corriere della Sera - vi sono i fenomeni meteorologici parossistici dovuti al cambiamento climatico.

Non appena, però, scendiamo di qualche gradino su quella scala incontriamo la nostra responsabilità diretta, il nostro raggio d'azione immediato, incontriamo noi stessi".

Dietro gli incendi innescati casualmente, secondo gli esperti, c'è la mancanza di cultura e di informazione. Manca la consapevolezza delle conseguenze che possono scatenarsi a seguito di un comportamento negligente. Difficile capacitarsene. Ci sarebbero individui che non sarebbero consapevoli del fatto che se si lascia cadere un mozzicone di sigaretta sul ciglio di una strada, questo, rotolando verso l'erba secca, oltre l'asfalto, possa generare l'inferno? Non si tratta di mancanza di cultura e informazione. C'è altro: la noncuranza. Qualcosa che racchiude la mancanza di rispetto nei confronti di tutti e di tutto. Chi butta un mozzicone per terra sa bene cosa potrebbe accadere. Semplicemente se ne infischia.

Altro capitolo, gli incendi dolosi. Mossi dalla mano dell'interesse economico, sono la percentuale più elevata. Senza questa variante non staremmo a parlare di emergenza incendi. Perché appiccare volontariamente un incendio?

Secondo il Forum Terzo Settore, le mafie utilizzano gli incendi per motivi diversificati: "appalti per manutenzione e rimboschimenti, assunzioni clientelari del personale forestale (addebiato agli spegnimenti e alla manutenzione), guardiane imposte, estensione delle superfici destinati al pascolo, e ancora per ritorsione nei confronti di chiunque gli sbarra la strada o come mero strumento di ricatto politico".

In passato la speculazione edilizia era l'obiettivo primario dei piromani. Oggi sarebbe quella dell'aggiudicazione degli appalti per il rimboschimento. L'allarme echeggia sin dagli anni '80. Tra le prime ipotesi in questo senso, quelle espote in riferimento all'incendio dell'Argentario. Fu allora che si cominciò a parlare di racket dei rimboschimenti. Dagli anni '80 arriva anche la storia di Rosario Livatino, assassinato dalla mafia nel 1990, beatificato il 9 maggio 2021. Livatino fu un magistrato siciliano particolarmente attento ai delitti contro l'ambiente. Avvenire del 27 aprile 2016 raccoglie la testimonianza dell'allora Commissario del Corpo Forestale regionale Domenico Bruno.

È lo spunto che ci può aiutare a capire cosa può accadere se le operazioni di rimboschimento finiscono nelle mani sbagliate. Bruno ricorda che conobbe Livatino quando mandò in Tribunale una segnalazione relativa ad un incendio doloso su un terreno rimboscato a Licata. "Invece di mettere le piante - racconta Bruno - avevano messo dei semplici ramoscelli, ma prima della verifica del lavoro tutto era stato bruciato per far sparire le prove".

Rimboscare significa ripristinare il territorio. In un momento storico in cui tutti abbiamo la nostra fetta di responsabilità per tutelare l'ambiente, si comprende che l'assegnazione di appalti in questo ambito diventa particolarmente delicata.

Gli interventi devono essere fatti ad arte e nei tempi giusti. La Legge 353 del 2000 blocca per quindici anni la destinazione d'uso dei terreni percorsi dal fuoco, vieta le edificazioni per dieci anni e le operazioni di rimboschimento per cinque. Eccezione a quest'ultimo divieto è la necessità di rimboscare le aree particolarmente espote al dissesto idrogeologico. "C'è da programmare con urgenza un intervento straordinario per evitare che montagne e colline rimaste scoperte dalla protezione vegetale possano trasformarsi in fiumi di fango già alle prime piogge", afferma il sindaco metropolitano di Reggio Calabria, Giuseppe Falcomatà.

Interventi immediati solo dove le caratteristiche dei territori chiedono operazioni di messa in sicurezza. Incrociando la mappa degli incendi con quella delle zone a rischio idrogeologico si scopre che in molti casi c'è coincidenza. Forse il racket dei rimboschimenti è molto più informato di quanto possiamo pensare. Conosce i territori, sa che ad oggi i comuni stentano ad utilizzare il catasto degli incendi per censire i terreni bruciati e gestirne l'utilizzo secondo le prescrizioni della legge del 2000, sa che i piani antincendio dei boschi sono in ritardo.

STD, questa sigla è stata vergata da beato Rosario Livatino su tutte le sue agende. E' l'invocazione che ha ispirato tutta la sua carriera di magistrato.

Chiunque operi per proteggere il creato, nell'intera filiera degli appalti, da chi li progetta a chi li esegue, è investito di un compito a servizio dell'umanità; dovrebbe anch'egli chiedere al Cielo di operare come Livatino, "sub tutela Dei".

sommario

Editoriale

STD

4

In evidenza

Le principali novità apportate in fase di conversione del D.L. 77/2021 con la legge 108/2021

7

Sotto la lente

Il Codice dei contratti si rifà il look: il CdM licenzia il nuovo disegno di legge delega in materia di appalti pubblici

14

Hanno collaborato a questo numero:

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

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

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

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

"Appalti informatici": gli acquisti di beni e servizi informatici nel DL Semplificazioni-bis

22

L'esame di congruità dell'offerta, i presupposti e le valutazioni complessive della stazione appaltante.

Il rapporto anche con i requisiti di ammissione e di esecuzione dell'appalto.

28

Le sedute pubbliche nelle procedure telematiche

36

La disciplina del subappalto dopo il «Decreto Semplificazioni» (D.L. 77/2021)

42

Il rapporto di occasionalità necessaria: La polizza di responsabilità civile per i fatti dolosi delle persone di cui l'Ente debba rispondere (Prima parte)

50

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Le principali novità apportate in fase di conversione del D.L. 77/2021 con la legge 108/2021

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premesse

Il D.L. 77/2021, c.d. Decreto Semplificazioni bis evidentemente per tenerlo distinto dal D.L. 76/2020, ha trovato conversione, con modifiche, con la legge 108/2021, pubblicata il 30 luglio in G.U. rubricata "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure", in vigore dal 1° agosto 2021.

La legge, secondo una prima lettura, conferma l'impianto normativo almeno in relazione alla distinzione tra il regime giuridico applicabile agli appalti finanziati, anche solo in parte, con il PNRR, PNC ed in certi casi con i fondi strutturali UE che si potrebbe definire "aggravato" ed i "restanti" appalti per i quali – al netto di importanti modifiche – sono state estese, quanto ad applicabilità, le varie norme emergenziali ora generalmente utilizzabili per determina a contrarre adottata entro il 30 giugno 2023. Ciò vale soprattutto per le acquisizioni nel sotto soglia comunitario. Appare interessante fornire una prima lettura per evidenziare le maggiori differenze rispetto al D.L. 77/2021.

1. Gli appalti del Recovery

In relazione agli appalti finanziati anche solo parzialmente dal PNRR e il PNC si conferma l'impossibilità dei comuni non capoluogo di provincia di esperire autonomamente le procedure di gara.

In particolare, come già si è previsto nel decreto legge, l'articolo 52 – che introduce correzioni ed estensione temporale della disapplicazione

di diverse norme (già prevista fino al 31/12/2021 dalla legislazione Sblocca Cantieri ovvero dal DL 32/2019 convertito, con ampie modifiche, con legge 55/20219) - ribadisce detta inibizione con la previsione per cui "Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non

capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni **capoluogo di provincia**".

La legge, in questa prima lettura, conferma l'impianto normativo almeno in relazione alla distinzione tra il regime giuridico degli appalti finanziati, anche solo in parte, con il PNRR, PNC ed in certi casi con i fondi strutturali UE che si potrebbe definire "aggravato" ed i "restanti" appalti

Da notare che in fase di conversione si è sostituita l'espressione "province" con l'espressione "provincia". La sospensione in parola è stata prorogata fino al 30 giugno 2023.

Per i RUP dei comuni non capoluogo di provincia, che risultassero interessati dagli appalti in argomento viene meno, pertanto, la responsabilità diretta dello svolgimento delle procedure di gara rimangono immutate, però, (o forse si aggravano) le responsabilità per la predisposizione degli atti precedenti alla fase pubblicitica ed ovviamente quelli afferenti la fase esecutiva. In relazione al primo aspetto, per gli atti della fase pre-pubblicitica, oggettivamente, poco cambia per il RUP nel senso che questo soggetto dovrà occuparsi delle fasi di programmazione (da coordinare, eventualmente, anche con quella dei soggetti che si dovranno occupare della gara per evitare ritardi e ulteriori responsabilità), della predisposizione quindi degli atti tecnici e tra questi, della scelta della procedura di gara e dei criteri di aggiudicazione dell'appalto. Proprio queste sintetiche annotazioni evidenziano che il RUP, anche dei comuni non capoluogo, deve avere bene a mente il presidio che è tenuto ad assicurare in relazione alle nuove norme.

Non si deve sottovalutare che anche agli appalti in commento finanziati con i fondi del Recovery, si applicano le norme emergenziali su cui, in ogni caso, il RUP è tenuto ad una attenta valutazione nella fase di predisposizione degli atti dell'appalto. Si pensi, come detto, sulla questione della procedura di scelta del contraente e dei tempi di aggiudicazione come sanciti, e non modificati, dal D.L. 77/2021 e successiva legge di conversione.

Sulla questione della gara/procedura vera e propria è bene annotare che la previsione sembra ampliare il novero dei soggetti abilitati ad effettuare la gara introducendo un minor formalismo rispetto a quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 37. **Pertanto ogni soggetto giuridico "superiore" all'ente locale non capoluogo di provincia potrà espletare la gara.**

Da notare che con la nuova legge delega per gli appalti (legge 26/2021) il legislatore ha inteso non recedere dall'obiettivo dell'accorpamento e di una più appropriata qualificazione delle stazioni appaltanti. Pertanto la previsione in parola, ovvero l'eccezione della sospensione della norma limitata che impone l'accorpamento per i soli appalti finanziati in tutto o in parte dal PNRR e dal PNC rappresenta una sorta di prima importante applicazione di detto vincolo.

Tra le ulteriori proroghe – e quindi la sostanziale disapplicazione di diverse norme già previste nella legislazione "Sblocca Cantieri" ed ora portata al 30 giugno 2023 – devono essere citate quella relativa all'art. 59, comma 1, quarto periodo, che stabilisce il divieto di "appalto integrato" (salvo le eccezioni contemplate nel periodo stesso³⁰), cioè il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori e soprattutto la norma sull'Albo dei commissari di gara.

La previsione, che pospone al 1° luglio 2023 la possibile riattivazione dell'Albo a gestione ANAC rappresenta una delle norme che il RUP deve presidiare a

prescindere considerata l'attività contrattuale che dovrà necessariamente svolgere anche per gli appalti diversi da quelli del Recovery.

In questo senso la legge di conversione conferma la sospensione dell'applicazione dell'art. 77, comma 3, che dispone in merito all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'art. 78. Fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante. Pertanto le commissioni di gara sostanzialmente non hanno alcun riferimento giuridico specifico, quanto alla loro nomina se non l'esigenza di adottare atti preventivi (ma la giurisprudenza ritiene che non sia necessario) di oggettività e trasparenza.

Sulla questione della gara/procedura vera e propria è bene annotare che la previsione sembra ampliare il novero dei soggetti abilitati ad effettuare la gara introducendo un minor formalismo rispetto a quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 37. Pertanto ogni soggetto giuridico "superiore" all'ente locale non capoluogo



In realtà è sufficiente che i commissari siano esperti nel settore inciso dall'appalto e che ciò risulti dai *curricula* oggetto di obbligatoria pubblicazione nella sezione trasparenza ai sensi dell'articolo 29 del codice dei contratti.

La legge delega per il nuovo codice prevede, a differenza dell'accorpamento/qualificazione delle stazioni appaltanti, il superamento del sistema dell'albo. In risposta quindi a forti perplessità espresse dalla stazione appaltanti e per la sostanziale impossibilità del funzionamento dell'elenco (che non ha mai raggiunto il numero degli iscritti necessari per consentire la sua operatività).

2. Obblighi e prerogative relative agli appalti del Recovery

L'articolo 47 ribadisce gli obblighi degli operatori – con più di 100 dipendenti – che partecipano alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto finanziato anche parzialmente dai fondi del Recovery di "produrre il rapporto sulla situazione del personale" a pena di esclusione. Da notare che in fase di conversione del D.L. 77/2021 sono state ampliate le finalità da perseguire. Infatti, il primo comma prevede che oltre alle pari opportunità, generazionali e di genere costituisce anche un fine collegato all'aggiudicazione quello di promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili.

Aumentano anche gli obblighi a cui sono tenute le imprese con un numero di dipendenti compreso tra i 15 ed inferiori ai 100. Oltre a dovere produrre, entro 6 mesi dalla scadenza del contratto, la "relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta" viene aggiunto l'obbligo introdotto con un apposito comma 3-bis (art. 47).

Il comma in parola prevede che gli operatori ultimi citati sono "tenuti a consegnare" entro il termine di 6 mesi dalla conclusione del contratto "alla stazione appaltante la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, e una relazione

relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione di cui al presente comma è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali".

La violazione degli obblighi in parola (come prevede il successivo comma 6) – ora meglio **chiariti con la legge di conversione, rispetto al D.L. 77/2021, con il collegamento specifico ai commi che prevedono gli obblighi in parola e, al comma 4, specifici obblighi assunzionali se previsti dalla stazione appaltante**, determina l'applicazione delle penali previste dal contratto di appalto – commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto (nel rispetto dell'importo complessivo previsto dall'articolo 51 del presente decreto, alla cui scheda di lettura si rimanda) -. Tra le sanzioni, **l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare**, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, **per un periodo di dodici mesi, ad ulteriori procedure** di affidamento afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del PNRR o del Fondo nazionale per gli investimenti complementari.

I successivi commi dal 4 all'8, ribaditi rispetto alla previsione del decreto legge, risultano meglio chiariti.

In questo senso, il comma 4 dell'articolo in commento prevede la possibilità di inserire nella legge speciale di gara clausole premiali in tema di requisiti di partecipazione o di obblighi di assunzione per gli appaltatori che possono essere anche ricalibrate al ribasso rispetto alla percentuale minima fissata dalla legge (30% del personale da assumere). Obiettivo del legislatore, secondo istanze comunitarie, è quello di favorire l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne.

D'altra parte, però, ed in specie nel successivo comma 7 si prevede che "Le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica

motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

Si ribadisce, in relazione alla declinazione pratica di queste clausole, comprese quelle premiali di cui al comma 5 (in cui si prevedono ulteriori misure premiali), la possibile definizione di apposite linee guida ministeriali con schemi di clausole ad hoc ad ausilio dei RUP. Il comma si chiude con la precisazione che per le varie relazioni e rapporti che devono essere presentati dalle imprese partecipanti agli appalti di cui si è detto sopra, il RUP è tenuto ad assicurarne la pubblicazione nella sezione trasparenza ai sensi dell'articolo 29 del codice dei contratti.

3. La tutela delle piccole e medie imprese

Tra le novità apportate in sede di conversione del D.L. 77/2021 merita una segnalazione l'innesto dell'articolo 47 quater il cui primo comma (ai fini di assicurare una maggiore tutela della concorrenza nei contratti finanziati anche solo parzialmente con il PNR ed il PNC) dispone che le stazioni appaltanti – ai fini dell'aggiudicazione degli appalti del Recovery - possono introdurre nel "nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta". Tali indicazioni, evidentemente, ai sensi del successivo comma secondo "si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità". La legge di conversione contiene poi numerose

Aumentano anche gli obblighi a cui sono tenute le imprese con un numero di dipendenti compreso tra i 15 ed inferiori ai 100.



conferme ad esempio per l'articolo 48 in cui ribadisce al comma 3, tra le altre previsioni già nel D.L. 77/2021, la possibilità di utilizzare una nuova forma di procedura negoziata (anche per gli appalti del Recovery) nel sopra soglia "quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini,

anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea".

Termini abbreviati previsti nell'articolo 2 ed 8 del D.L. 76/2020 e successiva legge di conversione.

Al comma 4 dello stesso articolo 48 si conferma anche l'approccio "alleggerito" in caso di impugnazione degli atti relativi all'affidamento degli appalti del Recovery.

Per i quali, sintetizzando, si privilegia – in caso di esito positivo del ricorso - l'esecuzione del contratto alla sua caducazione (attraverso l'utilizzo di strumenti come il risarcimento del danno per l'appaltatore interessato).

4. Il subappalto

In fase di conversione viene confermata la dinamica applicativa relativa al subappalto con un primo limite (fino al 50% del valore del contratto) valido fino al 31 ottobre 2021.

A far data dal 1° novembre 2021 sarà il RUP della stazione appaltante a fissare eventuali limiti "previa adeguata motivazione **nella determina a contrarre**, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto,

Con l'articolo 48 si conferma anche l'approccio "alleggerito" in caso di impugnazione degli atti relativi all'affidamento degli appalti del Recovery. Per i quali, sintetizzando, si privilegia l'esecuzione del contratto alla sua caducazione (attraverso l'utilizzo di strumenti come il risarcimento del danno per l'appaltatore interessato).



ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell' articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229". Pare degno di nota il fatto che il legislatore sottolinei la rilevanza della determina a contrarre che dovrà contenere le ragioni dell'eventuale limitazione.

Si confermano anche gli ulteriori vincoli e quindi il divieto di cedere il contratto né "può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera".

Viene confermato anche l'obbligo del subappaltatore, di assicurare "per le prestazioni affidate in subappalto", gli stessi standard qualitativi e prestazionali "previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale".

Per l'articolo 50 deve essere ricordata la conferma del c.d. meccanismo dell'intervento sostitutivo del RUP in caso di ritardi nella fase esecutiva, compresa la stipula del contratto. Per i contratti finanziati in

tutto o in parte dal PNRR, PNC e fondi strutturali si prevede la sostituzione (ai sensi dell'articolo 2, comma 9 e segg. della legge 241/90) in caso dei detti ritardi con il c.d. funzionario sostituto (o apposito ufficio) individuato dalla stazione appaltante.

5. Le procedure sottosoglia e la riscrittura dell'affidamento diretto

La legge 108/2021 introduce anche alcune modifiche al D.L. 76/2020 non previste nel D.L. 77/2021. In primo luogo si evidenzia l'estensione temporale dell'applicabilità delle prerogative semplificate dal 30/12/2021 al 30 giugno 2023. Ovviamente per determina a contrarre adottata entro tale data.

Aspetto che porta l'effetto c.d. di trascinamento (e quindi la possibilità concreta dell'esperimento della procedura) per un ulteriore semestre (e quindi fino al 31/12/2023) se si comprende

anche la procedura aperta. Si rammenterà, infatti, che già il D.L. 76/2020 introduce dei termini di conclusione della procedura (richiedendo almeno l'aggiudicazione) entro due mesi per il *range* di importo per cui è possibile l'affidamento diretto, 4 mesi per il *range* di importo per le procedure negoziate e 6 mesi in caso di procedura aperta.

Termini che a seconda delle situazioni saranno

irrelevanti nell'affidamento diretto se si procede, evidentemente, con un unico atto, altrimenti la decorrenza è dalla data di adozione della determina a contrarre. Nel caso delle procedure ad inviti il termine decorre dall'invio della lettera di invito considerato che la determina a contrarre verrà adottata contestualmente all'approvazione delle lettere in parola. Nel caso del bando (e quindi della classica gara) non può non ritenersi che il procedimento amministrativo (e non la procedura) come previsto dalla legge prenda avvio dalla determina che approva il bando di gara che dovrà essere pubblicato nel più breve tempo possibile rispetto all'adozione della determina (deve essere pubblicato nei termini fisiologici necessari per espletare concretamente le pubblicazioni). Tale

La legge 108/2021 introduce anche alcune modifiche al D.L. 76/2020 non previste nel D.L. 77/2021. In primo luogo si evidenzia l'estensione temporale dell'applicabilità delle prerogative semplificate dal 30/12/2021 al 30 giugno 2023.



modus operandi deve essere seguito dal RUP per evitare potenziali responsabilità erariali in caso, ad esempio, di perdita di finanziamenti.

Uno degli interventi (modifiche) di maggior rilievo – rispetto al D.L. 77/2021 – si deve registrare in tema di affidamento diretto e quindi con l'articolo 51 che modifica la correlata fattispecie di affidamento diretto emergenziale disciplinata nell'articolo 1, comma 2, lett. a) del pregresso D.L. 76/2020 come convertito con legge 120/2020.

Con il D.L. 77/2021 l'importo entro cui procedere con l'affidamento diretto puro (ovvero senza la necessità di consultare preventivi o più operatori economici) è stato esteso, per i servizi (compresi i servizi tecnici) e forniture dai 75mila euro fino alla cifra di 139mila euro (inferiore alla somma predetta) mentre per i lavori rimane ferma la soglia dei 150mila euro.

La legge di conversione conferma detto importo ma correda la fattispecie (la "procedura" dell'affidamento diretto) di ulteriori dettagli istruttori per il RUP.

In primo luogo, nell'affidamento, pur vero che non si impone la consultazione di più operatori, il RUP dovrà comunque rispettare i principi di oggettività e trasparenza di cui all'articolo 30 del codice

e rispettare *"l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione"*.

L'inciso ultimo è parte sostanziale della riscrittura della fattispecie da parte della legge 108/2021. Dalla previsione, pertanto, non si può non dedurre che l'affidamento diretto risulti vincolato nella potenziale platea di beneficiari visto che si tratta di soggetti che devono avere esperienza nel settore inciso dall'appalto.

La stazione appaltante, all'uopo, potrà quindi anche predisporre appositi/albi elenchi di operatori esperti deputati ad essere destinatari degli affidamenti diretti. Gli albi in parola potrebbero

esser configurati, sulla falsariga di quelli tradizionali, anche sempre aperti all'adesione di soggetti che maturassero esperienza.

A mero titolo esemplificativo, si potrebbe immaginare la predisposizione da parte del RUP di un avviso pubblico finalizzato alla costituzione dell'albo per determinati appalti a soggetti giuridici, appunto, che abbiamo già maturato esperienza. L'albo in parola potrebbe, in relazione ai settori preindividuati dalla stazione appaltante, aperti a future nuove iscrizioni una volta che altri operatori abbiamo maturato le esperienze richieste.

In assenza di albi, stante la prescritta possibilità di prescindere dal confronto/valutazione/consultazione di più operatori economici (che sancisce, anche se non c'erano dubbi, che l'affidamento diretto emergenziale è un affidamento diretto puro) si deve ritenere che il RUP possa riferirsi, per l'individuazione del potenziale affidatario, anche a banche dati, a precedenti appalti e non solo della stessa stazione appaltante e, evidentemente, per beni/servizi e lavori di manutenzione a forme di mercato elettronico.

Sotto il profilo pratico si deve ritenere che l'indicazione istruttoria posta dal

legislatore, ovvero l'esigenza che l'assegnatario diretto abbia già documentata esperienza, non possa essere superata anche perché finisce per sostanziare la stessa motivazione dell'affidamento. La motivazione, per intendersi, poggerà sulla *certificazione* che lo stesso risulti in possesso dell'esperienza sul tipo di appalto, dei requisiti richiesti (come previsto nelle linee guida ANAC n. 4) e sempre che il responsabile unico del procedimento non abbia posto comportamenti contrari a quanto imposto a livello di principi generali dell'articolo 30 del codice dei contratti.

Si introduce, con una formulazione che, al netto della richiesta di esperienza, sembra richiamare la norma codicistica, anche il riferimento all'obbligatorio rispetto della rotazione al fine di evitare comportamenti scorretti del RUP.

Uno degli interventi (modifiche) di maggior rilievo – rispetto al D.L. 77/2021 – si deve registrare in tema di affidamento diretto e quindi con l'articolo 51 che modifica la correlata fattispecie di affidamento diretto emergenziale disciplinata nell'articolo 1, comma 2, lett. a) del pregresso D.L. 76/2020 come convertito con legge 120/2020.



