

Rivista mensile - Anno XI, Numero 7

ottobre
2021

MEDIA APPALTI

Limite temporale di rilevanza di una condanna penale ai fini del giudizio di affidabilità di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) e c) del Codice dei contratti pubblici

Ancora sul subappalto, in vista della disciplina a regime in vigore dal 1° novembre

“La programmazione degli acquisiti è un vero e proprio obbligo - non solo una forma di buona amministrazione -”

“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**

ottobre
2021

Audacia

11 in 48 ore. Tra il 28 e il 29 settembre. È il triste e drammatico numero delle vittime del lavoro registrato in un lasso di tempo così ristretto. Un bollettino che si aggiorna quotidianamente, quello delle morti bianche. Dall'inizio dell'anno al 31 agosto, sono 772 i lavoratori che al mattino hanno salutato i loro cari per andare a guadagnarsi da vivere trovando la morte.

Gli incidenti accadono ovunque, in tutto il paese, in qualsiasi settore, nel pubblico e nel privato.

Fatalità? Scarsa sicurezza? Stanchezza? Fretta? Il mix micidiale di tutti questi fattori. Sul fato, nulla da dire. Essere nel posto sbagliato nel momento sbagliato è qualcosa su cui non è possibile intervenire. Si può di certo obiettare che quel posto non avrebbe dovuto essere sbagliato. Qualsiasi luogo di lavoro potrebbe diventarlo se si trascura la sicurezza. Anche quello che sembrerebbe il più innocuo, anche un lavoro d'ufficio se non si dispone, ad esempio, di un sistema antincendio adeguato.

Le leggi esistono. L'esperienza ci ha insegnato che in molti luoghi di lavoro sono trascurate. Spesso i sistemi di sicurezza sono disabilitati o insufficienti.

All'indomani delle ultime stragi politica e sindacati reagiscono annunciando la necessità di intervenire con norme più severe nei confronti di chi trasgredisce. "Come vedete dalle cifre c'è un'esigenza di prendere provvedimenti immediatamente" ha detto il premier Mario Draghi. "Qualità del lavoro, salute e sicurezza devono diventare priorità nazionale. [...] La sicurezza deve essere considerata un investimento, non un costo" afferma il Segretario della Cgil Maurizio Landini su La Stampa.

Parla di qualità del lavoro Landini. Ma cosa possiamo intendere oggi con qualità del lavoro? Da cosa dipende? Dal rispetto di tutte le norme sulla sicurezza da parte del datore di lavoro e del lavoratore. Basta questo? Basta la stretta, preannunciata, sulle aziende che trasgrediscono a fare il salto di qualità? Perché, visti i numeri, non è sufficiente un miglioramento dei livelli di sicurezza, si deve lavorare per una svolta decisa e definitiva.

Norme e sanzioni servono a tracciare un percorso entro il quale devono muoversi imprenditori e operai. Durante questo percorso possono però subentrare interferenze che non si gestiscono con le norme sulla sicurezza.

All'interno di un ambiente di lavoro possono definirsi dinamiche che ne incrinano la serenità. E il malcontento può generare pericolose disattenzioni che incidono su produttività e reattività alle situazioni di rischio.

Cattiva gestione dei tempi e delle priorità sono fattori che creano apprensione nei lavoratori. Operare in tali condizioni non è sano.

La nostra è una società che corre. Correre stanca. Siamo sempre costretti a rincorrere scadenze, impegni, appuntamenti. Siamo sempre proiettati in quello che c'è da fare dopo. Ci affrettiamo per concludere ciò che stiamo facendo perché a seguire ci sono tante altre cose da portare a termine. In queste condizioni non si può essere efficienti. È difficile concentrarsi e nella distrazione cova l'incidente.

La nostra è una società che abusa della parola priorità. Una parola splendida di cui abbiamo perso il vero valore. Significa dedicarsi a qualcosa di straordinario, di tale importanza che non può aspettare e per la quale è richiesta tutta la nostra esperienza, professionalità, dedizione. Quando le priorità, nella vita cambiano di ora in ora, si sovrappongono, si annullano e sostituiscono, questa parola diventa grottesca. Perde di credibilità, disorienta, finisce per diventare un macigno che pesa sulla gestione del lavoro. Quando tutto è prioritario, nulla lo è veramente. Le false priorità, come le false notizie, creano scompensi che si ripercuotono sulla tranquillità con la quale si dovrebbe affrontare un lavoro.

Tutto questo potrebbe accadere a lavoro. In più, ogni lavoratore è una persona e come tale è la somma di fattori che racchiudono condizioni economiche, sociali, psicologiche e sentimentali che finisce per influenzare il singolo comportamento agendo sulla

qualità della vita prima e sulla qualità del lavoro come conseguenza.

Cosa arrovella un lavoratore medio? La precarietà di un sistema sociale che non è in grado di assicurare tutti quei servizi che consentirebbero a una famiglia "il lusso" di portare a casa due stipendi senza dover fare i salti mortali per gestire la salute, l'istruzione, il divertimento dei propri figli.

Cosa tormenta un lavoratore? La sensazione di non essere in grado di poter assicurare il necessario alla propria famiglia, magari perché il proprio stipendio è al limite della soglia di povertà. In questi ultimi giorni si torna a parlare di salario minimo. Si esaltano i numeri che manifestano la ripresa e qualcuno solleva il dubbio che non ci può essere vera ripresa se le famiglie non hanno denaro da spendere. "Giovani e donne sono le categorie più colpite dalla pandemia e il salario minimo può aiutare soprattutto loro" afferma il Presidente dell'INPS Pasquale Tridico che evidenzia come questo "genera crescita e aumenti di produttività e ovunque è stato introdotto ha permesso miglioramenti".

Qualità del lavoro e qualità della vita: l'una non può esistere senza l'altra.

Se vogliamo che ogni posto di lavoro, ogni cantiere, ogni appalto pubblico, siano sinonimo di vita è su tutto questo che si dovrebbe lavorare. È complesso. Ma non per questo impossibile.

Ci vuole volontà. "L'Italia è pronta a scelte audaci" ha detto Draghi in tema di lotta al riscaldamento globale. Con la stessa audacia si combatta il dramma delle morti bianche nel suo complesso. Norme e sanzioni potrebbero non bastare.

sommario

Editoriale

Audacia

4

In evidenza

Il principio di invarianza della soglia di anomalia. Ipotesi applicativa nel caso della c.d. inversione procedimentale di cui all'articolo 133 co. 8 del Codice dei Contratti. Nota a margine alla sentenza del TAR Campania – Napoli, sez. I, 8 settembre 2021 n. 5761

7

Sotto la lente

La proroga reiterata dei contratti pubblici: un'anomalia del sistema di programmazione delle stazioni appaltanti

13

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Stefano de Marinis
of Counsel presso Piselli & partners, già vicepresidente FIEC

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:
Mediagraphic s.r.l.

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

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

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

In tema di richiesta di accesso all'offerta ed alla "documentazione" tecnica

20

Soccorso istruttorio per i requisiti speciali e per gli elementi essenziali dell'offerta

27

Limite temporale di rilevanza di una condanna penale ai fini del giudizio di affidabilità di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) e c) del Codice dei contratti pubblici

34

Ancora sul subappalto, in vista della disciplina a regime in vigore dal 1° novembre

38

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

44

"La programmazione degli acquisiti è un vero e proprio obbligo - non solo una forma di buona amministrazione -"

50

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Il principio di invarianza della soglia di anomalia. Ipotesi applicativa nel caso della c.d. inversione procedimentale di cui all'articolo 133 co. 8 del Codice dei Contratti.

Nota a margine alla sentenza del TAR Campania - Napoli, sez. I, 8 settembre 2021 n. 5761

di Giuseppe Totino



Premesse

L'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Con la norma in questione, il Legislatore ha ritenuto di porre su un piano di preminenza l'interesse pubblico alla conservazione degli atti di gara e, al fine di assicurare effettiva stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara, qualificando in via presuntiva come irrilevanti i mutamenti delle graduatorie che potrebbero essere conseguenti ad una rideterminazione della soglia di anomalia, figlia di una modifica della platea dei concorrenti.

Lo scopo della norma è stato ravvisato dalla giurisprudenza nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere

strumentale, che possano in ipotesi consentire il conseguimento dell'aggiudicazione non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria della ricorrente, ma in virtù del mutamento della determinazione della soglia di anomalia quale applicativa degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia stessa, una volta riassetata la platea dei concorrenti ammessi in gara.

La giurisprudenza si è occupata di stigmatizzare tale stortura, sottolineando d'altro canto, ormai in maniera univoca e granitica come – secondo una interpretazione teleologica della norma – "sul piano sistematico, che l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 non può essere inteso nel senso di precludere iniziative giurisdizionali legittime, che sono oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette a contestare l'ammissione alla gara o l'esclusione dalla medesima di imprese, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata" (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683), potendo in termini generali

Lo scopo della norma è stato ravvisato dalla giurisprudenza nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale, che possano in ipotesi consentire il conseguimento dell'aggiudicazione non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria della ricorrente, ma in virtù del mutamento della determinazione della soglia di anomalia



un concorrente - senza che ciò comporti una sostituzione processuale - sindacare l'esclusione di altro partecipante ove strumentale alla tutela di un proprio interesse, ove venga fornita la prova del conseguimento dell'aggiudicazione (*ex multis* Consiglio di Stato sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6779).

Pertanto, se da un lato, risulta deprecabile ogni "abuso" del rimedio giurisdizionale quale strumento di conseguimento del bene della vita (id est: aggiudicazione), solo come indiretta applicazione dell'automatismo matematico relativo alla rideterminazione della soglia di anomalia, dall'altro, risulta in ogni caso necessario preservare il diritto costituzionalmente tutelato di adire il giudice per la tutela dei propri interessi legittimi. La disposizione in commento, purtroppo, non brilla come esempio di chiarezza normativa ed ha determinato una ingente oscillazione interpretativa ed applicativa, come è evidente dall'enorme numero di precedenti giurisprudenziali rinvenibili sul tema.

A complicare l'operato delle amministrazioni e degli interpreti del diritto, nonché le decisioni conseguenti al divieto imposto dalla norma in parola, ha contribuito la disposizione contenuta all'articolo 133 c. 8 del Codice dei Contratti, secondo cui "*(n)elle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice*", norma che consente la c.d. "inversione delle buste", originariamente applicabile esclusivamente ai settori speciali, e oggi, in ragione dell'estensione applicativa transitoria disposta del d.l. 18 aprile

2019, n. 32 c.d. "Sblocca Cantieri", applicabile anche ai settori ordinari.

Dell'applicazione del principio di invarianza della soglia di anomalia in tale ultima ipotesi, il presente contributo mira a ragionare, partendo dall'analisi della norma generale, anche alla luce del recente intervento pretorio stabilito dal TAR Campania - Napoli, sez. I, 8 settembre 2021 n. 5761.

1. Il quadro giurisprudenziale in tema di invarianza della soglia di anomalia

Il principio d'invarianza della soglia di anomalia delle offerte e delle medie delle procedure, sancito dall'art. 95, comma 15, del Codice dei Contratti (secondo cui ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte) è quindi inteso a salvaguardare e rendere prioritario l'interesse delle amministrazioni alla continuità degli assetti giuridico/economici da esse stesse costituiti, quale espressione del principio di efficienza dell'azione pubblica, con l'escludere che mutamenti nella compagine concorrenziale delle procedure di appalto possano rimettere in discussione paradigmi definiti e consolidati dalla chiusura di alcuna delle fasi di gara, con riguardo alla determinazione della soglia di anomalia o al calcolo delle medie per i punteggi attribuiti alle offerte.

Ma per le stesse logiche deve essere escluso che detto principio trovi applicazione con riferimento ad assetti non definitivi, soggetti a riserva di verifica dei requisiti da parte delle stazioni appaltanti. Come nelle fattispecie di aggiudicazione provvisoria, laddove la gara non è definitivamente conclusa e la definitiva aggiudicazione è subordinata all'accertamento dei requisiti dichiarati dalle imprese concorrenti sia per l'ammissione in gara che per le offerte. In queste circostanze non sono apprezzabili interessi delle stazioni appaltanti alla

1. Ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 55 del 2019, come modificato dall'art. 8, comma 7, legge n. 120 del 2020, fino al 30 giugno 2023 la «inversione procedimentale» di cui al presente comma è applicabile anche nei settori ordinari sia sopra e sotto la soglia di rilievo comunitario

continuità delle scelte operate, le quali sono per volontà delle stesse amministrazioni soggette alla riserva delle verifiche. Conseguenza che sia la soglia di anomalia che le medie possono, e debbono, essere rimodulate all'esito degli accertamenti compiuti qualora conclusi dall'esclusione della compagine imprenditoriale aggiudicataria in via provvisoria, per accertata assenza di requisiti soggettivi o dell'offerta.

Tale principio mira, in altri termini, a sterilizzare l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale e, nel contempo, traduce anche il principio di conservazione degli atti giuridici (cfr. Cons. St., Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

Di recente è stato inoltre rammentato dal Consiglio di Stato che siffatto "principio di invarianza", che opera nel senso della "cristallizzazione delle offerte" e della "immodificabilità della graduatoria" ed integra un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale, per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedisce alla duplice e concorrente finalità:

a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286; Id., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579);

b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di

controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria, mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive

partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841).

In correlazione alla evidenziata ratio, la regola è destinata a trovare applicazione non soltanto in presenza di criteri di aggiudicazione automatici, come quello del "minor prezzo", per i quali sia previsto, anche ai fini della determinazione della soglia di anomalia, il "calcolo di medie" (cfr. art. 97 del Codice), ma anche

nelle ipotesi di criteri rimessi alla valutazione discrezionale della commissione valutatrice, come nel caso della "offerta economicamente più vantaggiosa", le quante volte (come nel caso che debba procedersi, in base al disciplinare di gara, secondo il metodo del c.d. confronto a coppie) la formazione della graduatoria sia condizionata dal meccanismo di "normalizzazione" del punteggio conseguito da ciascun concorrente, attraverso il confronto parametrico con quello dell'offerta migliore, che è alterato dalla modifica della platea dei concorrenti da confrontare attraverso la rideterminazione di valori medi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2019, n. 4789).

Si tratta, perciò, di fattispecie in cui è destinata ad operare, la regola della "cristallizzazione delle medie", non solo ai (meri) fini della determinazione della soglia di anomalia (cfr. art. 97 del Codice), ma anche ai (più comprensivi) fini del divieto di regressione procedimentale, che implica, vale ribadire, l'immodificabilità della graduatoria anche all'esito della estromissione di uno dei concorrenti

Il principio d'invarianza della soglia di anomalia delle offerte e delle medie delle procedure, sancito dall'art. 95, comma 15, del Codice dei Contratti è quindi inteso a salvaguardare e rendere prioritario l'interesse delle amministrazioni alla continuità degli assetti giuridico/economici da esse stesse costituiti, quale espressione del principio di efficienza dell'azione pubblica



2. TAR Latina, 13.07.2020 n. 269

3. Consiglio di Stato, 06.04.2020 n. 2257

la cui offerta aveva concorso alla elaborazione dei punteggi.

A quanto finora rilevato va aggiunto, coerentemente con i principi costituzionali coinvolti e succitati, che prima ancora dell'interpretazione conforme a costituzione rispetto al diritto di azione in giudizio contro gli atti della pubblica amministrazione, la medesima regola sull'invarianza della soglia ex art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici va temperata con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa, anch'essi di rango costituzionale (art. 97 Cost.). Per effetto del descritto temperamento la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve quindi essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò (il profilo è posto in evidenza nella sentenza del 27 aprile 2018, n. 2579, della III Sezione del Consiglio di Stato).

Pertanto, in tale prospettiva è stato ritenuto, a maggiore ragione, che prima di disporre l'aggiudicazione sia consentito all'amministrazione aggiudicatrice di rivedere il proprio operato e così, ad esempio, di regolarizzare offerte affette da mere irregolarità non invalidanti e suscettibili dunque di essere sanate, avuto in questo caso riguardo al fatto che la norma in esame fa riferimento, oltre che alla "ammissione" ed "esclusione" delle offerte, anche alla "regolarizzazione" come sbarramento temporale oltre il quale non è possibile alcun mutamento della soglia di anomalia (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

Di recente anche l'Autorità ANAC è intervenuta sul punto, individuando i *finis* delle scansioni procedurali oltrepassati i quali trova insuperabile applicazione la norma in parola, sancendo che *"il principio di invarianza della soglia di anomalia, di cui all'art. 95, comma 15, del Codice, non consenta alla stazione appaltante, una volta adottato e comunicato il provvedimento di aggiudicazione, di modificare la soglia di anomalia e la graduatoria, a seguito dell'eventuale riammissione di un operatore escluso in sede di apertura delle offerte economiche (operatore che peraltro non ha contestato la propria esclusione)"*.

2. Quid iuris in caso di inversione procedimentale?

In un quadro interpretativo assai frastagliato nel quale l'intervento pretorio si è premurato di indicare i cardini entro cui fare buon uso della norma in parola, si è poi aggiunta una ulteriore complicazione ermeneutica dettata dalla necessità di indicare un indirizzo coerente alla norma di cui al comma 15 dell'articolo 95 del Codice dei Contratti, allorché si sia optato per la c.d. inversione procedimentale consentita dall'articolo 133 co. 8 dello stesso Codice, il cui ambito di applicazione è oggi consentito anche per i settori ordinari, in virtù della norma derogatoria transitoria di cui allo d.l. 18 aprile 2019, n. 32 c.d. "Sblocca Cantieri".

È evidente che l'aver esteso l'applicazione dell'inversione procedimentale anche agli appalti nei settori ordinari, abbia incrementato le ipotesi applicative della norma, con ciò incrementandosi anche i casi per cui è stato necessario individuare la corretta portata applicativa del principio di invarianza, nei casi in cui l'analisi delle buste amministrative sia stata postergata rispetto all'apertura delle buste economiche ed al conseguente calcolo della soglia di anomalia.

Il Tar Bologna, sez. I, 28 dicembre 2020, n. 857 – Pres. Migliozi, Est. Amovilli, si è espresso a tal riguardo con un primo arresto, in seno al quale venivano piantati alcuni paletti ermeneutici che ancora oggi trovano indiscussa applicazione.

I Giudici amministrativi emiliani si sono interrogati su se i principi in tema di invarianza della soglia debbano o meno valere e in quali termini anche in riferimento a gare in cui la stazione appaltante abbia previsto in sede di *lex specialis* l'utilizzo dell'inversione procedimentale, istituto previsto dall'art. 133, comma 8, del vigente Codice appalti al fine di snellimento e semplificazione procedimentale.

Con la citata sentenza, il TAR bolognese ha sancito, senza che altre interpretazioni successive abbiano mai scalfito il dettato, che secondo il combinato disposto di cui agli artt. 95, comma 15, e 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure aperte con

4. Consiglio di Stato, sez. V, 10.03.2021 n. 2047

5. Autorità Nazionale Anticorruzione Delibera n. 155 del 24/2/2021

l'applicazione dell'inversione procedimentale vale il principio dell'invarianza delle offerte affermato dal richiamato art. 95, comma 15, non ammettendosi dunque più modifiche alla soglia di anomalia una volta terminata la fase amministrativa di ammissione in senso stretto, senza inclusione della successiva fase di regolarizzazione ovvero dell'esito del sub procedimento di soccorso istruttorio.

Quanto sopra risulta essere stato stabilito in virtù non solo di una interpretazione sistematica delle norme coinvolte, ma ragionando in merito all'evoluzione del dettato normativo, per come esso sia residuo a valle della conversione in legge d.l. 18 aprile 2019, n. 32 c.d. "Sblocca Cantieri" che aveva esteso l'ambito di applicazione dell'inversione procedimentale ai settori ordinari, prevedendo, al contempo, in prima battuta, la possibilità del tutto eventuale di un ricalcolo della soglia, dopo la conclusione della fase di ammissione. L'espunzione di questa eventualità dal testo normativo in fase di conversione, ha condotto il Giudice emiliano a propendere per l'interpretazione sopra menzionata.

In coerenza con tale arresto, il TAR Napoli, con la sentenza in commento, ha chiarito quale sia il momento da individuarsi come "fase di ammissione in senso stretto" preconizzata dal Tar Bologna, nelle ipotesi di inversione procedimentale, con ciò individuando la fase in cui la soglia e le medie devono intendersi cristallizzate.

3. Conclusioni: i principi espressi dal TAR Napoli

I precipitati logici derivanti dalla lettura in filigrana di quanto asserito dai Giudici campani, si appalesano, quindi, come complementari a quelli

sopra rammenti espressi dai Giudici emiliani.

Al vaglio del Consesso campano è stata devoluta la cognizione di una peculiare fattispecie in tema di corretta applicazione del principio di invarianza della soglia di anomalia.

L'amministrazione resistente nel processo devoluto al TAR napoletano aveva – irragionevolmente, secondo il dictum campano – mancato di escludere uno dei partecipanti che era stato attinto da una

interdittiva antimafia, nonostante avesse viceversa escluso un altro operatore per lo stesso motivo.

Orbene, l'eccesso di potere si è concretizzato proprio perché l'amministrazione ha usato due misure diverse per trattare due casi analoghi: ha dapprima escluso il primo operatore attinto da misura, proceduto a ricalcolare la soglia di anomalia, ma non egualmente ha agito nel caso di altro operatore nella medesima situazione.

Il ricorrente ha quindi fatto notare che, qualora fosse stato escluso anche l'altro operatore attinto da misura interdittiva e l'amministrazione avesse proceduto al ricalcolo della soglia, sarebbe risultato

primo in graduatoria, così radicandosi in capo al ricorrente l'attualità dell'interesse ad agire.

Il Tar napoletano ha quindi sottolineato come correttamente l'amministrazione abbia proceduto ad escludere il primo concorrente nei riguardi del quale era stata disposta la misura interdittiva, procedendo al ricalcolo delle soglie, ma al contempo ha stigmatizzato la mancata adozione della medesima prassi per l'altro concorrente che versava nelle medesime circostanze, giacché la fase di ammissione delle offerte, allorquando erano state disposte le misure interdittive, non si era ancora conclusa.

L'aver proceduto al ricalcolo della soglia, pur

Secondo il combinato disposto di cui agli artt. 95, comma 15, e 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure aperte con l'applicazione dell'inversione procedimentale vale il principio dell'invarianza delle offerte affermato dal richiamato art. 95, comma 15, non ammettendosi dunque più modifiche alla soglia di anomalia una volta terminata la fase amministrativa di ammissione in senso stretto, senza inclusione della successiva fase di regolarizzazione ovvero dell'esito del sub procedimento di soccorso istruttorio.

in presenza dell'applicazione dell'inversione procedimentale, risulta essere coerente, alla luce del dettato normativo del citato articolo 133 del Codice che sottolinea come *"le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

La fase di "ammissione in senso stretto", tornando quindi al dettato emiliano del 2018, quale momento nel quale il principio di invarianza si assesta, con ciò cristallizzandosi la soglia di anomalia, secondo il Giudice napoletano del 2021 deve individuarsi nell'adozione di quel provvedimento che individua la platea dei concorrenti ammessi.

Ma in che fase del collocarsi detto provvedimento?

Orbene, nel caso di specie, si legge in sentenza, che l'amministrazione abbia approvato le ammissioni successivamente all'apertura delle buste economiche quale primo atto di una procedura che segue l'iter inverso di cui al comma 8 dell'articolo 133 del Codice, cui è conseguita la determinazione della soglia di anomalia.

Tale agire appare coerente con l'iter procedurale proprio di un affidamento gestito secondo l'inversione procedimentale: l'amministrazione aperte le buste economiche, tramite apposita

verbalizzazione, indica le offerte validamente presentate dai concorrenti e successivamente dispone l'eventuale esclusione di quei concorrenti che ad esempio non abbiano compilato l'offerta economica in maniera valida, per mancanza di valida sottoscrizione.

Fino a tale fase è evidente che ove sopraggiungano alla cognizione dell'amministrazione fatti relativi alla moralità dei concorrenti capaci di incidere negativamente sull'affidabilità degli stessi, provvederà ad escludere anche gli operatori economici che ricadano in queste circostanze. Una volta proceduto alle esclusioni necessarie, si procede al ricalcolo della soglia e si approva la lista dei partecipanti ammessi.

In tal momento, la soglia si cristallizza.

Successivamente è possibile procedere con l'aggiudicazione all'operatore risultato primo in graduatoria. Pertanto, ove l'aggiudicatario, nei riguardi del quale saranno esperite le verifiche, dovesse risultare inidoneo alla stipula del contratto, l'amministrazione procederà con lo scorrimento della graduatoria, senza procedere al ricalcolo della soglia.

L'iter sopra tratteggiato pare essere l'approdo procedurale

più accreditato e di certo quello che consente il contemperamento delle esigenze di snellimento e semplificazioni procedimentale e tutela del buon andamento di cui sia il principio di invarianza che l'inversione procedimentale sono strumenti efficaci.

Ove sopraggiungano alla cognizione dell'amministrazione fatti relativi alla moralità dei concorrenti capaci di incidere negativamente sull'affidabilità degli stessi, provvederà ad escludere anche gli operatori economici che ricadano in queste circostanze insieme a quelli che hanno presentato una offerta economica non valida. Una volta proceduto alle esclusioni necessarie, si procede al ricalcolo della soglia e si approva la lista dei partecipanti ammessi. In tal momento, la soglia si cristallizza.



La proroga reiterata dei contratti pubblici: un'anomalia del sistema di programmazione delle stazioni appaltanti

di Ilenia Paziani

SOTTO
LA
LENTE

1. Proroga e rinnovo: l'eccezione all'immodificabilità del contratto

La proroga ed il rinnovo costituiscono due strumenti volti ad incidere sulla durata di un contratto già stipulato.

La differenza tra proroga e rinnovo è data dalla scadenza contrattuale:

- (i) nel primo caso, quando il contratto non è ancora scaduto, la scadenza contrattuale viene spostata in avanti;
- (ii) nel secondo caso, il contratto, ormai scaduto, viene rinnovato con una nuova manifestazione di volontà.

In materia di rinnovo e proroga dei contratti pubblici non "vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espressa previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, **effettuare una nuova gara pubblica**" (Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4192).

L'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica



Va peraltro ricordato che la differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il rinnovo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali (il rinnovo incide dunque anche sull'oggetto del contratto); mentre la proroga ha invece come effetto il solo differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

Il Codice dei Contratti Pubblici disciplina la proroga all'articolo 106, comma 11, il quale prevede che "La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i **contratti in corso di esecuzione** se è **prevista nel bando** e nei documenti di gara una opzione di proroga.