La legge 108/2021 conferma, invece, la previsione sulle procedure negoziate come riscritta con il D.L. 77/2021 prevedendo, nel sottosoglia, sostanzialmente tre procedure: una specifica per i servizi e forniture (compresi i servizi tecnici) per importi compresi tra i 139mila euro ed il sotto soglia (214mila euro), mentre per i servizi sociali la soglia è di 750mila euro con invito rivolto ad almeno 5 operatori economici scelti con avviso pubblico o dall'albo interno se la stazione appaltante ne disponesse.

Per i lavori, secondo le dinamiche appena prospettate, già il legislatore del D.L. 77/2021 – e ciò risulta confermato con la legge 108/2021 – individua una prima fascia per la procedura negoziata compresa tra importi superiori ai 150mila euro ed inferiori al milione di euro con almeno 5 inviti. Infine una seconda – ed ultima procedura negoziata per l'intero sottosoglia (art. 35 del codice) per importi pari o superiori al milione di euro con n. 10 operatori economici.

Tra le norme confermate, già previste nel D.L. 76/2000 non si può non ricordare la possibilità di utilizzare il c.d. atto unico (determina di affidamento) per l'affidamento diretto e la possibilità dell'esclusione automatica (da ritenersi, secondo la giurisprudenza, obbligatoria se si utilizzano le procedure emergenziali) a soli 5 partecipanti alla procedura negoziata disapplicando, invece la norma più rigorosa contenuta nell'articolo 97 del codice.

La legge 108/2021 conferma anche la disciplina dell'entrata in vigore sulle nuove norme.



6. L'entrata in vigore

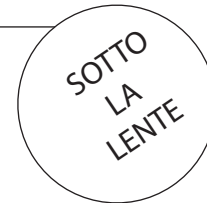
La legge 108/2021 conferma anche la disciplina dell'entrata in vigore sulle nuove norme. E' interessante richiamare la norma in parola – ultimo comma dell'articolo 51 del DL 77/2021 come convertito con legge 108/2021 - per sottolineare il fatto che il legislatore dell'emergenza ha ben presente la distinzione tra procedimento e procedura (anche ai fini del calcolo dei termini entro cui il RUP deve giungere ad aggiudicazione almeno non efficace) visto che – a differenza di quanto accade negli artt. 1 e 2 della legge 120/2020 in cui si parla di procedimento –, per l'entrata in vigore delle nuove norme il legislatore

si esprime con riferimento alle procedure che prendono avvio dal bando o dalla lettera di invito (a differenza del procedimento amministrativo che prende avvio dalla determina a contrarre).

In questo senso, nella parte finale del comma 3 dell'articolo 51 si legge che le nuove norme (della legge 108/2021) *“si applicano alle procedure avviate dopo l'entrata in vigore del presente decreto. Per le **procedure** i cui bandi o avvisi di indizione della gara **siano pubblicati** prima dell'entrata in vigore del presente decreto ovvero i cui inviti a presentare le offerte o i preventivi **siano inviati** entro la medesima data continua ad applicarsi il citato articolo 1 del decreto-legge n. 76 del 2020 nella formulazione antecedente alle modifiche apportate con il presente decreto”*.

Il Codice dei contratti si rifà il look: il CdM licenzia il nuovo disegno di legge delega in materia di appalti pubblici.

di Alessandra Verde



1. Inquadramento generale

All'inizio dell'estate, il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge delega per l'aggiornamento del Codice dei contratti pubblici. Tale importante provvedimento rientra tra le molteplici azioni previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) presentato dal Governo italiano a Bruxelles a fine aprile. Il PNRR contiene il pacchetto di programmi, investimenti e riforme richiesto dal programma europeo NextgenerationEU (NGEU), di contrasto alla crisi pandemica e finalizzato a finanziare investimenti e riforme per accelerare la transizione ecologica e digitale, migliorare la formazione dei lavoratori e conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale.

Come è noto, infatti, per far fronte al grave periodo di crisi in corso, l'Unione ha messo a disposizione quasi 200 miliardi di euro da distribuire fino al 2026 - di cui una parte per sovvenzioni a fondo perduto - per accedere ai quali gli Stati membri devono programmare un piano di investimenti e riforme miranti al raggiungimento dei suddetti obiettivi. Il PNRR italiano rappresenta appunto la risposta alle richieste programmatiche dell'Unione.

Il Piano si articola in sei Missioni e sedici Componenti. Le sei Missioni del Piano sono: digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute. Il Piano è coerente con i sei pilastri del NGEU e soddisfa i parametri fissati dai regolamenti europei sulle quote di progetti "verdi" e digitali.

Il PNRR elaborato dall'Esecutivo propone un ambizioso progetto di riforme orientate a migliorare il quadro regolatorio italiano, nonché ad incrementare stabilmente «l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese».

Il percorso riformatore tracciato dal Piano, volto a favorire la crescita e ad attuare le summenzionate sei Missioni, si fonda sulla

semplificazione, da realizzare attraverso differenti tipologie di riforme: orizzontali, abilitanti e settoriali. Nell'ambito delle riforme "abilitanti", ovvero quelle finalizzate a «rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese», si inserisce la semplificazione in materia di contratti pubblici e concessioni, che diviene «obiettivo

Il Governo ha recentemente approvato il disegno di legge delega per l'aggiornamento del Codice dei contratti pubblici. Tale provvedimento rientra tra le molteplici azioni previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) presentato dall'Italia e contenente il pacchetto di programmi, investimenti e riforme richiesto dal programma europeo NextgenerationEU (NGEU), di contrasto alla crisi pandemica.

essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia>>.

Il percorso tracciato dal PNRR prevede diverse modalità di attuazione in funzione dell'urgenza delle misure da adottare: per le misure considerate più urgenti si è stabilita l'approvazione di un decreto legge volto a rafforzare le semplificazioni già previste nel c.d. Decreto Semplificazioni - tradottosi poi nel Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, ora convertito con modificazioni nella Legge 29 luglio 2021, n. 108 - e a prorogarne l'efficacia fino al 2023.

Vi sono poi le misure c.d. "a regime", per le quali il Piano ha previsto l'adozione, entro il 31 dicembre 2021, di un disegno di legge delega finalizzato alla riforma del Codice dei Contratti Pubblici e dei relativi decreti legislativi. Oggetto del presente contributo è proprio il disegno di legge delega *de quo*. Con esso il Governo intende perseguire l'obiettivo di ridurre al massimo le previsioni legislative non contenute nella normativa europea, garantendo una piena corrispondenza della normativa statale alle direttive eurounitarie, integrando queste ultime soltanto nelle parti in cui le stesse non siano *self executing* e ordinandole in una nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente.

Nel PNRR sono inoltre individuate ulteriori misure, alcune delle quali realizzabili anche - ma non solo - mediante il disegno di legge delega in esame, che le pone tra i vari obiettivi da perseguire con gli emanandi decreti legislativi. Tra queste, la revisione della disciplina dell'appalto integrato con relativa riduzione dei divieti attualmente in vigore; la riforma della disciplina del subappalto e l'inserimento di un tendenziale divieto di clausole di proroga e di rinnovo automatico nei contratti di concessione; la riduzione del numero e qualificazione delle stazioni appaltanti; la semplificazione e digitalizzazione delle procedure delle centrali di committenza e l'interoperabilità dei relativi dati.

In particolare, l'obiettivo della "digitalizzazione e del rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni aggiudicatrici", da attuare attraverso azioni di formazione e supporto

nella gestione delle procedure di acquisto e l'individuazione di strumenti digitali avanzati di acquisto e negoziazione costituisce il contenuto essenziale della riforma denominata "Recovery Procurement Platform", volta alla modernizzazione del sistema nazionale degli appalti pubblici, espressamente prevista e delineata dal PNRR italiano.

2. Gli obiettivi del disegno di legge delega

Come accennato, il disegno di legge delega si pone una serie di ambiziosi obiettivi, già tracciati dal PNRR: l'adeguamento della normativa interna al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di giustizia europea e delle altre giurisdizioni superiori; la razionalizzazione e la semplificazione della vigente disciplina in materia di contratti pubblici al fine di risolvere le procedure di infrazione avviate contro l'Italia dalla Commissione europea e di scongiurarne l'avvio di nuove. Non solo. Come emerge dalla Relazione illustrativa di accompagnamento al ddl, scopo ulteriore della riforma è risolvere una serie di problemi applicativi nati dal susseguirsi continuo e disordinato di provvedimenti legislativi di modifica del Codice dei contratti che, pur se ispirati all'esigenza di assicurare la coerenza dell'ordinamento nazionale a quello europeo e di favorire una più celere realizzazione degli investimenti pubblici, <<hanno in più parti derogato (in alcuni casi anche in modo permanente) alla disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici>>, soprattutto nell'ultimo anno e mezzo di emergenza pandemica, durante il quale è stato introdotto un regime ampiamente derogatorio rispetto alla normativa ordinaria.

La delega ha quindi lo scopo di aggiornare il vigente Codice dei contratti, restituendogli <<semplicità e chiarezza di linguaggio, nonché ragionevoli proporzioni dimensionali, limitando il più possibile nel testo i rinvii alla normazione secondaria>>.

C'è da chiedersi in proposito che posizione vorrà assumere il legislatore riguardo al ruolo dell'ANAC e delle sue Linee guida, sino ad ora intese come strumento di *soft law* e perciò, seppur

1. Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in Legge 11 settembre 2020, n. 120.

impropriamente, considerate fonti normative di rango secondario. Probabilmente l'intento sarà quello di proseguire sulla via – già tracciata dal Decreto c.d. Sblocca cantieri – di ritorno al regolamento governativo quale strumento principale, se non unico, di attuazione e specificazione del Codice.

Oltre a quello di un riordino sistematico, il ddl si pone importanti obiettivi sotto il profilo dei contenuti. Vediamo quali.

3. La semplificazione delle norme e delle procedure

Una prima linea direttrice su cui si muove il disegno di legge delega è quello della semplificazione delle norme vigenti e delle procedure di affidamento.

Tra i principi e i criteri direttivi che il Governo dovrà seguire nel predisporre i decreti legislativi attuativi della delega ve ne sono diversi, infatti, che afferiscono alla semplificazione.

Ad esempio, il Governo dovrà <<assicurare una drastica riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, ove necessario>>(lett. a)); garantire la <<semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali>> (lett. c)); mirare alla <<semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie

Il disegno di legge delega mira a razionalizzare e semplificare la vigente normativa in materia di contratti pubblici, adeguandola al diritto europeo e ai principi espressi dalle magistrature superiori, nazionali ed europee. Altro scopo dichiarato è quello di riordinare la complessa materia degli appalti limitando il più possibile le deroghe al regime ordinario e i rinvii alla normazione secondaria, che tanta confusione creano tra gli addetti ai lavori.



coinvolti nelle stesse (lett. g)); infine puntare alla semplificazione della disciplina giuridica applicabile ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive europee (lett. p)).

Vale la pena di far notare che il disegno di legge delega fa espresso riferimento alla semplificazione delle norme relative agli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, sulla scorta – evidentemente – dell'esperienza maturata con i vari decreti emergenziali (decreto Semplificazioni e decreto Semplificazioni *bis*) che hanno imposto - per gli affidamenti sotto soglia comunitaria - procedure derogatorie decisamente semplificate negli adempimenti richiesti e contingentate nella tempistica di espletamento. Si pensi soltanto al fatto che, in vigore del secondo decreto Semplificazioni, è possibile procedere ad affidamento diretto di un appalto di forniture o servizi di importo fino a 139 mila euro. Inoltre, entro tale soglia, qualunque sia la procedura che la stazione appaltante abbia deciso di porre in essere, l'affidamento in questione

verdi e digitali, nonché in innovazione e ricerca>> (lett. d)), incrementando il grado di ecosostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche secondo quanto previsto dall'Agenda 2030 dell'ONU e dagli atti di programmazione europea sul tema dello sviluppo sostenibile; revisionare e semplificare la normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, e più celeri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell'intesa fra i diversi livelli territoriali

2. Si rammenta, in proposito, che l'art. 1, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Decreto sblocca cantieri) ha inserito il comma 27-octies, nell'art. 216 del D. Lgs. n. 50/2016, il quale prevede l'adozione di un Regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice dei contratti pubblici.

dovrà comunque concludersi entro il termine di due mesi dall'avvio.

Inscindibilmente connessa con l'obiettivo di semplificare le procedure è anche la previsione di cui alla lett. l) secondo cui i decreti attuativi dovranno individuare le ipotesi in cui si possa ricorrere agli automatismi nella valutazione delle offerte e la tipizzazione dei casi in cui ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'offerta.

Ciò significa – plausibilmente – che il legislatore voglia ampliare l'ambito di applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale, nell'ottica di una maggiore semplificazione e celerità di conclusione degli affidamenti, sulla scorta di quanto già attualmente previsto dal regime derogatorio emergenziale.

La semplificazione delle norme e delle procedure, che in Italia è poco meno che una chimera, torna quindi prepotentemente ad essere un obiettivo imprescindibile per un più celere ed efficace sviluppo economico del Paese. In Italia si parla sin dagli anni novanta della necessità di semplificare e razionalizzare l'ordinamento giuridico ma, come è noto, si tratta di un processo mai pienamente realizzato e, anzi, reso sempre più difficile attuazione a causa del proliferare di una legislazione sempre più complessa e imprecisa.

Nel settore degli appalti la sfida della semplificazione dovrà passare necessariamente attraverso una riduzione dei tempi delle procedure, una razionalizzazione dei controlli in capo alle stazioni

La semplificazione delle norme e delle procedure è considerata obiettivo imprescindibile per un più celere ed efficace sviluppo economico del Paese. Il Governo dovrà infatti assicurare una drastica riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, garantire la semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità e mirare alla semplificazione delle procedure che incentivino le tecnologie verdi e l'innovazione.



appaltanti e – in generale – attraverso un atteggiamento più "compliant" della pubblica amministrazione nei confronti degli operatori economici.

Oggi, contrattare con la pubblica amministrazione è visto come un "male necessario", considerato, da un lato, l'abnorme mole di adempimenti cui sono tenute le imprese che intendano partecipare ad una procedura d'appalto e, dall'altro, i ritardi nei pagamenti delle prestazioni rese da parte delle stazioni appaltanti.

Se – come sembra volere il Governo – il settore degli appalti pubblici deve diventare il principale volano della ripresa economica del Paese, una reale semplificazione delle norme in materia e delle relative procedure sarà il primo grande passo da compiere.

4. La razionalizzazione delle strutture e delle procedure nell'ottica di una maggiore efficienza delle amministrazioni aggiudicatrici

L'altro pilastro del disegno di legge delega, strettamente correlato alla semplificazione normativa, è la razionalizzazione del sistema degli appalti, sia sotto il profilo dei soggetti che vi operano che sotto quello delle procedure da porre in essere.

Per quanto concerne il primo aspetto, tra gli obiettivi da attuare mediante appositi decreti vi è la <<ridefinizione e il rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, al fine di conseguire la loro forte riduzione numerica,

3. Cfr. art. 1, comma 3, D.L. n. 76/2020, convertito in L. n. 120/2020.

nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse e introduzione di forti incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche, e potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti>> (lett. b)).

Il legislatore vuole riprovare, questa volta in maniera più incisiva, a perseguire l'obiettivo già individuato nel D. Lgs. n. 50 del 2016 di professionalizzare le stazioni appaltanti, concentrando l'espletamento delle procedure di affidamento di maggior rilievo in capo a poche di esse, dotate di personale esperto, ovvero le centrali di committenza. Tuttavia, la strada verso la piena centralizzazione degli appalti è ancora lunga in quanto, nel trascorso periodo, caratterizzato dal blocco dei concorsi pubblici e del *turn over*, non è stato facile strutturare tali amministrazioni con personale in numero e professionalità adeguati.

D'altra parte, la centralizzazione degli acquisti sarebbe tanto più auspicabile se solo si pensi al fatto che da essa discenderebbe non soltanto l'ottimizzazione della spesa delle risorse pubbliche ma anche la riduzione del contenzioso, posto che le gare espletate da personale esperto sono plausibilmente più esenti da errori e conseguenti contestazioni dinanzi al giudice rispetto alle altre.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, quello della razionalizzazione delle procedure, il ddl delega si pone un obiettivo di ampia portata. Si legge infatti alla lettera f) che i decreti attuativi dovranno portare alla <<riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, alla esecuzione degli appalti, anche

attraverso la digitalizzazione e informatizzazione delle procedure, al superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, al rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione e alla riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento del corrispettivo e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori>>.

L'obiettivo è decisamente ambizioso e anch'esso perseguito da tempo dal legislatore. In particolare, la digitalizzazione e informatizzazione delle procedure è, invero, abbastanza a buon punto, se si pensa al sempre maggiore impiego delle procedure telematiche, favorito anche dall'obbligo, vigente già da qualche anno, di ricorso del mercato elettronico per tutti gli acquisti di beni e servizi di importo superiore ai cinquemila euro. Riprova della sempre più ampia diffusione delle procedure telematiche è anche la recente adozione da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del bando tipo in tema di procedure di gara svolte in modalità interamente telematica, di aggiornamento del bando tipo n. 1.

Altro aspetto da mettere in rilievo è il fatto che il legislatore si sia deciso a superare l'impiego dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici: tale scelta decreta in via definitiva il fallimento dello stesso, mai realmente decollato nonostante i molteplici tentativi dell'Autorità Anticorruzione di farlo funzionare. Contropartita della rinuncia all'Albo Nazionale dei commissari è tuttavia <<il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione>>, professionalizzazione sempre più necessaria al fine di garantire il

4. Sancito dall'art. 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di Bilancio 2019).

5. L'ANAC ha pubblicato, per l'avvio di una consultazione pubblica, la bozza di Bando-tipo concernente le procedure di gara interamente telematiche, allo scopo di adattare ed aggiornare il Bando-tipo n. 1, ormai risalente nel tempo, in quanto approvato alla fine del 2017, alle modifiche legislative intercorse nel frattempo e, soprattutto, di formulare delle clausole tipo che meglio si adattino alle procedure telematiche, ormai predominanti rispetto alle gare tradizionali svolte in forma cartacea. E' nato così il documento, in consultazione fino al 15 marzo scorso, denominato <<Schema di disciplinare di gara – Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo>>, attualmente in fase di approvazione definitiva da parte dell'Autorità. Per un approfondimento sul tema si rinvia ad un nostro precedente contributo (<<Il nuovo Bando-tipo ANAC in tema di procedure telematiche>>) pubblicato sul numero 5, mese di luglio 2021, della Rivista.

buon funzionamento delle commissioni giudicatrici e la riduzione dei possibili contenziosi.

Tra gli altri obiettivi di razionalizzazione, volti a rendere più efficiente la pubblica amministrazione nell'affidamento e realizzazione degli appalti, rammentiamo:

- la <<semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione e l'eventuale riduzione dei livelli di progettazione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione dell'attività e della composizione del Consiglio Superiore dei lavori pubblici>> (lett. h));
- la <<revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara e considerando la specificità del settore dei beni culturali>> (lett. i)).

L'intento del legislatore sembra essere quello -

Il fatto che tra gli obiettivi del disegno di legge delega vi sia il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici decreta in via definitiva il fallimento dello stesso, mai realmente decollato nonostante i molteplici tentativi dell'Autorità Anticorruzione di farlo funzionare. Contropartita di tale rinuncia è tuttavia il necessario rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione.



Il disegno di legge delega si prefigge lo scopo di riformare il regime delle concessioni improntandolo ad una maggiore trasparenza e concorrenzialità, mediante la limitazione delle proroghe dei contratti in essere, una più puntuale e rigorosa verifica della corretta esecuzione delle prestazioni da parte dei concessionari e un sistema sanzionatorio in caso di inadempimento più efficace di quello attuale.



assolutamente auspicabile - di creare un sistema di verifiche della affidabilità e della moralità professionale degli operatori economici che sia realmente efficace e garantisca controlli celeri e attendibili, anche attraverso l'impiego di banche dati informatiche centralizzate, che accorcino i tempi delle verifiche e raccolgano in un'unica sede (virtuale) il maggior numero di informazioni utili alle stazioni appaltanti.

Una più celere ed efficace realizzazione degli appalti pubblici passa anche attraverso un più incisivo ed effettivo controllo sulla corretta esecuzione delle prestazioni e sulla riduzione del contenzioso, con conseguente risparmio di tempo e denaro per tutti i soggetti coinvolti. A tale scopo il disegno di legge delega pone anche ulteriori obiettivi, quali la <<razionalizzazione della disciplina concernente i meccanismi sanzionatori e premiali finalizzati a incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti pubblici da parte dell'aggiudicatario, anche al fine di estenderne l'ambito di applicazione>> (lett. t)) e <<l'estensione e il rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto>> (lett. u)).

5. La riforma del sistema delle concessioni

Un'altra delle linee direttrici del disegno di legge delega in materia di appalti pubblici pare essere quello di riformare il sistema delle concessioni, eliminando gli aspetti critici emersi fino ad oggi.

Tra gli obiettivi posti dal ddl si legge infatti:

- il divieto di proroga dei contratti di concessione, fatti salvi i principi europei in materia di affidamento in house, e razionalizzazione della disciplina sul controllo degli investimenti dei concessionari e sullo stato delle opere realizzate, fermi restando gli obblighi dei concessionari sulla corretta e puntuale esecuzione dei contratti, prevedendo sanzioni proporzionate all'entità dell'inadempimento, ivi compresa la decadenza in caso di inadempimento grave (lett. r));
- la razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, anche al fine di introdurre una disciplina specifica per i rapporti concessori riguardanti la gestione di servizi e, in particolare, dei servizi di interesse economico generale (lett. s)).

La volontà del legislatore sembra essere quella di improntare il regime delle concessioni ad una maggiore trasparenza e concorrenzialità, limitando per quanto possibile le proroghe dei contratti in essere, favorendo l'efficienza e l'economicità delle concessioni mediante una più puntuale e rigorosa verifica della corretta esecuzione delle prestazioni da parte dei concessionari e, soprattutto, attraverso un sistema sanzionatorio in caso di inadempimento ben più efficace di quello attuale.

6. Il potenziamento della tutela dei lavoratori e delle fasce deboli

Il disegno di legge delega in esame si pone poi l'importante obiettivo di promuovere nel settore dei contratti pubblici la stabilità del personale impiegato e di garantire pari opportunità di genere, generazionali (con una particolare attenzione verso i giovani che con sempre maggiori difficoltà trovano un impiego stabile) e di inclusione lavorativa dei soggetti con disabilità, mediante l'introduzione di clausole di gara che impongano obblighi in tal senso per l'ammissione in gara o, quanto meno, punteggi premiali a favore dei concorrenti più virtuosi sotto il profilo della tutela delle fasce lavorative deboli.

Nella lett. e) del ddl è infatti previsto che il legislatore delegato si debba preoccupare di disciplinare la <<facoltà ovvero dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di

gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali, con cui possono essere indicati, come requisiti necessari o premiali dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a: promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato; garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; promuovere le pari opportunità generazionali e di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità>>.

7. Il favor verso l'impiego di procedure innovative

Un'ultima linea direttrice del disegno di legge delega di riforma del Codice dei contratti va individuata nel forte stimolo all'utilizzo di procedure di affidamento innovative e flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e le procedure negoziate con bando per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità, per cui il legislatore delegato dovrà trovare un adeguato sistema di incentivazione al loro impiego (lett. m)), nella convinzione che la collaborazione con gli operatori del settore privato, pur nel pieno rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, sia fonte di arricchimento e miglioramento dell'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione.

Sulla stessa scorta vi è la previsione della necessaria <<razionalizzazione, semplificazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti>> (lett. n)).

8. I tempi dell'attuazione della delega

Si rammenta infine che il decreto o i decreti legislativi che saranno approvati per l'attuazione della delega dovranno essere adottati, entro sei mesi dalla data

di entrata in vigore della legge delega, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, di concerto con i Ministri competenti, previa acquisizione dei pareri della Conferenza Unificata, del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari competenti per materia, le quali dovranno pronunciarsi entro il termine di trenta giorni dalla data di richiesta di parere. Decorso tale termine, si potrà prescindere dal parere.

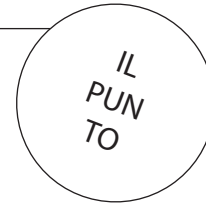
Il Governo potrà anche avvalersi del supporto del Consiglio di Stato per la predisposizione dei decreti.

Tra le linee direttrici del disegno di legge delega in esame vi è, da un lato, la promozione, nel settore dei contratti pubblici, della stabilità del personale impiegato e della garanzia di pari opportunità di genere, generazionali e di inclusione lavorativa dei soggetti con disabilità e, dall'altro, l'incentivo al ricorso a procedure innovative e flessibili che vedono protagonisti gli operatori economici in un rapporto di stretta collaborazione con la pubblica amministrazione.



“Appalti informatici”: gli acquisti di beni e servizi informatici nel DL Semplificazioni-bis

di Ilenia Paziani



1. Introduzione: la digitalizzazione tra le missioni del PNRR

Per consentire una ripresa dell'Europa dopo la pandemia da Covid-19, l'Unione Europea ha approvato il *Next Generation EU*, il fondo speciale, finanziato con titoli di stato europei, volto a supportare la ripresa economica per gli anni 2021-2026. Il Fondo, noto in Italia anche come *Recovery Fund*, ha lo scopo di sostenere progetti di riforme strutturali previsti dai *Recovery Plan* degli Stati Membri.

Per quanto riguarda l'Italia, lo scorso aprile il Governo ha predisposto il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), definitivamente approvato il 13 luglio 2021 anche in sede europea dal Consiglio Europeo, su proposta della Commissione.

Il Piano si pone l'obiettivo di incidere sul sistema-paese attraverso varie riforme-chiave, che riguardano in particolare Pubblica Amministrazione, giustizia, contratti pubblici, concorrenza e fonti rinnovabili, aventi tutte lo scopo di raggiungere non solo una maggiore inclusione sociale (in particolare di donne e di giovani), ma anche una più ampia digitalizzazione, oltre alla transizione ecologica.

Il PNRR si prefigge l'obiettivo di ottemperare a sei "missioni":

1. Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura;
2. Rivoluzione verde e transizione ecologica;
3. Infrastrutture per una mobilità sostenibile;
4. Istruzione e ricerca;
5. Inclusione e coesione;
6. Salute.

Il presente contributo è volto ad approfondire gli strumenti che il PNRR intende adottare per il perseguimento della prima missione: "digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura".

2. La digitalizzazione: gli obiettivi

Le risorse complessivamente destinate alla "digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura" ammontano a ben **46,3 miliardi di euro, pari al 21 per cento delle risorse totali del Piano** (Fonte: <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza.html>).

Come si legge nell'introduzione del testo definitivo del PNRR infatti il Governo ha rilevato che "Tra le cause del deludente andamento della produttività c'è l'incapacità di cogliere le molte **opportunità legate alla rivoluzione digitale**. Questo ritardo è dovuto sia alla **mancanza di infrastrutture adeguate**, sia alla struttura del tessuto produttivo, caratterizzato da una prevalenza di piccole e medie imprese, che sono state spesso lente nell'adottare nuove tecnologie e muoversi verso produzioni a più alto valore aggiunto.

La **scarsa familiarità con le tecnologie digitali** caratterizza anche il **settore pubblico**. Prima dello scoppio della pandemia, il **98,9 per cento dei dipendenti dell'amministrazione pubblica in Italia non aveva mai utilizzato il lavoro agile**. Anche durante la pandemia, a fronte di un potenziale di tale modalità di lavoro nei servizi pubblici pari a circa il 53 per cento, **l'utilizzo effettivo è stato del 30 per cento**, con livelli più bassi, di circa 10 punti percentuali, nel Mezzogiorno.

Questi ritardi sono in parte legati al **calo degli investimenti** pubblici e privati, che ha rallentato i necessari processi di modernizzazione della pubblica amministrazione, delle infrastrutture e delle filiere produttive. Nel ventennio 1999-2019 gli investimenti totali in Italia sono cresciuti del 66 per cento a fronte del 118 per cento nella zona euro. In particolare, mentre la quota di investimenti privati è aumentata, quella degli investimenti

pubblici è diminuita, passando dal 14,6 per cento degli investimenti totali nel 1999 al 12,7 per cento nel 2019.”.

Nel PNRR si dà inoltre atto che, nonostante i recenti miglioramenti, l'Italia è ancora in ritardo in termini di adozione di modalità di operazione digitale e innovazione tecnologica, come evidenziato dall'ultimo aggiornamento dell'indice DESI (The Digital Economy and Society Index della Commissione EU), che vede in nostro Paese al **24° posto fra i 27 Stati membri dell'UE**.

La *digitalizzazione* riveste quindi un ruolo fondamentale nella ripresa economica dell'Italia. L'auspicata rivoluzione digitale rappresenta infatti un'enorme occasione non solo per aumentare la produttività, l'innovazione e l'occupazione, ma anche per garantire un accesso più ampio all'istruzione e alla cultura, al fine di colmare i divari territoriali.

L'implementazione del digitale costituisce quindi uno strumento trasversale che incide in diversi ambiti: dalla scuola, alla sanità, alla pubblica amministrazione in generale.

Pertanto, i temi del digitale e dell'innovazione rappresentano una priorità del PNRR.

In particolare, dall'analisi del Piano emerge che il principale obiettivo "digitale" è quello di fornire una connettività omogenea ad alta velocità in tutto il paese per residenti, aziende, scuole e ospedali attraverso l'utilizzo delle tecnologie più avanzate (Fibra, FWA7, 5G).

Affinché ciò si realizzi il Piano predilige la c.d. **strategia "cloud first"**.

Le Amministrazioni possono scegliere se migrare verso una nuova infrastruttura *cloud* nazionale all'avanguardia ("Polo Strategico Nazionale", PSN) o verso un *cloud* "pubblico" sicuro, a seconda della sensibilità dei dati e dei servizi coinvolti.

La migrazione al *cloud* offre l'opportunità di eseguire un'importante revisione e aggiornamento dei processi e delle applicazioni delle PA, in quanto consente di aderire a procedure automatizzate, a partire da un insieme di risorse condivise con altri utenti.

Un altro obiettivo del PNRR è quello di accelerare la piena **interoperabilità** tra enti pubblici e le loro basi informative, che consenta di snellire le

procedure pubbliche grazie alla piena realizzazione del principio del "once only", un concetto di *e-government* per cui cittadini e imprese debbano poter fornire "una sola volta" le loro informazioni ad autorità ed amministrazioni, le quali cooperano in maniera sinergica (ad esempio tramite sistemi già in uso come lo SPID, PagoPA, la app "IO", il Fascicolo Sanitario Elettronico).

Il Piano punta inoltre al rafforzamento della **sicurezza informatica**, tema di particolare attualità, come ha evidenziato il recente attacco *hacker* ai sistemi della Regione Lazio.

Si rafforza anche la "**cittadinanza digitale**" attraverso iniziative (anche scolastiche) dedicate volte a migliorare le competenze digitali di base. Infine, la trasformazione digitale riveste un ruolo determinante anche per dare nuovo impulso alla **competitività del sistema produttivo**, tramite incentivi agli investimenti in tecnologie all'avanguardia, in ricerca, sviluppo e innovazione, nonché in competenze digitali e manageriali.

3. L'articolo 53 del D.L. Semplificazioni-bis come strumento per l'attuazione della digitalizzazione

Gli obiettivi sopra delineati appaiono in linea con l'impianto legislativo tracciato dal D.L. Semplificazioni-bis (D.L. 31 maggio 2021 n. 77), anche alla luce del testo definitivo convertito in legge lo scorso 30 luglio e pubblicato in G.U. n. 181 del 30 luglio 2021.

Il Titolo IV del D.L. è dedicato ai contratti pubblici, i quali costituiscono non solo il volano dell'economia, ma anche lo strumento principale affinché si realizzi la concreta attuazione della digitalizzazione auspicata dal PNRR.

Come visto infatti il *Next Generation Eu* prevede che il 20% dei fondi destinati agli Stati Membri sia destinato proprio alla trasformazione digitale, conseguentemente appare evidente l'urgenza di provvedere ad acquisti di beni e servizi informatici e di offrire alle pubbliche amministrazioni adeguati strumenti per farlo.

Con riferimento a tale esigenza il D.L. Semplificazioni-bis all'articolo 53 rubricato "*Semplificazione degli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR*"

e in materia di procedure di e-procurement e acquisto di beni e servizi informatici”, prevede specifiche regole per l’affidamento di beni e servizi informatici volte appunto alla semplificazione e alla velocizzazione delle procedure di affidamento e dell’avvio dell’esecuzione dei relativi contratti.

Da una prima lettura della disposizione normativa emerge che il legislatore ha riservato particolare attenzione all’esigenza di garantire che gli acquisti riguardanti l’ICT Public Procurement (cioè le attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici) siano al riparo dal rischio di obsolescenza. Per garantire prodotti all’avanguardia l’articolo 53 prevede deroghe sia sui tempi previsti per le procedure di gara, sia sulla stipula e l’avvio del contratto.

3.1 La semplificazione degli affidamenti

L’articolo 53 innanzitutto distingue tra affidamenti sotto e sopra soglia.

Per quanto riguarda gli affidamenti di beni e servizi informatici **sotto la soglia comunitaria** il comma 1 prevede il ricorso **al solo affidamento diretto** come previsto dall’articolo 1 comma 2 lett. a) del (primo) D.L. Semplificazioni (n. 76/2020 conv. in legge 120/2020).

A differenza della regola “generale” prevista dal D.L. n. 76/2020 per gli affidamenti sotto soglia comunitaria che prevede l’affidamento diretto esclusivamente per i servizi e le forniture inferiori ad Euro 139.000,00 e per i lavori inferiori ad Euro 150.000,00; l’articolo 53 comma 1 prevede che per tutti gli affidamenti

**L’articolo 53
“Semplificazione degli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR e in materia di procedure di e-procurement e acquisto di beni e servizi informatici” prevede specifiche regole per l’affidamento di beni e servizi informatici volte alla semplificazione e alla velocizzazione delle procedure di affidamento e dell’avvio dell’esecuzione dei relativi contratti.**



In sede di conversione in legge è stato inoltre specificato che gli operatori economici devono essere scelti tra soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione.

Gli affidamenti di beni e servizi informatici sotto soglia comunitaria avvengono esclusivamente mediante affidamento diretto ad operatori economici in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento (novità introdotta in sede di conversione in legge del DL n. 77/2021). La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è quindi riservata solo agli affidamenti sopra soglia.



concernenti beni e servizi informatici l’affidamento di importi sotto soglia avverrà solo attraverso l’affidamento diretto.

Si segnala che in fase di conversione in legge del D.L. Semplificazioni-bis è stato previsto che la stazione appaltante procede all’affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all’articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Per quanto riguarda invece gli importi **sopra soglia comunitaria** (e quindi superiori a 214.000 Euro per i servizi e le forniture), laddove i servizi e i beni informatici siano basati sulla tecnologia *cloud*, e si tratti di beni e servizi di connettività finanziati in tutto o in parte con i fondi del PNRR, si prevede il ricorso alla procedura di cui dall’articolo 48, comma 3 del D.L. Semplificazioni-bis. E quindi –anche in questo caso– l’affidamento potrà avvenire con procedura negoziata senza bando per gli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento

equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2026. Il ricorso alla procedura negoziata senza bando è ammesso anche ove ricorra la rapida obsolescenza tecnologica delle soluzioni disponibili tale da non consentire il ricorso ad altra procedura di affidamento.

L'esigenza di ammodernamento dovuta alla rapida obsolescenza di tali beni costituisce quindi uno specifico presupposto affinché le amministrazioni possano ricorrere alla procedura negoziata senza bando per l'approvvigionamento di beni e servizi informatici.

Alla luce di quanto appena esposto, appare evidente che il legislatore per gli acquisiti di beni e servizi informatici sotto soglia non ha limitato l'operatività della deroga (previsione dell'affidamento diretto) a specifiche condizioni ai soli acquisiti finanziati con i fondi del PNRR, ampliandola addirittura anche a quegli affidamenti tra 139.000,00 e 214.000,00 Euro che ai sensi del D.L. n. 76/2020 sono già affidati con procedura negoziata senza bando.

Per quanto riguarda gli affidamenti sopra soglia invece ha specificato che potranno essere affidati con procedura negoziata senza bando solo quelli finanziati in tutto o in parte con i fondi del PNRR e solo quelli basati su tecnologia *cloud*, in linea con gli obiettivi riportati nei paragrafi precedenti delineati dal Piano.

Ne consegue che per gli acquisiti di beni e servizi informatici che non saranno finanziati con tali fondi, le amministrazioni potranno seguire o le procedure ordinarie, o le regole previste dall'articolo 2 comma 2 del D.L. n. 76/2020 e quindi procedere ad affidamenti mediante la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, la procedura competitiva con negoziazione di cui all'articolo 62 del decreto legislativo n. 50 del 2016 o il dialogo competitivo, con i termini ridotti.

3.2 La semplificazione della stipula del contratto

Gli affidamenti di beni e servizi informatici basati su tecnologia cloud sopra soglia comunitaria e finanziati in tutto o in parte con fondi del PNRR possono avvenire tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.



L'articolo 53 al successivo comma 2, prevede, inoltre, sempre a fini di semplificazione e accelerazione, che le amministrazioni possano procedere alla stipula immediata del relativo contratto.

In particolare, la disposizione prevede che si potrà procedere alla stipula e quindi all'avvio del contratto previa acquisizione di un'autocertificazione dell'operatore economico

aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti, riprendendo quanto era stato già previsto al riguardo dall'art. 75 del D.L. n. 18 del 2020.

Tuttavia, resta salvo il periodo di *stand still*, il contratto in ogni caso non potrà quindi essere stipulato prima che siano trascorsi 35 giorni dall'aggiudicazione definitiva.

Per quanto riguarda le verifiche antimafia resta in vigore quanto già previsto dall'articolo 3 del D.L. n. 76 del 2020 (le cui disposizioni continuano ad applicarsi fino al 30 giugno 2023).

Il contratto può essere stipulato, decorso il periodo di stand still, a seguito dell'acquisizione di un'autocertificazione con cui l'operatore economico attesti il possesso dei requisiti. In attesa della comprova, il contratto è sottoposto a condizione risolutiva.



Si segnala infine che seppure l'autocertificazione consente di stipulare il contratto, quest'ultimo è sottoposto a condizione risolutiva al fine di consentire alla stazione appaltante (entro 60 giorni) di eseguire la comprova del possesso dei requisiti concernenti le verifiche antimafia, in questo modo l'esigenza di semplificazione e di accelerazione delle procedure non comprime le garanzie di legalità richieste

agli operatori economici per contrarre con la pubblica amministrazione.

3.3 Gli strumenti strutturali/organizzativi per garantire la qualità degli acquisiti

Ai commi 3 e 4, l'articolo 53 individua l'organismo che dovrà occuparsi del coordinamento degli acquisti ICT strettamente finalizzati alla realizzazione del PNRR così come previsto dall'articolo 14 *bis* comma 2 lett. g) del D.Lgs. n. 82/2005. Si tratta in particolare della struttura della presidenza del Consiglio dei Ministri competente, e cioè il Dipartimento per la trasformazione digitale.

Il compito del Dipartimento è quello di dettare prescrizioni obbligatorie e vincolanti nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici relative sia all'organizzazione che ai tempi di svolgimento delle procedure di affidamento.

Tale funzione ha lo scopo di garantire una struttura adeguata in grado di rispettare cronoprogramma dei singoli progetti rientranti della "Missione 1 - Digitalizzazione", nonché la coerenza tecnologica e infrastrutturale dei progetti di trasformazione digitale adottati dalle singole amministrazioni.

In particolare, la struttura ha il potere di rendere pareri obbligatori e vincolanti sugli elementi essenziali delle procedure di affidamento, potendo guidare le amministrazioni aggiudicatrici con prescrizioni riguardanti l'oggetto, le clausole principali, i tempi e le modalità di acquisto.

3.4 Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici

L'articolo 53 (al comma 5) è intervenuto anche sulla trasparenza e pubblicità degli appalti, tali modifiche al Codice dei contratti pubblici riguardano tutti gli appalti e non solo gli affidamenti di beni e servizi informatici.

Il decreto-legge interviene infatti sui principi in materia di trasparenza disciplinati dall'articolo 29 del Codice dei contratti.

In particolare, il punto 1 del comma 5 modifica l'articolo 29 del Codice (comma 1) ampliando l'ambito di operatività degli obblighi di pubblicazione ivi previsti anche alla fase dell'esecuzione.

Il D.L. Semplificazioni-*bis* prevede inoltre che tutte le informazioni relative alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione ed esecuzione delle opere saranno gestite e trasmesse **alla banca dati dei contratti pubblici** dell'ANAC attraverso l'impiego di piattaforme informatiche **interoperabili**.

Al Dipartimento per la trasformazione digitale è attribuita la funzione di coordinare gli acquisti informatici attraverso l'emanazione di pareri obbligatori e vincolanti concernenti gli elementi essenziali delle procedure.



In particolare, secondo la nuova formulazione, le suddette informazioni devono essere gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse.

La banca dati degli operatori economici è quindi accorpata alla Banca dati dei contratti pubblici che verrà gestita da ANAC.

L'articolo 53 comma 5 interviene su trasparenza e pubblicità dei Contratti Pubblici introducendo obblighi di pubblicazione anche con riferimento alla fase di esecuzione del contratto.



Detta Banca dati si sostituisce alla Banca dati nazionale degli operatori economici gestita dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e diviene quindi **l'unico mezzo** attraverso cui verrà acquisita la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale,

tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure di gara e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti.

All'interno della nuova Banca dati, verrà infatti istituito il **fascicolo virtuale** dell'operatore economico, nel quale saranno conservati tutti i dati e le informazioni necessarie ai fini della partecipazione alle procedure di gara.

A tale fine, il comma 5 dell'articolo 53 affida ad ANAC il compito di individuare, con proprio

provvedimento, adottato d'intesa con il MIMS e con l'AgID, i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca Dati, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati, nonché i criteri e le modalità relative all'accesso e al funzionamento di detta Banca dati (art. 81, comma 2, D.lgs. 50/2016).

Tali dati riguarderanno la verifica dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice, l'attestazione SOA per gli esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione.

L'aspetto che potenzialmente potrebbe rivoluzionare le modalità di partecipazione alle gare pubbliche è costituito senz'altro dalla possibilità che i dati e documenti contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, potranno essere **utilizzati anche per gare diverse**.

Inoltre, l'articolo 53, comma 5, prevede che le commissioni giudicatrici effettueranno la propria attività utilizzando, di norma, le piattaforme e gli strumenti informatici e quindi si riuniscono "di regola" da remoto.

4. Considerazioni finali

La nuova formulazione dell'articolo 29 del D.lgs. n. 50/2016 tiene dunque conto delle novità previste dal PNRR in tema di digitalizzazione con particolare attenzione rivolta all'interoperatività delle banche dati.

Il D.L. demanda ad ANAC, d'intesa con il Ministero e con l'AgID, il compito di delineare le regole per il funzionamento della Banca Dati (accesso, funzionamento, aggiornamento), nonché i dati che devono essere trasmessi dagli operatori economici.



Tali modifiche costituiscono lo strumento di attuazione necessario per l'affermazione del principio del "once only" e cioè la semplificazione (per l'operatore economico) di fornire una sola volta all'apparato pubblico una determinata informazione, la quale sarà poi "condivisa" tramite appunto banche dati interconnesse tra loro, senza necessità che ogni volta la singola amministrazione la richieda di nuovo.

Tale metodologia consentirebbe di velocizzare e snellire di gran lunga ogni tipo di procedimento amministrativo, con conseguente effettiva semplificazione e velocizzazione delle procedure di affidamento. Tuttavia, come evidenziato dalla nota di ANCI in commento al D.L. n. 77/2021, le modifiche introdotte all'articolo 29 del

Codice comporteranno un appesantimento e un aggravio dei compiti e delle attività a cui sono tenute le amministrazioni.

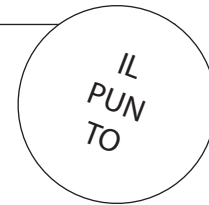
Risulta quindi imminente l'esigenza di dotare le amministrazioni pubbliche di un apparato in grado di ottemperare a tali funzioni e delle competenze necessarie per realizzarle.

La realizzazione di tale (stavolta vera, se attuata) semplificazione non può infatti prescindere dal ripensamento di un'amministrazione pubblica in grado di poter sfruttare a pieno tali strumenti di semplificazione.

L'investimento sul piano digitale ed informatico rappresenta dunque un circolo virtuoso, in grado di arrecare benefici non solo al settore relativo ai beni e servizi informatici in sé, ma a tutto il sistema degli affidamenti pubblici.

L'esame di congruità dell'offerta, i presupposti e le valutazioni complessive della stazione appaltante. Il rapporto anche con i requisiti di ammissione e di esecuzione dell'appalto.

di Beatrice Corradi



1. I presupposti e le finalità del procedimento di valutazione dell'anomalia secondo giurisprudenza

I principi costantemente affermati dalla giurisprudenza con riferimento al procedimento di valutazione di congruità dell'offerta anomala, si possono riassumere come segue:

- l'esito è rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante;
- la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (A.P. n. 36/2012; Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314; id. 1 ottobre 2010, n. 7262; id. 11 marzo 2010 n. 1414; Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710);
- ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente;
- la valutazione sulla congruità dell'offerta reso dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (C.d.S., Ad. Pl., 29 novembre 2012, n. 36; V, 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848; 23 novembre 2010, n. 8148; 22 febbraio 2011, n. 1090; Consiglio di Stato, cit., 17 gennaio 2014, n. 162);
- il giudice amministrativo non può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta "sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio – non erroneo, né illogico – formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il Giudice invaderebbe una sfera propria della P.A." (C.d.S., IV, 27 giugno 2011, n. 3862; V, 28 ottobre 2010, n. 7631; Consiglio di Stato, Sezione V, 17 gennaio 2014, n. 162);
- 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" (Cons.di Stato, sez. V, 08.04.2021 n. 2843 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);

- in fase del controllo dell'anomalia non è ammessa un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo. E' tuttavia consentito al concorrente di dimostrare, in sede di verifica di anomalia, che determinate voci di prezzo erano eccessivamente basse, mentre altre, per converso, erano sopravvalutate, pervenendo così ad un rimaneggiamento, volto a documentare per alcune di esse un risparmio idoneo a compensare il maggior costo di altre, incidendo finanche sull'utile esposto al fine di giungere ad una compensazione tra sottostime e sovrastime, che lasci l'offerta affidabile e seria (Tar Lombardia 963/2017).

In base all'art. 97 del Codice degli Appalti, così come chiarito dall'ANAC con delibera n. 475 del 23.05.2018, l'operatore economico, in sede di verifica di congruità dell'offerta, deve dimostrare alla stazione appaltante che il prezzo offerto è sufficiente a garantire la corretta e puntuale esecuzione del servizio, per cui le relative giustificazioni possono concretizzarsi nell'illustrazione dei motivi economici e/o tecnici che gli hanno consentito di praticare un determinato ribasso, come ad esempio quelli relativi al processo produttivo, le particolari soluzioni tecniche prescelte o le condizioni particolarmente agevolate di cui può godere. Il citato articolo prevede che la stazione appaltante escluda l'offerta solo se la prova fornita non giustifichi sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi

proposti o se accerti che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

- non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali;
- non rispetta gli obblighi in materia di subappalto;
- sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza rispetto all'entità e alle caratteristiche specifiche dell'appalto;
- il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali.