La proroga è **limitata** al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante".

Le proroghe dei contratti affidati con gara quindi sono consentite solo se già previste *ab origine* e comunque entro termini determinati, mentre, una volta che il contratto abbia raggiunto il termine di scadenza, laddove si proceda ad una proroga non prevista originariamente dal contratto, o oltre i limiti temporali consentiti, la stessa proroga **deve essere equiparata ad un affidamento senza gara** (come sancito da giurisprudenza costante, *ex multis* TAR Sardegna, sez. I, 6 marzo 2012 n. 242).

Non a caso infatti la disciplina della proroga è ricompresa nell'articolo 106 rubricato "*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*". La **durata del contratto rappresenta un elemento essenziale** dello stesso e, pertanto, è **immodificabile** in quanto l'indicazione di una durata diversa nel bando di gara avrebbe potuto attirare altri concorrenti, o consentire la formulazione di una diversa offerta, alla luce dell'effettivo periodo di esecuzione della prestazione.

Ed infatti, differire un termine contrattuale significa **umentare il valore** stimato del contratto e quindi di fatto incidere sulle condizioni originarie dell'appalto poste in gara. È per tali ragioni che il legislatore guarda con sfavore a queste fattispecie, in quanto incidono direttamente sui principi della concorrenza, in base ai quali le condizioni originarie devono necessariamente risultare cristallizzate nel bando di gara.

2. La proroga tecnica

Nel vecchio Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006) la proroga era disciplinata dall'art. 125 comma 10, alla lettera c), il quale ammetteva la proroga solo per l'acquisizione in economia di beni

e servizi ed in relazione a "*prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente*".

La norma si prestava ad esser considerata come principio di carattere generale, in quanto non era richiesta l'iniziale previsione della prorogabilità nel bando di gara.

Come visto invece, nel nuovo Codice il legislatore ha effettuato una scelta diversa.

Infatti, nella configurazione del D.lgs. 50/2016 (art. 106 comma 11) è previsto che:

- la possibilità di ricorrere alla proroga deve esser espressamente prevista nei documenti iniziali di gara
- la proroga deve essere temporalmente limitata avendosi riguardo al tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica.

L'unica proroga possibile, nel sistema vigente, è quindi solo quella "tecnica" (cioè quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di gara).

Ne discende che nel nostro ordinamento vige un generale divieto di proroga e rinnovo dei contratti pubblici, in quanto lesivi del principio generale secondo cui ogni vantaggio economico derivante dall'erogazione di denaro pubblico deve seguire una procedura ad evidenza pubblica.

Per completezza, si rileva inoltre che, dal tenore letterale della formulazione dell'articolo 106, la nuova disciplina risulta applicabile non solo agli appalti di servizi, forniture e lavori, ma alla generalità degli atti negoziali della pubblica amministrazione, e quindi anche

La proroga disposta in assenza di una originaria previsione contrattuale (e nella lex specialis), o disposta oltre i limiti temporali consentiti equivale ad un affidamento senza gara



L'unica proroga ammissibile nell'attuale ordinamento è la proroga tecnica, cioè quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara



alle concessioni di beni pubblici, diversamente da quanto previsto nella previgente disciplina codicistica.

3. La programmazione

Affinché la scelta effettuata dal legislatore di limitare il ricorso alla proroga dei contratti in essere sia effettiva, è necessaria a monte un'adeguata organizzazione delle stazioni appaltanti nella gestione degli acquisti.

L'articolo 21 del Codice dei Contratti Pubblici prevede infatti alcuni strumenti di programmazione a disposizione delle stazioni appaltanti ed in particolare: il programma triennale dei lavori pubblici ed il programma biennale degli acquisti di beni e servizi.

La finalità della programmazione è principalmente quella di garantire che l'attribuzione di vantaggi economici avvenga sulla base del rispetto dei principi di libertà di iniziativa economica e quindi del confronto concorrenziale.

Da una corretta (e aggiornata) programmazione degli acquisti di cui una amministrazione avrà bisogno in un determinato arco temporale discende infatti la adeguata programmazione dei tempi necessari per l'indizione delle relative procedure di affidamento, nonché la forte riduzione del ricorso alle procedure "di emergenza".

Una programmazione precisa consente inoltre di limitare l'utilizzo della proroga; ci si riferisce in particolare alla "proroga tecnica", cioè, come visto, allo strumento che consente di spostare in avanti il termine contrattuale al fine di garantire continuità al servizio o alla fornitura nelle more dell'indizione della nuova procedura di affidamento.

Tuttavia sono molti i casi in cui il ricorso alla proroga costituisce un vero e proprio abuso di tale facoltà riconosciuta dall'ordinamento.

Ebbene, molto spesso il distorto utilizzo della proroga è riconducibile proprio all'errata programmazione a monte degli acquisti, o peggio, in una vera e propria inerzia dell'amministrazione.

4. L'analisi di ANAC sulle cause della proroga degli affidamenti in essere

In un Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015 (cfr. <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?ca=6339>), ANAC ha dato atto delle risultanze di un'indagine avente ad oggetto l'utilizzo improprio delle proroghe e dei rinnovi di contratti pubblici. L'Autorità ha svolto l'indagine sulle motivazioni dell'utilizzo di proroghe su un campione di 39 stazioni appaltanti che fanno parte di vari servizi sanitari regionali e relativa a contratti di lava-nolo (servizi integrati di noleggio e ricondizionamento di articoli riutilizzabili dalle strutture sanitarie), pulizie e ristorazione.

Dall'indagine – riferita a 78 contratti più volte prorogati – è emersa una durata media di 36 mesi. Tuttavia, dei 78 contratti esaminati, solo 35 contratti contemplavano espressamente l'opzione di proroga, mediamente di circa 30 mesi (da 9 a 48) pari cioè all'85% della durata media dei contratti originari, con opzioni di durata che oscilla dal 33% a 150% della durata contrattuale originaria.

La misurazione delle proroghe dei contratti oggetto di analisi ha evidenziato una sommatoria complessiva di 5694 mesi di proroghe che rappresentano ben il 203% delle durate originarie (2804 mesi) ed il 149% delle durate originarie incrementate dalle opzioni previste (3827 mesi). L'Autorità ha classificato le proroghe disposte per "gruppi motivazionali" ed ha riscontrato che le proroghe "tecniche" disposte sono state determinate dai seguenti fattori:

- **redazione degli atti di gara e svolgimento della gara**: motivazioni inerenti la durata della redazione degli atti di gara e la loro modificazione per eventi interni all'ente, mutamento delle esigenze, dei luoghi, dei quantitativi (es. modifiche delle superfici o degli utenti a causa del mutare degli immobili in dotazione della stazione appaltante per accorpamenti e smembramenti determinati da riorganizzazioni dell'ente);
- **ritardi nell'aggiudicazione definitiva derivanti da contenzioso**: proroghe tecniche motivate dai ritardi nell'aggiudicazione determinate da azioni esterne o da atti di autotutela (quali ad esempio, atti di annullamento o

differimento dei termini a seguito di azioni dei partecipanti);

- **modifiche della redazione degli atti di gara per nuova normativa nazionale:** motivazioni che sono state riferite direttamente a normativa nazionale che rendesse obbligatoria la modifica degli atti di gara (ad esempio: prezzi di riferimento, indicazione della quota di costi relativi al personale);
- **modifiche della redazione degli atti di gara per nuova normativa regionale:** motivazioni che attribuiscono la proroga a processi di riorganizzazione determinati da normativa regionale di carattere generale che contenevano prescrizioni tali da rendere più stringente l'obbligo di modifica degli atti di gara;
- **proroghe per la mancata conclusione di gare centralizzate:** motivazioni che hanno evidenziato come, a fronte del divieto di bandire nuove gare e di avvalersi di gare indette da centrali, tali ultime gare non fossero state completate.

Ebbene tra le suddette cause di proroga è stato riscontrato che ben il 70% delle proroghe disposte è imputabile alla difficoltà delle stazioni appaltanti di predisporre gli atti di gara e a svolgere le gare garantendo il corretto turnover degli affidatari.

La seconda motivazione (in termini percentuali) comprende i casi relativi a mutamenti del quadro normativo sia nazionale che regionale.

Significativa è inoltre la percentuale dell'8% dei casi di proroga tecnica imputabili ad una sorta di cortocircuito determinato dalla regolazione regionale che impedisce nuove gare agli enti, ma al contempo le centrali di acquisto avviano e completano con forti ritardi le gare di loro competenza.

Da ultimo si rileva come invece sia minimo (pari ad appena l'1%) l'effetto delle vicende giudiziarie sulla origine delle proroghe tecniche.

L'analisi dell'Autorità ha quindi evidenziato che risulta diffuso l'uso della proroga come "ammortizzatore pluriennale di inefficienze". La corretta

programmazione delle acquisizioni di beni e servizi e delle attività di gara, volte ad assicurare il regolare e tempestivo avvicendamento degli affidatari, non traspare in alcun modo dalle relazioni analizzate. Per quanto l'art. 271, comma 1 del Regolamento n. 207/2010 stabilisca la facoltà della programmazione dell'acquisto di beni e servizi, il sistematico mancato utilizzo dello strumento della programmazione comporta, tra le varie conseguenze, anche l'assenza della definizione di termini, seppur semplicemente programmatori, di avvio delle procedure di selezione del nuovo affidatario.

La proroga "tecnica" - nel quadro descritto dall'Autorità - non è più quindi uno strumento di "transizione" per qualche mese di ritardo determinato da fatti imprevedibili, ma diventa ammortizzatore pluriennale di palesi inefficienze di programmazione e gestione del processo di individuazione del nuovo assegnatario.

5. La delibera ANAC n.591 del 28 luglio 2021

Il quadro delineato dall'indagine del 2015 di ANAC risulta ancora oggi decisamente attuale ed utile ad identificare le cause dell'utilizzo smisurato dell'istituto della proroga dei contratti pubblici, costituendo una vera e propria "patologia" del sistema.

Di recente infatti l'Autorità (<https://www.anticorruzione.it/-/delibera-n.-576-del-28-luglio-2021?inheritRedirect=true&redirect=%2Fconsulta-i-documenti%3Fq%3D%26year%3D2295812%26type%3D119160%26sort%3Dddm>

Dataclu0 String sortable-)

si è di nuovo occupata di proroga tecnica con riferimento all'acquisizione di beni e servizi nel settore della sanità enunciando la seguente massima:

"La proroga dei contratti pubblici cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara, ha carattere eccezionale e di temporaneità, essendo

Da una analisi effettuata da ANAC nel 2015 è emerso che la stragrande maggioranza delle proroghe disposte è imputabile alla difficoltà delle stazioni appaltanti di predisporre gli atti di gara e alla mancata (o ritardata) indizione di gare da parte delle centrali di committenza



uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro. **L'utilizzo reiterato della proroga tecnica, che si traduce in una fattispecie di affidamento senza gara, comporta la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016.**

Il dilatarsi della tempistica per la predisposizione dei documenti di gara, che ritarda l'avvio della procedura rispetto a quanto previsto negli atti di programmazione, non risulta in linea con il principio di tempestività enunciato dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016, corollario del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione."

5.1 Il caso di specie sottoposto all'Autorità

La fattispecie di cui si è occupata ANAC riguarda un contratto avente ad oggetto il servizio di noleggio, ricondizionamento e logistica dei dispositivi tessili, della materasseria statica e dei dispositivi sterili per le sale operatorie di un'Azienda Ospedaliera Universitaria.

Il contratto è stato affidato a seguito dell'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, con decorrenza dal 1° luglio 2009, per un periodo di cinque anni, prorogabile di ulteriori quattro anni.

Alla scadenza del contratto, è stata disposta la proroga (fino al 30 giugno 2018), come espressamente previsto dal contratto, nelle more dell'indizione della gara per il nuovo affidamento del servizio da parte della centrale di committenza regionale.

Senonché, a fronte della mancata indizione della procedura centralizzata, la Stazione Appaltante ha ulteriormente prorogato il contratto per ben tre volte, da ultimo fino al 31 dicembre 2021.

Il contratto originariamente previsto per 5+4 anni ha quindi avuto -ad oggi- una durata complessiva di ben 12 anni, con un conseguente notevole incremento dell'importo dei servizi affidati.

Nel corso del procedimento ANAC ha appreso che le proroghe sono state motivate dalla necessità di non interrompere l'erogazione del servizio di rilevante impatto organizzativo senza arrecare pregiudizi all'attività assistenziale nelle

more dell'espletamento delle procedure di gara centralizzate da parte del soggetto aggregatore. Nel contempo, la medesima Amministrazione ha però evidenziato di aver escluso la possibilità di stipulare un "contratto ponte", in quanto i tempi amministrativi per la predisposizione della procedura avrebbero rischiato una sovrapposizione con la gara gestita dalla centrale di committenza regionale volta all'individuazione del nuovo affidatario del servizio.

Infatti, in base all'art. 1, commi da 548 a 550 della legge 208 del 28 dicembre 2015, gli enti del Servizio Sanitario Nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, avvalendosi in via esclusiva delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero di Consip S.p.A.

Il servizio di lava-nolo rientra nelle categorie merceologiche individuate dal DPCM 11 luglio 2018 in attuazione dell'art. 9 comma 3 del decreto legge 24 aprile 2014 n. 66.

Sussisteva pertanto un obbligo per la stazione appaltante di aderire alla procedura aggregata. Tuttavia, la centrale di committenza, con riferimento al caso di specie, giustificava i ritardi nell'individuazione del nuovo aggiudicatario sia in riferimento all'emergenza pandemica che all'inerzia del gruppo di tecnici del Servizio Sanitario Regionale nella redazione del progetto tecnico estimativo da mettere a base di gara.

5.2 L'istruttoria di ANAC

Alla luce di ciò l'Autorità, richiamando proprie delibere precedenti, ha ribadito i fondamentali principi in tema di proroghe dei contratti pubblici, valide sia nella vigenza del vecchio codice (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie) sia del d.lgs. n. 50/2016.

L'Autorità ha innanzitutto ricordato che la proroga e il rinnovo si traducono sostanzialmente in affidamenti senza gara, con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016.

Ebbene, a fronte di tale principio generale, ribadito pacificamente anche in sede giudiziale, l’Autorità ha ricordato che la proroga tecnica costituisce solo una facoltà residuale, oggi prevista dall’art. 106, comma 1, del Codice, e volta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell’espletamento di una nuova procedura di gara.

L’Autorità ha infatti avuto modo di ribadire gli stringenti limiti sull’applicabilità della proroga tecnica ed in particolare che *“la proroga può essere concessa esclusivamente al fine di evitare l’interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l’espletamento della procedura di evidenza pubblica (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011)”*.

Più in dettaglio, ANAC ha precisato che:

- a. la proroga deve rivestire **carattere eccezionale**, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l’effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente;
- b. la proroga è ammessa solo quando ha **carattere temporaneo**, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte);
- c. la **nuova gara** deve essere **già stata avviata** al momento della proroga;
- d. l’amministrazione **non** deve rendersi **responsabile di ritardi** nell’indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario;
- e. l’opzione di proroga tecnica deve essere stata **prevista nell’originario bando di gara** e di conseguenza nel contratto di appalto.

5.3 La decisione di ANAC

Dopo aver enunciato tali principi, l’Autorità rilevato che nel caso di specie il contratto originario prevedeva, sì, un’opzione di proroga, ma solamente fino al 30 giugno 2018, con la conseguenza che le successive reiterate proroghe tecniche, si sono concretizzate in un affidamento senza gara,

in quanto sono state disposte in carenza di una previsione contrattuale specifica.

Inoltre, l’ultima proroga è stata disposta quando quella precedentemente disposta (fino al 31 dicembre 2019) era già ampiamente scaduta, l’Amministrazione dunque ha formalizzato, solo ad aprile 2020, una proroga “tardiva” motivandola con lo stato di emergenza dovuto al Covid-19 sopravvenuto nelle more dello svolgimento dell’istruttoria e delle conseguenti valutazioni e della formalizzazione della proroga tecnica. Ne consegue che dal 1° gennaio 2020 ad aprile 2020 il contratto è stato eseguito secondo un rinnovo tacito, non concepito nel nostro ordinamento.

Ciononostante, l’Autorità ha ritenuto opportuno dar conto del contesto in cui tali proroghe si sono concretizzate.

Non può infatti non tenersi conto del fatto che l’Amministrazione aveva in questo caso, per quanto sopra esposto, un obbligo di approvvigionarsi tramite Soggetto Aggregatore.

L’Autorità ha infine riconosciuto gravi inefficienze in capo ai soggetti aggregatori che hanno causato ritardi nella fase della progettazione, che appaiono principalmente imputabili al gruppo di progettazione formato dai tecnici indicati dagli enti del Servizio Sanitario Regionale e nominati dal Servizio sanità della Regione Marche, nonché alla mancata approvazione dei progetti da porre a base di gara da parte di questi ultimi enti del SSR.

L’allungamento delle tempistiche risulta dunque principalmente dovuto anche al sistema organizzativo centralizzato adottato dalla Regione Marche.

In tale contesto, l’ANAC ha riconosciuto l’illegittimità della proroga tecnica adottata in assenza di previsione nella legge di gara e del rinnovo tacito.

Tuttavia al termine dell’istruttoria, avuto riguardo che le proroghe risultano essenzialmente riconducibili alla mancata indizione della gara centralizzata da parte della Stazione Unica Appaltante della Regione Marche ed al prolungamento dei tempi della gara indetta dall’Azienda Sanitaria Unica Regionale, a causa di inefficienze e ritardi nella fase di progettazione, ha ritenuto opportuno rivolgere una raccomandazione al Servizio Sanità della Regione Marche.

In particolare ANAC ha invitato il Servizio sanitario della Regione Marche ad adottare un modello organizzativo che assicuri una corretta e tempestiva programmazione degli acquisti nel settore sanitario ed una efficace gestione delle procedure di gara, al fine di assicurare un corretto avvicendamento degli aggiudicatari ed evitare il ricorso improprio alla proroga cd. tecnica quale ammortizzatore pluriennale delle inefficienze del sistema di acquisizione degli enti del Servizio Sanitario della Regione.

6. Considerazioni finali

Quanto sopra evidenziato sull'uso improprio delle proroghe, può assumere profili non solo di illegittimità dei provvedimenti adottati, ma anche di danno erariale, laddove le amministrazioni coinvolte non dimostrino di aver attivato tutti quegli strumenti organizzativi necessari ad evitare il generale divieto di proroga dei contratti in corso e le correlate distorsioni del mercato.

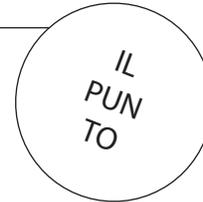
Quanto rilevato da ANAC sulla vicenda appena esposta conferma inoltre l'estrema attualità dell'indagine condotta già nel 2015.

Ed infatti anche in questo caso è emerso che le ragioni dell'utilizzo della proroga sono riconducibili ad una mancata programmazione degli acquisti centralizzati, oltre che ad una difficoltà tecnica nella stesura della legge di gara da parte degli uffici a questo designati.

L'incentivo alla programmazione e pianificazione aggiornata degli acquisti, oltre all'imprescindibile aggiornamento "tecnico" delle stazioni appaltanti costituiscono dunque le basi per riportare l'utilizzo della "proroga tecnica" nei limiti previsti dal Codice dei Contratti Pubblici e garantire il massimo confronto concorrenziale.

In tema di richiesta di accesso all'offerta ed alla "documentazione" tecnica

di Stefano Usai



Premessa

Il tema dell'accesso agli atti della procedura di gara, e si intende la possibilità di avere/visionare gli atti/documenti prodotti dall'appaltatore per partecipare (ed aggiudicarsi) la gara, è frequente oggetto di importanti pronunciamenti da parte del giudice amministrativo.

Pronunciamenti di rilievo visto che, spesso, esprimono delle statuizioni che rivestono una grande importanza per il lavoro del RUP quale soggetto tenuto a presidiare il procedimento amministrativo dell'accesso agli atti.

È evidente, pertanto, che una cognizione precisa delle varie implicazioni può rappresentare un utile momento di riflessione per il responsabile del procedimento per meglio gestire il frangente infraprocedimentale in modo che questo non penalizzi l'aggiudicazione e/o il momento civilistico dell'esecuzione del dell'appalto (e prima ancora la stessa stipula del contratto).

1. Accesso e impugnazione degli atti

Una importante riflessione, appunto, è stata di recente espressa dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 3127/2021.

Il giudice, per ciò che in questa sede interessa trattare, si pone il problema dei rapporti tra accesso e decorrenza dei termini per impugnare gli atti della procedura di gara.

La sentenza ritorna, e ne sottolinea la rilevanza, sulla delicata questione traendo spunto da quanto chiarito in sede di Adunanza Plenaria con la sentenza del 2 luglio 2020 n. 12.

La questione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto risulta efficacemente chiarita dal pronunciamento ultimo citato che individua i momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara da parte del diretto interessato (anche a proporre il ricorso). Conoscenza degli atti di gara che rappresenta il

momento essenziale (una sorta di dies a quo) da cui decorrono i termini per l'impugnazione. Ad ognuno di questi momenti – chirurgicamente individuati dall'Adunanza Plenaria -, corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione. Ciò sulla base di una verità indubitabile per cui l'individuazione della decorrenza del termine per ricorrere (si legge nella sentenza) *"continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla "informazione" e alla "pubblicizzazione" degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettuano l'accesso informale con una "richiesta scritta" per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, 2° comma, del "secondo codice" applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale"*.

Più nel dettaglio, l'Adunanza plenaria individua, appunto chirurgicamente, i diversi "momenti" della decorrenza dei termini in parola:

1. dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara – comprensiva anche dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentante) ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, d.lgs. n. 50 del 2016;

2. dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016 ma solo a condizione che esse "consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri", così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti ma anche del ricorso principale; Il giudice, per ciò che in questa sede interessa trattare, si pone il problema dei rapporti tra accesso e decorrenza dei termini per impugnare gli atti della procedura di gara.

3. nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara è prevista la dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se "i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta";

4. dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle

forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara *"purchè gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati"*.

Pertanto, in rapporto all'accesso vale la puntualizzazione di cui al punto 3: se con l'istanza di accesso si potrebbero "recuperare" /acquisire quelle informazioni minime indispensabili per proporre il ricorso, il termine di impugnazione non può che decorrere considerando la dilazione temporale che consente l'accesso.

Nel caso di specie, ma anche in termini generali (sempre dalla sentenza in commento), la dilazione temporale della quale il concorrente può

giovarsi per proporre ricorso, se abbia proposto istanza di accesso, *"è fissata in quindici giorni, in applicazione della regola posta dall'art. 76, comma 2 del codice dei contratti pubblici, e dipende dal tempo che la stazione impiega a consentire l'accesso solamente nel caso in cui l'amministrazione rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, poiché, in tal caso, il termine per l'impugnazione comincia a decorrere solo da quando l'interessato abbia conosciuto gli atti"*.

Da ciò deriva, conclude la sentenza che una volta avuta conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, *"in una delle diverse modalità possibili – ed anche attraverso le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara (non solo per aver avuto comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, del codice) – il concorrente (..) è tenuto nel termine di quarantacinque giorni a presentare istanza di accesso ai documenti e a proporre impugnazione, salvo l'ipotesi eccezionale di comportamento ostruzionistico tenuto dall'amministrazione"*.

Naturalmente, più tempestiva sarà la presentazione dell'istanza di accesso del concorrente *"una volta avuta conoscenza dell'aggiudicazione, maggiore sarà il tempo a sua disposizione per il ricorso giurisdizionale"*.

Restando in ambito, è bene evidenziare che la giurisprudenza ha anche chiarito l'impossibilità

Una importante riflessione, appunto, è stata di recente espressa dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 3127/2021

di reiterare l'istanza di accesso in caso di mancata impugnazione del primo diniego.

In questo senso, sempre il Consiglio di Stato, sez. V con la sentenza n. 1779/2021 ha ribadito che *"in materia di accesso la giurisprudenza ha affermato che la mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a questo debba riconoscersi carattere meramente confermativo del primo (Cons. Stato, Ad. plen., 20 aprile 2006, n. 7)"*.

2. L'oggetto dell'accesso

Circa l'oggetto dell'accesso agli atti, nel caso del procedimento amministrativo contrattuale – a prescindere dai fini/scopi evidenti –, non può non evidenziarsi che la particolarità dei momenti (e della documentazione correlata) impone di distinguere, per semplificare, tra la richiesta di ostensione della c.d. documentazione amministrativa e la richiesta della documentazione tecnica (l'offerta vera e propria) a cui si deve aggiungere anche la "documentazione" che supporta/giustifica l'offerta tecnico/economico presentata.

Si allude, ovviamente, alle eventuali giustificazioni richieste e prodotte in caso di avvio del sub-procedimento di verifica della potenziale anomalia e/o anche al sub-procedimento di verifica facoltativa sulla congruità dell'offerta (art. 97, comma 6, secondo periodo, del Codice dei contratti). Non solo, alla distinzione in parola si aggiunge la questione ulteriore, ed oggi di rilevanza estrema, della possibilità di accedere agli atti afferenti l'esecuzione del contratto. Circostanza che intessa

Naturalmente, più tempestiva sarà la presentazione dell'istanza di accesso del concorrente "una volta avuta conoscenza dell'aggiudicazione, maggiore sarà il tempo a sua disposizione per il ricorso giurisdizionale"



alla documentazione (latamente) tecnica e agli atti della fase esecutiva (questi ultimi, addirittura, esigibili anche da chi non ha un interesse vero e proprio).

Due momenti, pertanto, che si distinguono (si pensi all'accesso procedimentale ex art. 53 del Codice e ai sensi degli artt. 22 e segg. della legge 241/90) per (con metafora) l'intensità verticale della possibilità dell'ostensione, al netto dei limiti determinati dai segreti commerciali/tecnici di cui si dirà a breve, e il secondo (accesso civico generalizzato) caratterizzato dalla possibilità di essere richiesto erga omnes (e quindi anche da soggetti che nulla hanno a che vedere con il procedimento d'appalto) caratterizzato, invece, da una intensità orizzontale considerato che, l'accesso civico generalizzato, si estende ad ogni dato/documento detenuto dalla pubblica amministrazione (al netto di limitatissime eccezioni).