2. Il procedimento monofasico per verificare l'anomalia

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'art. 97 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non contiene più le rigide scansioni temporali dettate dal previgente art. 87 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: il comma 5 dell'art. 97 descrive ormai un procedimento semplificato, "monofasico" in luogo del procedimento "trifasico" (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) di cui al previgente art. 87 citato. In ogni caso può accadere in concreto che, ricevuti i primi giustificativi, l'amministrazione non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia e decida per questo di avanzare ulteriori richieste all'operatore economico ovvero di fissare un incontro per ricevere spiegazioni e chiarimenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690). Nel normare il procedimento unitario di cui trattasi, l'art. 97 non prende in esame il caso che l'Amministrazione avanzi ulteriori richieste, evenienza che la disposizione non regola e, quindi, non esclude.

Il comma 5 dell'art. 97 descrive ormai un procedimento semplificato, "monofasico" in luogo del procedimento "trifasico" (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) di cui al previgente art. 87 citato. In ogni caso può accadere in concreto che, ricevuti i primi giustificativi, l'amministrazione non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia e decida per questo di avanzare ulteriori richieste



La possibilità di avanzare altre richieste istruttorie non costituisce altro che una delle modalità di perseguimento dello stesso interesse pubblico all'individuazione del miglior offerente. Quale che siano le concrete modalità di svolgimento del sub – procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta – ed anche se, ricevuti i primi giustificativi, l'amministrazione richieda chiarimenti in relazione soltanto a taluni profili specifici di essa – la valutazione conclusiva dell'offerta è sempre compiuta alla luce di tutti gli elementi di cui si compone.

Il ritenere invece il subprocedimento articolato in più fasi, comporterebbe una progressiva riduzione del perimetro di valutazione dell'amministrazione, per cui, nel momento che sono approfonditi taluni elementi dell'offerta, altri ne restano definitivamente fuori, situazione, evidentemente, intollerabile e non rispondente al giudizio globale con il quale per giurisprudenza pacifica va conclusa la verifica di anomalia dell'offerta. La richiesta di ulteriori chiarimenti è diretta ad acquisire un quadro quanto più chiaro possibile dell'effettiva attendibilità dell'offerta, senza che da essa l'operatore possa legittimamente trarre convincimento in ordine al fatto che gli elementi non approfonditi siano, per ciò solo, già stimati corretti.

3. L'obbligatorietà o meno del procedimento di verifica dell'anomalia

L'art. 97 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, rubricato "Offerte anormalmente basse", definisce la disciplina alla quale la stazione appaltante deve attenersi per valutare ed eventualmente escludere un'offerta che si presenti come anomala o che risulti anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste. Il fine del subprocedimento da attivare è quello di verificare la serietà dell'offerta per garantire la corretta esecuzione delle prestazioni svolgendo, in sede di valutazione dell'offerta, un giudizio di natura tecnica teso ad appurare, in collaborazione con i concorrenti interessati, la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità dell'offerta presentata.

Il subprocedimento da porre in essere, è regolato, tra l'altro, dal principio di leale collaborazione, finalizzato all'instaurazione di un contraddittorio pieno ed effettivo con i concorrenti, nonché in

ragione della natura non perentoria del termine per la presentazione dei giustificativi e sulla base della considerazione che, in ogni caso, l'esclusione dalla gara di un'offerta sospetta di anomalia non può prescindere dall'effettuazione di un giudizio tecnico sulla congruità e serietà dell'offerta medesima.

Le valutazioni devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; in tal senso anche Parere di precontenzioso n. 84 del 10 aprile 2014). La ratio della verifica dell'anomalia è, pertanto, quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento (TAR Umbria 30 marzo 2018, n. 192; TAR Lombardia 27 ottobre 2017, n. 2048).

In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, spetta all'Amministrazione valutare la serietà dell'offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, in considerazione delle giustificazioni proposte; la valutazione richiesta alla stazione appaltante con riguardo alla congruità dell'offerta deve essere condotta in modo complessivo, avuto riguardo ai costi del personale, a quelli della sicurezza aziendale, all'incidenza dell'utile di gestione, nonché alle spese generali (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 341 del 5 aprile 2018).

Ai fini della valutazione dell'anomalia, coesistono due distinti modelli:

1. uno, di carattere obbligatorio in funzione del numero delle offerte ammesse e del criterio di aggiudicazione prescelto che impone alla stazione appaltante di valutare la congruità delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia determinata secondo quanto previsto dai commi 2, 2bis, 3 e 3bis dell'art. 97;
2. l'altro, di natura facoltativa, che si configura come espressione delle prerogative tecnico-discrezionali proprie della stazione appaltante e che pertanto è rimesso alle valutazioni in concreto svolte dall'amministrazione, ai sensi dell'art. 97, comma 6, ultimo periodo.

Con riguardo ai due modelli, il primo ha natura obbligatoria contrapposto alla connotazione discrezionale del secondo. Infatti, in presenza dei requisiti previsti, la stazione appaltante non può esimersi dal procedere alla verifica di anomalia dell'offerta, permanendo, in capo alla medesima, l'obbligo di attivarsi per verificare la congruità di un'offerta che, presuntivamente, si configura come anomala al ricorrere dei requisiti previsti dall'art. 97, commi 2, 2-bis, 3 e 3-bis.

E' necessario indicare nella documentazione di gara che si procederà alla determinazione della soglia di anomalia mediante ricorso ai metodi di cui all'art. 97, comma 2, 2-bis e 2-ter, del Codice solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse, non intendendo operare distinzioni tra i metodi di calcolo. Infatti, anche per i metodi diversi dai metodi a) ed e), benché tecnicamente possibile, il calcolo della soglia con meno di cinque offerte, non sarebbe comunque significativo. In caso di offerta economicamente più vantaggiosa, il parametro di offerte ammesse, condizione a seguito della quale si applica il calcolo, deve essere pari o superiore a tre.

L'esclusione automatica è adottabile ai sensi dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, a seguito della modifica apportata dal "c.d. Sblocca cantieri", che dispone che "per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia

individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5

e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci". Tuttavia, a riguardo, la Corte di Giustizia della Unione Europea, ha rammentato che «l'esclusione automatica - da considerare comunque un'eccezione rispetto alla regola che impone la verifica in contraddittorio della congruità delle offerte sospette - non può essere prevista come un obbligo, ma deve restare una facoltà lasciata alla stazione appaltante»).

Nel parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 821 del 18 settembre 2019 l'Autorità ha puntualizzato che, in presenza di due concorrenti, la stazione appaltante "non [è] tenuta ad attivare il procedimento di anomalia dell'offerta (art. 97, co. 3 -bis d.lgs. 50/2016: «Il calcolo di cui ai commi 2, 2-bis e 2-ter è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»). Al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 97 commi 2, 2-bis, 3 e 3-bis,

la stazione appaltante dispone di una quanto mai ampia discrezionalità in ordine alla scelta di procedere o meno alla verifica (facoltativa) di congruità dell'offerta, che, peraltro, non necessita di particolari motivazioni (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 442 del 9 maggio 2018).

L'Autorità, nel parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1126 del 5 dicembre 2018, ha ritenuto insindacabile la decisione della stazione appaltante di non procedere, ad esempio, all'avvio di un procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia pur in presenza di un ribasso significativo offerto dall'aggiudicatario, in quanto non "di portata tale da ritenere censurabile come macroscopicamente

È necessario indicare nella documentazione di gara che si procederà alla determinazione della soglia di anomalia mediante ricorso ai metodi di cui all'art. 97, comma 2, del Codice solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse. Al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 97 commi 2, 2-bis, 3 e 3-bis, la stazione appaltante dispone di una quanto mai ampia discrezionalità in ordine alla scelta di procedere o meno alla verifica (facoltativa) di congruità dell'offerta, che, peraltro, non necessita di particolari motivazioni. Secondo la giurisprudenza, un ribasso considerevole, è da escludere che esso possa costituire ex se causa di inaffidabilità e, quindi, di sospetta anomalia dell'offerta.



irragionevole l'operato della stazione appaltante".

Sul punto l'orientamento della giurisprudenza è consolidato e univoco nel ritenere che «l'amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, 29 gennaio 2018 n. 604; 25 maggio 2017, n. 2460)». Secondo la giurisprudenza, «un ribasso considerevole, è da escludere (...) che esso possa costituire ex se causa di inaffidabilità e, quindi, di (sospetta) anomalia dell'offerta» (TAR Sicilia sez. I 11 febbraio 2016 n. 390).

Nell'esecuzione della verifica di anomalia devono essere contemperati i diversi interessi che vengono in rilievo: da un lato, l'interesse dell'amministrazione, che è quello di conseguire la (ragionevole) certezza che l'operatore economico abbia formulato un'offerta basandosi su elementi oggettivi e ben ponderati, tali da assicurare la compatibilità con la futura esecuzione a regola d'arte della prestazione; dall'altro, l'interesse dell'operatore economico, che è, invece, quello di poter divenire il futuro aggiudicatario dell'appalto, sfruttando tutte le particolari situazioni imprenditoriali a lui favorevoli, essendo ammesso, ove occorresse, a giustificare nei confronti della stazione appaltante la serietà della propria offerta (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 620 del 7 giugno 2017).

Nell'ottica di contemperare i suddetti interessi, e avendo riguardo al principio secondo il quale la stazione appaltante

non può prevedere automatismi nell'esclusione dei concorrenti, rimane in capo all'amministrazione un obbligo di valutare comunque l'offerta presentata sulla base della documentazione agli atti, anche qualora non pervengano i chiarimenti richiesti al concorrente la cui offerta sia sospettata di essere anomala (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 710 del 24 luglio 2018).

4. Verifica di congruità dell'offerta. I rapporti con i requisiti di ammissioni, di esecuzione. Le motivazioni adottate dall'Amministrazione

Nel caso in cui alcune prestazioni funzionali all'appalto siano rese a titolo gratuito, l'offerta economica naturalmente è inferiore rispetto a quelle formulate da altri operatori economici che rendono quelle stesse prestazioni a titolo oneroso. L'articolo 2229 del codice civile, in tema di contratto di prestazione d'opera, non precluda la possibilità di concludere accordi aventi ad oggetto prestazioni gratuite, né tantomeno postuli presunzioni di onerosità delle prestazioni dedotte in contratto.

Con delibera n. 620 del 7 giugno 2017, Anac ha confermato la legittimità dell'operato di un'amministrazione, che, non ritenendo anomala l'offerta presentata da un concorrente per il sol fatto che nella stessa fossero presenti voci relative a prestazioni rese a titolo gratuito ha svolto una verifica di congruità sull'offerta con esito positivo, in ragione dei chiarimenti forniti dall'operatore economico.

Con riferimento al costo medio orario del lavoro, quale parametro di valutazione di congruità dell'offerta, è

Nell'esecuzione della verifica di anomalia devono essere contemperati i diversi interessi che vengono in rilievo: da un lato, l'interesse dell'amministrazione, che è quello di conseguire la (ragionevole) certezza che l'operatore economico abbia formulato un'offerta basandosi su elementi oggettivi e ben ponderati, tali da assicurare la compatibilità con la futura esecuzione a regola d'arte della prestazione; dall'altro, l'interesse dell'operatore economico, che è, invece, quello di poter divenire il futuro aggiudicatario dell'appalto, sfruttando tutte le particolari situazioni imprenditoriali a lui favorevoli, essendo ammesso, ove occorresse, a giustificare nei confronti della stazione appaltante.



chiarito che non è precluso all'operatore economico di discostarsi dalle risultanze delle tabelle ministeriali, né tantomeno deve ritenersi di per sé anomala l'offerta che presenti un costo del lavoro inferiore a quello stabilito nelle tabelle in questione. Ciò potrebbe infatti trovare giustificazione nelle peculiari situazioni aziendali e territoriali o nella capacità organizzativa delle singole imprese, che possano avere incidenza anche sul costo del lavoro. Pur nel rispetto delle retribuzioni dei lavoratori stabilite in sede di contrattazione collettiva, l'offerta può discostarsi dai dati numerici delle tabelle ministeriali purché il divario non sia eccessivo (cfr. parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 943 del 13 settembre 2017).

A tal fine si evidenzia che l'eventuale decisione della stazione appaltante di predeterminare il costo della manodopera quale importo certo, invariabile e non ribassabile, è censurabile. Infatti è possibile addirittura discostarsi rispetto a quanto previsto nelle tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ferma restando il rispetto delle retribuzioni minime previste dalla contrattazione collettiva. Inoltre una siffatta predeterminazione compiuta a monte dalla stazione appaltante, determinerebbe significativi effetti distorsivi sul mercato, ponendosi in contrasto con il principio di libera concorrenza; ciò, tra l'altro, si tradurrebbe in un annullamento della concorrenza sull'elemento prezzo, rendendo di fatto

Nel caso in cui alcune prestazioni funzionali all'appalto siano rese a titolo gratuito, l'offerta economica naturalmente è inferiore rispetto a quelle formulate da altri operatori economici che rendono quelle stesse prestazioni a titolo oneroso. L'articolo 2229 del codice civile, in tema di contratto di prestazione d'opera, non precluda la possibilità di concludere accordi aventi ad oggetto prestazioni gratuite, né tantomeno postuli presunzioni di onerosità delle prestazioni dedotte in contratto.



fine di consentire la comprensione delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad adottare quella determinata decisione.

L'iter logico seguito dalla stazione appaltante nel compiere il giudizio di congruità deve essere espresso e consentire di comprendere le ragioni per le quali si ritenuto di condividere i chiarimenti forniti dall'operatore economico. In questo senso, appare necessaria la specifica individuazione, seppur sommaria, o anche il rinvio alle giustificazioni a supporto dell'offerta degli aspetti che hanno indotto la stazione appaltante a ritenere plausibili e fondate le giustificazioni addotte



qualsiasi valutazione sulla congruità dell'offerta un semplice ed inutile formalismo destinato a concludersi, sul punto, con esito positivo.

L'Amministrazione, al termine del subprocedimento di verifica dell'anomalia, può ritenere legittima l'esclusione di un concorrente che, nel corso della procedura di anomalia, non abbia presentato adeguate giustificazioni in ordine ad alcuni specifici aspetti (quali, tra l'altro, la mancata indicazione dell'incidenza delle spese generali e dell'utile di impresa)) non esplicitati nell'offerta. Così come avviene per ogni altro procedimento amministrativo, la motivazione deve essere esaustivamente presente al

È quindi necessario che l'iter logico seguito dalla stazione appaltante nel compiere il giudizio di congruità sia espresso e consenta di comprendere le ragioni per le quali la stessa ha ritenuto di condividere i chiarimenti forniti dall'operatore economico. In questo senso, appare necessaria la specifica individuazione, seppur sommaria, o anche il rinvio alle giustificazioni a supporto dell'offerta degli aspetti che hanno indotto la stazione appaltante a ritenere plausibili e fondate le giustificazioni addotte (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 1083 del 21 novembre 2018). Il giudizio favorevole, infatti, di non anomalia dell'offerta - a

differenza di quello negativo - non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, a condizione che queste ultime siano congrue.

Il sindacato in merito al subprocedimento svolto, è consentito solo in presenza di macroscopiche illogicità o omissioni ovvero di evidenti errori di fatto, e non può in alcun modo tradursi, come detto, in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'Amministrazione.

Dunque, qualora l'iter logico svolto dalla stazione appaltante appaia adeguato e non presenti macroscopiche irragionevolezza od omissioni o evidenti errori di fatto, il sindacato da parte dell'organo giurisdizionale appare del tutto precluso. Ciò in considerazione del fatto che l'Amministrazione svolge un giudizio complessivo tenendo in considerazione tanto gli elementi - positivi e negativi - a fondamento dell'offerta, quanto le indagini condotte dal RUP e della Commissione giudicatrice sui chiarimenti forniti dall'operatore economico, giungendo a ritenere nel complesso l'offerta seria e attendibile.

Infatti, la stazione appaltante svolge un giudizio tecnico argomentato, mediante un doveroso approfondimento istruttorio, al fine di avere certezza in merito alla corretta esecuzione degli adempimenti individuati preventivamente nel capitolato e pertanto suscettibili di essere apprezzati con un elevato livello di precisione. Le giustificazioni rese dalla società offerente devono quindi tenere conto delle modalità di esecuzione dell'appalto come previste nella legge di gara. Infatti, i chiarimenti finalizzati a verificare l'attendibilità della proposta non possono essere avulsi dalle modalità di esecuzione come specificate

Le giustificazioni rese dalla società offerente devono tenere conto delle modalità di esecuzione dell'appalto come previste nella legge di gara. Infatti, i chiarimenti finalizzati a verificare l'attendibilità della proposta non possono essere avulsi dalle modalità di esecuzione come specificate dall'Amministrazione. L'Amministrazione con il subprocedimento di anomalia intende aver certezza che, date le condizioni predeterminate nel bando e nel capitolato, l'offerente sia in grado di sostenere, per tutta la durata contrattuale, la prestazione richiesta.



dall'Amministrazione con riferimento all'appalto. L'Amministrazione con il subprocedimento di anomalia intende aver certezza che, date le condizioni predeterminate nel bando e nel capitolato, l'offerente sia in grado di sostenere, per tutta la durata contrattuale, la prestazione richiesta. Nell'esame dell'offerta presentata, l'Amministrazione deve tener conto necessariamente delle condizioni contrattuali preliminarmente stabilite, nonché dei requisiti di ammissioni richiesti al fine dell'ammissibilità della candidatura.

Gli elementi citati (requisiti di partecipazione, verifica dell'offerta, sostenibilità della medesima rispetto alle condizioni di esecuzione definite) costituiscono il quadro complessivo che

dimostra l'attendibilità della proposta nel rispetto dei parametri stabiliti dall'Amministrazione.

5. Verifica dell'offerta e tassatività delle cause di esclusione: il caso di prezzi eccessivamente bassi

In materia di pubblici appalti vale da tempo il principio della tassatività dei casi di esclusione dalla gara, a garanzia della parità di trattamento fra i partecipanti alla medesima, per assicurare quindi il pieno dispiegarsi del principio di concorrenza (l'art. 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016). La presunta condotta anticoncorrenziale di un operatore, che propone un prezzo del prodotto eccessivamente basso non costituisce ragione di esclusione. In caso di prezzi anormalmente bassi, infatti, l'Amministrazione attiva la verifica di congruità, superata la quale l'offerta viene ammessa, in quanto ritenuta non anomala e rispondente quindi all'esigenza dell'amministrazione di acquistare beni o servizi al prezzo più competitivo e vantaggioso possibile.

A fronte di un prodotto tecnicamente idoneo l'amministrazione non può escludere l'offerta, basandosi solo sull'ipotesi che il prezzo sia stato praticato unicamente per impedire illecitamente l'ingresso sul mercato di nuovi operatori.

Diversamente le stazioni appaltanti effettuerebbero una valutazione estremamente complessa sulle politiche commerciali dei partecipanti alla gara – politiche che gli enti appaltanti certamente ignorano e che sono di regola coperte da riservatezza – per verificare se un prezzo

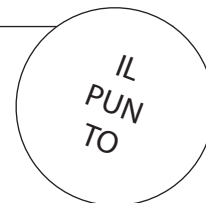
A fronte di un prodotto tecnicamente idoneo l'amministrazione non può escludere l'offerta, basandosi solo sull'ipotesi che il prezzo sia anticoncorrenziale, diversamente le stazioni appaltanti effettuerebbero una valutazione estremamente complessa sulle politiche commerciali dei partecipanti alla gara, in contrasto con il principio legislativo di tassatività delle cause di esclusione.



apparentemente conveniente per la stazione appaltante sia in realtà ispirato ad una mera finalità "predatoria". Tale azione è estranea al sistema degli appalti pubblici, in quanto eventuali condotte anticoncorrenziali - quali l'abuso di posizione dominante sul mercato - dovrebbero trovare la loro eventuale sanzione nelle forme tipiche previste dall'ordinamento e non certo attribuendo ai singoli enti appaltanti compiti che si pongono peraltro in contrasto con il principio legislativo di tassatività delle cause di esclusione (cfr N. 01550/2017 Tar Lombardia).

Le sedute pubbliche nelle procedure telematiche

di Paola Cartolano



Premesse

L'avvento della digitalizzazione ha inevitabilmente coinvolto anche il mondo delle gare pubbliche. Detta tematica è tornata alla ribalta nel periodo di emergenza sanitaria che stiamo vivendo a causa della diffusione del contagio del COVID-19 e del necessario ricorso alle piattaforme telematiche per garantire la ripresa dell'operatività delle Pubbliche Amministrazioni anche per l'approvvigionamento di lavori, servizi e forniture. Considerate infatti le misure restrittive connesse alla gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, che non hanno consentito di fatto la pubblicità delle sedute, il tema è oggi certamente ancora di grande attualità.

Con riferimento al processo di digitalizzazione, che ha vissuto una repentina accelerazione in ragione dell'emergenza sanitaria in corso, è ormai da tempo in vigore (dal 18 ottobre 2018--- **nota1**---) l'obbligo di utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento della procedura di gara, già disciplinato dall'art. 22 della Direttiva

2014/24/UE e recepito dall'art. 40 del D.Lgs. n. 50/2016 ("**Codice Appalti**"): da tale data tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni inerenti le procedure di affidamento di appalti pubblici devono svolgersi – salvo alcune eccezioni – in formato interamente elettronico.

Il quadro normativo si completa con l'**art. 58 del Codice Appalti** concernente le **procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione**.

Per gara telematica si intende la gestione di bandi e delle gare d'appalto attraverso l'utilizzo di strumenti informatici/telematici.



Nelle procedure di gare cd. tradizionali, ovvero quelle per le quali è previsto l'invio dei **plichi cartacei** contenenti le offerte, la salvaguardia dei principi di trasparenza e pubblicità nelle operazioni di gara sanciti dall'art. 30 del Codice Appalti impone alle stazioni appaltanti di svolgere in seduta pubblica l'apertura

delle offerte, consentendo la presenza fisica dei concorrenti.

Discorso diverso vale, invece, per le procedure cd. telematiche di cui all'art. 58 del Codice Appalti, come andremo ad esaminare nel prosieguo.



1. Art. 90, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE

1. Le procedure telematiche e i principi cardine dell'azione amministrativa

Ciò che caratterizza le gare telematiche rispetto ad una tradizionale gara d'appalto è l'utilizzo di una **piattaforma on-line di e-procurement e di strumenti di digitali** (firma digitale, marca temporale e PEC), che di fatto rendono l'iter più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte.

La gestione telematica della procedura consente non solo di tracciare tutte le operazioni compiute dai concorrenti e dalla stazione appaltante, tra cui il caricamento sulla piattaforma dedicata e la successiva apertura dei *files* contenenti le offerte, ma anche di garantire con certezza l'immodificabilità, la segretezza e l'inviolabilità delle offerte stesse.

In termini generali l'utilizzo della telematica, e, quindi, la digitalizzazione della pubblica amministrazione costituiscono a loro volta un principio dell'azione amministrativa ai sensi dell'**art. 3-bis della Legge n. 241/1990** (introdotto dall'art. 3 della Legge n. 15/2005 e da ultimo modificato dalla Legge n. 120/2020) ai sensi del quale «1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

L'utilizzo di piattaforme *web* rese disponibili ai soggetti partecipanti alle gare con credenziali di accesso riservate ed altri strumenti digitali garantisce pertanto il pieno rispetto dei principi dell'azione amministrativa oltre che offrire la sicurezza della conduzione delle fasi di gara con la tracciabilità di ogni atto caricato sulla piattaforma. In particolare, la gestione telematica della procedura è conforme ai principi alla base dell'azione amministrativa: sono infatti garantiti **la par condicio dei concorrenti** (in quanto tutti i partecipanti sono posti nelle condizioni di partecipare con le stesse modalità alle varie fasi della procedura di gara), **la trasparenza e la pubblicità** (in quanto ciascun concorrente ha pronta visibilità di quanto pubblicato nella piattaforma, di quanto depositato e dell'avanzamento delle fasi di gara) **e l'imparzialità** (poiché la Stazione appaltante mette tutti i concorrenti nelle medesime condizioni

di prendere parte alle fasi di gara con le medesime modalità di partecipazione).