Nelle due fattispecie, semplificando, cambiano totalmente le condizioni legittimanti la richiesta. Nel primo caso, accesso documentale ex art. 53 del Codice e art. 22 della legge 241/90, si impone la presenza di una posizione giuridica legittimata; nel secondo caso, l'accesso civico generalizzato si prescinde da ogni formalismo e quindi anche da una posizione giuridica del richiedente



Nelle due fattispecie, semplificando, cambiano totalmente le condizioni legittimanti la richiesta. Nel primo caso, accesso documentale ex art. 53 del Codice e art. 22 della legge 241/90, si impone la presenza di una posizione giuridica legittimata; nel secondo caso, l'accesso civico generalizzato si prescinde da ogni formalismo e quindi anche da una posizione giuridica del richiedente. Ciò in coerenza con lo scopo/natura dell'accesso

civico generalizzato quale strumento che mira a consentire un controllo sociale sull'azione amministrativa e sulle modalità di spendita del denaro pubblico.

Si tratta di due differenti approcci. Nel prosieguo si intende esaminare, in particolare, i rapporti tra c.d. accesso difensivo e i documenti tecnici dell'offerta (o quelli che supportano la serietà dell'impegno tecnico/economico).

3. L'accesso all'offerta tecnica (e/o documentazione tecnica)

Il "frangente" *infra* procedimentale che, sicuramente, impegna in modo intenso il RUP è la richiesta di ostensione, come detto, della documentazione tecnica dell'offerta e/o le (eventuali) giustificazioni prodotte dall'aggiudicatario per dimostrare la congruità/serietà/sostenibilità della propria offerta. L'istanza in parola, in primo luogo, deve essere "condivisa" con i cc.dd. controinteressati. Ciò è quanto emerge (ed è imposto) nell'ambito dei principi generali dell'azione amministrativa come scolpiti nella legge 241/90.

Si allude, evidentemente, a quanto specificato nel comma 7 della legge sull'azione amministrativa. Non può sfuggire, al RUP, il fatto che in presenza di una istanza di accesso agli atti si è in un "frangente" che innesta **un vero e proprio procedimento amministrativo** (sia pure *infra* procedimentale nella procedura di aggiudicazione) e, quindi, come tale deve essere trattato.

In questo senso, il primo comma della norma appena citata puntualizza che *"ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento"*.

La richiesta di ostensione di atti della procedura d'appalto non può non avere effetti nei confronti

dei potenziali destinatari del provvedimento finale. Si pensi, solamente alla differenza tra adottare l'aggiudicazione dell'appalto al caso contrario di non aggiudicare la commessa.

Pertanto, prima (ovvia) azione del RUP è quella, innanzi ad una richiesta di ostensione degli atti (e questo vale anche per la documentazione amministrativa anche se nel caso di specie insistono, in questo caso, minori problematiche istruttorie, stante anche l'ampia trasparenza che la P.A. deve assicurare sui propri atti ai sensi dell'articolo 29 del Codice dei contratti), di preavvisare i diretti (gli appaltatori) interessati.

Questo anche nel caso in cui la legge di gara prevedesse (come buona regola) la richiesta del consenso (o il diniego) anticipato alla eventuale richiesta di accesso agli atti. Clausola a cui, frequentemente, l'operatore economico oppone già il limite dei segreti tecnici/commerciali.

Si ritiene che il contraddittorio debba essere attivato anche nel caso in cui l'operatore economico abbia già espresso – nella fase di partecipazione – un generale consenso.

Non si può non riflettere sul fatto che un conto è dare un consenso generale in fase di partecipazione altra questione è dare il consenso nel caso in cui l'operatore economico interessato abbia acquisito una posizione giuridica (potenziata) circa l'aggiudicazione dell'appalto (ad esempio per essere il primo in graduatoria).

4. La questione istruttoria principale

La questione istruttoria principale, in questo frangente procedimentale, è che il RUP è tenuto ad istruire/analizzare il riscontro (alla richiesta di accesso) del soggetto interessato.

L'obbligo di istruire/analizzare la risposta (soprattutto nel caso in questa sia negativa o con accesso limitato solo ad alcune parti) rappresenta uno degli aspetti di maggiore responsabilità: per intendersi il RUP non può "appiattirsi" sulla decisione del diretto interessato se non previa analisi e ragionamento sulla "bontà" /correttezza, ad esempio, di una risposta negativa.

Il responsabile del procedimento, quindi, è obbligato a verificare la fondatezza/correttezza

delle ragioni che sostanziano una risposta negativa all'ostensione prodotta dal diretto interessato.

La giurisprudenza, frequentemente, ha avuto modo di analizzare l'approccio che il RUP deve ossequiare.

In tempi recentissimi, ad esempio – e ciò rappresenta uno dei casi più rilevanti ed impegnativi –, la giurisprudenza si è soffermata sulla corretta configurazione del "segreto tecnico/commerciale" opposta dall'operatore (aggiudicatario) per "paralizzare" la richiesta di accesso all'offerta tecnica. Strumento, questo, d'altra parte, essenziale per l'operatore che non si ritenga convinto delle operazioni svolte dalla stazione appaltante e degli atti prodotti (offerta tecnica) da parte dell'aggiudicatario.

5. Rapporti tra offerta tecnica e "segreti tecnici/commerciali"

La problematica dei rapporti, appunto, tra riservatezza (di dati contenuti nell'offerta tecnica e/o nella documentazione prodotta a seguito di verifica della potenziale anomalia dell'offerta) e la necessità dell'ostensione degli atti è stata affrontata, in modo efficace, con la recente sentenza del Tar Lazio, Roma, sez. I-quater, n. 9363/2021.

Oggetto della richiesta di ostensione, nel caso di specie e come di consueto, era sia l'offerta tecnica sia la documentazione/giustificazioni prodotte per evidenziare al congruità/sostenibilità della proposta tecnico/economica.

Il giudice puntualizza alcuni punti fermi nella materia dei rapporti tra accesso agli atti e riservatezza che costituiscono preziosa indicazione per il RUP.

In una prima riflessione/precisazione, attingendo anche da una precedente analisi dei rapporti tra accesso difensivo e segreto tecnico commerciale dello stesso giudice capitolino (sentenza n.8858/2021 del 22 luglio 2021), si chiarisce immediatamente che ad eccezione del caso in cui venga in considerazione la tutela della riservatezza o di dati personali delle persone fisiche, **i segreti tecnici commerciali e il diritto d'accesso c.d. difensivo non sono affatto valori di pari dignità/valore.**

Non sfugge all'attento giudice che la tutela della riservatezza (nel caso di specie la pretesa tutela di segreti tecnici/commerciali) ed il diritto di accesso appartengono a ranghi completamente diversi.

Il segreto tecnico-commerciale trova tutela in fonti di rango primario (art.53 comma 6 d.lgs. 50/2016 - art.98 ss. Codice della proprietà industriale), mentre il diritto di accesso c.d. "difensivo" trova riconoscimento, oltre che in norme di legge primaria o (art. 22 ss. legge n. 241/90), direttamente nella Carta costituzionale (art. 24 Cost.) trovando pertanto una tutela costituzionalmente "rafforzata".

Il bilanciamento dei rapporti/implicazioni tra riservatezza e accesso (nell'ambito degli appalti) trova un preciso chiarimento proprio nell'articolo 53 del Codice dei contratti, il cui comma 5, lett. a) prevede l'esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Occorre però distinguere, puntualizza il giudice, tra il mero intento (scopo) divulgatorio dall'esigenza difensiva dell'operatore (che si reputasse danneggiato nel non avere acquisito l'aggiudicazione dell'appalto).

Nel caso in cui, quindi, il richiedente vantasse un interesse "difensivo", il successivo comma 6 dello stesso art. 53 precisa prevede che "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**".

Deve esistere quindi un rapporto di necessità/collegamento tra gli atti e l'esigenza concreta di tutelarsi.

Il legislatore del Codice ha creato un sistema "autosufficiente" che non ha "falle". Si pensi al caso in cui la semplice "obiezione" della presenza di segreti commerciali/tecnici avesse l'effetto di annullare il diritto di difesa.

Per ciò stesso, in chi nega l'ostensione dei propri atti anche sollevando la presenza di una esigenza superiore di tutela della riservatezza (alludendo alla presenza di segreti tecnici/commerciali) dovrà fornire la prova risultando insufficiente un diniego

fondato su una motivazione stereotipata. Che il RUP, come detto, è tenuto a vagliare/verificare per avere conferma della ragionevolezza di tale opposizione.

E nel momento in cui verifica la "bontà" tecnica del riscontro (negativo/oppositivo) – e quindi avvia l'istruttoria del procedimento amministrativo correlato -, non potrà discostarsi dalla definizione normativa contenuta "nel Codice della proprietà Industriale, di cui all'art 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, che richiede, ai fini della tutela, che le informazioni aziendali e commerciali ed esperienze sulle applicazioni tecnico industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate (Cons. Stato Sez. V, 07/01/2020, n. 64)".

Ed il segreto tecnico/commerciale, conclude il giudice capitolino, ha una sua precisa configurazione visto che in esso non può essere ricompreso qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, "perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, propri contatti commerciali, e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela".

La configurazione esatta, che legittima il diniego riguarda quindi solamente l'esistenza di segreti tecnici riconducibili alla normativa appena citata.

La semplice obiezione (presenza di segreti commerciali/tecnici) non determina, in pratica, l'immediata qualificazione di detti elementi in termini di segreto tecnico o commerciale.

Detta qualificazione non può che essere riservata a quelle "elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza (T.A.R. Campania Salerno Sez. II, 24/02/2020, n. 270)".

6. Rapporti con il giudizio (ricorso)

La prevalenza, sul diritto di riservatezza, è però temperato dalla **serietà** delle intenzioni dell'istante e quindi dalla sua volontà di proporre il ricorso (di impugnare gli atti). In questo senso, ad esempio il Tar Lombardia, Milano, sez. I, sentenza n. 745/2020.

Il giudice lombardo, alla stregua di un preciso orientamento giurisprudenziale precisa che la tutela di un segreto industriale incontra "un limite in relazione agli interessi di un concorrente ad accedere agli atti della procedura necessari alla sua difesa in giudizio, essendo questi ultimi prevalenti su quello alla riservatezza dei partecipanti (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 20.4.2015, n. 963), ferma restando tuttavia la necessità di contemperare le opposte esigenze, consentendo pertanto unicamente la possibilità di visionare gli atti, senza diritto di estrarne copia (C.S., Sez. VI, 10.5.2019, n. 2313)".

Ciò risulta chiaramente esplicitato dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. **5286/2021** in cui si legge che 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. Si tratta, pertanto, di una ipotesi/fattispecie che subordina l'interesse ostensivo prevalente alla

La prevalenza, sul diritto di riservatezza, è però temperato dalla serietà delle intenzioni dell'istante e quindi dalla sua volontà di proporre il ricorso (di impugnare gli atti). In questo senso, ad esempio il Tar Lombardia, Milano, sez. I, sentenza n. 745/2020.

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".

L'ambito classico, quindi, della dovuta ostensione è data dal caso in cui il ricorso avverso l'aggiudicazione sia già stato prodotto. Ma occorre anche dare "sostanza" all'ipotesi in cui, effettivamente, insista serietà nel proporre il ricorso.

Piuttosto chiaro l'ulteriore passaggio della sentenza in cui si precisa che "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".

Ancora più chiaro quanto è stato statuito nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5167/2020.

Nel decisum ultimo citato si precisa che dal combinato disposto delle disposizioni, sopra dette, dell'articolo 53 (comma 6), si evince la voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale che informa la disciplina dei contratti pubblici, di escludere dall'estensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta od anche delle giustificazioni dell'anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali od in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

Il limite all'estensibilità è subordinato all'espressa "manifestazione di interesse" da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, mediante la quale sia dimostrata l'effettiva sussistenza

Il limite all'estensibilità è subordinato all'espressa "manifestazione di interesse" da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, mediante la quale sia dimostrata l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (nel caso di specie il riferimento è alla nota di TLS in data 14 ottobre 2019, recante l'opposizione alla richiesta di accesso)



di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (nel caso di specie il riferimento è alla nota di TLS in data 14 ottobre 2019, recante l'opposizione alla richiesta di accesso).

Nondimeno, "la evidenziata causa di esclusione dall'accesso viene meno allorché il concorrente dimostri che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto".

Per effetto di quanto, l'accesso è correlato alla sola esigenza di difesa in giudizio, previsione più restrittiva di quella, con portata generale, dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, che consente un ventaglio più ampio di possibilità di accesso (correlate alla dimostrazione che la conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, in una proiezione non necessariamente processuale).

Ne consegue che, al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad 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 intendersi in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (Cons. Stato, V, ord. 27 marzo 2020, n. 2150).**

In definitiva il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio.

Il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto (Cons. Stato, V, 30 luglio 2020, n. 5856).

Soccorso istruttorio per i requisiti speciali e per gli elementi essenziali dell'offerta

di Riccardo Gai

IL
PUN
TO

1. L'introduzione del soccorso istruttorio nelle gare d'appalto

Come noto, il soccorso istruttorio costituisce un momento procedimentale introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 6 della l. 241/1990, volto a permettere al privato di colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori che dovessero emergere nella fase istruttoria prodromica all'emanazione del provvedimento finale.

Nel contesto delle gare d'appalto per l'affidamento di contratti pubblici, l'istituto del soccorso istruttorio risulta di fondamentale importanza, dal momento che permette ai partecipanti di compensare eventuali carenze, omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili per partecipare alla gara, il tutto attraverso l'integrazione o la regolarizzazione di documenti già presentati, tuttavia viziati da irregolarità o errori materiali.

La peculiarità dell'istituto è evidentemente quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di

partecipazione alla gara, in ossequio al principio di massima partecipazione.

Nella previgente disciplina, l'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006, come novellato dal d.l. n. 90/2014, affermava che <<la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara>>.

Il vecchio Codice aveva, quindi, ricondotto la portata del soccorso istruttorio alla mancanza, all'incompletezza e a ogni altra irregolarità essenziale nelle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in sé per sé considerate, in modo da obbligare il concorrente - previo pagamento della sanzione - a sanare le irregolarità riscontrate. In presenza di irregolarità essenziali la disposizione prevedeva che il concorrente, che non voleva essere escluso dalla procedura dovesse, da un lato, pagare la sanzione pecuniaria nell'importo stabilito dal bando di gara e

garantito dalla cauzione provvisoria e, dall'altro, inviare nei termini stabiliti dalla stazione appaltante i documenti richiesti. Se poi il termine assegnato dalla stazione appaltante fosse decorso inutilmente senza che il concorrente avesse provveduto alla regolarizzazione o integrazione richiesta, questi veniva escluso dalla procedura di gara, non dovendo pagare la sanzione pecuniaria.

L'essenzialità dell'irregolarità determinava l'obbligo del concorrente di integrare le dichiarazioni rese e di pagare la sanzione pecuniaria quale sanzione necessaria per non essere escluso dalla gara. Solamente quando l'irregolarità non fosse stata essenziale, il concorrente non avrebbe dovuto pagare la sanzione pecuniaria e la stazione appaltante non sarebbe dovuta ricorrere al soccorso istruttorio.

La *ratio* della disposizione era quella, come si è detto, di superare le incertezze interpretative in merito alle dichiarazioni prodotte, mediante la procedimentalizzazione del potere del soccorso istruttorio, che diventava doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, anche essenziali.

In questo modo, la disciplina previgente aveva voluto evitare, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, esclusioni dalla

Il vecchio Codice riconduceva la portata del soccorso istruttorio alla mancanza, all'incompletezza e a ogni altra irregolarità essenziale nelle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in sé per sé considerate, in modo da obbligare il concorrente - previo pagamento della sanzione - a sanare le irregolarità riscontrate



procedura dovute a mere carenze documentali, imponendo un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, con autorizzazione alla sanzione espulsiva solo quale conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante.

Il soccorso istruttorio è diventato, così, uno strumento per dequalificare le irregolarità dichiarative da fattori escludenti a

carenze regolarizzabili, prevedendo un particolare procedimento in cui la stazione appaltante provvedeva a richiedere al concorrente di regolarizzare le dichiarazioni rese e, al contempo, irrogava la sanzione pecuniaria prevista dal bando. Tale sanzione si giustificava per garantire la serietà delle offerte presentate, ma anche per favorire la responsabilizzazione dei concorrenti ed evitare spreco di risorse pubbliche impiegate in lunghi procedimenti per regolarizzare le dichiarazioni presentate in maniera incompleta.

La sanzione pecuniaria era, dunque, finalizzata a colpire l'irregolarità essenziale, in sé e per sé considerata, essendo finalizzata a garantire una celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti, in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, a cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede.

2. Il "nuovo" soccorso istruttorio nel d.lgs. 50/2016

Come abbiamo visto, la disciplina previgente portava all'esclusione solo in presenza dell'effettiva mancanza dei requisiti di partecipazione o, comunque, in caso di mancata regolarizzazione e integrazione delle dichiarazioni carenti.

Nel contesto appena descritto si sono inserite le nuove direttive in materie di appalti pubblici del 2014 ove viene espressamente prevista la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso sia dei requisiti generali sia di quelli speciali, senza il pagamento di alcuna sanzione. In questo senso, il considerando n. 84 della direttiva 2014/24/UE dispone che <<offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento

tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura>>, specificando all'art. 56 che <<se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza>>, e all'art. 59, comma 4, che <<l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura>>.

La direttiva UE ha quindi, subordinato l'esercizio del soccorso istruttorio solamente all'osservanza

Il soccorso istruttorio rappresenta uno strumento di rimedio che la stazione appaltante deve attivare al fine di consentire all'operatore economico di integrare la domanda carente di un requisito formale, consentendogli di dimostrare, dunque, il possesso dei requisiti sostanziali per partecipare alla gara. Qualora non sia stata attivata la suddetta doverosa procedura, è il giudice a dover fare la verifica (mancata nel corso della procedura di gara) volta a verificare se il vizio in questione sia esclusivamente formale oppure, al contrario, abbia carattere sostanziale.



dei principi di parità di trattamento e trasparenza, restando indifferente rispetto al pagamento della sanzione che nell'ottica europea non assume nessuna rilevanza.

Il nuovo Codice, adottato in attuazione delle direttive del 2014, all'art. 83, comma 9, stabiliva inizialmente che <<le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante,

della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa>>.

Tale previsione, tuttavia, prevedendo una sanzione

per il soccorso istruttorio si poneva in contrasto con i criteri della legge delega, spingendo il legislatore ad intervenire con il primo correttivo al Codice eliminando dall'articolo in commento il riferimento alla sanzione pecuniaria.

La nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici risulta, dunque, emendata proprio nel senso di non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione, ma lasciando inalterato il procedimento volto ad acquisire rapidamente le dichiarazioni mancanti.

L'istituto rappresenta, infatti, uno strumento di rimedio che la stazione appaltante deve attivare al fine di consentire all'operatore economico di integrare la domanda carente di un requisito formale, consentendogli di dimostrare, dunque, il possesso dei requisiti sostanziali per partecipare alla gara. Qualora non sia stata attivata la suddetta doverosa procedura, è il giudice a dover fare la verifica (mancata nel corso della procedura di gara) volta a verificare se il vizio in questione sia esclusivamente formale oppure, al contrario, abbia carattere sostanziale.

La circostanza che a effettuare la verifica sia il giudice e non la pubblica amministrazione implica che la stessa potrà essere attuata solo ove si tratti di operare un mero accertamento di sussistenza o meno del requisito mancante (ossia nel caso di attività vincolata); diversamente, se la verifica dovesse comportare anche valutazioni di carattere discrezionale, il giudice dovrà annullare l'aggiudicazione e disporre la riedizione della gara (non potendosi sostituire alla stazione appaltante). Per quanto concerne le modalità processuali, l'impresa, che intenda contestare l'esclusione dalla procedura di gara per mancato ricorso al soccorso istruttorio e invocare validamente in sede processuale lo stesso, deve provare in giudizio che l'istituto avrebbe avuto esito ad essa favorevole, qualora fosse stato attivato dalla stazione appaltante nel corso della gara, possedendo essa il requisito in contestazione. Ciò significa che è a carico del concorrente, nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, provare che possiede il requisito sostanziale di partecipazione fin dal momento in cui avrebbe dovuto rendere la documentazione di fatto mancante e che, dunque, si è trattato di una mera irregolarità documentale

o dichiarativa, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio ai sensi dell'articolo 2697 cod. civ. e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova (v. Cds, sez. III, sent. n. 348/2019).

3. Incertezze interpretative ed evoluzioni giurisprudenziali

Dalla pur sommaria analisi sin qui svolta, potremmo concludere che la disciplina del soccorso istruttorio prevista nell'attuale Codice dei contratti riferisce la possibilità del soccorso a tutte le "carenze di qualsiasi elemento formale", ispirandosi così a un criterio tendenzialmente onnicomprensivo, confermando espressamente l'inapplicabilità del soccorso alle lacune riguardanti il contenuto della "offerta tecnica ed economica".

Tuttavia, le quasi quotidiane oscillazioni giurisprudenziali sul tema, obbligano gli operatori ad una costante opera di aggiornamento rispetto a tali novità interpretative.

Ad esempio, recentemente i giudici amministrativi hanno aperto la strada ad un'interpretazione piuttosto estesa del soccorso istruttorio nelle gare d'appalto, finanche dando luogo ad interpretazioni di carattere "additivo" della norma stessa, facendo crollare dei veri e propri "dogmi" che sinora erano costituiti dall'inapplicabilità di tale istituto alla carenze concernenti l'offerta tecnica e i requisiti speciali di partecipazione.

Per quanto concerne l'offerta tecnica, il Consiglio di Stato (sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225) è intervenuto a dirimere una controversia insorta nell'ambito di una procedura indetta per l'affidamento di un contratto pubblico di forniture, pronunciandosi proprio sul rilevante tema dei contenuti e dei limiti di applicazione, in fase di offerta tecnica, del soccorso istruttorio.

Secondo il massimo consesso amministrativo, sussiste la possibilità di esperire un procedimento di soccorso istruttorio anche in relazione agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, nella misura in cui la richiesta della stazione appaltante sia finalizzata a ottenere dal concorrente chiarimenti che, senza assumere carattere integrativo dell'offerta, risultino esclusivamente mirati a consentirne l'esatta

interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del medesimo concorrente.

Tale <<soccorso istruttorio procedimentale>> deve tenersi nettamente distinto dal "soccorso istruttorio" alla cui stregua, invece, si consente al concorrente interessato di regolarizzare e integrare dichiarazioni, documenti ed elementi diversi, per l'appunto, da quelli essenziali dell'offerta tecnica ed economica, al fine porre rimedio all'eventuale incompletezza, erroneità o carenza formale delle dichiarazioni e della documentazione presentate in gara.

Ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada <<Nel caso di specie, il "soccorso procedimentale" non avrebbe violato i segnalati limiti di ammissibilità, posto che il chiarimento utile a dirimere il dubbio non avrebbe costituito una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, né vi avrebbe apportato dati correttivi o manipolativi, ma si sarebbe limitato a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della "svista" occorsa nella compilazione dell'offerta economica>>, poiché tra l'altro <<Lo stesso disciplinare di gara ha contemplato la "facoltà della stazione appaltante", al di fuori delle ipotesi di soccorso istruttorio, di "invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati", sicché anche da questo punto di vista nulla ostava alla soluzione, a mezzo di chiarimento, dell'impasse dubitativa>>.

La suddetta pronuncia assume un carattere indubbiamente innovativo poiché – attraverso un'interpretazione originale ed andando anche al di là della lettera della legge - ammette l'ammissibilità del soccorso istruttorio anche riferito ad elementi essenziali dell'offerta tecnica

(espressamente denegato dall'art. 83, co. 9, d.lgs. 50/2016), pur se riferiti alla sola correzione di errori materiali e incongruenze e/o all'acquisizione di meri chiarimenti che non assumano carattere integrativo. Si tratta di una pronuncia che, indubbiamente, contribuisce a meglio delineare l'ormai ampio perimetro di applicazione del soccorso istruttorio in fase di offerta, rappresentando tale segmento procedimentale uno dei terreni più insidiosi e maggiormente critici nello svolgimento delle pubbliche gare.

Secondo i Giudici amministrativi, l'indicazione di eventuale altro servizio analogo nel DGUE in sede di soccorso istruttorio non rappresenta una modifica non ammissibile dell'offerta in corso di gara. Il concorrente, dunque, è nella facoltà di integrare la propria dichiarazione in merito al possesso dei requisiti speciali, allegando eventualmente un diverso mezzo di prova del requisito in base a quanto previsto dal disciplinare (nella fattispecie "servizio analogo"), partendo dal presupposto che tale requisito sia posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda.



Come detto, infatti, la possibilità di attivare il soccorso istruttorio in ordine a eventuali profili di carenza e/o inintelligibilità dell'offerta tecnica e/o economica è strettamente presidiata e limitata anzitutto dalla lettera del suddetto art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, a tenore del quale il soccorso istruttorio de quo è consentito per porre rimedio alle carenze e irregolarità delle dichiarazioni e dei documenti dei concorrenti "(...) con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica (...)"

Sempre a proposito di evoluzioni ed innovazioni giurisprudenziali, con la recente Sentenza n. 7690, pubblicata in data 28 giugno 2021, Il Tar Lazio, seconda sezione, si è espresso sulla possibilità di integrazione del possesso dei requisiti speciali in sede di soccorso istruttorio.

Nella fattispecie la ricorrente si opponeva alla esclusione da una gara che veniva motivata con il fatto di non aver fornito i chiarimenti richiesti, in fase di soccorso istruttorio, e di aver allegato un DGUE aggiornato con <<altro servizio analogo, diverso da quello originariamente presentato, novando, così, la domanda in un momento successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte>>.

Secondo i Giudici amministrativi, che hanno accolto il ricorso, l'indicazione di eventuale altro servizio analogo nel DGUE in sede di soccorso istruttorio non rappresenta una modifica non ammissibile dell'offerta in corso di gara.

Il concorrente, dunque, è nella facoltà di integrare la propria dichiarazione in merito al possesso dei requisiti speciali, allegando eventualmente un diverso mezzo di prova del requisito in base a quanto previsto dal disciplinare (nella fattispecie "servizio analogo"), partendo dal presupposto che tale requisito sia posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda.

Ad avviso del TAR, pertanto, è senz'altro illegittima l'esclusione di ditta da una gara di appalto che sia motivato con esclusivo riferimento al fatto che la ditta interessata, in sede di soccorso istruttorio, ha integrato la propria dichiarazione sui requisiti speciali di partecipazione contenuta nel DGUE in ottemperanza e nel rispetto di quanto previsto dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, allegando un diverso mezzo di prova del requisito di partecipazione di cui al disciplinare ("servizio analogo"), pur sempre posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda.