Aspetto non meno importante è anche la garanzia offerta dai meccanismi di sicurezza informatica antifrode, tramite i quali le stazioni appaltanti possono evitare eventuali manomissioni o alterazioni delle offerte "caricate" sulla piattaforma ovvero l'intrusione di terzi non autorizzati sulla medesima piattaforma dedicata.

Sul punto si è espressa più volte la giurisprudenza, rilevando che la procedura telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche. «...il principio è che la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura; le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990)» (TAR Sardegna-Cagliari, sez. I, 23 ottobre 2017 n. 665).

Come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito «la garanzia della integrità delle offerte è insita nella stessa procedura informatica, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico: "[...] la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura" (T.A.R. L'Aquila, Sez. I, 19/01/2019 n. 54)» (TAR Molise-Campobasso, sez. I, 10 luglio 2019 n. 239).

Con riferimento all'implementazione delle procedure telematiche, si segnala che in attuazione degli artt. 71 e 213, comma 2 del Codice Appalti l'ANAC (con indubbio ritardo) l'11 gennaio 2021 ha avviato una consultazione on line – richiedendo l'invio contributi entro il 15 marzo 2021 – circa lo **schema di bando tipo** recante il disciplinare di gara per procedure di acquisto di servizi e forniture, svolte mediante strumenti telematici, di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. Come reso noto nel comunicato ANAC *"Rispetto al Bando tipo n. 1, il documento presenta apposite clausole connesse all'utilizzo di sistemi informatici per lo svolgimento della gara. Il bando tipo è corredato da una Nota illustrativa che ripercorre l'esatta articolazione di quest'ultimo e fornisce indicazioni operative in merito alla compilazione dei bandi di gara, illustrando le caratteristiche del bando tipo in esame"*.

2. Partecipazione alle fasi di gara nelle procedure telematiche

Come anticipato, **nelle gare cd. Tradizionali** in cui è previsto l'invio di plichi cartacei, i principi di pubblicità e trasparenza di cui all'art 30 del Codice Appalti impongono che lo svolgimento delle operazioni di gara avvenga garantendo la piena partecipazione in presenza dei concorrenti. Sussiste in capo alla stazione appaltante l'obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta.

Sul punto è stato infatti osservato dalla giurisprudenza che *«I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina*

comunitaria e nazionale, richiamati dall'art 30 d. lgs. 50/2016, implicano che le fasi salienti debbano essere effettuate in seduta pubblica, qualsiasi sia la tipologia di procedura: la pubblicità investe tutte quelle operazioni della commissione di gara (tra cui l'apertura della documentazione e delle offerte), attraverso cui si effettuano le operazioni di "accoppiamento" tra partecipanti e offerte e controllo del contenuto della documentazione richiesta. Le successive fasi di valutazioni possono invece essere svolte in sedute riservate, anche al fine di assicurare la tranquillità dei lavori della commissione, in quanto nessun rischio di manipolazione e/o confusione tra partecipanti e offerte, può più essere effettuato» (TAR Piemonte-Torino, sez. I, 7 dicembre 2017 n. 1324).

Più di recente Palazzo Spada ha precisato che *«Com'è noto il principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza, con le sue puntuali applicazioni, costituisce un indefettibile momento qualificante delle procedure di evidenza pubblica anche in ragione dei rapporti di immediato e diretto collegamento con le esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato. Proprio in ragione di ciò l'applicazione del suddetto principio è stata declinata in modo da assicurare ampia latitudine operativa e consapevole rigore alle esigenze di cautela ad esso sottese: la giurisprudenza ha più volte ribadito l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, onde assicurare in tale sede una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale che valga a garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti, precisando che in tale fase la verifica consentita consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati (cfr. C.d.S., Adunanza Plenaria, n. 13 del 4.1.2011; n. 31 del 31.7.2012). Parimenti rigorose sono le implicazioni invalidanti che ordinariamente conseguono alla violazione del suddetto obbligo in ragione del fatto che le conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i*

Il ricorso a procedure telematiche tramite piattaforme web garantisce il pieno rispetto dei principi dell'azione amministrativa della par condicio, trasparenza, pubblicità e imparzialità

sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato, con la conseguenza che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di pubblicità impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, con la conseguenza che la violazione del relativo obbligo dovrebbe condurre necessariamente alla riedizione della gara (cfr. Cds, Sez. V n. 3844 del 16.6.2009; 04 marzo 2008, n. 901). In altri termini, occorre che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara con le garanzie della seduta pubblica» (Consiglio di Stato, sez. III, 20 gennaio 2021 n. 627).

Diverso il discorso per le procedure telematiche ai sensi dell'art. 58 del Codice Appalti

nell'ambito delle quali gli operatori partecipano alla fase di apertura delle buste telematiche contenenti le offerte mediante la partecipazione alla seduta di gara che non è propriamente "pubblica" ma "da remoto", ovvero accedendo nel giorno ed all'ora indicata nel disciplinare di gara alla piattaforma web con le credenziali riservate.

Già con riferimento alla disciplina del D.Lgs. n. 163/2006 la giurisprudenza maggioritaria aveva ritenuto che l'obbligo della seduta pubblica potesse essere derogato nel caso di procedure telematiche in quanto «rispetto ad una tradizionale gara con invio cartaceo, l'utilizzo di una piattaforma informatica e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e pec) rendono l'iter di gara più sicuro garantendo l'inviolabilità e la segretezza delle offerte» (Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2016 n. 4050).

Il predetto orientamento è stato trasfuso, a livello normativo nell'art. 295, comma 7 del D.P.R. 207/2010 e successivamente confermata nell'art. 58 del Codice Appalti con riferimento al quale il giudice amministrativo ha ribadito che nell'ambito delle procedure di gara telematiche non sono necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte.

È stato infatti affermato che «il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non

ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che **la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni**; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato» (Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2017 n. 5388).

E ancora, di recente i giudici di Palazzo Spada hanno osservato che circa le procedure ex art. 58 del Codice Appalti «Sul piano tecnico, "il colloquio

e la condivisione dei dati", in termini di "comunicazioni e cambio di informazioni" deve avvenire nel rispetto del Codice dell'amministrazione digitale di cui al d. lgs. 7 maggio 2005, n. 82 e delle specifiche operative di cui all'art. 52 del d. lgs. n. 50/2016, integrate da "regole tecniche aggiuntive" emanate, ai sensi dell'art. 58, comma 10, dalla Agenzia

per l'Italia Digitale (AGID), che, allo stato, vi ha provveduto con circolare n. 3 del 6 dicembre 2016. **È evidente, per contro, che, una volta scaduto il termine di ricezione delle offerte, l'esame delle dichiarazioni e della documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura e, all'esito, la valutazione, in successione, delle offerte tecniche e di quelle economiche, sono effettuate dalla stazione appaltante secondo le ordinarie modalità off line** (cfr. art. 58, comma 6, la cui abrogazione, ad opera dell'art. 37, comma 1, lettera b) del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è dovuta, come emerge dalla relazione illustrativa, alla inutilità della previsione, in quanto già operante alla luce delle regole generali, comprensivamente richiamate dal comma 1). Per queste attività, la mera comunicazione (attraverso la pubblicazione sulla piattaforma telematica)

Nell'ambito delle procedure tradizionali con invio cartaceo dei plichi la presenza del pubblico al momento dell'apertura delle buste è posta a presidio dell'intangibilità delle offerte



avviene con il mezzo elettronico, senza ricorso alla verbalizzazione cartacea» (Consiglio di Stato, sez. V, 20 gennaio 2021, n. 623).

Con una successiva pronuncia – già citata – Palazzo Spada dopo aver confermato l’orientamento circa la partecipazione in presenza dei concorrenti alle sedute pubbliche nell’ambito delle procedure cd. tradizionali – ha espressamente statuito che «Orbene, occorre tener conto che, nel caso qui in rilievo, la procedura di gara, per quanto attiene almeno al lotto in questione ed alle offerte presentate, si è svolta in modalità telematica – non essendo sul punto sollevate contestazioni di sorta - che consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un’immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica» (Consiglio di Stato, sez. III, 20 gennaio 2021 n. 627)

È bene evidenziare che il Codice Appalti non contiene nessuna norma che sancisce l’obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere l’obbligo della “seduta pubblica telematica”; nessuna previsione in tal senso è contenuta nell’**art. 58 del Codice Appalti** il quale testualmente così dispone:

«1. Ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale, nel rispetto dell’articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice. L’utilizzo dei sistemi telematici non deve alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l’oggetto dell’appalto, come definito dai documenti di gara.

2. Le stazioni appaltanti possono stabilire che l’aggiudicazione di una **procedura interamente gestita con sistemi telematici** avvenga con la presentazione di un’unica offerta ovvero attraverso un’asta elettronica alle condizioni e secondo le modalità di

cui all’articolo 56.

3. (abrogato)

4. Il sistema telematico crea ed attribuisce in via automatica a ciascun operatore economico che partecipa alla procedura un codice identificativo personale attraverso l’attribuzione di userID e password e di eventuali altri codici individuali necessari per operare all’interno del sistema.

5. Al momento della ricezione delle offerte, la stazione appaltante trasmette in via elettronica a ciascun concorrente la notifica del corretto recepimento dell’offerta stessa.

6. (abrogato)

7. Conclusa la procedura di cui al comma 6, il sistema telematico produce in automatico la graduatoria.

....».

Sul punto la recente giurisprudenza di primo grado, allineandosi al principio espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza citata n. 5388/2017, ha ritenuto che «nell’ambito delle procedure telematiche di evidenza pubblica, non sono necessarie sedute pubbliche per l’apertura delle offerte, **come confermato dall’ art. 58, d.lg. n. 50 del 2016, che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica** (T.A.R., Veneto Sezione III 13 marzo 2018; n. 307; T.A.R. Puglia Bari, Sezione III 2 novembre 2017, n. 1112; T.A.R. Sardegna, Sezione I 29 maggio 2017 n. 365)» (TAR Campania-Napoli, sez. II, 2 marzo 2020 n. 957).

Nell’ambito delle procedure telematiche non sono necessarie sedute pubbliche per l’apertura delle offerte in quanto la piattaforma elettronica assicura l’intangibilità delle offerte indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico



Si ritiene, quindi, possibile rinvenire la **ratio dell’art. 58 del Codice Appalti** nell’evoluzione tecnologica che permette di consentire alle stazioni appaltanti di condurre una gara assicurando a sé ed ai concorrenti l’intangibilità del contenuto delle offerte senza che occorra la presenza del pubblico al momento dell’apertura delle buste a presidio dell’intangibilità delle offerte.

Con riferimento alla partecipazione dei concorrenti alle fasi di gara, si evidenzia che nello schema di bando tipo per procedure svolte mediante strumenti telematici posto in consultazione

dall'ANAC è previsto (al § 20 del disciplinare) che in un'ottica di semplificazione e riduzione dei tempi del procedimento, che tutte le operazioni di gara si svolgono telematicamente attraverso l'utilizzo della piattaforma e che in particolare «La partecipazione avviene mediante collegamento da remoto alla piattaforma tramite la dotazione informatica di ciascun soggetto interessato e consentirà di visualizzare le operazioni svolte sulla piattaforma».

3. Cosa comporta il mancato svolgimento della seduta pubblica nelle procedure telematiche?

Come visto, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che, considerata la garanzia di integrità delle offerte e la tracciabilità di ogni operazione condotta su piattaforme telematiche, non sussiste l'obbligo di svolgimento delle operazioni di apertura delle offerte in seduta pubblica, il mancato svolgimento della seduta pubblica non inficia la legittimità della procedura.

A riguardo è stato infatti osservato che, il mancato svolgimento pubblica, non determina alcuna lesione dell'interesse alla verifica dell'integrità dei plichi,

interesse garantito dalle modalità di espletamento della procedura di gara: *«non essendo possibile dubitare, grazie ai vincoli del sistema informatico, della genuinità dei dati che costituiscono le offerte, la sanzione dell'annullamento dell'intera gara sarebbe sproporzionata e priva di utilità, in quanto non ristorerebbe alcun danno, né a vantaggio dell'interesse pubblico né a favore dei singoli concorrenti»* (TAR Lombardia-Brescia, sez. I, 12 gennaio 2016 n. 38).

E ancora, nel medesimo solco, è stato rilevato che *«... il mancato perfezionamento, in favore del RTI ricorrente, della comunicazione relativa alla seduta pubblica, non ha determinato alcuna lesione dell'interesse alla verifica dell'integrità dei plichi, interesse - lo si ribadisce - perfettamente tutelato e garantito dalle modalità di espletamento della procedura di gara»* (TAR Sardegna - Cagliari, sez. I, 23 ottobre 2017 n. 665).

In conclusione, data la garanzia di integrità delle offerte e la tracciabilità di ogni operazione condotta sulle piattaforme telematiche sia da parte dei concorrenti che della stazione appaltante, il mancato svolgimento della seduta pubblica non inficia la legittimità della procedura.

La disciplina del subappalto dopo il «Decreto Semplificazioni» (D.L. 77/2021)

di Francesca Scura

IL
PUN
TO

Premesse

Le misure introdotte dal D.L. n. 77/2021 (c.d. Decreto semplificazioni), convertito in L. 29/7/2021, n. 108, in funzione di semplificazione e governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza, hanno interessato anche la materia degli appalti pubblici.

L'art. 49 del decreto, in particolare, modifica la disciplina del subappalto dettata dall'art. 105 del D.Lgs. 50/2016, ampliando di fatto l'ambito applicativo dell'istituto nel tentativo di superare i vari rilievi mossi dalla Commissione e dalla Corte di giustizia europea allo Stato italiano.

L'intervento legislativo si è, inoltre, fatto portatore di esigenze di tutela sociale del lavoro, introducendo misure rilevanti anche sul piano del regime economico e normativo e della contrattazione collettiva nazionale applicabile al personale del subappaltatore.

1. L'obbligo di esecuzione diretta delle prestazioni

La disposizione al centro delle modifiche è l'art. 105 del D.Lgs. 50/2016 («Codice»). Il decreto interviene sin dal comma 1 dell'articolo citato, il cui testo originario prevedeva: «I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.».

L'art. 49 del Decreto prevede invece la seguente formulazione: «A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle

lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.».

In altri termini, pur ammettendosi il subappalto, si stabilisce il principio generale per cui l'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione dell'appalto è sanzionata con la nullità del relativo contratto: tale ipotesi comprenderebbe la cessione del contratto, il subappalto, compreso quello cd. «qualificato», nonché ogni possibile forma di avvalimento integrale di tipo esecutivo, con esclusione dei casi in cui un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto disciplinati all'art. 106, comma 1, lett. d) del Codice. Il comma 1 dell'art. 105 cit. stabilisce quindi che non possa essere subappaltata, a pena di nullità, la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

Non si può non notare come la norma menzioni al plurale le «lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti», sebbene il Codice disciplini la categoria prevalente all'art. 3, comma 1, lett. oo-bis) quale categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara. La formulazione ha generato qualche incertezza interpretativa: si è ritenuto che non sia consentito accorpare più categorie di lavori al fine di delimitare gli affidamenti in subappalto. Al contempo si è ritenuto che l'utilizzo dell'espressione plurale di categorie prevalenti avverrebbe in senso a-tecnico sicché dovrebbero

ritenersi rientranti nel concetto delle categorie prevalenti non solo naturalmente la categoria prevalente di cui all'art. 3 cit., ma anche tutte le altre categorie che compongono l'appalto, superiori singolarmente al 10%.

Al successivo comma 2 del cit. art. 105 – con una disposizione del tutto nuova – il Decreto in esame introduce poi l'obbligo alle stazioni appaltanti, a partire dal 1/11/2021, di indicare nei documenti di gara quelle che sono le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto che dovranno essere eseguite direttamente a cura dell'aggiudicatario, indicazione che farà seguito ad una adeguata motivazione contenuta nella determina a contrarre e all'eventuale parere rilasciato dalle Prefetture competenti.

L'individuazione delle prestazioni che dovranno essere necessariamente eseguite dall'aggiudicatario dovrà essere effettuata dalla stazione appaltante in considerazione di specifici elementi menzionati dallo stesso art. 49 cit.:

- delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11 (ove si prevede il divieto di avvalimento in caso di opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali);
- dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, tenuto conto della natura o della

1. V. art. 106, comma 1, lettera d): «Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: ... b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi; ...».

2. V. Nota di lettura IFEL 6/8/2021, Prime note di lettura delle norme relative agli appalti di interesse degli enti locali introdotte dal D.L. 77/2021 convertito con L. n. 108/2021 (Focus sul subappalto) in www.appaltiecontratti.it

3. C. Bigi, «Il subappalto nel decreto semplificazioni: brevi osservazioni» (www.appaltiecontratti.it 30/7/2021)

complessità delle prestazioni da effettuare. D'altra parte, tale esigenza può ritenersi soddisfatta, in base all'art. 47 del D.L. n. 77/2021, e l'esclusiva esecuzione dei lavori in capo all'aggiudicatario può venire meno, nel caso in cui i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1 della l. 190/2012 (cd. *white list*) ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori ex art. 30 del D.L. n. 189/2016.

In altri termini, con la nuova formulazione del comma 2, il legislatore suggerisce alle stazioni appaltanti gli elementi da porre a base di una eventuale determina di autorizzazione ovvero di diniego del subappalto, argomentando proprio dai concetti ed elementi forniti dall'art. 49 quali le caratteristiche dell'appalto, la complessità delle prestazioni e dei controlli, la tutela del lavoro, il rischio di infiltrazioni criminali.

2. Il limite quantitativo massimo di ricorso al subappalto

Le modifiche apportate dall'art. 49 del D.L. 77/2021 - si legge nella Relazione illustrativa - sono espressamente rivolte alla soluzione di alcune criticità evidenziate dalla Commissione europea con la procedura di infrazione n. 2018/2273 del 24 gennaio/27 novembre 2019, oltreché dalle sentenze della Corte europea. A livello europeo, infatti, non è risultata conforme

alle direttive sugli appalti pubblici la disposizione contenuta nell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 sul subappalto, nella parte in cui pone un limite percentuale fisso e predeterminato ex lege al ricorso a tale istituto. L'art. 105 difatti prevedeva che il subappalto non potesse superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Il limite del 30% era stato peraltro successivamente elevato a 40% fino al 31/5/2021 dall'art. 1, comma 18, secondo periodo, della L. n. 55/2019 e dell'art. 13, comma 2, lett. c), L. n. 21/2021.

«A partire dal 1/11/2021 le stazioni appaltanti devono indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni che dovranno essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario, indicazione basata su i) determina a contrarre adeguatamente motivata ed ii) eventuale parere della Prefettura.»



Secondo la Commissione e la Corte europea, è

incompatibile con le direttive appalti la normativa nazionale che impone un limite al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità degli eventuali subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe.

Del resto la giurisprudenza europea si è mostrata favorevole a porre limitazioni all'utilizzo del subappalto in pochissimi casi, e per determinate finalità quali, ad esempio, il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici; in questo caso si è in presenza di un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

4. V. report su procedura di infrazione cit. su http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/AT041.htm?_162086633405; v. altresì le sentenze del 26 settembre 2019, C-63/18 e del 27 novembre 2019 (recepite dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 8101/2020) in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0402> La procedura di infrazione sulle limitazioni all'istituto del subappalto era peraltro già stata prefigurata dal Consiglio di Stato nel parere reso sul decreto correttivo (parere della Comm. spec. n. 782/2017), il quale aveva osservato a tutela della disposizione nazionale che « ... il Governo ben potrebbe scegliere "l'opzione zero" ossia di non intervenire sulla scelta di fondo già operata dal Codice, difendendo la scelta italiana in sede di eventuale procedura di infrazione (ove essa venisse avviata dalla Commissione europea, a seguito della denuncia formalizzata da ANCE), e se del caso modificando in un secondo momento la norma de quo, a seguito di una eventuale condanna in sede comunitaria».

Nelle direttive UE in tema di appalti pubblici non vi sono, del resto, disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Al contrario, esse si basano sul principio di massima partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) alle pubbliche gare e il subappalto è per l'appunto uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto.

Sulla materia è intervenuta anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, con segnalazione del 4/11/2020, ha invitato ad una modifica normativa volta ad eliminare la previsione della soglia massima di affidamento subappaltabile.

A rimuovere tali criticità interviene l'art. 49 del D.L. 77/2021 le cui modifiche all'art. 105 del Codice degli appalti pubblici («Codice») incidono, in primo luogo, sul limite massimo entro cui è ammesso per legge il ricorso a tale istituto.

Con il nuovo D.L. si stabilisce che:

a) dal 1/11/2021 il limite percentuale per il subappalto viene eliminato;
b) in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, cit., dal 1/6/2021 fino al 31/10/2021 il subappalto non può superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. E' soppresso di conseguenza l'articolo 1, comma 18, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in L. n. 55/2019 ai sensi della quale il subappalto non può superare il limite del 40% ed è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara;
c) a decorrere dal 31/10/2021 verrà abrogato il comma 5 dell'art. 105 sulle categorie superspecializzate, secondo cui: «Per le opere di cui all'art. 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il limite del 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.»; di conseguenza, fino alla suddetta *deadline*, anche al subappalto per queste categorie si applica il limite del 50% dell'importo complessivo del contratto.

Una volta rimosso il limite del 50%, dal prossimo novembre il tetto massimo di ricorso al subappalto sarà individuato in via di fatto e caso per caso da ciascuna stazione appaltante, determinando,

«Fino al 31/10/2021 il subappalto non può superare il 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture; dal 1/11/2021 tale limite è eliminato»



con precisa e adeguata motivazione, le quote, le prestazioni o le lavorazioni escluse dal subappalto ai sensi del comma 2 dell'art. 105, sopra visto.

E' indubbio che tale valutazione da un lato impegni operativamente le stazioni appaltanti; dall'altro apra spazio ad ampi poteri

discrezionali nella definizione dell'ambito di azione dell'istituto.

A ciò si aggiunga l'incertezza sulla efficacia temporale delle disposizioni sopra citate con riguardo alle procedure di gara in corso alla data di entrata in vigore del decreto.

3. Tutela sociale in capo al subappaltatore e disciplina del ribasso

Il legislatore interviene anche sul comma 14 dell'art. 105, al fine di orientare la disciplina del subappalto verso esigenze di tutela del lavoro; così il primo periodo del comma 14 viene sostituito dal seguente:

«Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.».

Se è vero che anche nel testo previgente del comma 14 era presente il riferimento al necessario rispetto da parte del subappaltatore degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto, costituisce novità di indubbio rilievo del D.L. 77/2021 il riferimento alle tutele della contrattazione collettiva e alla garanzia di trattamento economico e normativo equivalente a quello garantito dall'appaltatore principale.

Si apre così la strada alla clausola sociale anche nel settore del subappalto? Vi è, infatti, chi legge

la norma in esame in combinato disposto con la previsione dell'eliminazione dei limiti quantitativi al subappalto, per ipotizzare che le clausole sociali diventino applicabili anche in relazione ai contratti di subappalto. In particolare, i contratti di servizi ad alta intensità di mano d'opera possono ora essere oggetto, per la parte non prevalente, di subappalto e quindi, a fini di tutela dei lavoratori, richiederebbero la clausola sociale.

Del resto le esigenze di tutela sociale sono al centro dell'art. 30 del Codice (v. commi da 3 a 6) che richiama espressamente l'art. 105 in tema di subappalto stabilendo, tra l'altro, che:

- al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente;
- in caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'art. 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile.

E' chiaro che una interpretazione simile richiederebbe un chiarimento alle stazioni appaltanti in primis sulle modalità operative da seguire per capire, ad esempio, come procedere alla individuazione

del regime normativo e retributivo da utilizzare come riferimento ogniqualvolta, ad esempio, il contratto di subappalto venga stipulato da una società consortile preposta alla esecuzione unitaria dei lavori o da imprese riunite in raggruppamento temporaneo di imprese, quindi quando i contratti di subappalto sono stipulati dalla mandataria del raggruppamento e non dalla mandante, unica vera interessata alle opere da affidare in subappalto. Analoghe incertezze riguardano il caso di subappalto effettuato da una scarl che non ha dipendenti. Peraltro l'applicazione della nuova disposizione implicherebbe un confronto e una verifica (non senza costi) tra contratti collettivi e regimi economici e normativi, verifica che interessa direttamente l'appaltatore stante la responsabilità solidale relativamente alle retribuzioni corrisposte ai lavoratori dipendenti del subappaltatore e che

coinvolge varie voci e istituti (es. ferie, permessi, TFR). Senza considerare che la stazione appaltante dovrà in qualche modo verificare il rispetto di tale nuova previsione nel procedere ai pagamenti del corrispettivo dell'appalto e del subappalto.

La modifica del comma 14 spazza via, inoltre, il limite massimo al ribasso previsto fino a quel momento: «L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.».

Modificando il comma 14 il legislatore difatti elimina l'obbligo dell'appaltatore di praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al 20% e quindi il divieto di ribasso superiore al 20% dei prezzi unitari così come risultanti dall'aggiudicazione all'affidatario

«Il subappaltatore deve riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi ccnl, qualora le attività in subappalto caratterizzino l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.»



5. V. Nota di lettura IFEL 6/8/2021 cit..

principale. La modifica si è resa necessaria a fronte della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (C-402/18-----6-----), ai sensi della quale la Direttiva 2004/18/CE osta a una normativa nazionale che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione. Secondo la Corte europea, al fine della tutela salariale dei lavoratori impiegati nel subappalto, il limite del 20% non consente alla stazione appaltante una valutazione caso per caso, applicandosi a prescindere dalla tutela sociale effettivamente garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati.

Come si legge nella Relazione illustrativa al D.L. 77/2021, la *ratio* della nuova previsione si rinviene nella necessità di garantire la tutela dei lavoratori rispetto agli eccessivi ribassi applicati ai subappaltatori e di porre quindi rimedio alla liberalizzazione del subappalto con ammissibilità di ribassi superiori al 20%; al contempo non può non rilevarsi una certa ingerenza del legislatore che, imponendo l'applicazione diretta del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato dal datore di lavoro – aggiudicatario, sembra porsi al limite del rispetto della libertà costituzionalmente garantita di relazioni sindacali e di impresa.

Resta, invece, identico, anche nel testo modificato dal D.L. 77/2021, il restante periodo del comma 14 cit. secondo cui: «L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è

solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.».

4. Congruità e responsabilità solidale

Ai sensi dell'art. 49 del D.L. le amministrazioni competenti hanno l'obbligo di adottare il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera, di cui all'art. 105, comma 16, del Codice e all'art. 8, comma 10-bis, del D.L. n. 76/2020, convertito nella L. n. 120/2020.

L'obiettivo delle norme citate è quello di contrastare il lavoro cd. sommerso e irregolare, imponendo che il DURC comprenda anche la verifica della congruità della incidenza della manodopera relativa al singolo contratto. La congruità – nel settore dei lavori edili - deve essere verificata dalla Cassa edile in base all'Accordo nazionale del 10 settembre 2020, secondo le modalità indicate dal decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali firmato del 25/6/2021, mentre per i lavori in settori diversi dall'edilizia la verifica avviene in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

In aggiunta, il D.L. – nel modificare il comma 8 dell'art. 105 del Codice –introduce a partire dal 1/11/2021 un regime di piena e totale solidarietà fra contraente principale e subappaltatore, i quali così «sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto».

Rimane poi integralmente confermata la responsabilità solidale del contraente principale e del subappaltatore rispetto agli obblighi retributivi e contributivi ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 10/9/2003, n. 276.

//

6. Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 27 novembre 2019 cit..

7. V. art. 29 cit. «... In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento.» [la disposizione non si applica alle pubbliche amministrazioni in forza dell'art. 9, comma 1, legge n. 99 del 2013; la responsabilità solidale è estesa anche ai sub-fornitori, secondo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2017, n. 254].

Il testo precedente del comma 8 cit. prevedeva, invece, la responsabilità esclusiva del contraente principale anche per i fatti commessi dal subappaltatore: «Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c)⁸, l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo.».

5. La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici

Il nuovo D.L. 77/2021 fa obbligo alle amministrazioni competenti di assicurare la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici prevista dall'art. 81 Codice, come modificato dall'art. 53 del D.L. 77/2021⁹. Il novellato art. 81 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede difatti l'istituzione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici strutturata su piattaforma telematica e gestita dall'ANAC, volta a sostituire la banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, già denominata Banca dati nazionale degli operatori economici.

Viene a tal fine prevista a carico delle stesse l'obbligo di adottare, entro 90 giorni dalla data di

«Dal 1/11/2021 cambia il regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore, che divengono responsabili in solido nei confronti della S.A. in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto»



entrata in vigore del decreto, un regolamento, previsto dall'art. 91, comma 7, del D.lgs. n. 159/2011¹⁰.

Per garantire la piena operatività e l'implementazione della banca dati di cui al comma 3, lettera a), è autorizzata la spesa di euro 1 milione per l'anno 2021 e di euro 2 milioni per ciascuno degli anni dal 2022

al 2026. Ai relativi oneri si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'art. 1, comma 200, L. n. 190/2014. Riformando il Codice, dunque, il legislatore stabilisce che tutte le informazioni inerenti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, sono trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici sulla base di piattaforme telematiche interconnesse che le stazioni appaltanti sono obbligate ad utilizzare.

Spetta all'ANAC, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e con l'AgID, individuare, con proprio provvedimento, i dati, concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati sui quali è obbligatoria la verifica

8 V. comma 13 cit.: «La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa piccola impresa; ... c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente; ...».

9 V. art. 53, comma 5, cit.: «all'articolo 81: 1) al comma 1, le parole «Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici» sono sostituite dalle seguenti: «Banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui all'articolo 213, comma 8».

10. V. Art. 91, comma 7 cit.: «Con regolamento, adottato con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia, con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, sono individuate le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa per le quali, in relazione allo specifico settore d'impiego e alle situazioni ambientali che determinano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, è sempre obbligatoria l'acquisizione della documentazione indipendentemente dal valore del contratto, subcontratto, concessione, erogazione o provvedimento di cui all'articolo 67.».

attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei dati stessi.

Il novellato D.Lgs. 50/2016 specifica che l'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse deve avvenire, nel rispetto del principio di unicità della pubblicazione e dell'invio delle informazioni, nonché in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità.

Inoltre, presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici viene istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico, utilizzato per la partecipazione alle singole gare ed anche per procedure diverse¹¹.

Coerentemente il D.L. 77/2021 modifica anche il comma 7 dell'art. 105 del Codice, prevedendo in luogo della precedente certificazione che l'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario deve altresì trasmettere la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84. La stazione appaltante verifica quindi la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale prevista dall'art. 81 del Codice. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici. Fino ad allora i controlli dovranno

essere svolti ordinariamente accedendo ad uffici ed enti competenti (Casellario ANAC, Tribunale, Camere di Commercio, Agenzia delle Entrate, ecc). Viene pertanto meno nel nuovo comma 7 il riferimento alla «certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.».

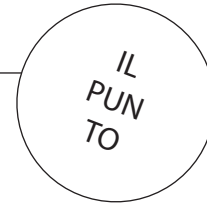
Quanto alla accessibilità a tali certificazioni, il D.L. 77/2021 introduce un nuovo comma 4bis all'art. 81 del Codice prevedendo che le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni di cui all'art. 80 realizzino, con le necessarie misure organizzative, sistemi informatici atti a garantire alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici la disponibilità in tempo reale delle dette certificazioni in formato digitale, mediante accesso alle proprie banche dati, con modalità automatizzate mediante interoperabilità secondo le modalità individuate dall'AgID con le linee guida in materia. L'ANAC deve garantire l'accessibilità alla propria banca dati alle stazioni appaltanti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione di cui all'articolo 84, commi 1 e seguenti, limitatamente ai loro dati. Fino alla data di entrata in vigore del provvedimento dell'ANAC sui dati, la stessa ANAC può predisporre non meglio definiti «elenchi di operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per gare diverse».

Il quadro in materia di subappalto, ad ogni modo, è «in progress», tutt'altro che definito. Basti pensare all'ulteriore punto interrogativo che riguarda la sospensione fino al 30/6/2023 del comma 6 dell'art. 105 cit., relativo all'obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori nei contratti di importo superiore alle soglie europee.

11. V. nuovo art. 81 d.lgs. 50/2016: "Presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici è istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico nel quale sono presenti i dati di cui al comma 2 per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80, l'attestazione di cui all'articolo 84, comma 1, per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'articolo 83 che l'operatore economico carica. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle singole gare. I dati e documenti contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, possono essere utilizzati anche per gare diverse. In sede di partecipazione alle gare l'operatore economico indica i dati e i documenti relativi ai requisiti generali e speciali di cui agli articoli 80, 83 e 84, contenuti nel fascicolo virtuale per consentire la valutazione degli stessi alla stazione appaltante.»;

Il rapporto di occasionalità necessaria: La polizza di responsabilità civile per i fatti dolosi delle persone di cui l'Ente debba rispondere (Prima parte)

di Sonia Lazzini



Premessa

Sulla base della recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione che andremo ad analizzare, ci siamo posti questa domanda:

E' ancora attuale il principio secondo il quale il nesso di "occasionalità necessaria" con i compiti istituzionali viene meno solo quando la condotta dannosa del dipendente sia frutto di comportamenti dolosi o egoistici e, in particolare, qualora questi si traducano in un illecito penale doloso, comportante una cesura del rapporto organico con la pubblica amministrazione?

Ci preme iniziare questo articolo, citando un breve passaggio tratto da una recente sentenza del nostro giudice contabile in sede di appello (Corte dei Conti, Seconda Sezione Centrale Di Appello sentenza numero 148 dell'11 maggio 2021).

"Con riguardo alla preliminare eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria, si

rammenta che la fattispecie al vaglio del Collegio, sebbene nasca da una transazione e non da una sentenza civile di condanna, costituisce una tipica ipotesi di responsabilità per "danno indiretto": di un danno, cioè, che deriva dal risarcimento dovuto dalla P.A. a un terzo, ai sensi dell'art. 28 della Costituzione. È noto, infatti, che "la P.A. risponde del fatto illecito dei propri dipendenti tutte le volte che tra la condotta causativa del danno e le funzioni esercitate dal dipendente esista un nesso di occasionalità necessaria" (Cass., n. 29727/2011 e Cass., n. 8306/2011)."

Riprendiamo quindi la sentenza del 2011 (Cass., n. 29727/2011), riportando questo passaggio "La Corte di merito ha errato nel non riconoscere il nesso di occasionalità necessaria tra la condotta causativa del danno e le funzioni esercitate dal dipendente, atteso che è sufficiente che le funzioni svolte nell'amministrazione abbiano determinato o anche soltanto agevolato la realizzazione del fatto lesivo.

La Corte, con giurisprudenza costante e continuativa nel tempo, ha affermato il principio secondo cui, «In tema di responsabilità diretta della P.A. per fatto lesivo derivante dall'operato dei suoi dipendenti, non può essere esclusa la sussistenza del rapporto di occasionalità necessaria tra l'attività del dipendente e l'evento lesivo in presenza dell'eventuale abuso compiuto da quest'ultimo o dall'illegittimità del suo operato, qualora la condotta del dipendente medesimo si innesti, comunque, nel meccanismo dell'attività complessiva dell'ente. Ne consegue che il riferimento della condotta del dipendente alla P.A. può venire meno solo quando egli agisca come semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, **ed il suo comportamento, non importa se colposo o doloso, non sia perciò diretto al conseguimento di fini istituzionali che, in quanto propri della Amministrazione, possono anche considerarsi propri dell'ufficio nel quale il dipendente stesso è inserito.**» (da ultimo, Cass. 30 gennaio 2008, n. 2089)."

Ed ancora, sempre dal nostro giudice contabile (Corte dei Conti, Seconda Sezione Centrale Di Appello sentenza numero 304 del 18 dicembre 2020).

"Infine, nemmeno valorizzando il profilo della "occasionalità necessaria", talvolta utilizzato dalla giurisprudenza di questa Corte per giustificare la penetrazione della cognizione del giudice contabile in aree dubbia appartenenza alla giurisdizione contabile, è possibile evitare la preclusione ad esaminare la prospettazione formulata nei confronti di tale soggetto.

L'occasionalità necessaria, infatti, è un concetto evocato per porre in relazione anomale estrinsecazioni delle funzioni con l'investitura formale dell'agente operante in virtù di rapporto d'impiego o di servizio con la PA: in simili circostanze, però, il presupposto che giustifica la cognizione è l'inequivoca esistenza di un rapporto con la PA che rappresenta il centro di gravità, in grado di attrarre anche quelle manifestazioni delle funzioni meno prossime al ruolo svolto, ma comunque riconducibili, seppure eccentriche, all'investitura formale."

Pur tuttavia, è questa massima che deve farci riflettere:

Corte di Cassazione, Sezioni Unite civile, sentenza 13246 del 16 maggio 2019.

«lo Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del dipendente anche quando questi abbia approfittato delle sue attribuzioni ed agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche ed estranee a quelle dell'amministrazione di appartenenza, purché la sua condotta sia legata da un nesso di occasionalità necessaria con le funzioni o poteri che il dipendente esercita o di cui è titolare, nel senso che la condotta illecita dannosa - e, quale sua conseguenza, il danno ingiusto a terzi - non sarebbe stata possibile, in applicazione del principio di causalità adeguata ed in base ad un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta, senza l'esercizio di quelle funzioni o poteri che, per quanto deviato o abusivo od illecito, non ne integri uno sviluppo oggettivamente anomalo».

Non dimentichiamoci che l'articolo 2049 cc può essere applicato anche alla Pubblica Amministrazione ed inoltre la responsabilità ex art. 2049 c.c. costituisce una ipotesi di responsabilità indiretta per fatto altrui (di tipo oggettivo) dell'imprenditore per i fatti dei propri dipendenti; si tratta di una responsabilità oggettiva: la condotta pregiudizievole non si traduce propriamente nella mancata o inesatta esecuzione in un contenuto obbligatorio del committente verso un creditore (paziente), quanto piuttosto nello svolgimento di mansioni dannose per un terzo, privo di una pregressa relazione qualificata con il debitore (azienda). Si richiede la preposizione e l'occasionalità necessaria (Cass., Sez. U.,16/05/2019, n. 13246) per la configurazione di una responsabilità (concordemente ritenuta oggettiva) del "dominus".

Ma non solo.

Neppure è rilevante distinguere tra comportamento colposo e comportamento doloso del soggetto agente (che costituisce il presupposto della responsabilità del debitore), essendo al riguardo sufficiente (in base a principio che trova applicazione sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale) la mera occasionalità necessaria (Cass., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., 15 febbraio 2000, n. 1682);

ed infatti la stessa Corte di Cassazione ha chiarito (Cass., 05/07/2017, n.16512) che, poiché nella fattispecie di cui all'art. 2049 c.c. **i due soggetti individuati dalla norma, rispondono per titoli distinti, ma uno solo di essi è l'autore del danno, non si verifica - a rigore - l'ipotesi del concorso nella produzione del fatto dannoso e la conseguente ripartizione dell'onere risarcitorio secondo i criteri fissati dall'art. 2055 c.c. Solo ai fini di una eventuale rivalsa, non essendo configurabile alcun apporto propriamente causale del preponente alla verifica del danno, ferma la corresponsabilità solidale nei confronti del danneggiato, il preponente responsabile - in estensione della tutela del terzo - per il fatto altrui, può agire in regresso contro l'effettivo autore del fatto per l'intero e non "pro quota"** (Cass. Sez. 3 n. 28987 del 11/11/2019); (cfr Corte di Cassazione, Sezione III Civile, ordinanza numero 17948 del 23 giugno 2021).

Di conseguenza, dando una risposta negativa al quesito iniziale, sotto il profilo assicurativo vi sarà:

- la necessità che nelle polizze di Responsabilità civile Terzi, sia per le attività materiali/comportamentali (Polizza di RCT/RCO) che per quelle provvedimentali (polizza di Perdite patrimoniali) vi sia la clausola di estensione della copertura anche ai fatti dolosi delle quali il Contraente/Assicurato debba rispondere.
- l'estensione, nella polizza Tutela Legale, di tutti quei fatti illeciti nei quali esiste il nesso di occasionalità necessaria per cui la verifica del danno-conseguenza non sarebbe stata possibile senza l'esercizio dei poteri conferiti da altri.

Attenzione però.

Qualora la polizza non abbia solo, nel novero degli Assicurati, l'Ente inteso come apparato, ma anche i suoi dipendenti, in virtù dell'articolo 1917, la responsabilità per danno doloso di questi ultimi DEVE ESSERE ESCLUSA DALL'ASSICURAZIONE

Ma appunto, non invece quella "per fatto altrui" dell'ente di appartenenza.

Per giungere a queste conclusioni, partiamo dalla rivoluzionaria impostazione degli Ermellini riuniti nel 2019.

1. L'interazione fra l'articolo 28 della Costituzione (responsabilità propria dell'Ente) e l'articolo 2049 del codice civile (responsabilità dell'Ente per fatto altrui)

Pertinenti per la risoluzione della questione sono: 1) l'art. 28 della Costituzione, per il quale, com'è noto: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»; 2) l'art. 2049 cod. civ., rubricato «responsabilità dei padroni e dei committenti», per il quale «i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti».

1.1. Articolo 28 della Costituzione

È noto l'ampio dibattito, soprattutto in dottrina e all'indomani dell'entrata in vigore della Carta fondamentale, sulla portata dell'art. 28 della Costituzione: superate le prime tesi sulla natura meramente sussidiaria della responsabilità di Stato od ente pubblico rispetto a quella dell'agente, è invalso il riconoscimento della natura concorrente o solidale delle due responsabilità, **ricostruita quella dello Stato od ente pubblico come diretta, in forza dei principi sull'immedesimazione organica dovendo escludersi che l'attività posta in essere al di fuori dei compiti istituzionali dal pubblico funzionario o dipendente potesse imputarsi allo Stato o ente pubblico.**

Non ha incontrato il favore degli interpreti la ricostruzione della responsabilità della Pubblica Amministrazione per l'illecito del suo dipendente quale responsabilità indiretta (o per fatto altrui, dovendo la Pubblica Amministrazione sopportare i rischi delle conseguenze dannose degli atti posti in essere da coloro che agiscono per suo conto), né altra tesi eclettica, che ha prospettato la natura composita di quella stessa responsabilità, dovendo l'Amministrazione rispondere in via diretta per i danni causati nello svolgimento dell'attività provvedimentale (l'unica rispetto alla quale si configurerebbe un'immedesimazione organica, in quanto esplicazione della funzione diretta al perseguimento del pubblico interesse

e posta in essere da funzionari dotati del potere rappresentativo - organi in senso stretto - attraverso cui l'Ente esprime la sua volontà ed agisce nei rapporti esterni) ed in via indiretta per i danni causati nell'espletamento di ogni altra attività, tra cui quella materiale.

Nella prevalente dottrina pubblicistica la tesi della responsabilità diretta da rapporto organico in funzione limitativa si fonda sulla tesi del contenimento dell'innovazione portata dalla norma costituzionale: questa non starebbe nell'immutazione della natura della responsabilità dell'Ente, che andrebbe sempre qualificata, come nel sistema anteriore all'entrata in vigore della Costituzione, in termini di responsabilità diretta o per fatto proprio; essa invece starebbe nella previsione, accanto alla responsabilità diretta della pubblica amministrazione, di una concorrente responsabilità, sempre diretta, del funzionario o del dipendente, che invece, nel sistema previgente, poteva essere chiamato a rispondere, in solido con l'Ente di appartenenza, solo ove tale responsabilità solidale fosse prevista da specifiche disposizioni di legge; la norma costituzionale avrebbe cioè disegnato un sistema fondato su due responsabilità concorrenti e solidali, entrambe dirette, spettando esclusivamente al danneggiato la scelta se far valere l'una o l'altra od entrambe.

La giurisprudenza amministrativa è, poi, ferma nel ritenere interrotta l'imputazione giuridica dell'attività posta in essere da un organo della pubblica amministrazione nei casi in cui siano posti in essere fatti di reato (Cons. Stato, Sez. 6, 14/11/2014, n. 5600), o di atti adottati in ambienti collusivi penalmente rilevanti (Cons. Stato, Sez. 5, 04/03/2008, n. 890; TAR Reggio Calabria, Sez. 1, 11 agosto 2012, n. 536), o comunque allorché il soggetto agente, legato alla P.A. da un rapporto di immedesimazione organica, abbia posto in essere il provvedimento amministrativo, frutto del reato contro la P.A., nell'ambito di un disegno criminoso e quindi perseguendo un interesse personale del tutto avulso dalle finalità istituzionali dell'Ente (TAR Sicilia-Catania 25/07/2013, n. 2166, per il quale il venir meno dell'imputabilità dell'atto all'Amministrazione, per interruzione del rapporto organico, determina la nullità dell'atto stesso, per mancanza di uno degli «elementi essenziali» - ex art. 21 septies, I. n. 241 del 1990 - individuabile nel soggetto o per mancanza di volontà in capo alla stessa P.A., escludendosi che l'atto de quo possa

dirsi posto in essere da una P.A. nell'esplicazione di un'attività amministrativa).

E la stessa Corte costituzionale ha reiteratamente statuito (tra le altre: Corte cost. n. 64 del 1992, con richiami a Corte cost. n. 18 del 1989, n. 26 del 1987, n. 148 del 1983, n. 123 del 1972) che l'art. 28 Cost. stabilisce la responsabilità diretta per violazione di diritti tanto dei dipendenti pubblici per gli atti da essi compiuti, quanto dello Stato o degli enti pubblici, rimettendone la disciplina dei presupposti al legislatore ordinario, con la precisazione che (Corte cost. nn. 18 del 1989 e 88 del 1963) la responsabilità dello Stato o dell'ente pubblico può esser fatta valere anteriormente o contestualmente a quella dei funzionari e dei dipendenti, non avendo carattere sussidiario.

1.2. La normativa codicistica

Il codice civile regola la responsabilità dei padroni e committenti, mutuandola pedissequamente dalla previsione del Code civil francese (ed in particolare dal suo originario art. 1384, che oggi corrisponde all'art. 1242, in forza dell'Ordonnance n. 2016-31 del 10/02/2016, in vigore dal 01/10/2016), a mente del quale *«les maitres et les commettants ... sont solidairement responsables du dommage causé ... par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés»*; in tale fattispecie si conferma, analogamente ad altre ipotesi di responsabilità civile senza colpa, la deroga al principio *ohne Schuld keine Haftung*, che permea sia l'altro ordinamento cardine dei sistemi romanisti (quello tedesco in punto di *Deliktsrecht*, benché in via di graduale superamento e solo in determinati settori, mediante la ricostruzione di obblighi derivanti direttamente, prima della riforma del 2002, dalla norma sulla buona fede e, poi, dalla novella del BGB sulla sussistenza di obblighi di protezione più ampi rispetto a quelli di prestazione, tali da riverberare i loro effetti anche a favore di chi non è parte del contratto), sia il sistema originario di common law (in cui la Tort Law presuppone appunto ed almeno in linea generale un difetto di due diligence).