In tal caso, infatti, deve ritenersi che la stazione appaltante abbia erroneamente ritenuto che l'integrazione così fornita dal concorrente interessato abbia dato luogo ad una modificazione dell'offerta; e ciò sul rilievo che la P.A. appaltante non ha, invece, considerato che una cosa è l'offerta economica e tecnica (certamente non modificabile), altro è la prova dei requisiti speciali di partecipazione integrabili nei limiti consentiti dall'ordinamento.

4. Considerazioni conclusive

Finalmente, anche i Giudici italiani sembrano aver ormai aderito ad una interpretazione del soccorso istruttorio maggiormente elastica e diretta a soddisfare l'esigenza, ormai comune, di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla corretta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, privilegiando un approccio sostanzialistico rispetto a quello formale.

Secondo la Corte UE (v. sentenza sez. VI, 2 giugno 2016) il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti.



Non è infatti da dimenticare che sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell'offerta si è pronunciata qualche tempo fa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus) enunciando le seguenti regole: a) consentire all'amministrazione di chiedere ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri, chiarimenti, violerebbe il principio della par condicio (poiché sembrerebbe che, ove il privato rispondesse positivamente, l'amministrazione abbia con questi negoziato l'offerta in via riservata); b) non è in contrasto con il principio della par condicio tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora l'offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento

o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti; c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali

da costituire, in realtà, una nuova offerta. Va aggiunto l'ulteriore principio enunciato dalla Corte di Giustizia (nella sentenza sez. VI, 2 giugno 2016, nella causa C-27/15 Pippo Pizzo), secondo cui <<il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice>>

I principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice



L'opera di interpretazione svolta dalla giurisprudenza (europea e interna) sulla applicazione concreta e operativa del soccorso istruttorio, risulta dunque di fondamentale importanza nelle dinamiche procedurali che caratterizzano l'affidamento dei contratti pubblici, considerando che tale istituto costituisce momento imprescindibile nell'attuazione dei principi della concorrenza e del favor participationis su cui è fondata la vigente legislazione della materia, in linea con sua matrice eurounitaria.

Tale istituto, proprio in ragione della natura assai variegata e mutevole delle circostanze e delle questioni che di volta in volta vengono in rilievo, nonché del carattere inevitabilmente generale ed elastico delle citate previsioni

di legge che lo disciplinano, necessita di una attenta e costante attività interpretativa rivolta ad illustrarne e delimitarne l'attuazione pratica, caso per caso, anche attraverso il necessario quotidiano confronto tra gli operatori del settore.

Limite temporale di rilevanza di una condanna penale ai fini del giudizio di affidabilità di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) e c) del Codice dei contratti pubblici

di Adriana Presti

IL
PUN
TO

Premessa

Ai fini dell'esclusione dalla gara, deve ritenersi irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, del Codice dei contratti pubblici, che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara: è questo il **principio di diritto** da ultimo affermato dal Consiglio di Stato, con la sentenza 7 settembre 2021, n. 6233, con riferimento ad una condanna penale di I grado per il reato di omicidio colposo connesso ad infortunio sul lavoro ancorché non passata in giudicato.

1. La *quaestio iuris*

La questione controversa concerne in sostanza l'ambito di applicazione dell'art. 80, commi 5, 10 e 10-bis, del Codice e la possibilità di ritenere irrilevante, ai fini (discrezionalmente) escludenti, un fatto penalmente rilevante commesso da uno dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 cit. oltre tredici anni prima della pubblicazione di procedura di gara.

Secondo un orientamento ormai minoritario del Consiglio di Stato il limite temporale dei tre anni previsto dall'art. 80, comma 10, del Codice non può intendersi riferito alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali e al conseguente onere dichiarativo (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 5 marzo 2020, n. 1633 e precedenti ivi richiamati), essendo la previsione di durata massima del periodo di interdizione dalle gare riferibile alle sole

condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente, e non anche all'ipotesi residuale di cui al comma 5, lett. c). Sicché, la norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, non prevederebbe espressamente limiti alla rilevanza temporale dei fatti costituenti «grave illecito professionale». Secondo il predetto orientamento, l'opposta opzione ermeneutica sconterebbe un limite interpretativo nel momento in cui applica all'art. 80, comma 5 lett. c), del Codice dei contratti pubblici, la disciplina specificamente ed unicamente posta per le ipotesi di cui al comma 1 dal successivo comma 10, confondendo l'illecito professionale con l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione ("periodo di esclusione" di cui all'art. 57 par. 7 della Direttiva comunitaria e "pena accessoria della incapacità di contrattare" di cui al citato comma 10): la limitazione triennale "attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva)" ma non anche "all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c)" (in termini, la già citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 5 marzo 2020, n. 1633; Cons. Stato, sez. III, n. 3331/2019).

Secondo il prevalente orientamento, invece, il limite triennale è connaturale con l'applicazione del principio di proporzionalità di derivazione comunitaria (sul punto, si richiama Cons., V, 6 maggio 2019, n. 2895). Con la conseguenza che il termine di rilevanza triennale posto dall'art. 80, comma 10-bis, è da interpretare sulla scorta di quanto disposto dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014, che, infatti, stabilisce che «[i]n forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri [...] determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4» (paragrafo, quest'ultimo, che - alla lett. c) - contempla la causa di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali).

La norma della direttiva ha senz'altro efficacia diretta (c.d. "verticale") nell'ordinamento interno (sulla conseguente immediata applicabilità si veda, Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576, con riferimento alla illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara motivata con riguardo a risoluzione pronunciata da oltre tre anni, da computarsi a ritroso dalla data del bando; nonché Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605; 12 marzo 2020, n. 1774). Il tutto sulla scia anche della Corte di Giustizia dell'U.E., la quale, nella sentenza della Sezione IV, 24 ottobre 2018, C-124/17, ha ribadito che «ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione [...] detto periodo non può, se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, nei casi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva, superare i tre anni dalla data del fatto in questione».

La giurisprudenza, peraltro, nella vigenza dell'originario testo dell'art. 80, comma 5, lett. c), aveva già sottolineato come la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti risalenti oltre un determinato limite temporale implicasse un evidente contrasto con il principio di proporzionalità, per la possibilità riconosciuta all'amministrazione appaltante di dare rilevanza a fatti che - per il tempo trascorso - non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico (un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza la individuazione di un generale limite di operatività «potrebbe rivelarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa»: in tal senso Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171).

Di talché è da considerare irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, cit., che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara.

A detta conclusione si era, quindi, giunti, dapprima, richiamando il principio generale di proporzionalità di derivazione unionale e poi invocando l'applicazione dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014.

Per effetto, pertanto, della diretta applicazione della norma unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, dopo decorsi tre anni dalla data della sua commissione. (cfr. Cons. St., sez. V, 5 agosto 2020, n. 4934; id., 26 agosto 2020, n. 5228).

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha osservato sul punto, che l'art. 80, comma 5, lett. c), cit., non contempla un generale limite cronologico, superato il quale i fatti idonei a mettere in dubbio l'affidabilità o l'integrità professionale dell'operatore economico non potrebbero assumere rilevanza come gravi illeciti professionali; gli unici riferimenti alla durata dell'effetto giuridico impeditivo della partecipazione alle procedure di gara sono contenuti nell'art. 80, comma 10 (ricollegato alla sentenza di condanna definitiva, per l'ipotesi in cui la sentenza non fissasse la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare o non fosse intervenuta la riabilitazione); e comma 10-bis, il quale – al secondo periodo, per quel che rileva nel caso di specie – prevede che «[n]ei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso».

Anche quest'ultima disposizione, quindi, non prevede un limite generale di rilevanza del fatto, quale quello posto dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, ma disciplina unicamente la particolare ipotesi in cui sia intervenuto, nel corso di procedure di gara precedenti, un provvedimento di esclusione nei confronti dell'operatore economico.

Applicando gli enunciati principi al caso di specie, il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 6233 del 2021 ha riformato la sentenza del TAR di prime cure (che sul punto aveva invece aderito

all'orientamento minoritario), ritenendo che i fatti oggetto della sentenza penale di condanna erano stati commessi quasi tredici anni prima della pubblicazione del bando di gara e che, dunque, gli stessi fatti non possono più ritenersi idonei a dimostrare l'inaffidabilità della società aggiudicataria, illegittimamente esclusa dalla stazione appaltante.

La giurisprudenza amministrativa aveva, invero, già ritenuto contrastante con il principio di proporzionalità una esclusione basata su una risoluzione in danno dell'impresa adottata più di tre anni prima della pubblicazione del bando di gara, individuando nel lasso temporale triennale un limite coerente con l'applicazione di tale principio di derivazione eurounitaria (Tar Lombardia, sez. IV, 23 marzo 2017, n. 705). Sulla base di tale assunto è stato pertanto ritenuto irrilevante l'argomento della definitività dell'accertamento (Consiglio di Stato, Sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895), atteso che tale riferimento è del tutto inesistente nel disposto dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, sicché lo stesso va, dunque, inteso nel senso che il termine decorre da quando è stato adottato l'atto definitivo, cioè di conclusione del procedimento amministrativo (nella fattispecie di risoluzione contrattuale). In tal caso è stato giudicato come illogico prevedere un limite temporale di durata della causa di esclusione nel caso in cui la stessa sia stata oggetto di impugnazione (decorrente dalla sentenza definitiva) e invece non prevederlo nel caso di mancata impugnazione, lasciando dunque che la causa possa operare a tempo indeterminato.

Nel secondo caso bisognerebbe, semmai, riservare un trattamento migliore a chi non si è opposto alla risoluzione con l'impugnazione, come ad esempio nell'ipotesi disciplinata dall'art. 16 della legge n. 689 del 1981, che permette il pagamento di una sanzione in misura ridotta (la cosiddetta "oblazione") a chi non impugna l'accertamento dell'infrazione di una violazione di una norma in materia di fattispecie depenalizzate (Consiglio di Stato, Sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895).

Deve essere affermato il principio per cui il periodo di esclusione per i gravi illeciti professionali non può essere superiore a «tre anni dalla data del fatto in questione».



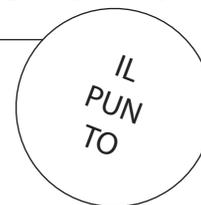
2. Conclusioni

La questione di diritto in oggetto deve essere, quindi, in definitiva, risolta alla luce della norma di cui all'articolo 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali [lett. c)], sia quella delle «*false dichiarazioni [...] richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione*» [lett. h)]) non può essere superiore a «*tre anni dalla data del fatto in questione*»).

Secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa, tale limite temporale triennale non può che trovare applicazione anche all'ipotesi dei gravi illeciti professionali, non potendosi logicamente consentire un trattamento giuridico più favorevole alle situazioni nelle quali intervengano condanne ostantive (per le quali è pacifica la limitazione del periodo di inibizione e dunque la rilevanza temporale della condanna, ex art. 80, co. 10 e 10-bis, primo periodo, del Codice) rispetto situazioni diverse, assoggettabili ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, in tesi ostantive all'infinito, conclusione incompatibile sia con la lettera che con la ratio della richiamata disciplina comunitaria (CGARS, 19 aprile 2021, n. 326; TAR Lazio, 18 giugno 2021, n. 7300).

Ancora sul subappalto, in vista della disciplina a regime in vigore dal 1° novembre.

di Stefano de Marinis



Premessa

Il prossimo 1° novembre segnerà un altro importante momento di passaggio per la disciplina del subappalto nei contratti pubblici.

Trattasi della data di entrata in vigore dell'ennesima modifica apportata all'originaria formulazione dell'articolo 105 del decreto legislativo 50/2016, la quinta se si considerano tutte le versioni fin qui susseguites¹, ciò che di per sé costituisce un problema in ragione dell'avvicinarsi di regimi diversi in archi temporali a volte anche assai brevi (i sessanta giorni per la conversione di un decreto legge che rechi modifiche alle stesure iniziali), anzitutto per le inevitabili ripercussioni che ne derivano sulla gestione dei contratti in corso, vincolati al rispetto della normativa in vigore all'atto dell'avvio del singolo affidamento.

È noto peraltro che tanto travaglio dipende dalla significativa divergenza che da sempre esiste nella

materia tra diritto nazionale e comunitario, il che assume rilievo ancor maggiore in un momento, qual è quello attuale, dove la gran parte dello sforzo finalizzato a superare l'emergenza economica, oltre che socio-sanitaria, si basa su risorse provenienti dall'Unione Europea, il cui impiego deve avvenire in conformità alle regole fissate dalle Direttive di settore.

Pare, quindi, opportuno riprendere il tema, ancorché già affrontato² in occasione dell'entrata in vigore del decreto semplificazioni bis, n.77, dello scorso 31 maggio, sia in rapporto agli esiti del relativo iter di conversione, sia per l'imminente esaurirsi della fase transitoria ivi prevista.

Le stazioni appaltanti devono prepararsi per prime ad applicare le nuove regole



Il passaggio al nuovo regime, infatti, impegna anzitutto le stazioni appaltanti, chiamate a dar corso ai cambiamenti ancor prima di quando i singoli operatori economici dovranno applicarli, circostanza questa da cui deriva la necessità di approfondire fin da ora ambiti di attività e attenzioni richieste dai previsti cambiamenti.

1. Per quanto specificamente attiene al profilo dei limiti quantitativi che maggiormente occorre ai fini delle tematiche qui trattate, in origine il Codice prevedeva che fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Dal 19 aprile 2019 al successivo 17 giugno la formulazione dell'articolo 105 disponeva che fatto salvo quanto previsto dal comma 5, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Dal 18 giugno 2019 al 31 maggio 2021, la regola era che, fatto salvo quanto previsto dal comma 5, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture; infine, dal 1° giugno al 31 ottobre 2021 il subappalto non può superare la quota del 50 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture;

2. In questa Rivista, anno IX n.8, p.7 e ss.

1. Gli esiti del procedimento di conversione

Per aggiornare il quadro, occorre anzitutto muovere dalle modifiche apportate all'articolo 49 del decreto 77 dalla legge di conversione, la numero 108 del 29 luglio 2021.

Al riguardo, l'unica novità si riferisce alla riformulazione, mediante inserimento di una nuova lettera b-bis) nel comma 2, che interviene sul secondo periodo dell'articolo 105, in tema di qualificazione del subappaltatore e attività di necessaria verifica dei relativi elementi da parte delle stazioni appaltanti per l'autorizzazione del rapporto.

La modifica cancella il preesistente richiamo alle certificazioni attestanti il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice in relazione alla prestazione subappaltata, sostituendolo con due nuovi periodi a tenore dei quali: l'appaltatore deve trasmettere alla stazione appaltante la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza, a suo carico, dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del codice, nonché il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84; la stazione appaltante dovrà, poi, verificare detta dichiarazione attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, di cui all'articolo 81.

La scelta, coerente con altre modifiche apportate dal decreto 77 al codice dei contratti al fine di valorizzare il ruolo dell'Autorità su questo fronte, sembra peraltro destinata ad incidere più su profili formalistico procedurali che sostanziali. L'abbandono di ogni riferimento all'uso delle certificazioni, che specie nel caso dei lavori erano utilizzabili per dare prova diretta del possesso dei requisiti, comunque diversi da quelli di idoneità generale, allegati dal subappaltatore, comporta l'integrale ricorso al regime delle dichiarazioni dell'interessato, da verificarsi tramite la predetta Banca dati. Tale opzione, da un lato presuppone l'operatività di detto strumento di verifica, dall'altro equipara il modo di operare delle stazioni appaltanti nei contratti di lavori a quanto fin qui avvenuto per la gestione della maggior parte degli appalti di servizi e delle forniture.

Per il resto, non risultano altre modifiche rispetto al testo del 31 maggio, a testimonianza dell'estrema delicatezza del compromesso a suo

tempo raggiunto tra il Governo e le Organizzazioni Sindacali su una vicenda, quella della modifica del regime del subappalto in funzione delle censure comunitarie, tra le più delicate dell'intera disciplina riguardante i contratti pubblici.

In quest'ottica resta immutato anche il riferimento alle "categorie prevalenti" che, come più volte osservato, appare incongruo e fuorviante, essendo lo stesso codice dei contratti a chiarire, all'articolo 3, riguardante le definizioni, lettera oo-bis), che la categoria prevalente è quella di importo più elevato, il che esclude che ve ne possa essere più d'una.

La Banca dati ANAC per la verifica dei requisiti dei subappaltatori



2. I nuovi imiti al subappalto

Passando ai dettagli, va rilevato che, mentre il regime attualmente applicabile prevede, ancorché in via transitoria, un limite massimo ed onnicomprensivo alle prestazioni subappaltatili pari al 50% dell'importo contrattuale, con il suo esaurirsi tale limite verrà a cadere, determinando un approccio ritenuto più in linea con la disciplina europea dell'istituto che, come noto, esclude la legittimità di vincoli quantitativi fissati per legge in maniera generale ed astratta.

Sul punto non può peraltro non evidenziarsi come, secondo i nuovi contenuti del primo comma dell'articolo 105, che testualmente vieta di affidare a terzi *la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera*, in molti casi il predetto limite del 50% continuerà a sussistere: trattasi, infatti, di tutte le ipotesi in cui l'appalto dovesse aver ad oggetto esclusivamente prestazioni identificabili come ad alta intensità di manodopera, ad esempio le pulizie; situazione analoga potrebbe porsi anche laddove un contratto dovesse essere bandito senza indicare, accanto alla prestazione principale, quelle specialistiche o secondarie.

Ulteriori considerazioni riguardano il perché il legislatore, nelle modifiche recate al primo comma dell'articolo 105, abbia evocato, ovvero continui ad evocare, le "categorie prevalenti".

Una spiegazione potrebbe ricondursi al fatto che,

in alcuni contesti, i lavori ovvero le componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, come definiti all'articolo 89, comma 11, del codice, vengono considerati come ulteriori categorie prevalenti; ciò per via della loro limitata subappaltabilità, peraltro in passato regolata in via autonoma dal comma 5 dell'articolo 105 (ora abrogato).

Neanche questa lettura pare, peraltro, condurre ad una spiegazione giuridicamente fondata posto che, in presenza delle menzionate circostanze, la possibilità di limitare il subappalto in ragione di una specifica determinazione assunta in tal senso dalla singola stazione appaltante è prevista al successivo comma 2 dell'articolo 105.

Sotto altro profilo detta formulazione rischia di creare equivoco circa l'applicabilità, o meno, delle limitazioni in questione ai contratti di forniture e servizi, dal momento che la definizione di categoria prevalente si riferisce, in via di principio, solo gli appalti di lavori. Tale riduttiva lettura pare contrastare sia con la ratio dell'intero articolato, che abbraccia allo stesso modo lavori forniture e servizi, sia con la circostanza che le prestazioni ad alto contenuto di manodopera in molti casi sono servizi. V'è quindi ragione di ritenere che l'espressione *categorie prevalenti* continui a rappresentare nulla più che una svista sulla quale non si è intervenuti per non alterare i raggiunti equilibri che sono il presupposto della soluzione normativa codificata a regime.

Posto, quindi, che in molti casi il limite del 50% di fatto permarrà anche dopo il 1° novembre, successiva questione connessa riguarda la possibilità di individuare, caso per caso, laddove questo corrisponda ad uno specifico interesse pubblico, ulteriori ambiti di esecuzione dei contratti sottratti al subappalto.

Le modifiche apportate al comma 2 dell'articolo 105 prevedono, infatti, che la stazione appaltante possa, *previa adeguata motivazione nella*

determina a contrarre, indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario.

Viene in pratica stabilito che è facoltà delle stazioni appaltanti incrementare, rispetto alle limitazioni base del comma 1, l'ambito delle prestazioni,

ovvero delle lavorazioni da eseguirsi direttamente a cura dell'affidatario, motivando in ordine a specifiche necessità; in tal senso possono militare ragioni tecniche, inclusa l'ipotesi dell'esecuzione di prestazioni specialistiche di cui al citato articolo 89, comma 11, del codice, ovvero la necessità di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori, ovvero quella di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

Tali circostanze, pur se sulla base di scelte operate volta per volta, potrebbero portare ben oltre l'attuale 50% il limite del divieto.

In tale contesto valgono due ulteriori notazioni.

La prima: mentre i limiti fissati dal comma 1 sembrano destinati ad operare *ex lege*, nel senso di trovare applicazione anche in assenza di indicazioni nel bando, nell'invito o nella documentazione di gara in genere, per quel che riguarda la possibilità di una loro estensione ai sensi del comma 2, oltre a dover risultare prevista e regolata espressamente

nella documentazione di gara, siffatta opzione andrà anche adeguatamente motivata in via preventiva nella determina a contrarre. Al riguardo la legge prevede la possibilità per la stazione appaltante di avvalersi, a supporto delle proprie scelte, specie quelle orientate alla prevenzione della criminalità, del parere delle Prefetture competenti. Deve peraltro escludersi qualsiasi applicazione estensiva, all'atto dell'autorizzazione del subappalto o dell'esecuzione del contratto, di quanto espressamente previsto nei documenti di gara.

La seconda riguarda la possibilità, prevista dalla legge, di superare il divieto di subappalto motivato per evitare infiltrazioni criminali, laddove l'operatore economico sia iscritto nelle cosiddette

È inappropriato parlare di liberalizzazione del subappalto



Il divieto subappalto può anche superare il 50% dell'importo contrattuale



white list; non è chiaro cosa la disposizione in esame in pratica comporti: l'allargamento, caso per caso, ovvero territorio per territorio, da parte delle Prefetture della lista delle prestazioni elencate al comma 53 della legge 190/2011 (servizi ambientali, movimenti terra ecc.); oppure l'impossibilità di vietare il subappalto delle predette prestazioni, almeno per ragioni legate all'infiltrazione criminale, posto che comunque i relativi affidatari devono risultare iscritti in *white list*?

3. La responsabilità solidale del subappaltatore

Al di là di quanto relativo agli ambiti quantitativi del subappalto, la disciplina in vigore dal 1° novembre presenta un ulteriore aspetto che impone particolare impegno interpretativo, specie sul piano applicativo: trattasi dell'introduzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante del subappaltatore per le prestazioni da questi eseguite.

Come già rilevato in precedenti interventi, il legislatore ha qui operato uno strappo oltremodo significativo rispetto al quadro civilistico che costituisce il presupposto del subappalto nei contratti pubblici; basti considerare come l'articolo 1669 del codice civile preveda espressamente che sia l'appaltatore a rispondere verso il committente per la rovina, in tutto o in parte, ovvero l'evidente pericolo di rovina o i gravi difetti, degli edifici o di altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata.

D'altro canto va rilevato come lo strappo valga solo in relazione alla disciplina di cui al comma 8 dell'articolo 105, senza intervenire sulla previsione gemella, fissata al comma 5 del successivo articolo 174, in tema di concessioni, per le quali continua ad esser previsto che il concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante.

Tale differenza pone peraltro un problema interpretativo non secondario in materia di

contratti di PPP non inquadrati come concessioni. Per il resto non può non rilevarsi come, al di là di alcuni ulteriori punti di domanda, l'introduzione della responsabilità solidale comunque aumenti l'ambito delle garanzie a favore della committenza pubblica, che d'ora in avanti, in presenza di inadempienze, vizi, difetti o altri analoghi problemi, per tutti gli affidamenti regolati dalla disciplina in vigore dal 1° novembre potrà indifferentemente rivolgersi all'appaltatore o al subappaltatore.

Anche l'appaltatore risulta, in principio, trarre beneficio dalla disposta modifica; ciò per il fatto di non dover più necessariamente rivalersi sul subappaltatore per i vizi o altre responsabilità imputabili ad attività da quest'ultimo svolte ponendo mano ad autonoma azione di rivalsa, magari a distanza di anni dal momento in cui la prestazione in contestazione risulta di fatto esser stata eseguita.

La responsabilità solidale del subappaltatore non vale nelle concessioni



La novità, peraltro, pare dar spazio a numerose e non secondarie questioni interpretative, da gestire e

regolare soprattutto sul piano contrattuale.

Tra le altre, è da capire come l'avvenuta riscrittura del comma 8, dell'articolo 105, venga di fatto ad operare nell'ipotesi di pagamento diretto del subappaltatore, senz'altro dovuto in presenza di piccole o micro imprese.

Ed infatti, premesso che in passato l'istituto della responsabilità solidale regolava solo i rapporti a valle del contratto d'appalto, in specie la posizione dell'appaltatore verso i dipendenti del subappaltatore per il caso del mancato rispetto, da parte di quest'ultimo, degli obblighi retributivi e contributivi, oltretutto per l'osservanza delle norme sulla sicurezza, oggi la prospettiva della nuova disciplina guarda a monte, verso la stazione appaltante.

Responsabilità solidale dell'appaltatore esclusa se il subappaltatore è pagato direttamente?



Ne deriva che il preesistente caso di liberazione dell'appaltatore dalla responsabilità solidale, previsto all'ultimo periodo del

comma 8 per l'ipotesi di pagamento diretto del subappaltatore, viene ora ad applicarsi in primo luogo, se non esclusivamente, nei rapporti tra stazione appaltante ed appaltatore, considerato

il richiamo che vi compare - che a questo punto assume significato - alla responsabilità solidale *di cui al primo periodo*.

Il risultato sarebbe quello di configurare una responsabilità verso la stazione appaltante del solo subappaltatore per le prestazioni da questi eseguite, per le quali sia intervenuto (per obbligo legislativo o per concessione delle parti) il pagamento diretto.

Altro tema sul tappeto riguarda la partecipazione del subappaltatore alle operazioni di collaudo, o di verifica di conformità, posto che tali accertamenti possono implicare sue responsabilità dirette. Ancora, una volta chiarito il rapporto tra responsabilità contrattuale e responsabilità *ex lege*, il tema da regolare contrattualmente sarà anche quello delle garanzie da prestarsi dal subappaltatore a copertura del suo corretto adempimento.

4. Cancellazione del limite del 20% di ribasso sui prezzi del subappaltatore

Completa il quadro delle nuove regole in materia di subappalto la riformulazione del comma 14, dell'articolo 105, peraltro qui già in vigore dallo scorso 1° giugno.

Come evidenziato nella già richiamata recente nota di commento maggiormente focalizzata sulla disciplina transitoria, la modifica spunta la seconda obiezione comunitaria, definita con sentenza di condanna dell'Italia, riguardante l'illegittimità di qualsivoglia limitazione, fissata per legge in modo generale e astratto, dei prezzi da corrispondersi al subappaltatore rispetto a quelli del contratto principale.