Il concetto di padrone o committente, in origine riferito ad economie rudimentali e connotate da rapporti assai stretti di preposizione, è stato via via ampliato in forza di un'interpretazione evolutiva, per essere esteso a molte figure di soggetti che,

per conseguire i propri fini, si avvalgono dell'opera di altri a loro legati in forza di vincoli di varia natura (e non necessariamente di dipendenza: su tale specifico punto, tra le prime, v. Cass. 16/03/2010, n. 6325).

Si è, al riguardo, superata l'originaria configurazione della responsabilità in esame come soggettiva o per fatto proprio, quando questo si identificava almeno in una colpa *in eligendo* o in vigilando: il testo normativo non concede al responsabile alcuna prova liberatoria, cosicché il ricorso alla *factio* della presunzione assoluta di colpa si risolve nell'introduzione artificiosa nella norma di un presupposto che le è irrilevante; al contrario (benché in dottrina si parli anche di responsabilità diretta o per il fatto proprio di essere il preponente), si è dinanzi ad una responsabilità oggettiva per fatto altrui.

Si tratta (per tutte: Cass. 09/06/2016, n. 11816, ove ulteriori richiami giurisprudenziali; più di recente: Cass. ord. 12/10/2018, n. 25373; Cass. 14/02/2019 n. 4298; quanto al rapporto tra ente pubblico concedente e concessionario, Cass. 20/02/2018, n. 4026, espressamente fonda la responsabilità del primo sull'inserimento del secondo nell'apparato organizzativo della P.A.) **di un'applicazione moderna del principio *cuus commoda eius et incommoda*, in forza del quale l'avvalimento, da parte di un soggetto, dell'attività di un altro per il perseguimento di propri fini comporta l'attribuzione al primo di quella posta in essere dal secondo nell'ambito dei poteri conferitigli.**

Ma una tale appropriazione di attività deve comportarne l'imputazione nel suo complesso e, così, sia degli effetti favorevoli che di quelli pregiudizievoli: un simile principio risponde ad esigenze generali dell'ordinamento di riallocazione dei costi delle condotte dannose in capo a colui cui è riconosciuto di avvalersi dell'operato di altri (poco importa se per scelta od utilità, come nel caso delle persone fisiche, o per necessità, come in ogni altro caso, in cui è indispensabile il coinvolgimento di persone fisiche ulteriori e distinte per l'imputazione di effetti giuridici ad entità sovraindividuali).

2. Il nesso di occasionalità necessaria

Dalla correlazione di tale specifica forma di responsabilità ai vantaggi che sia lecito per il preponente attendersi dall'avvalimento dell'altrui operato la giurisprudenza civile di legittimità per i rapporti privatistici di preposizione e quella più recente penale di legittimità **hanno ricavato la necessità di un nesso di occasionalità necessaria tra esercizio delle incombenze e danno al terzo (quale ultimo elemento costitutivo della fattispecie, oltre al rapporto di preposizione ed all'illiceità del fatto del preposto):**

Nesso che è stato ritenuto sussistente non solamente se il fatto dannoso derivi dall'esercizio delle incombenze, ma pure nell'ipotesi in cui tale esercizio si limiti ad esporre il terzo all'ingerenza dannosa del preposto ed anche se questi abbia abusato della sua posizione od agito per finalità diverse da quelle per le quali le incombenze gli erano state affidate.

Alla stregua di tale elaborazione, il nesso di occasionalità necessaria (e la responsabilità del preponente) sussiste nella misura in cui le funzioni esercitate abbiano determinato, agevolato o reso possibile la realizzazione del fatto lesivo, nel qual caso è irrilevante che il dipendente abbia superato i limiti delle mansioni affidategli, od abbia agito con dolo e per finalità strettamente personali (tra molte: Cass. 24/09/2015, n. 18860; Cass. 25/03/2013, n. 7403); alla condizione però che la condotta del preposto costituisca pur sempre il non imprevedibile sviluppo dello scorretto esercizio delle mansioni, non potendo il preponente essere chiamato a rispondere di un'attività del preposto che non corrisponda, neppure quale degenerazione od eccesso, al normale sviluppo di sequenze di eventi connesse all'espletamento delle sue incombenze (Cass. 11816/16, cit.).

Non ha infatti giuridico fondamento accollare a chicchessia le conseguenze dannose di condotte del preposto in alcun modo collegate alle ragioni, anche economiche, della preposizione, ove cioè non riconducibili al novero delle normali potenzialità di sviluppo di queste - anche sotto forma di deviazione dal fine perseguito o di contrarietà ad esso o di

eccesso dall'ambito dei poteri conferiti - secondo un giudizio oggettivo di probabilità di verifica.

L'appropriazione dei risultati delle altrui condotte deve, in definitiva, essere correlata (e, corrispondentemente, limitata) alla normale estrinsecazione delle attività del preponente e di quelle oggetto della preposizione ad esse collegate, sia pure considerandone le violazioni o deviazioni oggettivamente probabili: **sicché chi si avvale dell'altrui operato in tanto può essere chiamato a rispondere, per di più senza eccezioni e la rilevanza del proprio elemento soggettivo, delle sue conseguenze dannose in quanto egli possa ragionevolmente raffigurarsi, per prevenirle, le violazioni o deviazioni dei poteri conferiti o almeno tenerne conto nell'organizzazione dei propri rischi; e così risponde di quelle identificate in base ad un giudizio oggettivizzato di normalità statistica, cioè riferita non alle peculiarità del caso, ma alle ipotesi in astratto definibili come di verifica probabile o - secondo i principi di causalità adeguata elaborati da questa Corte fin da Cass. Sez. U. 11/01/2008, n. 576 - «più probabile che non», in un dato contesto storico.**

3. La natura della responsabilità dello Stato e degli enti pubblici

Deve allora constatarsi una non piena coerenza tra le impostazioni ermeneutiche di questa Corte di legittimità:

- una prima, propria della prevalente odierna giurisprudenza civilistica e di quella preponderante penalistica più risalente (e, per la verità, anche quella amministrativa), per la quale la responsabilità dello Stato (o degli enti pubblici) per il fatto illecito dei propri dipendenti (o funzionari) è diretta e sussiste, in forza di criteri pubblicistici, esclusivamente in caso di attività corrispondente ai fini istituzionali, quando cioè, in virtù del rapporto organico, quella vada imputata direttamente all'ente;
- una seconda, propria soprattutto della giurisprudenza penalistica più recente e di parte di quella civilistica (ora più remota e poi superata, ora minoritaria, ora riferita in prevalenza a rapporti di preposizione privatistici), in base alla quale sussiste la responsabilità dello Stato o dell'ente

pubblico in applicazione di criteri privatistici, corrispondenti sostanzialmente a quelli in tema di responsabilità del preponente ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., sol che sussista un nesso di occasionalità necessaria tra condotta illecita e danno.

Ritengono queste Sezioni Unite di comporre la disomogeneità tra dette impostazioni rilevando che nessuna ragione giustifichi più, nell'odierno contesto socio-economico, un trattamento differenziato dell'attività dello Stato o dell'ente pubblico rispetto a quello di ogni altro privato, quando la prima non sia connotata dall'esercizio di poteri pubblicistici: e che, così, vada riconsiderato il preponderante orientamento civilistico dell'esclusione della responsabilità in ipotesi di condotte contrastanti coi fini istituzionali o sorrette da fini egoistici.

In particolare, deve ammettersi la coesistenza dei due sistemi ricostruttivi, quello della responsabilità diretta soltanto in forza del rapporto organico e quello della responsabilità indiretta o per fatto altrui: entrambi sono validi, poiché il primo non esclude il secondo ed ognuno viene in considerazione a seconda del tipo di attività della P.A. di volta in volta posta in essere.

Infatti, il comportamento della P.A. che può dar luogo, in violazione dei criteri generali dell'art. 2043 cod. civ., al risarcimento del danno (secondo la compiuta definizione di Cass. Sez. U.22/07/1999, n. 500) o si riconduce all'estrinsecazione del potere pubblicistico e cioè ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, oppure si riduce ad una mera attività materiale, disancorata e non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali (sulla distinzione, determinante prima di tutto in materia di giurisdizione, v. da ultimo Cass. Sez. U. ord. 13/12/2018, n. 32364; tra le altre più remote, v. Cass. Sez. U. 25/11/1982, n. 6363).

- Nel primo caso (attività provvedimento o, se si volesse generalizzare, istituzionale in quanto estrinsecazione di pubblicistiche ed istituzionali potestà), l'immedesimazione organica - di regola - pienamente sussiste e

bene è allora ammessa la sola responsabilità diretta in forza della sicura imputazione della condotta all'ente; del resto, con l'introduzione dell'art. 21 septies legge n. 241 del 1990 pure la carenza di un elemento essenziale - in genere esclusa se l'atto integra l'elemento oggettivo di un reato - comporta la mera nullità e non più l'inesistenza dell'atto, come invece voleva la dottrina tradizionale (col che potrebbe forse sostenersi l'attribuibilità all'ente dell'atto nullo poiché delittuoso, sia pure a certe condizioni).

- Nel secondo caso, di attività estranea a quella istituzionale o comunque materiale, ove pure vada esclusa l'operatività del criterio di imputazione pubblicistico fondato sull'attribuzione della condotta del funzionario o dipendente all'ente (questione non immediatamente rilevante ai fini che qui interessano e che si lascia impregiudicata), non può però negarsi l'operatività di un diverso criterio: non vi è alcun motivo per limitare la responsabilità extracontrattuale dello Stato o dell'ente pubblico - se correttamente ricostruita, pure ad evitarne strumentali distorsioni o improprie sconsiderate dilatazioni - al di fuori dell'esercizio di una pubblica potestà quando ricorrano gli altri presupposti validi in caso di avvalimento dell'operato di altri.

Ogni diversificazione di trattamento, per di più nel senso di evidente favore, si risolverebbe in un ingiustificato privilegio dello Stato o dell'ente pubblico, in palese contrasto con il principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3, comma primo, Cost. e col diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. e riconosciuto anche a livello sovranazionale dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (firmata a Roma il 04/11/1950, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, pubblicata sulla G.U. n. 221 del 24/09/1955 ed entrata in vigore il 10/10/1955) e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (adottata a Nizza il 07/12/2000 e confermata con adattamenti a Strasburgo il 12/12/2007; pubblicata, in versione consolidata, sulla G.U. dell'U.E. del 30/03/2010, n. C83, pagg. 389 ss.; efficace dalla data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona - ratificato in Italia con L. 2 agosto 2008, n. 130 - e cioè 01/12/2009): poiché escluderebbe quella più piena tutela risarcitoria, invece perseguibile con la concorrente responsabilità del proponente.

Ed una tale diversificazione neppure potrebbe difendersi in base a generiche esigenze finanziarie pubbliche, poiché la tutela dei - 18 - diritti non può mai a queste essere - se non altro *sic et simpliciter* o in linea di principio - sacrificata (come, in campo sovranazionale, riconosce da sempre, perfino in tema di esecuzione coattiva contro lo Stato, la Corte di Strasburgo: da ultimo, Corte eur. dir. Uomo 14/11/2017, IV sez., Spahie e aa. c. Bosnia-Erzegovina, in ric. n. 20514/15 e altri) e poiché in ogni caso va garantita, affinché possa dirsi apprestato un rimedio effettivo, almeno un'adeguata tutela risarcitoria in caso di violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, incombendo il relativo onere a ciascuno Stato ed ai suoi organi, primi fra tutti quelli giurisdizionali (per tutte, sui relativi principi generali: Corte eur. dir. Uomo 11/06/2010, Grande Camera, GMgen c/ Germania, ric. 22978/05, pp. 115 a 119).

In definitiva, non può più accettarsi, perché in insanabile contrasto con tali principi fondamentali e da superarsi con una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la conclusione che, quando gli atti illeciti sono posti in essere da chi dipende dallo Stato o da un ente pubblico (e cioè da chi è legittimo attendersi una particolare legalità della condotta), la tutela risarcitoria dei diritti della vittima sia meno effettiva rispetto al caso in cui questi siano compiuti dai privati per mezzo di loro preposti.

Si tratta, riprendendo una tesi non ignota alla stessa dottrina pubblicistica, della ricostruzione sistematica di un regime di responsabilità articolato, corrispondente alla composita natura delle condotte dello Stato e degli enti pubblici: a seconda che cioè esse siano poste in essere nell'esercizio, pur se eccessivo o illegittimo, delle funzioni conferite agli agenti ed oggettivamente finalizzate al perseguimento di scopi pubblicistici, oppure che siano poste in essere da costoro quali singoli, ma approfittando della titolarità o dell'esercizio di quelle funzioni (o poteri o attribuzioni), sia pur piegandole al perseguimento di fini obiettivamente estranei o contrari a quelli pubblicistici in vista dei quali erano state conferite.

- Nel primo caso, l'illecito è riferito direttamente all'Ente e questi ne risponderà, altrettanto direttamente, in forza del generale principio

- dell'art. 2043 cod. civ.;
- nel secondo caso, con le precisazioni di cui appresso, la responsabilità civile dell'Ente deve invece dirsi indiretta, per fatto del proprio dipendente o funzionario, in forza di principi corrispondenti a quelli elaborati per ogni privato preponente e desunti dall'art. 2049 cod. civ.

Tale conclusione comporta che debba prescindersi in modo rigoroso da ogni colpa del preponente anche pubblico e lascia intatta la concorrente e solidale responsabilità del funzionario o dipendente (salvo eventuali limitazioni espressamente previste indotte dalla peculiarità di determinate materie, come nel caso del personale scolastico - ex art. 61 cpv. legge 11 luglio 1980, n. 312, su cui v. Corte cost. n. 64 del 1992 - o dei magistrati *ex lege* 113/87, su cui v. tra le altre Corte cost. n. 18 del 1989); e ad essa, beninteso, deve farsi eccezione quando vi sia un'esplicita diversa previsione normativa che, ad esempio per la peculiarità della

specifico materia, mandi esente da responsabilità l'ente pubblico e mantenga esclusivamente quella dell'agente o viceversa.

Ritengono queste Sezioni Unite che debba allora superarsi la rigida alternatività, con rapporto di mutua esclusione, fra i criteri di imputazione pubblicistico o diretto e privatistico o indiretto: l'art. 28 Cost. non preclude l'applicazione della normativa del codice civile, piuttosto essendo finalizzata all'esclusione dell'immunità dei funzionari per gli atti di esercizio del potere pubblico ed alla contemporanea riaffermazione della responsabilità della P.A.; ne consegue che la concorrente responsabilità della P.A. e del suo dipendente per i fatti illeciti posti in essere da quest'ultimo al di fuori delle finalità istituzionali di quella deve seguire, in difetto di deroghe normative espresse, le regole del diritto comune.

Pareri & Sentenze



TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 2/9/2021, n. 1962

Esclusione automatica per omessa dichiarazione di gravi illeciti professionali

"come" affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella recente sentenza 7 gennaio 2020, n. 70: «contrariamente a quanto dedotto dalle appellanti, nel caso di omessa dichiarazione è legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante (ex plurimis, Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299; III, 13 giugno 2018, n. 3628; III, 29 novembre 2018, n. 6787; V, 25 febbraio 2016, n. 761; V, 28 settembre 2015, n. 4511; III, 29 novembre 2018, n. 6787)». ... è pur vero che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 28 agosto 2020 ha affermato il principio per cui la condotta reticente, omissiva o mendace tenuta dal ricorrente in relazione a circostanze potenzialmente rilevanti ai fini dell'ammissione alla gara, della selezione delle offerte e dell'aggiudicazione non determina come conseguenza automatica l'esclusione, occorrendo piuttosto una valutazione da effettuare in concreto, ad opera della stazione appaltante, circa l'effettiva rilevanza di una tale condotta dichiarativa, per le sue concrete caratteristiche, rispetto al contratto di cui si controverte, nonché degli episodi sottostanti non adeguatamente comunicati;

- purtroppo, nella fattispecie, la condanna in questione, come già rilevato nella fase cautelare, riguarda fatti molto gravi (trattandosi di omicidio colposo ex art. 589, comma 2, c.p. in relazione agli artt. 29 comma 1, 18 comma 1, lett. I), e 3-bis, 37 del d.lgs. n. 81/2008) e, come tale, è idonea ad incidere, secondo l'id quod plerumque accidit, sull'integrità o affidabilità dell'operatore economico, sicché costituisce ragionevole giustificazione della misura sanzionatoria espulsiva adottata dalla stazione appaltante, potendosi intravedere nell'esclusione disposta da OMISSIS2 il risultato, sostanzialmente, del globale giudizio di inaffidabilità dell'operatore (come si desume anche dalle motivazioni poste a base del provvedimento confermativo dell'esclusione, in data 8.5.2020, sub doc. 3 della ricorrente);"

Consiglio di Stato, Sez. V, 03/08/2021, n. 5709

Il bid bond può essere assimilato alla garanzia provvisoria

“La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il bid bond è una garanzia bancaria a “prima domanda”, costituente un contratto da cui deriva un impegno autonomo a garanzia della serietà dell’offerta, con il quale la stessa banca emittente si impegna nei confronti della stazione appaltante in caso di inadempimento della ditta concorrente (in termini Cons. Stato, V, 28 giugno 2019, n. 4463; V, 12 giugno 2017, n. 2851). Si tratta di una figura che presenta tutte le caratteristiche del contratto autonomo di garanzia (quali individuate dalla giurisprudenza civile : cfr. Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 394) e che corrisponde alle caratteristiche ed ai criteri individuati nella pubblicazione n. 758 del 2010 della Camera di Commercio Internazionale di Parigi “Uniform Rules for Demand Guarantees” (URDG), tale da renderlo forma di garanzia alternativa al deposito cauzionale ammessa quanto meno quale alla stregua di uso negoziale. Inoltre il bid bond comprende in sé anche l’impegno a prestare la garanzia a copertura della cauzione definitiva in caso di aggiudicazione del contratto, implicando la garanzia complessiva del “buon fine dell’operazione sottostante”, cioè l’aggiudicazione e l’esecuzione del contratto (Cons. Stato, V, 17 giugno 2017, n. 2851). Appare dunque evidente l’inapplicabilità dell’art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto il bid bond è differente, per le caratteristiche sue proprie, dalla fideiussione.

Il bid bond, come già osservato, è conforme ai criteri delle URDG del 2010, secondo quanto emerge dalla stessa lettura del testo, ed eventualmente può essere assimilato al deposito cauzionale presso l’istituto bancario, inquadrabile nell’ambito della previsione di cui all’art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.”

TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, 2/8/2021, n. 9140

Il possesso dei requisiti integranti il rispetto dei CAM deve essere dimostrato in sede di offerta con le modalità stabilite

“Emerge da quanto riportato che effettivamente l’offerta di Calzaturificio OMISSIS non presentava gli elementi prescritti dalla lex specialis di gara, in conformità al decreto ministeriale 17 maggio 2018, che ha determinato i CAM relativi alla specifica categoria merceologica. Circostanza, questa, che avrebbe dovuto comportare l’esclusione dell’operatore dalla gara.

Del resto, che tale conseguenza possa derivare dalla mancata produzione della documentazione attestante il rispetto dei CAM è stato già affermato dalla giurisprudenza (cfr. TRGA Trentino-Alto Adige, Trento, 14 maggio 2020, n. 66; Id. 18 dicembre 2019, n. 168; TAR Toscana, Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 225)...Al riguardo, deve anzitutto osservarsi che l’obbligatorietà dei criteri ambientali minimi per l’Amministrazione è espressamente stabilita dalla legge (Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972) e che, nel caso in esame, tale obbligo è stato effettivamente osservato, posto che i CAM sono stati espressamente recepiti nell’ambito delle Specifiche tecniche allegate al Capitolato tecnico.

10.4.2. Quanto al momento in cui deve essere verificato il rispetto dei suddetti criteri, deve osservarsi che, con specifico riferimento ai CAM relativi alla categoria merceologica oggetto del presente giudizio, la suddetta valutazione è stata già compiuta dal decreto ministeriale 17 maggio 2018, il quale – come sopra detto – ha distintamente indicato le “Specifiche Tecniche”, il cui possesso deve essere dimostrato in sede di offerta con le modalità stabilite, rispetto ai “Criteri premianti”, che l’Amministrazione può prendere in considerazione ai fini dell’attribuzione di un punteggio aggiuntivo, e alle “Condizioni di esecuzione/clausole contrattuali”, il cui rispetto va quindi accertato soltanto in fase esecutiva.”

Consiglio di Stato, Sez. III, 02/08/2021, n. 5659

Casellario ANAC.: L'Autorità non esprime una propria valutazione sulla rilevanza del fatto, ma verifica solo l'utilità dell'inserimento della notizia nel Casellario ai fini alle future valutazioni delle Stazioni Appaltanti

"il sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità della p.a. non può essere condizionato da valutazioni dell'ANAC rese nell'ambito del procedimento di annotazione di una vicenda professionale nel Casellario informatico ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice, per di più successive rispetto al provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione Appaltante. Nel valutare se un fatto rientri o meno tra le cd "notizie utili", l'Autorità non esprime una propria valutazione sulla rilevanza del fatto, ma verifica solo l'utilità dell'inserimento della notizia nel Casellario ai fini alle future valutazioni delle Stazioni Appaltanti, che tuttavia rimangono sempre libere di esaminare sia i fatti annotati nel Casellario, sia altre vicende professionali, come chiarito sia dal testo delle Linee Guida stesse (par. 4.2.), che dalla consolidata giurisprudenza. Come di recente statuito dalla V Sezione in merito alla ratio dell'annotazione nel casellario informatico delle notizie utili ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice appalti, la finalità del compito affidato all'Anac traspare dalla stessa formulazione dell'enunciato normativo e consiste nella realizzazione di una banca dati integrata, che raccolga le informazioni e le notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici (Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2021, n. 4299) il cui accertamento è comunque riservato alla stazione appaltante nell'ambito della singola procedura di gara."

Consiglio di Stato, Sez. V, 6/8/2021, n. 5792

In una gara telematica costituisce causa di esclusione la mancata osservanza del manuale d'uso

"Procedendo ora alla disamina dei motivi "di merito" riproposti, con il primo si lamenta l'inesistenza di una clausola della lex specialis impositiva del limite di peso dei file di 13 MB per ciascun file, atteso che il capitolato d'oneri, alle pagine 5-6, si sarebbe limitato a consigliare tale limite dimensionale; analogamente, in nessun punto del "manuale d'uso" per la "partecipazione a una gara in Accordo quadro" di "Acquistinretepa" era specificato che se il concorrente avesse dichiarato di voler presentare offerta in più lotti, il sistema avrebbe consentito l'invio dell'offerta solo ad ultimazione del caricamento integrale della documentazione (od offerta) relativa a tutti i lotti indicati, sì da non essere possibile un invio parziale (per i lotti già presenti sul portale telematico) ... Il motivo è infondato ... la mancata ammissione per non avere inserito entro il termine prescritto la documentazione inerente l'offerta completa è dettata dal rispetto, melius dalla corrispondenza con i contenuti propri della dichiarazione negoziale, e non è comunque una causa occulta di esclusione, atteso che se ne rinviene il fondamento, quanto meno, nel manuale d'uso. Si tratta dunque di un ordo productionis del procedimento telematico legittimo e non già di una causa di esclusione occulta od a sorpresa."

TAR Veneto, Venezia, Sez. III, 22/7/2021, n. 967

E' legittima la commissione giudicatrice nominata in assenza di criteri approvati a "monte" delle procedure di gara rilevando invece, sotto il profilo sostanziale, che la commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza, anche per il caso di nomina di componenti interni

"Il comma 12 dell'art. 216 del D.lgs. n. 50 del 2016, per quanto qui rileva, dispone che "Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da

ciascuna stazione appaltante (...)"'. A tal proposito, la giurisprudenza ha più volte ribadito che l'assenza di criteri approvati a "monte" delle procedure di gara da parte della stazione appaltante non determina "ex se" l'illegittimità dell'operato "per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole", atteso che il succitato comma 12 non deve essere interpretato letteralmente come necessità di un vero e proprio regolamento, rilevando invece, sotto il profilo sostanziale, che la Commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza, anche per il caso di nomina di componenti interni; in buona sostanza, occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza (in tal senso cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 novembre 2020, n. 6818; id., 10 luglio 2019, n. 4865)."