Per converso, si prevede che il subappaltatore debba 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 quindi viene meno, in sede di autorizzazione del subappalto, l'obbligo della stazione appaltante di verificare, nell'ambito del relativo contratto, i prezzi praticati al subappaltatore, sorge, ovvero si rafforza, quello riguardante la presenza e l'attualità

dell'impegno del subappaltatore inerente la applicazione del contratto collettivo di lavoro di riferimento, nel senso sopra indicato.

5. Rapporti tra subappalto ed avvalimento

Tra le non poche questioni interpretative destinate a nascere a valle delle modifiche in vigore dal 1° novembre, alcuni specifici temi si pongono in rapporto all'istituto dell'avvalimento.

È noto, infatti, che, proprio in rapporto alla disciplina dell'avvalimento, spesso si è discusso sul se l'esecuzione tramite avvalimento debba considerarsi esecuzione diretta dell'operatore "che si avvale", come la legge oggi pare confermare all'articolo 89, comma 8 del codice dei contratti, nella prima parte, ovvero esecuzione tramite terzi.

Al riguardo, alcune prime osservazioni attengono al fatto che, ai sensi del citato comma 8, *l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati*.

Posto che l'avvalimento implica possesso del requisito avvalso in capo all'operatore che vi ricorre, e quindi idoneità piena ai fini

della partecipazione alla gara e dell'esecuzione delle relative prestazioni, l'eventuale esercizio da parte di una stazione appaltante dell'opzione che vieti il subappalto per determinate prestazioni, specie se per ragioni tecniche, potrebbe portare ad escludere che l'ausiliario possa assumere, per le stesse, il ruolo di subappaltatore, in specie

Nuovi obblighi di verifica per l'autorizzazione del subappalto



Condizioni di accesso al mercato più restrittive per gli operatori non qualificati nelle SIOS?



acquisire la qualificazione in tal caso prevista di cui, come è noto, viceversa beneficia per intero l'affidatario del contratto.

Qualunque sia la conclusione sul punto, comunque andrà opportunamente coniugato il nuovo regime di responsabilità previsto per il subappalto con quello fissato dal comma 5 dell'articolo 89.

Da notare, ancora, che laddove le stazioni appaltanti escludano dalla possibilità di subappaltare, ai sensi del nuovo comma 2 dell'articolo 105, *lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (le c.d. SIOS)*, il comma 11 dell'articolo 89 tuttora impedisce l'avvalimento per tali prestazioni. Ne deriva che chi intendesse concorrere dovrebbe risultare necessariamente qualificato, in proprio e per intero, per prestazioni che in passato erano comunque subappaltabili al 30%.

6. Conclusioni

È noto che le più recenti modifiche all'articolo 105, sono state adottate per allinearne le previsioni agli standard europei.

In questo senso il tema, come già detto in premessa, è di particolare rilievo soprattutto nel momento in cui il massimo della spinta per sostenere la crescita del Paese proviene dall'impiego di risorse comunitarie la cui erogazione dipende dal rispetto della disciplina comunitaria. In questo senso è noto che, anche ai fini del corretto impiego dei preesistenti fondi comunitari ordinari (FESR, FSC ecc.) gli uffici della Commissione incaricati dei controlli richiedano, ora per allora, di motivare le limitazioni di ricorso al subappalto derivanti

dalla normativa previgente che però, in quanto oggetto di condanna da parte della Corte di Giustizia, avrebbe dovuto essere disapplicata.

La domanda a questo punto è se l'obiettivo che il decreto legge 77 si prefiggeva possa considerarsi centrato con la disciplina in vigore dal 1° novembre, ovvero se l'ambito delle soluzioni così adottate non possa esporci ad ulteriori censure.

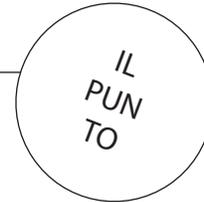
Poste le considerazioni che precedono, il tema è evidentemente aperto; peraltro, la sua rilevanza pratica non è al momento attuale, non essendo aperta, sulle nuove norme, procedura di infrazione alcuna, né, tantomeno intervenuta sentenza di condanna. In presenza di tali elementi la compatibilità comunitaria deve essere presunta e la disciplina applicata fino a prova contraria.

Presunta compatibilità comunitaria delle nuove regole



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

di Sonia Lazzini



1. L'applicabilità dell'articolo 2049 cc alla Pubblica amministrazione

Del resto, più non osta all'applicabilità dell'art. 2049 cod. civ. l'originaria sua ricostruzione come estrinsecazione di una colpa *in eligendo vel in vigilando*, la quale sarebbe esclusa in tesi nel rapporto organico in forza della predeterminazione normativa dei criteri di selezione e di un sistema pubblicistico di controlli, entrambi estrinsecazione di poteri discrezionali: infatti, la norma in esame prescinde, nella sua corrente ricostruzione, da ogni profilo di colpa.

Nemmeno l'ontologica differenza tra rapporto di preposizione institoria e rapporto organico tra Stato od ente pubblico e suo funzionario o dipendente osta alla generalizzazione del principio dell'art. 2049 cod. civ., poiché questo è solamente espressione di un generale criterio di imputazione di tutti

gli effetti, non solo favorevoli ma anche pregiudizievoli, dell'attività non di diritto pubblico dei soggetti di cui ci si avvale; e che la P.A. possa rivestire la qualità di parte lesa nel procedimento penale avente ad oggetto la condotta del dipendente infedele non muta la responsabilità della prima nei confronti dei terzi, soltanto rilevando nei rapporti interni con quello.

Ancora, solo in caso di responsabilità indiretta è pienamente coerente col sistema generale (se non derogato da discipline speciali) di imputazione, nei rapporti interni, del carico dell'obbligazione risarcitoria l'attribuzione (talora normativamente prevista: v. ad es. l'art. 22, cpv., del richiamato d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3) di questo per intero al dipendente colpevole (in armonia con il sistema appunto di cui all'art. 2049 cod. civ.: da ultimo, Cass. 05/07/2017, n. 16512), salva per quest'ultimo la prova della colpa pure dell'amministrazione.

1.1 L'occasionalità necessaria

Alla puntualizzazione dell'ambito di operatività del criterio di imputazione ricondotto ai principi dell'art. 2049 cod. civ. va premesso un richiamo ai principi in tema di causalità nel diritto civile.

A partire dalla fondamentale elaborazione di queste Sezioni Unite di cui alle sentenze nn. 576 ss. del dì 11/01/2008 (alla cui -21- esauriente motivazione, tuttora valida e meritevole di piena condivisione, qui basti un richiamo), ai fini della definizione della causalità materiale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale va fatta applicazione dei principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., sicché un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*).

Tuttavia, il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 cod. pen. (per il quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale), trova un temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dal capoverso della medesima disposizione, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se quest'ultima risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle regolari linee di sviluppo della serie causale già in atto.

Al contempo, neppure è sufficiente tale relazione per dar luogo ad una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che appaiano ex ante idonee a determinare l'evento secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quello simile della c.d. regolarità causale: quest'ultima, a sua volta, individua come conseguenza normale imputabile quella che - secondo l'*id quod plerumque accidit* e così in base alla regolarità statistica o ad una probabilità apprezzabile ex ante - integra gli estremi di una sequenza costante dello stato di cose originatosi da un evento originario (ivi compresa la condotta umana), che ne costituisce l'antecedente necessario e sufficiente. E, sempre secondo i citati precedenti di queste Sezioni Unite, la sequenza costante deve essere prevedibile non da un punto di vista soggettivo, cioè da quello dell'agente, ma in base alle regole statistiche o scientifiche (se

non proprio, in sostanza, di empiria reiterata e verificata) e quindi per così dire oggettivizzate, da cui inferire un giudizio di probabilità di verificazione dell'evento.

Il principio della regolarità causale, rapportato ad una valutazione *ex ante*, diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra evento generatore del danno ed evento dannoso (nesso causale), da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale va più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo dell'illecito (la colpevolezza), ove questo per l'ordinamento rilevi; ma non potendo escludersi una loro efficienza peculiare nel senso dell'elisione, a certe condizioni, del nesso causale tra l'illecito ed il danno, come precisato dalle sezioni semplici di questa Corte (su cui vedi, per tutte, Cass. ord. 01/02/2018, nn. 2478, 2480 e 2482). 51.

Non è questa la sede per esaminare le differenze tra causa ed occasione o concausa, né per sanare la *contradictio in adiecto* della nozione di occasionalità necessaria: infatti, basta qui rilevare che questa coinvolge una peculiare specie di relazione di causalità, visto che, nella concreta elaborazione che finora se ne è operata e con le precisazioni di cui appresso, una tale occasionalità necessaria si identifica con quella peculiare relazione tra l'uno e l'altro tale per cui la verificazione del danno-conseguenza non sarebbe stata possibile senza l'esercizio dei poteri conferiti da altri, che assurge ad antecedente necessario anche se non sufficiente; ma qui va affermata la necessità che tale valutazione di impossibilità sia operata in base ai principi della causalità adeguata appena riassunti e così ad un giudizio controfattuale, oggettivizzato ex ante, di regolarità causale atta a determinare l'evento, vale a dire di normalità - in senso non ancora giuridico, ma naturalistico-statistico - della sua conseguenza.

Ne consegue che il preponente pubblico, con tale espressione potendo descrittivamente identificarsi lo Stato o l'ente pubblico nella fattispecie di interesse, risponde del fatto illecito del proprio funzionario o dipendente ogni qual volta questo non si sarebbe verificato senza l'esercizio delle funzioni o delle attribuzioni o dei poteri pubblicistici: e ciò a prescindere dal fine soggettivo

dell'agente (non potendo dipendere il regime di oggettiva responsabilità dalle connotazioni dell'atteggiamento psicologico dell'autore del fatto), ma in relazione all'oggettiva destinazione della condotta a fini diversi da quelli istituzionali o - a maggior ragione - contrari a quelli per i quali le funzioni o le attribuzioni o i poteri erano stati conferiti.

La conseguenza è l'integrale applicazione della disciplina della responsabilità extracontrattuale, che implica a sua volta un'adeguata delimitazione di tale conclusione:

In primo luogo, valgono i principi e le regole in tema di accertamento del nesso causale secondo le regole sopra ricordate;

In secondo luogo, vige l'elisione del nesso in ipotesi di fatto naturale o del terzo o del danneggiato che sia di per sé solo idoneo a determinare l'evento; In terzo luogo, si applica la regola generale dell'art. 1227 cod. civ. in tema di concorso del fatto colposo del danneggiato (su cui v., tra le altre, le già richiamate Cass. ord. nn. 2478, 2480 e 2482 del 2018).

Soprattutto, però, è insito nel concetto stesso di causalità adeguata che la sequenza tra premesse e conseguenze sia rigorosa e riferita a quelle tra queste che appaiano, con giudizio controfattuale di oggettivizzazione *ex ante* della probabilità o di regolarità causale, come sviluppo non anomalo, anche se implicante violazioni o deviazioni od eccessi in quanto anch'esse oggettivamente prevenibili, di attività rese possibili solo da quelle funzioni, attribuzioni o poteri.

Intanto può giustificarsi, infatti, la scelta legislativa di far carico al preponente degli effetti delle attività compiute dai preposti, in quanto egli possa raffigurarsi *ex ante* quali questi possano essere e possa prevenirli o tenerli in adeguata considerazione nell'organizzazione della propria attività quali componenti potenzialmente pregiudizievoli: e quindi in quanto possa da lui esigersi di prefigurarsi gli sviluppi che possono avere le regolari (in quanto non anomale od oggettivamente improbabili) sequenze causali dell'estrinsecazione dei poteri (o funzioni o attribuzioni) conferiti al suo preposto, tra i quali rientra la violazione aperta del dovere di ufficio la cui cura è stata affidata, non per nulla quello essendo circondato di garanzie o

meccanismi di salvaguardia anche interni alla stessa organizzazione del preponente (come rileva Cass. pen. n. 13799 del 2015 cit.).

Ne deriva che quest'ultimo andrà esente dalle conseguenze dannose di quelle condotte, anche omissive, poste in essere dal preposto in estrinsecazione dei poteri o funzioni o attribuzioni conferiti, che fosse inesigibile prevenire o raffigurarsi oggettivamente come sviluppo non anomalo, secondo un giudizio controfattuale oggettivizzato *ex ante*, di quell'estrinsecazione, quand'anche distorta o deviata o vietata: in tanto assorbita od a tanto ricondotta, almeno quanto alla sola qui rilevante fattispecie dei danni causati dall'illecito del pubblico funzionario, ogni altra conclusione sull'occasionalità necessaria, tra cui l'estensione alla mera agevolazione della commissione del fatto.

1.2. Sintesi

Per sintetizzare quanto fin qui esposto, occorre dunque postulare una natura composita della responsabilità dello Stato o dell'ente pubblico per il fatto illecito del dipendente o funzionario, per applicare i principi della responsabilità indiretta elaborati per l'art. 2049 cod. civ. all'attività non provvedimentale (o istituzionale) della pubblica amministrazione; e, in base ad essi, affermarne la concorrente e solidale responsabilità per i danni causati da condotte del preposto pubblico definibili come corrispondenti ad uno sviluppo oggettivamente non improbabile delle normali condotte di regola inerenti all'espletamento delle incombenze o funzioni conferite, anche quale violazione o come sviamento o degenerazione od eccesso, purché anche essi prevenibili perché oggettivamente non improbabili.

Sono pertanto fonte di responsabilità dello Stato o dell'ente pubblico anche i danni determinati da condotte del funzionario o dipendente, pur se devianti o contrarie rispetto al fine istituzionale del conferimento del potere di agire, purché: - si tratti di condotte a questo legate da un nesso di occasionalità necessaria, tale intesa la relazione per la quale, in difetto dell'estrinsecazione di detto potere, la condotta illecita dannosa - e quindi, quale sua conseguenza, il danno ingiusto - non sarebbe stata possibile, in applicazione

del principio di causalità adeguata ed in base al giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta; nonché - si tratti di condotte raffigurabili o prevenibili oggettivamente, sulla base di analogo giudizio, come sviluppo non anomalo dell'esercizio del conferito potere di agire, rientrando nella normalità statistica pure che il potere possa essere impiegato per finalità diverse da quelle istituzionali o ad esse contrarie e dovendo farsi carico il preponente delle forme, non oggettivamente improbabili, di inesatta o infedele estrinsecazione dei poteri conferiti o di violazione dei divieti imposti agli agenti.

Infine, adeguata protezione del preponente dal rischio di rispondere del fatto del proprio ausiliario o preposto al di là dei generali principi in tema di risarcimento del danno extracontrattuale si ravvisa nell'applicazione anche in materia di danni da attività non provvedimentale della P.A. dei principi in tema di elisione del nesso causale in ipotesi di caso fortuito o di fatto del terzo o della vittima di per sé solo idoneo a reciderlo e di quelli in tema di riduzione del risarcimento in caso di concorso del fatto almeno colposo di costoro.

2. La giurisprudenza successiva

In altre parole, "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 e agito per finalità esclusivamente personali o egoistiche ed estranee a quelle della 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 e 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 o illecito, non ne integrano uno sviluppo oggettivamente anomalo)".

(...)

La responsabilità di chi si avvale dell'esplicazione dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova radice non già in una colpa "*in eligendo*" degli ausiliari o "*in vigilando*" circa il loro operato, bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione (Cass., 27/03/2015, n. 6243), realizzandosi, e non potendo obliterarsi, l'avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino (cfr. Cass., 06/06/2014, n. 12833). (cfr. Corte di Cassazione, Sezione III civile, ordinanza 28987 dell'11 novembre 2019).

È bene non dimenticare che "nella fattispecie di cui all'art. 2049 cod.civ. i due soggetti, il padrone ed il commesso, rispondono per titoli distinti, ma uno solo di essi è l'autore del danno; in altri termini, non è implicato il concorso del preponente nella produzione del fatto dannoso, non essendo configurabile alcun suo apporto propriamente causale alla verifica del pregiudizio, ferma la corresponsabilità solidale nei confronti del danneggiato.

In nessun errore è incappata la Corte d'Appello ponendo a carico dell'Ateneo romano una responsabilità solidale fondata sulle ragioni chiarite ed una responsabilità concorrente, cioè una responsabilità diretta, indicativa del fatto che essa avesse, con un contributo causale efficiente proprio ed autonomo, concorso al verificarsi del danno.

Fondata è invece la censura relativa al fatto che la responsabilità ex art. 2049 cod.civ. sia stata invocata senza porsi il problema di individuare il fatto illecito imputato ai componenti della Commissione giudicatrice.

La responsabilità ex art. 2049 cod.civ. implica l'obbligo legale di risarcire il danno provocato dal fatto altrui, nasce direttamente in capo all'Università, in questo caso, e si giustifica in relazione all'esigenza di garantire il risarcimento al danneggiato, ponendo il danno a carico di colui che si avvale dell'opera altrui per realizzare un proprio interesse (*cuius commoda eius et incommoda*).

Il fatto illecito del domestico o del commesso, pur non essendo il fondamento dell'obbligo legale del padrone o committente, ma un presupposto

implica, salvo i casi in cui l'autore materiale dell'illecito sia rimasto anonimo — "l'azione civile per il risarcimento del danno, nei confronti di chi è tenuto a rispondere dell'operato dell'autore del fatto che integra una ipotesi di reato, è ammessa - tanto per i danni patrimoniali che per quelli non patrimoniali - anche quando difetti una identificazione precisa dell'autore del reato stesso e purché questo possa concretamente attribuirsi ad alcune delle persone fisiche del cui operato il convenuto sia civilmente responsabile in virtù di rapporto organico" (Cass. 15/04/2019, n. 10445; Cass. 28/12/2011, n. 29260) — che si accerti "il fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti". (cfr. Corte di Cassazione, Sezione III civile, ordinanza 14613 del 9 luglio 2020).

3. La giurisprudenza più recente

Questo è importante "va poi aggiunto che il fatto doloso dell'agente non esclude, nella specie, il nesso di occasionalità necessaria che fonda, ex art. 2049 cod. civ., la responsabilità di * S.p.a (pubblica ndr.). per il danno morale, in base ai principi già enunciati da questa Corte di legittimità (arg. ex Cass., sez. un., 16/05/2019, n. 13246). (cfr. Corte di Cassazione, Sezione III civile, ordinanza 261 del 12 gennaio 2021).

Ricordiamo che "escluso il nesso di derivazione eziologica tra premesse e conseguenze dannose, ove alla stregua dei poteri, funzioni e competenze, attribuiti alle PP.AA., fosse, comunque, "inesigibile prevenire o raffigurarsi oggettivamente come sviluppo non anomalo" quelle attività illecite che abbiano concorso a cagionare il danno (cfr. Corte cass. Sez. U -, Sentenza n. 13246 del 16/05/2019, in motivazione, paragr. 51-56, con riferimento al danno cagionato dalla attività illecita commessa dal funzionario nell'esercizio - deviato - delle competenze affidategli). (cfr. Corte di Cassazione, Sezione III civile, ordinanza 10038 del 15 aprile 2021).

Fondamentale inoltre risulta sapere che "appare evidente che non assumono decisivo rilievo la natura e la fonte del rapporto esistente tra preponente e preposto, essendo sufficiente anche una mera collaborazione od ausiliarità del preposto, nel quadro dell'organizzazione e delle finalità dell'impresa gestita dal preponente.

Il fondamento della responsabilità ex art. 2049 cod. civ. va, infatti, rinvenuto non già nella formale esistenza di un rapporto di lavoro, ma nel rapporto effettuale che si istituisce quando per volontà di un soggetto (committente), altro soggetto (commesso) esplica in fatto attività per di lui conto e sotto il suo potere; in altre parole, è sufficiente che l'agente sia inserito, anche se temporaneamente o occasionalmente, nell'organizzazione aziendale, ed abbia agito per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore.

Da ciò si deduce che la preposizione può derivare anche da un rapporto di fatto; che non sono essenziali né la continuità, né l'onerosità del rapporto; è, inoltre, sufficiente l'astratta possibilità di esercitare un potere di supremazia o di direzione, non essendo necessario l'esercizio effettivo di quel potere (cfr. Corte di Cassazione, Sezione III civile, ordinanza 5414 del 26 febbraio 2021).

Sotto altro profilo, questa Corte ha avuto più volte modo di porre in rilievo che, ove nell'espletamento della propria attività si avvalga dell'opera di terzi - ancorché non alle sue dipendenze -, il committente (o il preponente) accetta il rischio connaturato alla relativa utilizzazione nell'attuazione della propria obbligazione, e risponde pertanto direttamente di tutte le ingerenze dannose, dolose o colpose, che a costoro, sulla base di un nesso di occasionalità necessaria, siano state rese possibili in conseguenza della posizione conferita nell'adempimento dell'obbligazione medesima rispetto al danneggiato e che integrano il "rischio specifico" assunto dal debitore, fondandosi tale responsabilità sul principio *cuius commoda eius et incommoda* (cfr., con riferimento a differenti fattispecie, Cass., 12/5/2020, n. 8811; Cass., 14/2/2019, n. 4298; Cass., 22/11/2018, n. 30161; Cass., 12/10/2018, n. 25273; Cass., 6/6/2014, n. 12833; Cass., 13/4/2007, n. 8826).

È fatto peraltro salvo, nei rapporti interni, il diritto di rivalsa (cfr. Cass., 24/4/2019, n. 11194; Cass., 25/9/2012, n. 16254; Cass., 17/1/2012, n. 538. Cfr. altresì, Cass., 11/11/2019, n. 28987). (cfr. Corte di Cassazione, Sezione III civile, ordinanza numero 13595 del 19 maggio 2021).

In forza della più recente giurisprudenza di legittimità ai fini della sussistenza della responsabilità civile dell'imprenditore per fatto illecito commesso dal dipendente, non è necessaria l'esistenza

di uno stabile rapporto di lavoro subordinato essendo sufficiente che l'autore del fatto illecito sia legato all'imprenditore temporaneamente od occasionalmente e che l'incombenza disimpegnata abbia determinato una situazione tale da agevolare o rendere possibile il fatto illecito e l'evento dannoso. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto civilmente responsabile del reato di lesioni volontarie aggravate una società che gestiva una casa di riposo per anziani presso la quale l'imputata svolgeva mansioni di assistente). (Sez. 5, Sentenza n. 32461 del 22/03/2013).

Inoltre è stato precisato che in tema di responsabilità civile da reato, specificamente fondata sull'art. 2049 cod. civ., ovvero responsabilità solidale per il fatto altrui, sussiste la responsabilità del committente per l'attività illecita posta in essere dall'agente anche privo del potere di rappresentanza, quando la commissione dell'illecito sia stato agevolato o reso possibile dalle incombenze demandate a quest'ultimo e il committente abbia avuto la possibilità di esercitare poteri di direttiva e di vigilanza.
(...)

La causalità efficiente — come precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U -, n. 13246 del 16/05/2019, Rv. 65402601, in motivazione, §§ 46-51) — vale a descrivere null'altro che «una peculiare specie di relazione di causalità», da valutarsi alla stregua del criterio di regolarità causale con il quale è declinato in ambito civile il

principio di equivalenza causale di cui all'art. 41 cpv. cod. peri., tale per cui «la verifica del danno-conseguenza non sarebbe stata possibile senza l'esercizio dei poteri conferiti da altri, che assurge ad antecedente necessario anche se non sufficiente».

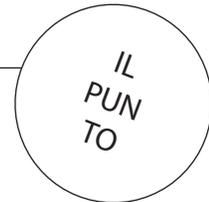
La scelta del legislatore è quella di far carico al preponente degli effetti delle attività compiute dai preposti, in quanto egli possa raffigurarsi ex ante quali questi possano essere e possa prevenirli o tenerli in adeguata considerazione nell'organizzazione della propria attività quali componenti potenzialmente pregiudizievoli: e quindi in quanto siano prevedibili gli sviluppi che le condotte regolari (in quanto non anomale od oggettivamente improbabili) in cui si estrinsecano i poteri (o funzioni o attribuzioni) conferiti al suo preposto (Cass. Sez. U. sent. cit. §§ 54, 56). (cfr. Corte di Cassazione, Sezione II penale, sentenza numero 19634 del 19 febbraio 2021).

È sufficiente un rapporto di occasionalità necessaria tra il fatto dannoso e l'incarico svolto dal condannato, certamente riscontrabile nel caso di specie, che «ricorre quando l'illecito è stato compiuto sfruttando comunque i compiti da questo svolti, anche se il dipendente ha agito oltre i limiti delle sue incombenze e persino se ha violato gli obblighi a lui imposti» (Sez. 6, n. 17049 del 14/04/2011, M., Rv. 250498-01) (cfr. Corte di Cassazione, Sezione I penale, sentenza numero 19092 del 9 marzo 2021).

“La programmazione degli acquisiti è un vero e proprio obbligo - non solo una forma di buona amministrazione -”.

Con la decisione della quinta Sezione, n. 5561 del 27 luglio 2021 il Consiglio di Stato puntualizza l'obbligo di programmazione degli acquisiti.

di Emanuela Pellicciotti



Introduzione

Il 27 luglio 2021 il Consiglio di Stato, con la decisione della quinta Sezione n. 5561 ha sintetizzato un importante principio: quello dell'obbligo di programmazione degli acquisiti.

Non si tratta di un principio interpretativo come quelli enunciati dall'Adunanza Plenaria, tuttavia, la decisione in esame si distingue innanzitutto per la sintesi – ed in un certo senso, anche l'esegesi dell'obbligo di programmazione degli acquisti. Inoltre, la pronuncia presenta il principio sotto una diversa luce.

Sarebbe facile osservare che l'obbligo di programmazione costituisce una declinazione, ben percepibile, del principio di buon andamento dell'azione amministrativa; tuttavia, il Consiglio di Stato pone l'accento anche sulle conseguenze derivanti dalla mancanza di programmazione e, in tal modo, sfiora i tasti della tutela della concorrenza e del divieto di frammentazione delle gare pubbliche. Così, l'obbligo di programmare gli acquisiti assume una connotazione di vero e proprio onere per le amministrazioni – e non solo di indicatore di una buona capacità gestionale dell'ente pubblico -.

La decisione in commento – per la verità, tanto breve quanto incisiva -, quindi, si presta ad un fluire di commenti che si innestano proprio su questo “switch” del concetto di “programmazione”,

da “indice di buona amministrazione” a vero e proprio “obbligo”.