Consiglio di Stato, Sez. III, 13/07/2021, n. 5286

L'accesso agli atti segreti tecnici o commerciali è consentito a seguito dell'avvenuta instaurazione di un giudizio inerente agli atti della gara cui l'istanza di accesso si riferisce

" ... 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. In particolare, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia" (tale indirizzo interpretativo è stato ribadito, più di recente, con la sentenza della medesima Sezione n. 6463 del 26 ottobre 2020, con la quale è stato chiarito che "la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia. Ciò posto, nel caso di specie non è revocabile un dubbio che l'appellante avesse un interesse concreto e qualificato a verificare il tenore dell'offerta tecnica della controparte, proprio in considerazione della pendenza dei giudizi reciprocamente attivati avverso l'aggiudicazione e la successiva revoca"). Dalle sentenze citate si evince quindi il principio secondo cui, nella specifica materia de qua, il discrimine tra interesse emulativo/esplorativo, insufficiente a giustificare la deroga all'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali della concorrente incorporati nella documentazione relativa all'offerta tecnica, ed interesse genuinamente difensivo, atto secundum legem a superare la suddetta barriera opposta dal legislatore al soddisfacimento dell'interesse ostensivo, coincide con l'avvenuta (o meno) instaurazione di un giudizio inerente agli atti della gara cui l'istanza di accesso si riferisce: conclusione che, ad avviso della Sezione, è coerente con la formulazione testuale della clausola derogatrice (art. 53, comma 6, d.lvo n. 50/2016: "In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"), la quale subordina l'interesse ostensivo prevalente alla sussistenza di una correlazione strumentale tra l'accesso e la difesa in giudizio degli interessi che innervano la posizione di concorrente nell'ambito di una procedura di affidamento, quale non può non trovare concreta ed attuale dimostrazione nella avvenuta instaurazione di un giudizio avverso gli atti lesivi di quella procedura."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 355 del 5 maggio 2021
PREC 67/2021/L**

"Offerta tecnica – sottoscrizione digitale del file compresso in formato zip – mancata sottoscrizione dei files contenuti al suo interno - esclusione – illegittimità"

"In una procedura telematica, è illegittima l'esclusione di un RTI per difetto di sottoscrizione dell'offerta tecnica, qualora il file compresso in formato zip, all'interno del quale è stata inserita la relazione tecnica suddivisa in singoli files, è stato firmato digitalmente da tutti i componenti del raggruppamento e la procedura preveda un meccanismo di accesso alla piattaforma che garantisce l'attribuzione di paternità di documenti caricati sulla piattaforma dal soggetto "accreditato". Non ponendosi, infatti, un problema di riconoscibilità della provenienza dell'offerta, la mancata sottoscrizione dei singoli files della relazione tecnica è da considerarsi quale vizio sanabile mediante soccorso istruttorio."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 354 del 5 maggio 2021
PREC 89/2021/L**

"Individuazione dell'oggetto del contratto – Distinzione tra fornitura con posa in opera e prestazione di lavori"

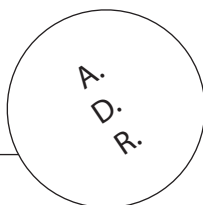
"E' configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui con il contratto di fornitura si intenda conseguire una prestazione avente per oggetto beni o prodotti che per loro stessa natura soddisfano autonomamente l'interesse del committente. In questo caso gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso; mentre si è in presenza di una prestazione configurabile come lavoro qualora vi sia una modificazione strutturale o funzionale di un bene, con il risultato di ottenere un nuovo bene che, in quanto finito in ogni sua parte, sia capace di esplicare autonome funzioni economiche e tecniche."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 390 del 12 maggio 2021
PREC 95/2021/S**

"Non sono applicabili alle concessioni di servizi le norme dettate dall'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 in tema di offerte anormalmente basse ed esclusioni automatiche, soggette all'applicazione dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016."

"RITENUTO, in linea con alcune considerazioni espresse dall'ANAC nel documento pubblicato in data 4 agosto 2020, concernente l'esame e il commento degli articoli del decreto legge n. 76/2020, che le previsioni relative alle semplificazioni in materia di contratti pubblici di cui all'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020 riguardino i contratti di appalto e non le concessioni, come risulta comprovato dalla formulazione delle norme che richiamano espressamente il termine "appalti" ... Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso»; d'altra parte, la stessa amministrazione aggiudicatrice sceglieva di indire la procedura ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 non richiamando negli atti di gara la disciplina sulle procedure dettata all'art. 1, comma 2, d.l. n. 76/2020; RITENUTO, pertanto, non conforme alla normativa di settore il richiamo all'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020 contenuto all'art. 12 del disciplinare di gara, dovendo trovare invece applicazione alla procedura l'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prescrive che «l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci»;"

A Domanda Rispondiamo



1 L'affidamento, tramite accordo fra PA, di servizi di ricerca è sottratto all'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 5 comma 6 del D.Lgs. n. 50/2016?

Un accordo concluso fra più amministrazioni può ritenersi conforme alle disposizioni del citato art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
- l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

L'art. 5 comma 6 del codice disciplina gli accordi fra pubbliche amministrazioni, nonché i limiti entro i quali detti accordi possono essere conclusi. Affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice, valendo a disciplinare comunque un istituto già previsto in linea generale dall'art. 15 della l. n.241/1990 (ai sensi del quale «*anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*»: cfr. sul punto, ANAC determina n. 7/2010). Laddove l'accordo non presenti i caratteri tipici del partenariato pubblico-pubblico, manchi una reale condivisione di attività e risultati e manchi una sinergica convergenza su attività di

interesse comune, quali elementi richiesti ai fini dell'applicazione dell'art. 5, comma 6, del Codice, trattasi di un affidamento di servizi di ricerca. Il primo comma dell'articolo 158 del Codice dei Contratti – confermando la disciplina dei contratti di ricerca e sviluppo già prevista nel previgente art. 19, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006 – prevede l'applicabilità della disciplina del Codice all'accordo siglato, allorché esso soddisfi entrambe le seguenti condizioni:

- 1) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore, affinché li usi nell'esercizio della sua attività;
- 2) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'ente aggiudicatore (***cfr., sul previgente art. 19, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006: ANAC, pareri sulla normativa AG42/2013 e AG 52/2016 e del. n. 72/2009***).

2 I contratti stipulati mediante scambio di corrispondenza fuori MEPA per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro scontano l'imposta di bollo?

Sulla questione non abbiamo indicazioni chiare e precise. Considerando quanto previsto dal D.P.R. n. 642/1972 e dai vari interventi dell'Agenzia delle Entrate, si può concludere che i contratti stipulati mediante scambio di corrispondenza nell'ambito del MEPA siano da considerare delle forme semplificate di scritture private da sottoporre a bollo sin dall'origine; anche i contratti stipulati mediante scambio di corrispondenza a seguito di procedure svolte fuori dal MEPA sono da sottoporre a bollo fin dall'origine se di importo superiore a 40.000 euro. Il dubbio permane nel caso di contratti di appalto e concessione di valore inferiore a 40.000 euro: per via della nota apposta all'art. 24 della Tariffa, Parte Seconda, allegata al D.P.R. n. 642/1972 si dovrebbe versare il bollo sin dall'origine anche per questi importi, ma una possibilità di deroga è fornita dall'interpello n. 954-15/2017 che riconduce la fattispecie tra quelle per le quali il bollo è richiesto solo in caso d'uso, rifacendosi al contenuto dell'art. 24 piuttosto che alla nota.

3

E' consentito l'accesso ai pareri legali acquisiti dalla pubblica Amministrazione?

Ai sensi dell'art. 53 comma 5 lett. b) del codice dei contratti pubblici sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici. La Giurisprudenza ha chiarito che deve consentirsi l'ostensione in accoglimento dell'istanza d'accesso quando tale parere ha una funzione endoprocedimentale ed è quindi correlato ad un procedimento amministrativo che si conclude con un provvedimento ad esso collegato anche solo in termini sostanziali e, quindi, pur in assenza di un richiamo formale ad esso. Si nega invece l'accesso quando il parere viene espresso al fine di definire una strategia una volta insorto un determinato contenzioso, ovvero una volta iniziate situazioni potenzialmente idonee a sfociare in un giudizio **(Cfr. ex multis Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 808 del 31/01/2020)**

4

Quando un servizio di interesse generale è di natura non economica?

Un servizio di interesse generale è "non economico" ai sensi e per gli effetti dell'art. 164 del Codice dei contratti pubblici quando non può essere fonte di remunerazione perché il mercato non è in grado o non è interessato a fornire le prestazioni che ne sono oggetto.

5

Quali sono le modalità di affidamento della gestione degli impianti sportivi?

Nelle more dell'entrata in vigore del d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38 "Attuazione dell'articolo 7 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi - pubblicato sulla G.U. n. 68 del 19 marzo 2021" prorogata a dicembre 2023 dal d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito con modificazioni dalla legge 21 maggio 2021, n. 69 art. 12 bis, comma 1 - che ha previsto all'art. 6 che gli affidamenti della gestione degli impianti sportivi, che l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente, "sono disposti nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e della normativa euro-unitaria vigente", per l'affidamento degli impianti sportivi aventi rilevanza economica, si segue il modello della concessione di servizi, ai sensi dell'art. 164, comma 2, e dell'art. 3, comma 1, lett. vv), del Codice dei contratti pubblici mentre per l'affidamento degli impianti non aventi rilevanza economica invece si segue il modello della concessione strumentale di bene pubblico ovvero della relativa gestione, sottratta all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, in coerenza con la previsione dell'art. 164, comma 3, a meno che l'ente locale non preferisca fare ricorso all'appalto di servizi ai sensi degli artt. 140 e seg. del medesimo Codice. I contratti pubblici sottratti all'applicazione del codice vengono affidati ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016 "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

6

I Criteri Ambientali Minimi nelle procedure di gara pubbliche sono obbligatori?

La norma di riferimento fondamentale in materia di CAM è l'art. 34 del d.lgs. 50/2016. Ai sensi di tale disposizione "le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi... attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare [cd. MATTM]...". Inoltre, "i criteri ambientali minimi definiti con decreto ministeriale, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6". Sempre l'art. 34 aggiunge poi che l'obbligo di attuazione dei CAM "si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione". Il Codice dei Contratti Pubblici prevede dunque l'obbligo e non la discrezionalità per le stazioni appaltanti di inserire, nella documentazione progettuale e di gara, quanto meno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM approvati con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. Obbligo, questo, che si estende a tutti gli appalti, indipendentemente dal loro importo.

7

E' ammissibile il c.d. avvalimento sovrabbondante se il contratto di avvalimento è nullo per indeterminazione ed indeterminabilità del suo oggetto?

Si ha avvalimento sovrabbondante quando il ricorso a tale istituto disciplinato dall'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 non sarebbe in realtà necessario ai fini della ammissione dell'impresa la quale possiederebbe in proprio tutti i requisiti per partecipare alla gara. Il Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n.4208 del 1 giugno 2021 ha statuito l'inammissibilità del c.d. avvalimento sovrabbondante. La sezione pur dando atto che secondo parte della giurisprudenza sarebbe ammesso l'avvalimento sovrabbondante nell'ipotesi eccezionale in cui "dalla dichiarazione resa in sede di presentazione della domanda di partecipazione risulti che l'impresa abbia in proprio i requisiti di partecipazione, ma abbia scelto e dichiarato di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento", ha aderito alla giurisprudenza ancor più rigorosa secondo cui, "qualora l'operatore economico abbia inequivocabilmente dichiarato, con dichiarazione resa unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di partecipazione, in tutto o in parte, avvalendosi delle capacità di altri soggetti (producendo altresì tutta la documentazione all'uopo richiesta dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016), non possa poi, in corso di procedura e men che meno all'esito di questa, mutare la propria originaria dichiarazione, manifestando l'intenzione di soddisfare in proprio la richiesta relativa al possesso dei requisiti, anche quando risulti dai servizi già dichiarati che il concorrente avrebbe potuto fare a meno dell'avvalimento", ostandovi i principi di auto-responsabilità del dichiarante e di par condicio dei concorrenti (Cons. Stato, V, 15 gennaio 2020, n. 386), nonché i principi in base ai quali non è l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande".

Forme aggregate di partecipazione, raggruppamenti e sostituzione degli operatori, recenti approdi giurisprudenziali

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

In occasione dell'entrata in vigore dell'intero assetto normativo del d.lgs. n. 14/2016 (1° settembre 2021), operante in tema di procedure concorsuali e relative modifiche intervenute tra le altre cose sull'art. 48 commi 17, 18 e 19 del d.lgs. 50/2016, è interessante dare un'occhiata al panorama giurisprudenziale recente. Gli ultimi due mesi hanno concesso molti spunti in tema di sostituibilità dei componenti il raggruppamento, sia in fase di esecuzione del contratto che in fase di gara, delineando comunque una sostanziale linea comune fondata su principi europei di pari opportunità e salvaguardia delle posizioni dei singoli operatori.

Si riporta in disamina un estratto della pronuncia del Tar Lazio-Roma, Sez. II, 1 luglio 2021, n. 7805, la quale evidenzia che: "E' vero che il comma 19-ter dell'art. 48 contempla ora la possibilità per la mandataria di sostituire la mandante anche "in fase di gara" qualora si verificano le "modifiche soggettive" del raggruppamento tassativamente indicate nei commi 17 e 18 (oltre che nel comma 19) dell'art. 48. Tuttavia, in caso di "perdita" dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 e nei "casi previsti dalla normativa antimafia" i commi 17 e 18 limitano la possibilità di sostituire la mandante soltanto qualora tali ipotesi si realizzino "in corso di esecuzione" del contratto.

Il comma 19-ter, nel richiamare i commi 17 e 18 (oltre che del comma 19), limita quindi la disciplina ivi prevista unicamente alle "modifiche soggettive ivi contemplate" con ciò escludendo l'estensione del richiamo alla diversa fattispecie della "perdita" dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e dei "casi previsti dalla normativa antimafia". Poiché la disciplina di cui all'art. 48, commi 17, 18, 19, 19-ter, del d.lgs. n. 50/2016 ha natura

di "eccezione" rispetto al principio generale della tendenziale immutabilità soggettiva, non è consentita un'interpretazione analogica che possa portare l'interprete ad applicarla, sia in senso ampliativo che restrittivo, "oltre i casi e i tempi" in essa considerati (art. 14 delle preleggi)."

Ancora.

Il Consiglio di Stato, sez. III, con pronuncia n. 5852 del 11.08.2021, si affretta a statuire che: "Ad avviso del Collegio, l'interpretazione della norma proposta dall'appellante non è corretta alla luce della più recente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (nn. 9 e 10 del 27.5.2021).

2.1. – I commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 dispongono che, in deroga alla regola generale dell'immutabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento, occorso in fase di esecuzione, che privi uno dei suoi partecipanti della capacità di contrattare con la pubblica amministrazione (in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti, ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo).

La possibilità di modifica soggettiva del raggruppamento è consentita anche nei casi previsti dalla normativa antimafia e in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80 da parte della mandante o della mandataria (così espressamente dispongono i

commi 17 e 18 dell'art. 48).

Il comma 19-ter dell'art. 48, aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara, con le precisazioni contenute nei detti commi e, dunque, deve escludersi l'ipotesi della perdita dei requisiti di cui all'art. 80, circoscritta espressamente alla sola fase esecutiva.

2.2.- *In linea generale, va ricordato che già con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, l'Adunanza Plenaria aveva chiarito, ancor prima del correttivo (e così pure la giurisprudenza successiva) che in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale, corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'A.T.I. o al consorzio con finalità elusive della lex di gara e in spregio alla tutela della par condicio.*

Dunque, l'ammissibilità della modificazione soggettiva non era preclusa in assoluto, ancor prima del correttivo al codice, ma ammessa solo in senso riduttivo, a condizione che ab origine le imprese che restano a far parte del raggruppamento risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione (Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169 e 24 febbraio 2020, n. 1379).

Tali enunciati sono stati ribaditi da Adunanza Plenaria n. 9/2021, che privilegia una esegesi "comunitariamente orientata" della norma innovativa dell'art. 48, comma 19 ter, del codice dei contratti pubblici, fondata sul ruolo del principio di parità tra gli offerenti e sul favor per lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico.

Afferma l'Adunanza Plenaria n. 9/2021 che "la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento è solo quella dovuta, in fase esecutiva, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara ... ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscono i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di compiti e ruoli (tra

mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto).

A maggior ragione, si impone che nella fase della procedura di gara il soggetto che ha preso parte ad essa, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e che, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, sul piano del diritto UE, che proprio la fase pubblicitaria, deputata alla scelta del miglior offerente, sia quella in cui attraverso la modifica soggettiva e l'aggiunta di un soggetto esterno alla gara si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta."

2.3. – *Nello specifico, la questione dibattuta in questo giudizio concerne l'ampiezza del rinvio contenuto al comma 19 ter, ovvero se tra le circostanze che consentono la modificazione – in senso riduttivo – del raggruppamento in corso di gara, considerate dai commi 17 e 18, rientri anche l'ipotesi ivi contemplata della perdita di uno dei requisiti di cui all'art. 80, che, secondo la testuale disposizione normativa dei commi richiamati, è circoscritta solo "in corso di esecuzione" del contratto.*

Il comma 19 ter, che rinvia alle ipotesi tipizzate ai precedenti commi, puramente e semplicemente, senza escludere per la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 l'inciso "in corso di esecuzione", secondo un'interpretazione letterale e logica va inteso nel senso di non consentire la modificazione soggettiva se l'evento si verifici in corso di gara.

Ove il legislatore avesse voluto estendere la rilevanza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 in corso di gara, lo avrebbe disposto con chiarezza, introducendo il doveroso distinguo nel testo del comma 19 ter.

D'altra parte, non può ipotizzarsi una "distrazione" del Legislatore nella formulazione della norma.

Proprio il comma 18 è stato contestualmente modificato dal correttivo al codice introducendo anche la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi quale ragione di possibile modificazione del raggruppamento, ma espressamente limitando l'ipotesi alla fase esecutiva.

Sarebbe, allora, del tutto illogico che l'estensione

"alla fase di gara" di cui al comma 19 ter, introdotto dallo stesso 'decreto correttivo' vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18 (C.d.S., Sez. V, n. 833 del 28.1.2021).

2.4.- Sul punto specifico è determinante risalire alla ratio della norma.

La finalità della limitazione all'operare della deroga alla regola della immodificabilità del raggruppamento in corso di gara, allorché sopravvenga un motivo di esclusione, va individuata nella tutela del principio di parità di trattamento tra i concorrenti e, in definitiva, della concorrenza.

Come osserva C.d.S., Sez. V, n. 5255 del 27.8.2020 "una lettura dei commi 19 e 19-ter dell'art. 48 del Codice che tenga conto degli specifici principi operanti nella fase procedimentale dedicata all'individuazione del contraente, si impone alla luce della giurisprudenza europea che ha esaminato la questione della ammissibilità di modifiche soggettive degli offerenti (o dell'identità giuridica e sostanziale degli offerenti, secondo la formula delle sentenze della Corte di Giustizia UE). La Corte, infatti, muovendo dai principi generali del diritto dell'Unione Europea e soffermandosi in particolare sul principio della parità di trattamento tra gli offerenti, ha ricordato come quest'ultimo principio "ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano a un appalto pubblico [e] impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica, quindi, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti" (sentenza 11 luglio 2019, nella causa C-697/17, Telecom Italia, punto 33); e con riguardo alla modifica della composizione del raggruppamento in corso di gara ha affermato che "il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito

allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza" (Corte Giustizia UE, 24 maggio 2016, in causa C - 396/14, punto 48 e dispositivo, richiamata da Corte di Giustizia UE, 11 luglio 2019, in C-697/17, sopra citata).

I limiti in punto di ammissibilità delle modifiche soggettive del raggruppamento in corso di gara discendono, pertanto, dai fondamentali principi di parità di trattamento tra i concorrenti e di concorrenza. In questa prospettiva, infatti, una diversa valutazione della rilevanza della perdita (in corso di gara) di un requisito soggettivo di partecipazione, a seconda che il concorrente cui è imputabile la causa di esclusione si presenti in forma associata o non, configurerebbe una lesione della parità di trattamento tra gli offerenti, consentendo agli operatori economici componenti del raggruppamento di evitare (con lo strumento del recesso) la sanzione espulsiva, che normalmente si applicherebbe nei confronti degli altri concorrenti (ove colpiti dalla stessa causa di esclusione)".

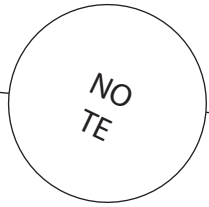
2.5.- L'Adunanza Plenaria, sebbene non abbia direttamente affrontato la problematica, ha confermato l'indirizzo interpretativo della V Sezione del Consiglio di Stato, cui ha espressamente rinviato, citando tra l'altro la delibera ANAC del 211 n. 555 (cfr. punti 23.3 e 36 della sentenza n. 10/2021, dove si afferma che la sostituzione interna al raggruppamento in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 vale solo in corso di esecuzione).

2.6.- Il Collegio ritiene che vada confermata la recentissima indicazione interpretativa dell'Adunanza Plenaria, che rinvia alle approfondite motivazioni delle sentenze della V Sezione citate, e che non sussistano i presupposti per una rimessione della specifica questione, atteso che il contrasto tra le Sezioni è anteriore alle ultime recentissime pronunce dell'Adunanza Plenaria."

Si prosegue poi con la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. III, 17 agosto 2021, n. 5895, la quale soffermandosi nuovamente sull'art. 48 del Codice, ci ricorda che: "L'art. 48, commi 17, 18 e 19-

ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento. L'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara. Anche l'Adunanza ha poi precisato con sentenza n. 10 del 27 maggio 2021 che il suddetto art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara."

Chiudiamo questa breve rassegna, con la sentenza del TAR Puglia – Bari, sez. II, 19 agosto 2021 n. 1314, nella quale si evidenzia a proposito del consorzio stabile questa volta, che: "La procedura concorsuale che, come fatto successivo alla partecipazione alla gara, colpisce la consorziata designata da un consorzio stabile costituisce un'eventualità che, proprio in quanto sopravvenuta rispetto alla partecipazione, non incide sulla partecipazione del consorzio medesimo, avendo sostanzialmente il rilievo di una vicenda interna tra consorzio (unico concorrente e interlocutore della Stazione appaltante) e consorziata (componente del consorzio) (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 21.2.2020, n. 1328; Cons. Stato, sez. V, 2.9.2019 n. 6024; Cons. Stato, sez. V, 23.11.2018, n. 6632, T.A.R. Campania, Salerno, 1035/2019). A supporto di detta interpretazione vi è anche da menzionare la recente sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 7 maggio 2020, che avvalorata la tesi – su un piano concettuale più ampio, ma omogeneo a quello di cui al caso in esame – secondo cui il legislatore avrebbe inteso distinguere l'ipotesi in cui la procedura concorsuale coinvolga l'impresa mandataria da quella in cui la medesima colpisca l'impresa mandante, prevedendo in quest'ultimo caso la possibilità che un soggetto esterno al raggruppamento subentri alla mandante da escludere, in tal modo evidenziandone la sostanziale fungibilità. In conseguenza di quanto sopra, il fallimento di OMISSIS non risulta oggettivamente incidere sulla partecipazione alla gara del Consorzio OMISSIS, determinando al più il fatto sopravvenuto che legittima la sostituzione della consorziata ai sensi dell'art. 48, comma 7 bis, del decreto legislativo n. 50/2016."



A series of horizontal dotted lines for writing notes, 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

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

**Medi
Graphic**

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

i seminari in programma 2021

SEMI
NA
RI

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

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

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!