Viene, a questo punto, da chiedersi anche quale sia la ricaduta pratica di questo principio e – nel fare ciò – si deve necessariamente partire dalla qualificazione dell'obbligo di programmazione: cioè, ad esempio, se si tratti di un obbligo di natura pre-contrattuale (quindi, risarcibile nei termini di questa tipologia di responsabilità), oppure se si verta in tema di responsabilità amministrativa (con le conseguenti ricadute in tema di responsabilità erariale).

Nelle riflessioni che seguiranno, si cercherà di dare conto dell'evoluzione motivazionale dei giudici di primo e di secondo grado, che si sono confrontati su questo tema e – senza pretesa di esaustività -, si anticipa che sembra potersi ricondurre l'obbligo di programmazione ad un principio immanente nel sistema dei contratti pubblici – cui seguirebbe presumibilmente una responsabilità pre-contrattuale in caso di inosservanza -.

A conforto di questa tesi si aggiunge la (successiva) Delibera ANAC n. 628 dell'8 settembre 2021 con la quale – pur in una fattispecie diversa di affidamento in prorogatio -, l'Autorità ha affermato la contrarietà alle norme in materia di appalti pubblici dell'affidamento di un servizio, reiterato senza procedura competitiva, frazionato artificialmente al fine di rimanere al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria e “viziato” da assenza di programmazione.

1. La sentenza del TAR Toscana n. 1495/2020 ...

Per meglio comprendere la portata della decisione in esame, è opportuno partire dalla sentenza impugnata che vi ha dato origine.

Si tratta, nello specifico della sentenza del TAR Toscana 23 novembre 2020, n. 1495. Con tale pronuncia, il Tribunale di prime cure aveva stabilito che era legittimo il comportamento di una stazione appaltante (il Ministero della Giustizia) che aveva deciso di non invitare ad una gara l'impresa uscente (poi ricorrente ed appellante), alla gara indetta per l'affidamento, sostanzialmente, del medesimo servizio sinora svolto dall'impresa stessa.

La stazione appaltante aveva - in tal modo - dato applicazione al principio di rotazione, ma la ricorrente aveva obiettato che la nuova gara così indetta - tramite procedura negoziata - era frutto di una mera erroneità nella programmazione delle esigenze della stazione appaltante e, quindi, illegittima.

In altre parole, la ricorrente contestava che il nuovo affidamento costituiva *ipso facto* una parcellizzazione artificiosa - e vietata - della realistica esigenza di acquisto del servizio; la stazione appaltante, infatti, voleva in tal modo acquisire le prestazioni di vigilanza armata per gli uffici giudiziari di Prato per un periodo di venti mesi e, tale durata, sarebbe stata indicata al solo fine di poter fruire della procedura di acquisto semplificata.

A ben vedere, infatti, non vi sarebbe stato alcun altro motivo per scegliere una durata di venti mesi, giacché il servizio richiesto è per sua natura continuativo e non subisce effetti limitativi nel tempo (ad esempio, per chiusure estive, ecc.) giacché il Tribunale era aperto tutto l'anno. Secondo la ricorrente, sarebbero bastati venti giorni in più per far scattare la soglia - limite di importo, oltre la quale non è più ammissibile l'utilizzo della procedura negoziata.

Di conseguenza, in luogo della procedura negoziata - cui accede il principio di rotazione - si sarebbe dovuto provvedere alle esigenze di acquisto della stazione appaltante mediante una gara aperta, alla quale - dunque - ben avrebbe potuto partecipare anche la società ricorrente. Da qui, l'interesse di quest'ultima ad impugnare la gara.

Il TAR Toscana, però, respinge il ricorso, così obbligando l'impresa ad interporre appello.

La motivazione del TAR Toscana, espressa nella sentenza n. 1495/2020, è interessante perché - a suo tempo - aveva dato ai commentatori il destro di immaginare orizzonti sconfinati alla libertà di programmazione della stazione appaltante, valorizzando al massimo la discrezionalità attribuita a quest'ultima nella programmazione dei propri acquisiti.

Il Tribunale Amministrativo, in realtà, non si era limitato ad attestarsi sul "principio di ampia discrezionalità", ma aveva dedotto che la durata temporale scelta dalla stazione appaltante fosse coerente - quanto meno - con le scelte sinora operate dalla stessa, giacché anche le gare precedenti erano state indette per durate di tempo analoghe o addirittura inferiori.

La scelta dei "venti mesi", quindi, appariva coerente - se non sotto l'aspetto "logico" -, quanto meno in senso "storico".

E così, il TAR Toscana argomenta: "*... se ne deve dunque inferire che la stazione appaltante abbia ritenuto, nell'esercizio della propria insindacabile discrezionalità, il periodo mediamente annuale di durata del servizio, quello meglio rispondente alle proprie esigenze; viceversa, nella fattispecie non ricorrono elementi dai quali desumere che la durata temporale dell'appalto sia stata ristretta in modo disfunzionale o irragionevole e con il solo scopo di sottrarlo all'ambito di applicazione delle disposizioni del codice dei contratti relative alle soglie europee;*".

Ma il passaggio cruciale della sentenza è quello immediatamente successivo, dove sembra enunciarsi un principio forse troppo generale (o generico) per poter resistere alla verifica di logicità e buon andamento dell'azione amministrativa: "*... d'altro canto, non è previsto dalla legge, con riguardo a tale specifica determinazione, un particolare onere motivazionale, la cui imposizione a carico delle stazioni appaltanti sarebbe in contrasto con il principio di semplificazione;*".

Dunque, secondo il Tribunale di merito, la semplificazione delle procedure di acquisto - auspicata e sancita dal Codice dei Contratti pubblici - è lo snodo amministrativo che consente alle stazioni appaltanti di poter gestire le proprie esigenze "liberamente", cioè di fatto senza esprimere particolari motivazioni.

Il TAR Toscana, quindi, distilla il principio secondo il quale le esigenze di acquisto dell'Amministrazione rientrano anch'esse nell'alveo – assai ampio – della discrezionalità amministrativa.

Le stazioni appaltanti, quindi, non trovano nel Codice dei Contratti pubblici uno strumentario per dare attuazione alle loro esigenze, ma – al contrario – hanno (astrattamente) la libertà (rectius, la "discrezionalità") di poter decidere di adeguare le loro esigenze a questo o a quello strumento/ tipologia di gara, senza particolare necessità di motivazione.

Ebbene, la ricorrente dissente da questa rappresentazione e obietta che, se portata ad estreme conseguenze, frustrerebbe proprio i principi di buon andamento dell'azione amministrativa che pervadono l'intero codice dei Contratti pubblici. Ma non solo: il criterio di "massima discrezionalità" si scontrerebbe sia con il principio di trasparenza (immanente nell'attività amministrativa e, comunque, sancito sin dalla Legge n. 241 del 1990), sia con un altro baluardo del sistema degli acquisti pubblici: il principio di concorrenza – che si declina, fra l'altro, anche come divieto di frammentazione degli appalti -.

E che le scelte di acquisto dell'Amministrazione debbano soggiacere ad una rigorosa programmazione, infatti, è ben evidente nel settore dei lavori pubblici; qui, infatti, il Decreto Legislativo n. 50 del 2016, anche alla luce delle recenti riforme in termini di semplificazione, si connota proprio per la centralità della progettazione e per l'utilizzo (sempre più esteso) del sistema BIM con il quale è possibile valutare anticipatamente possibili criticità e così prevenire ex ante il ricorso alle (dispendiose e complesse) varianti.

Di fronte a tale scelta del legislatore per i lavori pubblici, avrebbe una strana dissonanza una scelta diametralmente opposta per i servizi e le forniture, lasciate alla "discrezionalità programmatica" delle diverse stazioni appaltanti.

Se, infatti, è certamente più intuitivo abbinare un progetto ed un quadro economico all'esigenza di un'Amministrazione di dotarsi di un'opera pubblica, altrettanto si dovrebbe ipotizzare per l'acquisizione di servizi (e, auspicabilmente, anche di forniture) – soprattutto se si tratta di servizi caratterizzati da esigenze di continuità (come quelli in esame) -. Per tali servizi, infatti, è facile ipotizzare una

durata pressoché "senza limite" e, quindi, appare poco giustificabile un acquisto del servizio limitato ad un periodo di tempo particolarmente breve: ciò, soprattutto, se nella Determinazione di acquisto non viene esplicitato il motivo di tale scelta (ad esempio, giustificandola con l'eventuale soppressione della sede giudiziaria cui il servizio di vigilanza è dedicato).

2. ... e la decisione in appello del Consiglio di Stato, n. 5561/2021

Come è stato anticipato, la ricorrente – non soddisfatta della pronuncia in prime cure – ha interposto appello e, in tale sede si premette subito che il Consiglio di Stato ha ribaltato completamente la sentenza impugnata.

Il Collegio, infatti, ha affermato che "...è illegittima la determinazione a contrarre che non contiene alcuna esternazione delle ragioni idonee a giustificare il frazionamento dell'appalto su base temporale, limitandosi a rappresentare la necessità del rispetto del principio di rotazione e di garantire la continuità del servizio".

Dunque, il Consiglio di Stato ha valorizzato le fasi prodromiche della gara, quelle in cui si decide quali sono le realistiche esigenze della stazione appaltante e, di conseguenza, si procede all'indizione della procedura concorrenziale.

La scelta della tipologia di gara, quindi, è quella che garantisce l'approvvigionamento più consona – oggettivamente – alle esigenze della stazione appaltante, al di là di contingenze (ad esempio, temporali) che potrebbero indurre a scegliere procedure semplificate al fine di concludere prima le operazioni di gara.

Secondo il Collegio, dunque, si torna ad una riflessione "a monte", in termini di buona organizzazione della gestione pubblica e di trasparenza nella fase decisionale che – inevitabilmente – si riflette sulla legittimità delle procedure "a valle".

E questo è lo snodo peculiare della decisione in commento: l'illegittimità della procedura di gara prescelta è un precipitato dell'obbligo, per l'Amministrazione, di scegliere correttamente tra gli strumenti procedurali a sua disposizione, dopo aver esplicitato – con valutazione oggettiva e trasparente - le proprie esigenze.

E, così, la scelta della stazione appaltante, che nasce dal "prudente" apprezzamento del proprio programma di acquisito, fa' diventare un obbligo la programmazione stessa: secondo il Collegio, questa è la corretta interpretazione dell'art. 21 del Codice dei Contratti pubblici.

"Programmare", quindi, si legge non come antitesi della "discrezionalità" indicata dal TAR Toscana, ma come "obbligo di esplicitare la motivazione" per la quale tale discrezionalità è stata spesa. Dunque, un invito ad una sorta di endiadi che potrebbe essere riassunta con l'espressione "discrezionalità funzionale" o "discrezionalità programmata", il che - a ben vedere - non è un concetto nuovo, solo che si pensi alla programmazione (ad esempio) degli acquisiti di forniture in ambito sanitario.

Ciò non significa - si badi - che l'obbligo di programmazione non possa essere disatteso (ad esempio, ove sia necessario acquistare servizi di natura eccezionale, o in quantità diverse da quelle programmate/programmabili), ma certamente, nei casi come quello attenzionato dal Collegio, la motivazione deve essere esplicitata.

Del resto, sempre mutuando l'esempio della disciplina degli acquisti sanitari, si comprende che la programmazione è la formula migliore per garantire - da un lato - economie di scala e - dall'altro lato - la fruizione dei servizi acquistati con una giusta periodicità/costanza, per consentire serenamente la predisposizione della successiva gara di affidamento. Oltre a ciò, soprattutto nei servizi in cui non si ravvede la prospettiva di particolari innovazioni (come nel caso esaminato), la programmazione a lungo termine garantisce anche una migliore conoscenza delle esigenze specifiche del servizio (ad esempio, nel caso di specie, per la modulazione degli orari della vigilanza), con un conseguente miglioramento della qualità dello stesso.

Diverso, ad esempio, sarebbe il caso di taluni peculiari servizi - anche quelli "ad alta intensità di manodopera", nei quali (per definizione) l'aspetto "tecnico" è apprezzato meno di quello riferito al "personale" - in cui - nel corso del tempo - sorgono esigenze legate ad innovazioni tecnologiche non ipotizzabili nel breve termine. È questo il caso, di taluni servizi di pulizia in cui - per dare seguito ad apprezzabili esigenze ecologiche - sono state richieste novazioni afferenti l'uso di prodotti, o

macchinari connotati da una impronta più "green". Tanto a dire che anche la programmazione - intesa come obbligo legato alla specificità dei vari servizi - può essere oggetto di una più che legittima "revisione", ma - come ricorda il Consiglio di Stato con la decisione in commento - tale evenienza deve trovare una trasparente e logica motivazione all'interno della Determinazione di indizione della gara.

Il Collegio, nell'esaminare l'appello, nota che: *"Il primo motivo di appello si articola in due punti; anzitutto viene dedotta l'assenza della programmazione biennale ai fini degli acquisti di beni e servizi (di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed agli artt. 6 e 7 del d.m. 16 gennaio 2018, n. 14) criticandosi la sentenza per omessa pronuncia al riguardo, tanto più rilevante in ragione dell'interrelazione tra assenza di programmazione e frazionamento della durata dell'appalto. La censura è fondata."*

Forse, ritenendo secondario esaminare l'eccezione relativa alla violazione del D.M. 16 gennaio 2018, n. 14 recante "Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali." - ove, infatti, l'art. 6 parla di "programma biennale degli acquisti di forniture e servizi" e nel successivo art. 7 si tratta il tema delle "varianti" nei casi di eccezionale necessità -, il Consiglio di Stato si concentra in primis sull'interpretazione dell'art. 21 (e dell'art. 35, comma 6!) del vigente Codice dei Contratti pubblici.

In proposito, subito enuncia che *"Non sussiste una giurisprudenza consolidata sull'efficacia della programmazione degli acquisiti e, dunque, sulle conseguenze dell'assenza della medesima; è però indubbio che l'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 ne enuclea una portata obbligatoria, con un'evidente finalità di pianificazione e di trasparenza."*

E spiega - qui entrando in dissenso rispetto al giudice di primo grado -: *"Anche a postularne un'efficacia di mera programmazione, di strumento di pianificazione della spesa, con carattere cogente nei soli confronti dell'amministrazione (in termini Cons. Stato, IV, 18 febbraio 2016,*

n. 651), non può negarsi l'incidenza della stessa sotto il profilo dell'impiego razionale delle risorse, e dunque, per coerenza, ammettersi che la carenza di programmazione possa riflettersi sulla frammentazione degli affidamenti. Almeno in questi termini il motivo appare dunque fondato, come pure in ragione della mancata indicazione delle ragioni che consentivano (a termini dell'art. 7 del d.m. n. 14 del 2018) di effettuare servizi e forniture non inserite nell'elenco."

Quindi, pur riconoscendo che non esiste una norma cogente che imponga una programmazione "a lungo termine", ovvero una norma che disponga l'obbligo di programmare l'acquisto dei servizi sulla base di una "valutazione circa il fabbisogno complessivo ed oggettivo degli stessi", tuttavia, proprio nelle pieghe dell'art. 21 il Consiglio di Stato legge la "codificazione" di un principio immanente - di portata tanto generale che non può essere realisticamente positivizzato in una norma, ma che ugualmente deve essere utilizzato in chiave interpretativa dell'intero Codice dei Contratti -.

Tale interpretazione, in realtà, era già stata formalizzata dallo stesso Consiglio di Stato - in sede consultiva - quando si era pronunciato in relazione (appunto) al D.M. n. 14/2018 (vds. parere n. 1806/2017) e, in tale sede, aveva evidenziato la necessità di una accurata programmazione per evitare i ben noti effetti di lievitazione di tempi e costi (e necessità di varianti) dei contratti pubblici - propugnando la tesi che l'accuratezza della programmazione avrebbe evitato le criticità della fase esecutiva -.

Nella stessa linea, inoltre, la L. n. 11/2016 (contenente la delega per la emanazione del vigente Codice dei contratti pubblici), delineava un apparato di centralizzazione degli acquisti e di professionalizzazione dei relativi organi deputati all'approvvigionamento delle stazioni appaltanti, immaginando una programmazione iniziale che si sarebbe dovuta tradurre in una migliore funzione (interna ed esterna) di controllo.

Si tratta di una declinazione "pragmatica" dei principi di trasparenza e buon andamento dell'Amministrazione che - sebbene solo con particolare riguardo ai lavori pubblici ed ai servizi e forniture con "orizzonte biennale" - sono stati positivizzati proprio nel D.M. 16 gennaio 2018, n. 14.

Ma non appare corretto - in una lettura costituzionalmente orientata - ridurne la portata alle sole fattispecie indicate nel medesimo Decreto Ministeriale: si tratta, infatti, di principi dotati di evidente vocazione generale, quindi "espansiva". La riprova di ciò sta nel fatto che - dissentendo da tale principio - si è, nei fatti, verificato il caso di un frazionamento sine causa dell'appalto: fattispecie non solo vietata, ma soprattutto non rispondente ad apprezzabili esigenze pratiche della stazione appaltante.

Prosegue, quindi, il Collegio, collegandosi alle precedenti riflessioni e riconoscendo: *"Maggiore pregnanza assume il sub-motivo con cui si deduce l'artificioso frazionamento temporale dell'appalto, con durata di soli venti mesi, onde rimanere al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria (per soli 11.000 euro), in violazione di quanto prescritto dall'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre sarebbero bastati dieci giorni in più per superare la predetta soglia; peraltro appare incoerente una siffatta durata con la programmazione biennale, in quanto non è consentito che nello stesso ambito programmatico possano coesistere due o più procedure per lo stesso servizio, ma "spezzettate". Per l'appellante, se il bisogno è biennale, la durata del contratto deve essere almeno biennale; in ogni caso, ai sensi dell'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, il frazionamento deve essere correlato a "ragioni oggettive", che non sono invece esterne nella deliberazione a contrarre."*

A questo punto, si può affermare che *"La fondatezza del motivo appare evidente proprio nella prospettiva da ultimo evidenziata. L'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che «un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano». Nella fattispecie controversa la determinazione a contrarre non contiene alcuna esternazione delle ragioni idonee a giustificare il frazionamento dell'appalto su base temporale, limitandosi a rappresentare la necessità del rispetto del principio di rotazione e di garantire la continuità del servizio."*

Appurato, quindi, che non vi è una norma positiva ad imporre la programmazione, ma vi è comunque un principio immanente che pervade l'intero settore degli appalti pubblici - che non può essere

pretermessa -, rimane aperto, però, il tema della "discrezionalità amministrativa", posto alla base della decisione del TAR Toscana.

Su questo aspetto, il Consiglio di Stato sembra voler frenare (o, forse, riservare a decisioni in cui si evidenzino meglio la fattispecie) la portata innovativa della decisione in esame.

Sul punto, infatti, osserva: *"In assenza di motivazione sulle ragioni del frazionamento, l'artificialità del medesimo può essere dimostrata in via indiziaria; a tale dimostrazione concorre la prefissazione della durata del contratto a venti mesi, implicante il raggiungimento di un importo che "lambisce" la soglia comunitaria, non coerente con la programmazione biennale, e soprattutto con l'affermazione che «i servizi di vigilanza degli Uffici giudiziari sono necessari ed irrinunciabili in quanto funzionali al mantenimento di adeguati livelli di sicurezza pubblica ed all'ordinato svolgimento delle attività giudiziarie», sì da risultare illogica una durata limitata nel tempo, se non con lo scopo di non superare la soglia comunitaria, che appare dunque l'obiettivo, non dichiarato "apertis verbis", ma evidentemente strumentale, che domina la determinazione gravata."*

Nel caso esaminato, perciò, il vulnus riconosciuto in appello risiede nella mancanza di una esplicita motivazione che possa giustificare l'acquisizione per un periodo così breve, di un servizio potenzialmente privo di un orizzonte temporale. In casi come quello esaminato, quindi, il Collegio ritiene che la corretta interpretazione dell'art. 21 del Codice dei Contratti pubblici imponga l'espletamento di una gara aperta, per l'acquisizione di un servizio di più lunga durata - ma, soprattutto, per evitare che vi sia una immotivata limitazione della platea dei partecipanti -.

In altre parole, il Consiglio di Stato valuta che, nel caso di specie, vi sia stata una pedissequa quanto maldestra applicazione del principio di rotazione che - distorcendone il significato pro-concorrenziale - abbia, invece, comportato una preclusione alla partecipazione del ricorrente: ma senza alcuna giustificazione!

Pertanto, *"In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, nei limiti dell'interesse"*.

3. Il "criterio indiziario" ed i precedenti nella prassi ANAC

Un interessante risvolto della decisione in esame emerge dal "criterio indiziario" che il Collegio sembra assumere nella sua argomentazione.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, sarebbe corretta la ricostruzione dell'appellante secondo la quale la violazione dell'obbligo di una razionale programmazione degli acquisiti da parte della stazione appaltante diventa essa stessa un *vulnus* dal momento in cui si riverbera in un "frazionamento della durata dell'appalto". In questo modo, quindi, vengono uniti dallo stesso "disegno"/illegittimità due aspetti che, ab origine, sembrerebbero del tutto slegati fra loro.

Non che l'appellante abbia fornito una prova della correlazione fra la "erronea programmazione" e la scelta di adire una procedura negoziata. Però, secondo i giudici, la durata del servizio limitata a soli venti mesi e con un importo di poco sotto la soglia limite stabilita per le procedure negoziate non può che essere indice di un "frazionamento artificioso dell'appalto".

A convincere il Consiglio di Stato non vi è solo il contrasto con il termine di programmazione dei servizi (biennale) stabilito dal D.M. n. 14/2018, ma soprattutto l'incoerenza tra la periodicità e la obiettiva necessità di dotazione del servizio - enfatizzata dalla mancanza di motivazione sul punto -.

Se il medesimo servizio fosse stato acquisito per una durata biennale, nonostante anche quest'ultima sia poco coerente con una esigenza continuativa di sorveglianza del Tribunale, probabilmente il Consiglio di Stato non avrebbe giudicato "immotivata" la scelta dell'Amministrazione ed avrebbe confermato la validità della gara - senza intravedere alcuna "artificialità" nella scelta della durata del servizio e, quindi, senza volersi avvalere di tale espediente per poter declinare verso una procedura competitiva semplificata.

Il rilievo della decisione, perciò, parrebbe potersi "confinare" alle ipotesi in cui il "rinnovo" dell'affidamento avviene in condizioni quanto meno "non adeguatamente motivate" e "infra biennali", ma, se così fosse effettivamente, si finirebbe con lo sbarrare la strada solo ai casi (comunque, frequenti) di "brevi rinnovi" o "piccoli affidamenti" cui sovente le Amministrazioni ricorrono - anche e

proprio perché si trovano alle soglie della scadenza contrattuale senza riuscire oggettivamente a proporre una adeguata programmazione sulla quale costruire il nuovo affidamento -.

Ciò, però, apparirebbe distonico in un periodo congiunturale come quello attuale, in cui il mercato dei contratti pubblici è una delle più elogiate leve di ripresa economica.

In tale contesto, il pericolo di restrizioni alla concorrenza è veicolato – soprattutto nei settori ad alta intensità di mano d’opera – proprio dal frazionamento degli acquisti funzionale a non superare le soglie. Per tale motivo, correttamente il Legislatore (basti pensare solo alle recentissime modifiche introdotte con il “Decreto Semplificazione bis”), dove ha inteso incentivare l’uso delle procedure semplificate, ha indicato puntualmente le soglie e contingentato la situazione emergenziale a strette tempistiche.

Tuttavia, la decisione in esame sembra potersi anche esportare in un contesto più ampio, quando sottolinea – forse non con particolare incisività, per non entrare nel merito della “discrezionalità amministrativa” – la centralità della programmazione degli acquisiti sotto l’aspetto della “razionalità e trasparenza amministrativa”.

In questo modo, infatti, questa pronuncia può essere evocata in tutti quei casi in cui si verte in materia di “dimostrazione in via indiziaria” di un illecito comportamento da parte delle stazioni appaltanti – che si palesa anche in un utilizzo “sine causa”, o illogico, o semplicemente “astratto” di uno strumento astrattamente idoneo.

A ben vedere, quindi, la decisione in esame si pone quale esempio rafforzativo di quell’onere motivatorio – e, a questo punto, anche “lungimirante” – che deve presiedere ad ogni decisione dell’Amministrazione, anche nei casi in cui essa agisce utilizzando correttamente gli strumenti a disposizione - ma dimostra così facendo, di aver sbagliato obiettivo -.

Dal canto suo, l’Autorità Nazionale Anti Corruzione ha a più riprese anticipato questo *sentiment*, addirittura in vigenza del precedente D.Lgs. n. 163/2006 – meno attento al tema della programmazione, rispetto al vigente Codice dei contratti pubblici -; in particolare, con la Determinazione n. 5/2013 l’AVCP ha posto all’attenzione le “Linee Guida su sulla programmazione, progettazione ed esecuzione del

contratto nei servizi e nelle forniture”, dalle quali è stato tratto gran parte del materiale poi confluito nel citato D.M. n. 14/2018.

In tali Linee guida, l’AVCP insisteva sulla programmazione “a monte” degli acquisiti sottolineando che essa “non è solo un momento di chiarezza, fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, ... ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell’azione amministrativa. (...)” e, soprattutto, che la carenza di programmazione “dalle attività di vigilanza dell’Autorità ... genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l’avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l’imprecisa definizione dell’oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa.”.

Da ultimo – con la Delibera n. 628 dell’8 settembre 2021 - l’Autorità (sebbene, come detto , in relazione ad una fattispecie diversa, di affidamento in proroga e senza gara), si avvicina alla tesi illustrata dalla decisione in commento, valutando il comportamento della stazione appaltante come “illegittimo”, sulla base del medesimo “criterio indiziario” utilizzato dal Consiglio di Stato.

Infatti, l’ANAC ha modo di osservare che “L’indagine avviata ... in seguito all’esposto di alcuni consiglieri comunali rileva come la gestione degli impianti di depurazione comunali, affidata senza gara nel 2014, in quanto considerata inferiore alla soglia di 40.000 euro, è stata oggetto di ulteriori e sistematiche proroghe sino al 2020 attraverso il meccanismo del rinnovo tacito, arrivando al valore complessivo di oltre 250.000 euro. Questo è avvenuto sia frazionando illecitamente un’unica prestazione continuativa in contratti annuali, sia scorporando attività intimamente connesse alla gestione dei depuratori (smaltimento dei fanghi, lavori di manutenzione, eccetera), facendoli oggetto di separati affidamenti. ”.

Anche nel caso esaminato dall’Autorità, la difesa della stazione appaltante è consistita nell’espone le difficoltà di attribuire all’appalto una durata prevedibile, in ragione proprio della peculiarità delle prestazioni – come a dire, ad una “fisiologica”

manca di programmazione, dettata proprio dalla natura del servizio -.

L'ANAC, però non ha condiviso tale ricostruzione e, anzi, ha affermato: *"Tale modus operandi del Comune ... presenta varie anomalie e solleva diverse criticità. Oltre ad essere vietato per legge il frazionamento dell'appalto, così come il rinnovo tacito del contratto, emerge la violazione dei principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, stabiliti dal diritto comunitario. ... Non risultano accoglibili le argomentazioni dedotte dal Comune per motivare, in deroga alle norme, la scelta di reiterare affidamenti di durata annuale allo stesso contraente, relativamente a una prestazione che sin dal principio prevedeva si dovesse estendere in diverse annualità in attesa del perfezionamento delle prescritte autorizzazioni. Nel caso specifico ... il Comune doveva procedere con un contratto pluriennale congegnato con la previsione di adeguate penali per inadempimento e clausole rescissorie."*

In conclusione, anche secondo l'Autorità Anti Corruzione, l'assenza di concreta ed idonea motivazione - anche sotto il profilo tecnico - costituisce "criterio indiziario" di una illegittimità che nasce da una errata (o assente) capacità programmatoria.

Pareri & Sentenze



TAR Emilia Romagna, Sez. II, 01/10/2021, n. 816

Accordo quadro quale disciplina generale alla quale gli operatori economici devono attenersi in vista della stipulazione, a valle, di successivi contratti esecutivi, in numero non predeterminabile, entro il limite economico costituito dalla quota parte di rispettiva assegnazione nell'interesse e secondo le esigenze dell'amministrazione

"il contratto quadro realizza un pactum de modo contrahendi ossia un contratto "normativo" dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel "vincolare" la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti ...". Da esso discende "... non un assetto di specifiche obbligazioni, bensì una disciplina generale alla quale gli operatori economici devono attenersi in vista della stipulazione, a valle, di successivi contratti esecutivi, in numero non predeterminabile, entro il limite economico costituito dalla quota parte di rispettiva assegnazione nell'interesse e secondo le esigenze dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2018, n. 1455)" (T.A.R. Campania Napoli, sez. I - 7/1/2021 n. 89). ... La fissazione dell'importo massimo rende legittima la lex specialis, in quanto predetermina in maniera chiara il limite quantitativo dello sforzo organizzativo, che potrà essere richiesto al fornitore, il quale, in quanto aggiudicatario di un accordo quadro e non di un ordinario appalto, non può pretendere una precisa determinazione delle clausole degli ordinativi. L'assunto è perfettamente aderente alla ricostruzione che dell'istituto dell'accordo quadro viene fatto dalla giurisprudenza e dalla dottrina che hanno valorizzato le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia europea con la sentenza più volte citata. Ha ancora precisato il Consiglio di Stato: "È ben vero che la stipula dell'accordo quadro, come configurato, con una molteplicità di servizi e forniture può creare una situazione di 'asimmetria' tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante, in quanto, l'aggiudicatario ha l'obbligo di rifornire la pubblica amministrazione che lo richieda, al prezzo risultato migliore, tuttavia, tale aspetto non incide sulla possibilità di formulazione dell'offerta, ma semmai sulla convenienza economica dell'operatore a partecipare alla procedura e a stipulare l'accordo ed i conseguenti contratti in sede di esecuzione" (Cons. St., n. 1222/2019)>>."

Consiglio di Stato, Sez. V, 29/9/2021, n. 6542

"in assenza di motivata e diversa scelta della lex specialis, le due imprese partecipanti all'associazione temporanea non possono dirsi tenute a presentare ciascuna una referenza bancaria, atteso che il raggruppamento si caratterizza come un unico soggetto giuridico"

"Il secondo motivo di gravame, riproduttivo del secondo motivo di primo grado, deduce poi che, a termini dell'art. 12 del disciplinare di gara, tra i requisiti di capacità economico finanziaria, vi era lo "avere idonea dichiarazione bancaria rilasciata da almeno un istituto di credito o intermediario autorizzato ai sensi del d.lgs. n. 385 del 1993" e che la referenza bancaria "... " presentata dall'aggiudicatario risultava rilasciata dalla sola OMISSIS Costruzioni e non anche dalla OMISSIS s.r.l. (la quale, a detta dell'appellante, non avrebbe potuto conseguirla in ragione del fatto che dal bilancio di esercizio dell'anno 2019 risultava avere debiti nei confronti degli istituti di credito per euro 420.209,00); di contro, nel caso di specie, costituito da A.T.I. orizzontale, in cui tutti gli operatori che la costituiscono sono solidalmente responsabili per l'esecuzione dell'opera, entrambi avrebbero dovuto dar prova della loro capacità economico-finanziaria mediante presentazione di distinta referenza bancaria Il raggruppamento temporaneo di imprese è, ai fini della procedura di gara, da intendersi come unitario operatore economico.

Ne segue che, in assenza di motivata e diversa scelta della lex specialis, le due imprese partecipanti all'associazione temporanea non possono dirsi tenute a presentare ciascuna una referenza bancaria, atteso che il raggruppamento si caratterizza come un unico soggetto giuridico (Cons. Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 18)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 27/9/2021, n. 6483

Offerta tecnica e principio di equivalenza in ordine a talune caratteristiche tecniche dei prodotti offerti

"a fronte di caratteristiche dei contenitori che nel complesso consentivano il raggiungimento degli scopi indicati dalla legge di gara, la mera diversità del materiale offerto rispetto a quello indicato dalla legge di gara non poteva costituire motivo di esclusione dell'offerta, non essendo del resto tale conseguenza neppure prevista dalla legge di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5505) ... come chiarito dalla giurisprudenza, il principio di equivalenza "fonda su principi generali che informano la disciplina dei pubblici affidamenti ed in forza dei quali la commissione di gara ben può "valutare equivalenti talune caratteristiche tecniche dei prodotti offerti (rispetto alle specifiche prescrizioni contenute nella lex specialis) anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto ex specialis" (cfr. Cons. Stato, III, n. 2103/2018; n. 747/2018)" (Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212) e permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, ispirandosi "...al criterio della conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte" (Cons. Stato III, 2 marzo 2018, n. 1316), indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, al fine di ampliare la platea dei partecipanti alle gare pubbliche."

Consiglio di Stato, Sez. V, 20/9/2021, n. 6407

Deve essere dichiarato il provvedimento di esclusione in una gara precedente per consentire alla stazione appaltante di valutare se il concorrente abbia commesso un "grave illecito professionale"

"Nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientra anche un provvedimento di esclusione subito dall'operatore concorrente in altra procedura di gara da altra stazione appaltante in quanto sia scaturito da condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico per l'esecuzione del contratto in affidamento....il provvedimento di esclusione - come una pronuncia civile (es. di risoluzione

di precedente contratto di appalto per inadempimento) o penale (es. che accerti la commissione di un reato da parte di amministratori della società partecipante alla procedura anche solo allo scopo di applicare una misura cautelare o solamente la prospetti all'esito dell'attività di indagine disponendo il rinvio a giudizio) – va dichiarato allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all'esito della quale è stato adottato; è quest'ultima che la stazione appaltante è tenuta ad apprezzare per dire se il concorrente abbia commesso un "grave illecito professionale", inteso come comportamento contrario ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, incidente sulla sua affidabilità professionale. Il provvedimento di esclusione – ma, lo si ripete, come qualsiasi altra pronuncia civile o penale – vale al più come "adeguato mezzo di prova" per le circostanze ivi rappresentate e la documentazione cui è fatto rinvio per dirle provate. Dire, allora, che il concorrente è onerato di dichiarare una "precedente esclusione", è formula sintetica per dire che il concorrente è tenuto a dichiarare quella pregressa vicenda professionale astrattamente in grado di far dubitare della sua integrità e affidabilità professionale come operatore chiamato all'esecuzione di un contratto d'appalto (che abbia condotto la stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione)."

TAR Veneto, Sez. II, 14/9/2021, n. 1092

Accesso a parere legale consentito quando tale parere ha una funzione endoprocedimentale

"La giurisprudenza costante del giudice amministrativo, con riferimento alla richiesta di accesso dei pareri legali, ne riconosce 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 (Cons. St., ord., sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4798); 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 (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1761; id., sez. VI, 13 ottobre 2003, n. 6200).

Ai sensi dell'art. 24 della L. n. 241 del 1990, possono essere sottratti all'accesso, in virtù del segreto professionale e dell'esigenza di tutelare la riservatezza nei rapporti tra difensore e parte interessata, i pareri legali resi in relazione ad una lite potenziale o in atto, la inerente corrispondenza e gli atti defensionali. Tale regola, che ha una portata generale per tutti gli enti pubblici, risponde alla necessità di salvaguardia della strategia processuale della parte, che non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto, e tanto meno al proprio contraddittore attuale o potenziale, gli argomenti in base ai quali intende confutare in giudizio le pretese avversarie (cfr. sul punto: Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003 n. 6200; Id., sez. V, 23 giugno 2008 n. 3119)."

TAR Puglia, Sez. Unite, 10/09/2021, n. 1348

"il chiarimento reso dalla stazione appaltante può spingersi fino al limite della interpretazione autentica di una clausola del bando di gara"

"Nella dinamica di una gara di appalto, la richiesta di chiarimenti da parte dei concorrenti alla gara è perfettamente lecita; così come lecita e, anzi, legittima è la conseguente attività di interlocuzione con la quale la stazione appaltante rende il chiarimento richiesto Il chiarimento deve però mantenersi entro un ben definito spazio logico e argomentativo, senza incidere sulla legge di gara.

-La gara di appalto è infatti disciplinata essenzialmente dal bando – nel nostro caso, lettera di invito-, che ne detta le regole e che, pertanto, contiene il decalogo cui ogni concorrente deve attenersi per potervi partecipare in condizioni di parità con altri operatori economici.

-In virtù della superiore esigenza, il chiarimento reso dalla stazione appaltante può spingersi fino al limite della

interpretazione autentica di una clausola del bando di gara, allo scopo di rendere noto inequivocabilmente il modo di intendere la sussistenza di un requisito partecipativo previsto a pena di esclusione.

-Quando, invece, il chiarimento incide sull'essenza stessa di un requisito di partecipazione alla gara esso dà vita ad una modifica non consentita delle regole del gioco, trattandosi di attività che si pone in contrasto con la par condicio."

TAR Liguria, Sez. I, 09/09/2021, n. 790

Gara telematica: Conseguenze derivanti dall'invio a mezzo PEC, anziché tramite la piattaforma, di una parte dell'offerta tecnica

"... la ricorrente lamenta che parte della offerta tecnica della controinteressata sia stata inviata non già tramite il portale ma mediante una semplice mail ... la aggiudicataria ha inviato il fascicolo n. 4, contenente la schematizzazione grafica degli interventi e schemi funzionali mediante semplice PEC. Ciò in quanto, in tesi, la aggiudicataria avrebbe contravvenuto alla previsione dell'art. 12 del disciplinare secondo cui avrebbe dovuto essere "composta di un file unico". In sostanza a prescindere dal "peso" degli allegati il sistema non avrebbe consentito la possibilità di caricare più di un file. Conseguentemente non vi sarebbe stato nessun errore del sistema che legittimasse l'invio via PEC ma soltanto l'errore della aggiudicataria. Tale circostanza non vale a fondare le illegittimità dedotte.

Infatti l'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/16 prevede la tassatività della cause di esclusione di talchè in nessun caso la violazione della previsione secondo cui la relazione tecnica avrebbe dovuto essere contenuta in un unico file avrebbe potuto determinare l'esclusione della aggiudicataria.

Il difetto di un allegato alla documentazione relativa all'offerta tecnica avrebbe potuto condurre all'esclusione solo nel caso in cui non fosse possibile ricostruire la entità e la consistenza dell'offerta. Tale circostanza peraltro non si è verificata.

Pertanto l'unica sanzione concretamente applicabile alla fattispecie potrebbe essere quella prevista sempre dallo stesso art. 12 del capitolato secondo cui la Commissione non avrebbe dovuto tenere conto della documentazione inviata in modo irrituale e non tramite la piattaforma."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 440 del 9 giugno 2021 PREC 114/2021/L

"Rientra nella discrezionalità della stazione appaltante individuare i criteri di valutazione connessi all'oggetto dell'appalto ritenuti più rilevanti secondo le proprie esigenze. I criteri che mirano a privilegiare gli aspetti ambientali, con riguardo sia alle attrezzature sia alle azioni tese a mitigare l'impatto ambientale non sono manifestamente illogici, alla luce dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016."

"«i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, ciò al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento. Sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quei criteri che [...] attengono alle caratteristiche dei lavori, dei beni o dei servizi ritenute più rilevanti dalla stazione appaltante, [...] a titolo esemplificativo: qualità (fra cui rilevano le caratteristiche sociali e ambientali), [...] costo di utilizzazione e manutenzione, «avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione, [...] organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato

possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto. Il punteggio massimo attribuibile a ciascuna componente e a ciascun criterio o subcriterio deve risultare proporzionato alla rilevanza che ciascuno di essi riveste rispetto agli altri nonché ai bisogni della stazione appaltante. [...] Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale. [...] In relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta. Con riferimento a ciascun criterio o subcriterio devono essere indicati i relativi descrittori che consentono di definire i livelli qualitativi attesi e di correlare agli stessi un determinato punteggio, assicurando la trasparenza e la coerenza delle valutazioni»;

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 443 del 9 giugno 2021
PREC 84/2021/L

Grave illecito professionale e provvedimento di esclusione con motivazione adeguata

“Ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-ter) del Codice, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto delle precedenti risoluzioni contrattuali è rimessa alla stazione appaltante, alla quale è stato riconosciuto un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell’affidabilità professionale dell’operatore economico. Ne consegue che il sindacato che il Giudice Amministrativo (ed anche l’Autorità) può compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento è limitato alla sua irragionevolezza o illogicità. La stazione appaltante è tenuta a dare conto di avere compiuto un’autonoma valutazione delle fonti di prova da cui ha tratto conoscenza del pregresso errore professionale in cui è incorso l’operatore economico e di avere considerato le circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all’apprezzamento dell’affidabilità professionale del concorrente. È, pertanto, legittimo il provvedimento di esclusione con il quale la stazione appaltante (dopo avere proceduto ad una valutazione autonoma dei fatti oggetto dei provvedimenti risolutivi) ha fornito una adeguata motivazione sulla gravità degli inadempimenti e loro attinenza con l’oggetto dell’affidamento, nonché sulla loro rilevanza sotto il profilo temporale.”

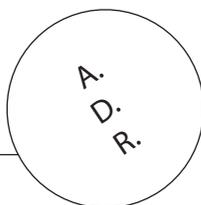
Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 445 del 9 giugno 2021
PREC 110/2021/S

La menzione specifica dei soggetti interessati dalla dichiarazione di cui all’art. 80 del Codice non è necessaria ove i dati identificativi degli stessi siano ricavabili dalla documentazione presentata con il DGUE

“Il possesso dei requisiti di cui all’art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell’impresa concorrente con riferimento a tutti i soggetti indicati al comma 3 dell’art. 80, indicando i dati identificativi degli stessi. La menzione specifica dei soggetti interessati dalla dichiarazione non è necessaria ove i dati identificativi degli stessi siano ricavabili dalla documentazione presentata con il DGUE, in specie dalla visura camerale riportante i dati predetti.”

A Domanda Rispondiamo



1

Dopo la proposta di aggiudicazione il RUP può chiedere alla commissione di rivalutare l'offerta tecnica?

L'art. 31 comma 3 del D. Lgs. n. 50 del 2016 prevede che il RUP svolga tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal codice dei contratti pubblici, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti. Il RUP dunque non compie soltanto operazioni di carattere materiale, ma svolge anche attività giuridica esternata in veri e propri atti; tra le sue prerogative v'è sicuramente la possibilità di richiedere una nuova valutazione delle offerte tecniche alla Commissione giudicatrice, oppure una conferma dell'idoneità del punteggio attribuito, a maggior ragione laddove abbia dei dubbi o riscontri delle irregolarità.

I poteri del RUP si possono estendere finanche a comprendere ogni forma di controllo sull'operato della Commissione giudicatrice, purchè non vengano alterate le attività di valutazione demandate esclusivamente alla Commissione stessa.

2

Qual è la funzione della campionatura negli appalti pubblici?

La campionatura può assumere nell'appalto funzioni diverse, da cui dipendono differenti conseguenze, anche sotto il profilo procedimentale. La campionatura può rientrare nella fase valutativa dell'offerta tecnica, oppure, più frequentemente, svolgere una funzione solamente confermativa di quanto dichiarato in offerta o di caratteristiche tecniche previste dal bando di gara. Nel primo caso appare elemento costitutivo dell'offerta, con relative implicazioni; nel caso in cui svolga invece una funzione confermativa delle capacità tecniche di una proposta di gara concretamente rappresentate dalla documentazione tecnica costituisce un elemento accessorio dell'offerta, quindi, passibile di eventuale regolarizzazione.

3

Il certificato in copia semplice può essere oggetto di soccorso istruttorio?

Stando ad una recente sentenza del Tar Marche, n. 565 del 09/07/2021, "la produzione di copia semplice dei certificati in possesso dell'impresa concorrente costituisce una irregolarità relativa alla forma e non a profili sostanziali e contenutistici dei documenti, cui è possibile rimediare mediante l'attivazione del soccorso istruttorio, nonostante la legge di gara richieda la produzione dell'originale o della copia autentica del certificato". Nel caso in esame, non essendo contestata la mancanza del requisito richiesto, bensì del "mezzo descrittivo" della stessa per come richiesto dalla legge di gara, il soccorso istruttorio sarebbe possibile, trattandosi di una omissione che attiene a profili formali dell'offerta tecnica, la quale resta immutabile e non integrabile nel suo contenuto sostanziale."

4

In una procedura telematica l'apertura delle offerte tecniche in seduta riservata invalida l'intera procedura?

L'intera giurisprudenza ritiene che "nell'ambito delle procedure telematiche di evidenza pubblica, non siano necessarie le sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, come peraltro confermato dall' art. 58, d.lgs. n. 50 del 2016, che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica". Nella procedura telematica, pertanto, il principio di pubblicità delle operazioni di gara subisce dunque un decisivo ridimensionamento, giacché l'interesse sostanziale tutelato dal principio – quello all'integrità e immodificabilità delle offerte – è già adeguatamente presidiato dalle caratteristiche oggettive della gara.

Ciò premesso, l'eventuale apertura della busta telematica concernente l'offerta tecnica in seduta riservata non è idonea ad inficiare la validità dell'aggiudicazione, ma costituisce una mera irregolarità non viziante.

Tale difformità integrerebbe, dunque, un vizio procedurale privo di impatto, anche solo potenziale, sulla posizione sostanziale dei partecipanti, giacché l'integrità delle offerte è garantita di per sé – e al più ampio livello – dagli strumenti telematici. Ciò, anche quando la lex specialis recasse la previsione di una distinta fase pubblica destinata all'apertura delle offerte.

5

Le certificazioni emesse da Organismi riconosciuti dagli Accordi Internazionali IAF MLA, hanno il medesimo riconoscimento nel nostro ordinamento?

Si ritiene, che, in aderenza al principio generale del mutuo riconoscimento, possa affermarsi l'equivalenza tra le certificazioni emesse da Organismi accreditati da enti aderenti agli accordi internazionali IAF MLA e quelle emesse da Organismi accreditati da Enti aderenti agli accordi EA MLA, anche al fine del conseguimento dell'attestazione di qualificazione. Diversamente, si vanificherebbe lo scopo perseguito con la sottoscrizione degli Accordi di mutuo riconoscimento, introducendo, altresì, una disparità di trattamento tra gli operatori economici.

La verifica della regolarità di dette certificazioni è riscontrata dalle SOA mediante il collegamento informativo con gli elenchi ufficiali tenuti dagli enti partecipanti all'International Accreditation Forum (IAF). Le SOA accertano l'inesistenza di provvedimenti di revoca, annullamento o decadenza delle certificazioni suindicate mediante richiesta diretta al soggetto emittente. (Comunicato Anac del Presidente del 09/06/2021).

6

Il principio di esclusione automatica delle offerte può considerarsi eterointegrativo?

Anche nel caso in cui non fosse stata prevista nella lex specialis, l'applicazione di tale principio deve considerarsi eterointegrativo, in tal senso si è espresso il T.A.R. Napoli nella sentenza n. 4302/2021 del 23/06/2021, non essendo in linea con l'obiettivo di celerità delle procedure prevista con la disciplina emergenziale, introdurre un obbligo motivazionale per le amministrazioni che volessero prevedere tale clausola. Tale onere potrebbe prestare il fianco a contestazioni circa l'opportunità e/o la sufficiente giustificazione della scelta, con effetti potenzialmente opposti al dichiarato fine di rendere celere ed automatico l'esito della procedura.

7

Il divieto di doppia partecipazione alla singola gara è riferibile alle gare con suddivisione in lotti?

Sul punto si è espresso il Tar Lazio con sentenza n. 7305 del 18/06/2021, ribadendo la mera facoltà dell'indicazione di cui all'art. 51 del D.Lgs. 50/16, in base al quale le stazioni appaltanti possono "limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte". A conforto di tale tesi, l'art. 48, comma 7, D.lgs. 50/2016 prevede il divieto di doppia partecipazione alla singola gara, non alle procedure suddivise in lotti, a meno che non esista una specifica previsione da parte delle stazioni appaltanti.

8

I "chiarimenti" che la S.A. fornisce, laddove richiesti, quanto possono integrare le prescrizioni della documentazione di gara?

Lo scopo principale della risposta, da parte della S.A. ai chiarimenti richiesti dai potenziali partecipanti alla procedura di gara, è quello di rendere più chiari i contorni della prestazione richiesta e, quindi, gli obblighi del futuro aggiudicatario. Quindi la S.A. fornendo la risposta ad una richiesta di chiarimenti, non deve integrare elementi non presenti nella documentazione di gara.

Se un elemento, un requisito, non è desumibile dalla legge di gara, ed è, quindi, soggetto a valutazioni arbitrarie tanto da parte dei concorrenti quanto dalla stessa Amministrazione, non dovrebbe essere integrato, attraverso la risposta; il rischio è quello di modificare la portata delle prescrizioni contenute nella *lex specialis*, introducendo, *ex novo* particolari non presenti fin dall'inizio. (Cons. St., sez. V, n. 1604/2020 - Delibera Anac n. 646 22 settembre 2021)

9

Quando l'esclusione del concorrente che ha commesso un'irregolarità fiscale è immediata?

Come stabilito dall'art.80 c.4 D.Lgs 50/216, il concorrente viene escluso se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate (cioè, quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione) rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali.

La stazione appaltante è chiamata a svolgere una valutazione discrezionale se è a conoscenza, e può adeguatamente dimostrare che un operatore non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione. In questo caso l'esclusione avverrà solo a seguito della valutazione della stazione appaltante.

10

Prima dell'aggiudicazione la Stazione Appaltante deve sempre verificare la congruità degli oneri per la sicurezza aziendali indicati dall'offerente?

L'articolo 95, co. 10, del codice prevede che "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)". La norma circoscrive la verifica di adeguatezza ai soli costi della mano d'opera senza ricomprendere anche quelli per gli oneri della sicurezza. Dalla lettura del quadro normativo, per come interpretato dalla giurisprudenza, emerge dunque che la valutazione della congruità degli oneri per la sicurezza è ammessa unicamente nell'ambito della valutazione sull'anomalia dell'offerta e sul presupposto, quindi, che l'offerta sia stata dichiarata anomala.

Affidamento diretto, “invito” all’operatore economico singolo a presentare proposta ... presentazione del preventivo da parte di un r.t.i., con l’invitato originario in veste di mandante. Ammissibile?

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

La discussione sul quesito a titolo del presente contributo, ci porta ad una immediata, inevitabile, lettura all’art. 48 co. 11 del d.lgs. 50/2016 nel quale si legge: “*In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l’operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti*”.

In realtà la questione è più ampia e controversa di quel che si pensi e prima di provare a dare una “soluzione” al problema, occorre guardarci intorno per chiarire come vengono fronteggiate fattispecie più o meno analoghe, non fosse altro che per comprendere la direttrice di ragionamento seguita a grandi linee sul tema, sia dalla Giurisprudenza, sia dall’Autorità.

Il TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 28 gennaio 2019 n. 156 ha ritenuto che *la predetta norma va interpretata, sistematicamente, in conformità all’art. 28 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE (“Procedura ristretta”) - statuyente, per*

quanto di rilievo, che “1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara (...), fornendo le informazioni richieste dall’amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa” e che “2. Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un’offerta”) - e all’art. 61, comma 3, del Decreto Lgs. n° 50/2016 nel quale (come rilevato dalla stessa difesa di parte ricorrente) è stata trasposta la predetta norma della direttiva europea, nel senso di consentire all’operatore invitato (all’esito della fase di pre-qualificazione) come singolo di presentare un’offerta (anche) in Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, ma solo con soggetti già pre-qualificatisi separatamente come singoli in vista della gara; sicchè “la possibilità di presentare offerte nel caso di procedure ristrette è da considerare, pertanto, limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 19 febbraio 2018, n. 1880).

Depongono in favore della sopra indicata interpretazione sistematica della norma (anche) le condivisibili argomentazioni evidenziate nella citata decisione del T.A.R. Lazio, Roma, n. 1880/2018 a sostegno della legittimità (e della conformità alla disciplina di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016) della esclusione di un R.T.I. da una procedura ristretta per la intervenuta (inammissibile) modifica della impresa mandante tra la fase di prequalifica e la successiva fase dell'offerta; argomentazioni che si ritengono applicabili, mutatis mutandis, anche nella concreta fattispecie per cui è causa. Trattasi del "pieno rispetto non solo del principio di unitarietà della procedura" di evidenza pubblica che, in caso di procedure ristrette, è caratterizzata, dalla sussistenza di un nesso funzionale tra la fase di pre-qualificazione e quella di valutazione delle offerte ("le quali - proprio per le peculiarità che le connotano - impongono un'accurata valutazione dei rapporti intercorrenti tra di esse"), ma anche del principio "della par condicio e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità (risultando evidente come una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente una nuova verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione sussistenti in capo all'impresa subentrante e, in generale, al R.T.I.)", in ragione dei quali, dunque - in caso di procedure ristrette - "il divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara al di fuori dei casi legislativamente consentiti, idonea a salvaguardare la par condicio e a garantire la corretta conoscenza da parte dell'Amministrazione dei requisiti delle concorrenti, non può che operare a fare data dalla fase di prequalifica".

L'orientamento di questa Sezione, secondo cui un concorrente prequalificatosi singolarmente non può poi partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, è pertanto, in linea, da un lato, con il chiaro disposto dell'art. 28, comma 2, della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE sopra riportato e del corrispondente art. 61, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 e, dall'altro, con la ratio del divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, che è quella "di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di

precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli" (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 04/05/2012, n. 8), a salvaguardia della par condicio dei concorrenti e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa.

A riprova della correttezza della tesi sopra esposta e della considerazione che una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente un "vulnus" al principio della par condicio e del buon andamento dell'attività amministrativa, si consideri che, nella concreta fattispecie in esame, come rilevato dalla difesa della Provincia, da un lato, "la documentazione richiesta dall'Ente, ai fini amministrativi (Busta A), nella lettera di invito a formulare offerta, era ed è ben più snella di quella precedente. Infatti, la S.A., nel caso di specie, si è limitata a richiedere ai concorrenti la conferma dei requisiti già dichiarati precedentemente. Tale formula risulta palesemente non applicabile e non replicabile in caso di connotazione di un nuovo/diverso concorrente e/o, comunque, di soggetti non noti e non pre-qualificati e, ove dovesse essere ritenuta ammissibile, porrebbe l'amministrazione nelle condizioni di dover aggravare, senza certezza dei risultati istruttori, i tempi della procedura stessa"; dall'altro, "come emerge dalla documentazione in atti, è solo al momento dell'invito che sono stati specificati criteri e relativi punteggi, in un momento in cui la fase di pre-qualificazione era completata e i concorrenti (selezionati tramite sorteggio) risultavano individuati in via definitiva", sicché l'ammissione di soggetti non pre-qualificati in raggruppamento con l'odierno ricorrente introdurrebbe un elemento di danno (anche solo potenziale) per gli altri concorrenti ammessi.

Alla luce di quanto sopra, nel caso di specie, la decisione di escludere dalla gara l'odierno ricorrente (prequalificatosi singolarmente) in ragione della sua partecipazione alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, va riconosciuta, pertanto, scevra dai vizi denunciati e, anzi, si rivela conforme alla disciplina di cui all'articolo 48, comma 11, del D. Lgs. n. 50/2016, come correttamente interpretata, nonché ai principi generali in materia di gare pubbliche e alla lex specialis, e, pertanto, doverosa.

Altro interessante spunto lo ha dato l'Autorità Nazionale Anticorruzione col Parere di pre

contenzioso n. 569 del 01/07/2020, il quale *ratione temporis* si occupava di un affidamento si un servizio di progettazione, avviato mediante una procedura ex art. 36 co. 2 lett. b) d.lgs. 50/2016 (affidamento diretto previa valutazione di "n" preventivi o interpello di "n" operatori). L'Autorità ha ritenuto l'operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore, avendo la Stazione Appaltante ritenuto legittimo l'affidamento al raggruppamento nel quale il soggetto *ab origine* invitato partecipi in veste di mandante.

Le ragioni della posizione dell'Anac muovono dalla preliminare considerazione per la quale, l'affidamento ex art. 36 co. 2 lett. b) del Codice, deve oggi intendersi quale procedura negoziata semplificata a differenza di quanto previsto alla lettera a) del comma 2 dell'art. 36 in cui l'affidamento diretto deve intendersi puro. Ed inoltre perché, nel caso di specie, risulta che la stazione appaltante abbia impostato la propria procedura di gara come una negoziata, pur richiamando le previsioni dell'art. 36, comma 2, lettera b) d.lgs. 50/2016 e s.m.i. che invece descrive un affidamento diretto mediato da un confronto competitivo informale.

La procedura in sostanza seguita dalla Stazione Appaltante, ancorché semplificata, mantiene quindi le regole della procedura negoziata, tant'è che negli atti di gara predisposti si fa riferimento alle tipiche modalità di svolgimento di una procedura negoziata. Perciò la previsione dell'art. 48, comma 11 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. trova applicazione anche al caso in esame in quanto espressione e garanzia di concorrenza e *favor participationis* per le piccole e medie imprese.

Un altro interessante contributo l'ha fornito il Tar Marche, Ancona sez. I sent. n. 468 del 07/06/2021, il quale avversa la posizione dell'Anac, asserendo che i profili valorizzati dall'Autorità:

- a) il fatto che nell'avviso di gara si parli di "procedura negoziata";
- b) la circostanza per cui la gara è stata nella sostanza struttura come una procedura comparativa;
- c) l'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. trova applicazione anche al caso in esame "... in quanto espressione e garanzia di concorrenza e *favor participationis* per le piccole e medie imprese...".

Elementi, non ritenuti dai Giudici persuasivi per le ragioni che di seguito si riportano integralmente dalla sentenza citata:

Quello sub a) non lo è sia in ragione di quanto detto al precedente § 6.2., sia perché la stessa ANAC riconosce che l'Università, pur parlando di procedura negoziata, ha fatto espresso riferimento all'art. 36, comma 2, let. b), ergo aveva ben chiaro quale tipo di procedura stesse indicando (e al riguardo non si può non considerare l'affidamento maturato legittimamente dai concorrenti circa il fatto che, trattandosi di affidamento diretto, non si applicava la limitazione di cui all'art. 48, comma 11).

L'argomento sub b), che pure possiede un certo pregio giuridico, non è però utilmente richiamabile nella specie. Infatti, come si è visto in precedenza, la circostanza per cui la stazione appaltante, pur bandendo una procedura semplificata, abbia introdotto elementi procedurali tipici delle gare formali, non determina ex se l'applicazione integrale delle regole previste per la procedura aperta, per la procedura ristretta o per la procedura negoziata vera e propria, fatte salve quelle che esprimono valori di fondo che permeano di sé l'ordinamento di settore. Questo è tanto vero che la giurisprudenza ha avuto modo di affermare ad esempio che, laddove l'amministrazione intenda far precedere un affidamento diretto dall'acquisizione di preventivi da parte di più operatori e dalla loro valutazione, i preventivi possono essere inviati anche a mezzo di posta elettronica certificata, non sussistendo le medesime ragioni di tutela della segretezza delle offerte che connotano invece le gare formali (in tale senso, TAR Sardegna, n. 101/2020). In realtà, laddove l'amministrazione introduce adempimenti ulteriori rispetto a quelli previsti per la procedura prescelta, non si applica di necessità l'intero compendio di norme dedicate alla procedura "superiore", ma solo quelle selettivamente richiamate, salvo che - ma questo renderebbe il più delle volte illegittima l'intera procedura - il "ritaglio" non sia, anche surretiziamente, finalizzato ad eludere determinate norme o principi che informano di sé l'intera procedura (si pensi, ad esempio, ad una gara organizzata in modo tale da eludere l'obbligo di pubblicazione del bando). Ma al riguardo occorre ovviamente che i concorrenti indebitamente pretermessi deducano specifici motivi di ricorso in cui siano indicati i concreti elementi da cui si possa desumere lo sviamento di

potere (cosa che nella specie non è avvenuta, né nel procedimento di precontenzioso né in questa sede).

Il profilo sub c) è invece quello centrale e merita dunque un approfondimento. In premessa va osservato che, mentre è senz'altro da condividere l'assunto dell'ANAC secondo cui le disposizioni sui raggruppamenti temporanei si applicano anche alla procedura per cui è causa (e ciò in quanto, come detto, il principio per cui un operatore economico può sempre decidere di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica associandosi ad altri operatori è un principio fondamentale del settore), non altrettanto può dirsi con riguardo alla ragione posta a base dell'assunto. Non è infatti vero, come si chiarirà subito appresso, che l'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 è "...espressione e garanzia di concorrenza e favor participationis per le piccole e medie imprese..." e, comunque, il richiamo a tali principi va limitato solo alla parte della norma che prevede la partecipazione in r.t.i. e non anche alla parte in cui è imposto al concorrente invitato individualmente dalla stazione appaltante e che ritenga di partecipare in forma associata l'onere di assumere la veste di capogruppo mandatario. Ciò detto, e venendo in medias res, l'art. 48, comma 11, del Codice fa riferimento a "...procedure ristrette o negoziate...", le quali, ai sensi dell'art. 36, lett. a), b), c), c-bis), dell'art. 61 e dell'art. 63, sono cosa diversa dall'affidamento diretto. Si potrebbe sostenere allora, rifacendosi proprio al criterio teleologico, che in realtà il valore giuridico presidiato dall'art. 48, comma 11 (nella parte in cui impone al concorrente invitato individualmente di assumere la veste di mandatario laddove intenda partecipare in r.t.p.) - consistente nella esigenza di assicurare che il candidato prescelto dall'amministrazione (e del quale è stato dunque accertato ex ante il possesso di una capacità tecnico-finanziaria adeguata all'oggetto e all'importo dell'appalto) risponda in prima persona della corretta esecuzione del contratto e che, per tale ragione, egli debba assumere necessariamente il ruolo di capogruppo mandatario del costituendo r.t.i. - venga in rilievo anche nel caso di affidamento diretto "temperato" ex art. 36, comma 2, lett. b). A tale rilievo è agevole replicare che:

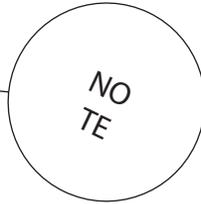
- la stessa ANAC e gli stessi odierni ricorrenti nulla avrebbero potuto obiettare se l'Università resistente avesse proceduto con un affidamento

diretto "puro", ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), e questo nemmeno se l'affidamento fosse stato preceduto dalla consultazione informale di più potenziali contraenti (consultazione che è permessa dalla norma);

- ma anche (e anzi a fortiori) nel caso di un affidamento diretto "puro" esiste l'esigenza di garantire che l'appaltatore individuato intuitu personae risponda della corretta esecuzione del contratto;
- eppure in questo caso, non essendo vietato costituire un'a.t.i. (visto che l'associazione temporanea è un istituto di derivazione comunitaria applicabile ad ogni procedura, sia pure con i limiti che di volta in volta il legislatore nazionale è abilitato ad introdurre), l'operatore individuato in via diretta dalla stazione appaltante potrebbe legittimamente assumere la veste di mandante dell'associazione temporanea, visto che il divieto di cui al comma 11 dell'art. 48 non opererebbe.

Sul punto, e riprendendo quanto accennato in precedenza, va aggiunto che:

- l'art. 48, comma 11, è per un verso una disposizione in contrasto con il divieto di goldplating, visto che essa ribadisce una regola che è già in nuce nell'ordinamento di settore (ossia la regola per la quale gli operatori economici sono legittimati a partecipare in a.t.i. alle procedure ad evidenza pubblica, fatti salvi i limiti specifici legittimamente introdotti dal legislatore nazionale);
- l'obbligo posto a carico dell'operatore economico invitato individualmente ad una procedura negoziata di assumere la veste di capogruppo mandataria dell'a.t.i. è una limitazione legittima dal punto di vista comunitario, ma non può che operare nei ristretti limiti voluti dal legislatore nazionale. D'altro canto, se avesse voluto esprimere il concetto valorizzato dall'ANAC il legislatore avrebbe dovuto formulare la norma nei seguenti (o in analoghi) termini "...ogni qualvolta un operatore economico sia invitato individualmente ad una procedura di gara, egli ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti..."



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



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

ottobre
2021

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

La disponibilità degli incentivi per funzioni tecniche non erogati (Corte dei Conti, sez. reg. Lombardia, deliberazione n. 131/2021)

1. Il quesito
2. L'esame nel merito
3. L'avanzo di amministrazione

3

Incentivi per funzioni tecniche e adesione alle convenzioni del soggetto aggregatore (ex lege 89/2014) (Corte dei Conti, sez. reg. Campania, deliberazione n. 213/2021)

1. Il quesito
2. La risposta della sezione ed i precedenti
3. Sotto il profilo pratico

6

Incentivi per funzioni tecniche e il limite del 50% del trattamento annuo lordo (come deve essere calcolato?) (Corte dei Conti, sez. reg. Abruzzo, deliberazione n. 280/2021)

1. Il quesito
2. Il chiarimento
3. Per quali contratti è previsto l'incentivo?
4. Per il rispetto della percentuale non rileva il criterio di cassa

8

La disponibilità degli incentivi per funzioni tecniche non erogati

1. Il quesito

Un sindaco di un comune lombardo, pone alla sezione il quesito sul "destino" della quota di risorse destinate agli incentivi per funzioni tecniche (come definite nel quadro economico del lavoro) non erogabili visto che riferite a prestazioni no svolte direttamente dai dipendenti dell'ufficio tecnico del comune ma da personale esterne.

La questione, più nel dettaglio, che il sindaco istante pone è se le risorse in parola:

- *"debbano essere necessariamente destinati ad aumentare la quota del restante 20% delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2, secondo le previsioni di cui al comma 4 del medesimo articolo, di fatto oltre il 20% previsto dalla norma, non potendo maggiorare i compensi già stabiliti per i dipendenti interessati dal lavoro, servizio o fornitura";*
- *ovvero se "debbano essere, a conclusione dell'appalto, **mandate in anticipo di amministrazione** non potendo essere destinate né ai dipendenti interessati dal lavoro, servizio o fornitura (ex deliberazione CDC Lombardia n. 333/2016/Par) né ad incrementare la quota del 20% (quota massima definita dalla norma)".*

2. L'esame nel merito

I magistrati della sezione non condividono, tra le due soluzioni proposte, la prima. In questo senso già il precedente della sezione (richiamato dalla stessa parte istante ovvero la deliberazione n. 333/2016, infatti, *“non aveva neppure preso in considerazione questa possibilità, che non è coerente con il dato letterale delle disposizioni in questione: l'articolo 113 del codice dei contratti pubblici, dopo aver previsto al comma 2 «un apposito fondo», ha distintamente stabilito al comma 3 la quota da ripartire tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate dallo stesso comma 2 per ciascuna opera o lavoro, servizio o fornitura; al comma 4 la quota residua, nella misura del venti per cento, destinata all'acquisto di beni, strumentazioni, e tecnologie funzionali a progetti di innovazione. Ebbene, se l'articolo 113 avesse voluto destinare le quote del fondo non ripartite tra i dipendenti ai cosiddetti acquisti innovativi, il penultimo periodo del comma 3 avrebbe dovuto fare riferimento al comma 4, che di questo utilizzo del fondo reca la disciplina”*.

La mancanza di un chiaro riferimento normativo, pertanto, puntualizza la sezione, non autorizzano la prima interpretazione proposta dal comune e che per ragioni di ordine letterale non può quindi essere condivisa dalla Sezione.

3. L'avanzo di amministrazione

Nella delibera, invece, si preferisce la seconda delle soluzioni prospettate, sulla base anche degli *“ineludibili vincoli”* che derivano derivanti dall'articolo 187 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 187, e dai principi contabili, con riguardo all'utilizzo delle quote non ripartite dell'incentivo per funzioni tecniche.

La quota parte di incentivi che, da un lato, non possono incrementare il fondo *“destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli”* (ai sensi del comma 4 dell'articolo 113 del Codice dei contratti), d'altra parte non possono neppure essere erogati ai dipendenti visto che non hanno svolto, nel caso di specie, funzioni incentivabili.

Si realizza, evidentemente, una economia di spesa immediatamente utilizzabile. In realtà, una volta dichiarata l'economia la stessa confluisce in avanzo di amministrazione che, per la sua utilizzazione, richiede una nuova programmazione (fermo restando che non si tratti di finanziamenti da restituire all'ente erogatore, in questo caso andranno applicati nell'apposito capitolo di rimborso).

L'ultima precisazione, infatti, è quella per cui sulla base dell'articolo 187 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o, il risultato di amministrazione è distinto in fondi liberi, fondi vincolati, fondi destinati

agli investimenti e fondi accantonati. Le *“quote parti dell’incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai [...] dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all’amministrazione”*, pertanto, al termine dell’esercizio confluiranno distintamente nel risultato di amministrazione **secondo la natura dell’entrata con cui è stato finanziato il quadro economico del lavoro, servizio o fornitura**. Pertanto la decisione finale della sezione è che *“Le quote parti dell’incentivo per funzioni tecniche previsto dall’articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, corrispondenti a prestazioni non svolte dai dipendenti dell’amministrazione aggiudicatrice, in quanto affidate a personale esterno, al termine dell’esercizio in cui si conclude l’appalto cui l’incentivo si riferisce confluiranno distintamente nel risultato di amministrazione secondo la natura dell’entrata con cui è stato finanziato il quadro economico del lavoro, servizio o fornitura, in conformità a quanto previsto dall’articolo 187 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”*.

Incentivi per funzioni tecniche e adesione alle convenzioni del soggetto aggregatore (ex lege 89/2014)

1. Il quesito

Alla sezione campana viene posta una questione, sempre in tema di incentivi tecnici, relativa ad una procedura d'acquisto che si è conclusa "semplicemente" con l'adesione ad una convenzione stipulata dal soggetto aggregatore (la centrale di committenza regionale). E' bene noto che in relazione a certe acquisizioni gli enti locali hanno autentici obblighi (cc.dd. imposti dalla *spending review*) di aderire a convenzioni preesistenti. Si pensi, ad esempio, agli obblighi imposti dal comma 7 dell'articolo 1 della legge 135/2012 anche conosciuta come seconda *spending review*.

In particolare, l'obbligo di adesione alle convenzioni insiste per gli acquisti di "energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile" (a questi, nel tempo, sono stati aggiunti ulteriori obblighi, si pensi - a mero titolo esemplificativo come nel caso di specie - all'acquisto dei buoni pasto, dal 2015, e/o all'obbligo di procedere con l'acquisto di alcuni beni/servizi dai soggetti aggregatori (le centrali di committenza regionali). Dispongono in questo senso la legge 89/2014 di conversione del dl 66/2014.

In relazione a quanto, appunto, il sindaco del comune istante chiede se per le attività di esecuzione delle prestazioni della convenzione siano ammissibile l'erogazione degli incentivi ex art. 113 del Codice dei contratti.

L'istante propende per l'erogazione partendo dall' assunto "che le suddette attività risulterebbero identiche sia nella gestione diretta della procedura di gara sia in quella di adesione a convenzione stipulata da un Soggetto Aggregatore e, pertanto, l'equivalenza delle attività non sembrerebbe preclusiva di un eventuale riconoscimento di incentivi anche nella fattispecie di ricorso alle Centrali di Committenza".

2. La risposta della sezione ed i precedenti

La sezione campana non ha ritenuto il quesito ammissibile e non fornisce un riscontro. E' bene evidenziare però, a vantaggio dei RUP che, evidentemente, dalla questione possono risultare interessati, che altre sezioni regionali, nel recente passato, hanno avuto modo di affrontare e riscontrare – sostanzialmente in modo positivo – la problematica posta.

In particolare ciò è accaduto con la deliberazione n. 120/2020 della sezione dell'Emilia Romagna. Premesso, nel caso di specie si trattava di servizi (che è ovviamente il caso maggiormente frequente) e quindi l'esigenza di rispettare le disposizioni fondamentali in materia e quindi la previsione di uno specifico regolamento con i criteri (contrattati) per il riparto, e – più in dettaglio – il rispetto di quanto previsto nelle linee guida ANAC n. 3 e dello stesso art. 113 (secondo comma) in cui si collega la possibile erogazione degli incentivi (per servizi e forniture) alla previa nomina del direttore dell'esecuzione. Nomina, come noto, ai sensi delle linee guida ANAC n. 3, già citate, che non è rimesso alla semplice discrezionalità del RUP. Tra i requisiti, la necessità che l'appalto sia di importo superiore ai 500mila euro o in difetto presenti delle complessità tali da richiedere l'intervento di più professionalità.

Ricorrendo tutti questi elementi/fattori a pena di illegittimità dell'erogazione dell'incentivo, la sezione emiliana rammenta che non si rilevano, effettivamente, differenze – in relazione all'aspetto civilistico dell'esecuzione del contratto – che potrebbero essere incentivate su valutazione/scelta della stazione appaltante.

In particolare, in deliberazione si legge che "Spetterà dunque all'ente la valutazione circa l'occorrenza in concreto di attività effettivamente incentivabili, (...) Tutto ciò posto, si deve concludere che spetta all'ente la valutazione dell'occorrenza, in concreto, di attività effettivamente incentivabili svolte in relazione ad un appalto concluso mediante adesione a convenzione quadro stipulata da un soggetto aggregatore, rappresentando, la stessa, comunque, ipotesi eccezionale, la cui legittimità dipende dall'accertamento della particolare complessità che deve connotare l'attività svolta, tale da necessitare di uno sforzo supplementare che consenta di derogare al principio di onnicomprensività della retribuzione".

3. Sotto il profilo pratico

E' chiaro che sotto il profilo pratico insistono anche degli aspetti contabili/finanziari. Nella fase di progettazione, prima di aderire alla convenzione sarà necessario predisporre l'apposito quadro economico in cui inserire anche la voce relativa agli incentivi e quindi un costo a carico dell'amministrazione appaltante. E, come detto, tutti i requisiti di legittimità previsti per poter erogare gli incentivi (dal regolamento interno alla nomina formale del direttore dell'esecuzione).

Incentivi per funzioni tecniche e il limite del 50% del trattamento annuo lordo (come deve essere calcolato?)

1. Il quesito

Il Sindaco pone, alla sezione abruzzese, la richiesta di chiarimenti sulla *“corretta interpretazione da attribuire alle voci rientranti nella nozione di trattamento accessorio di qualunque natura, fissa e variabile da prendere a riferimento ai fini della loro corretta individuazione per la successiva erogazione”* innestando, poi, sulla questione l'esigenza di avere una risposta circa il *“criterio temporale di riferimento per il calcolo del limite del 50% del trattamento economico lordo annuo, ossia se debba prendersi a riferimento il principio di competenza o di cassa ai fini della corretta erogazione”*. Si tratta, evidentemente, di una questione di capitale importanza la cui verifica certissima, oltre che ai soggetti interessati, riguarderà anche, e soprattutto, il responsabile del personale e del servizio finanziario (qualora non coincidessero), per evitare erogazioni di incentivi non consentite dalle disposizioni normative.

2. Il chiarimento

La sezione utilizza, per il chiarimento richiesto, la pronuncia n. 10/SEZAUT/2021/QMIG, della Sezione delle Autonomie (che ha ribadito i principi ben noti che si riportano) in cui si è precisato che:

- in primo luogo, le norme sugli incentivi (art. 113 del Codice) prevedono la costituzione di *“un fondo non superiore al 2% degli stanziamenti, per incentivare le funzioni tecniche di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, oltre a quelle, già incentivate in passato, del responsabile unico del procedimento, della direzione dei lavori e del collaudo tecnico-amministrativo, abbandonando, di fatto, l’incentivazione della progettazione e dei piani per la sicurezza”*. E’ bene annotare, pur aspetto non ripreso nella pronuncia, che gli incentivi devono essere ricondotti nella parte variabile del fondo per lo sviluppo delle risorse umane (costituendo, in pratica, una sorta di partita di giro per i soggetti beneficiari degli incentivi).

- la S.A. rammenta che con la modifica del primo decreto correttivo del Codice il sistema incentivante è stato esteso, poi, oltre il perimetro degli appalti di lavori, comprendendo anche gli appalti di servizi e forniture, per i quali, tuttavia, la normativa risulta applicabile solo nel caso in cui sia stato nominato il direttore dell’esecuzione nei limiti – e secondo le indicazioni (che debbono ritenersi vincolanti) di quanto previsto nelle linee guida ANAC n. 3.

- la sezione autonomie, rammenta la ratio della norma sugli incentivi che *“come già evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti con deliberazione n. 51/2011/CONTR (valutazione ancora attuale) va ricercata nell’esigenza di destinare una quota di risorse pubbliche a favore del personale dipendente, in servizio presso l’Amministrazione pubblica, che svolge prestazioni professionali specialistiche in virtù della particolare qualificazione dello stesso”*.

3. Per quali contratti è previsto l’incentivo?

Gli incentivi tecnici trovano *“applicazione”* – si ricorda in delibera -, sulla base di un’interpretazione sistematica e letterale della *voluntas legis*, **solo per i contratti che rientrino nel campo di applicazione della parte seconda del Codice**: ossia i contratti di appalto, nei quali l’onere finanziario è sostenuto dalla stazione appaltante pubblica (con conseguente assunzione del rischio relativo agli effetti dell’operazione contrattuale), con imputazione della spesa sullo *“specifico stanziamento”* previsto per il lavoro, fornitura, servizio, sul quale gravano anche gli incentivi tecnici. Trattasi di uno stanziamento, è bene precisare, **qualificato e non di un qualsiasi stanziamento con cui far fronte ad alcuni oneri relativi allo schema contrattuale prescelto**.

4. Per il rispetto della percentuale non rileva il criterio di cassa

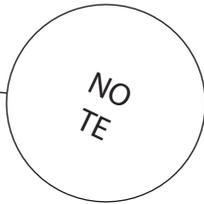
Giungendo alla risposta sul quesito di come debba essere calcolato il 50% (insuperabile) del trattamento lordo del dipendente, in delibera si legge che la giurisprudenza contabile ha avuto modo di chiarire in diverse pronunce (Sez. contr. Puglia n. 33/2014/PAR; Sez. contr. Lombardia n. 98/2016/PAR), adottate su fattispecie analoghe a quella all'odierno esame, che per trattamento accessorio di qualunque natura, fissa e variabile, **debba intendersi l'importo degli emolumenti per i quali maturi – nell'anno considerato - il diritto alla percezione in base al suddetto trattamento, non rilevando la fase del pagamento (c.d. criterio di cassa) e dovendo essere esclusa la quota derivante da altri incentivi per la progettazione.**

Il limite, essendo rapportato ad un'annualità, è posto non solo alla misura dell'incentivo del singolo incarico, ma anche alla sommatoria degli incentivi relativi agli incarichi eseguiti, anche parzialmente, nel corso dell'anno.

L'eventuale eccedenza dell'incentivo rispetto **al limite normativo** costituisce economia acquisita **definitivamente al bilancio** dell'ente e non redistribuibile al personale destinatario dell'incentivo né, tanto meno, alla medesima unità di personale nell'anno successivo a quello di esecuzione dell'incarico (Sez. contr. Puglia n. 33/2014/PAR).



A series of horizontal dotted lines spanning the width of the page, providing a template for handwritten notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.