

Rivista mensile - Anno XI, Numero 9

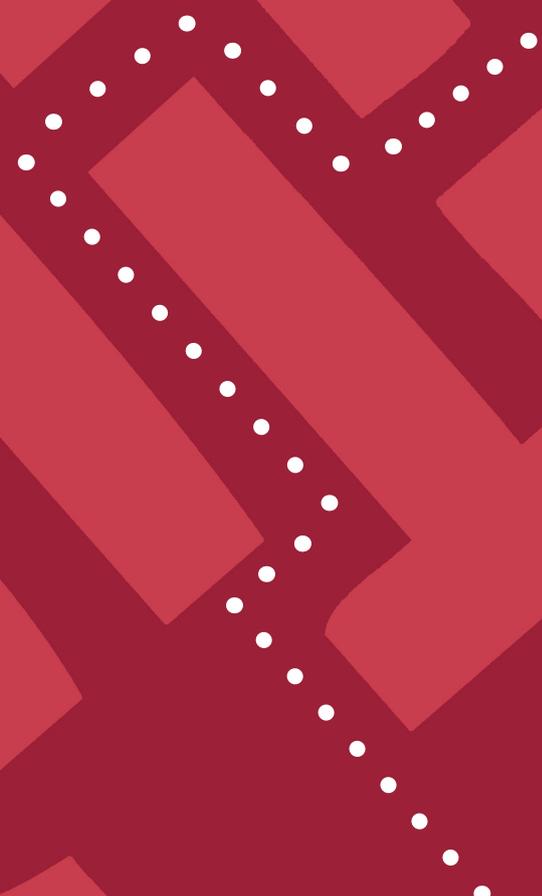
dicembre
2021

MEDIA APPALTI

**Via libera alla revisione
prezzi straordinaria
dell'articolo 1 septies
della legge 106/21 per i
contratti pubblici**

**Le gare telematiche
alla luce del nuovo
Regolamento in materia
di digitalizzazione delle
procedure di affidamento**

**L'aggiudicazione dei
contratti del PNRR**



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

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

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

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

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

Medi
Graphic





approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**dicembre
2021**

Evoluzione

Le città non sono solo un articolato reticolo di strade ed edifici. Non sono solo asfalto e cemento. Non sono un corpo inanimato. Sono un organismo complesso. Vivente. Come ogni essere vivente nascono e crescono. A volte muoiono.

Per vivere le città hanno bisogno di svilupparsi, evolversi. La longevità di una città si misura sulla capacità di sapersi adattare ai mutamenti. Quanto più ne sarà incline, tanto sarà in grado di conservare la sua linfa vitale: la presenza degli uomini.

Sono gli uomini a dettare in che direzione una città si evolverà. Lo fanno di continuo. Così, ogni città assume volti diversi e molteplici sfumature, rispecchiando le esigenze di ogni generazione. In ogni centro urbano è facile distinguere i quartieri edificati nei vari secoli. Li si riconosce dagli stili architettonici e dalle piante urbanistiche.

Nel naturale processo evolucionistico, spesso, il passaggio da un'epoca all'altra non è lineare.

Tra quanto è stato realizzato in due momenti diversi possono insorgere contrasti. Ciò che era congeniale in un determinato momento può essere un ostacolo in un altro. La questione non è che nel passato si è sbagliato. Sono le condizioni che sono mutate.

Un esempio? Quante città sono divise in due dalla linea ferroviaria? Quando quei binari furono posizionati correvano, solitamente, lungo i confini del centro abitato. Lo sviluppo delle città ha portato all'urbanizzazione delle aree al di là della ferrovia, finendo per realizzare quartieri che soffrono per questa linea di demarcazione che li allontana dal centro.

Oggi abbiamo convenuto che tali quartieri rischiano di rimanere isolati, di essere vissuti come un corpo estraneo al resto della comunità. È in queste situazioni che si formano i comitati di zona. Cittadini che si aggregano per tutelare le esigenze del proprio quartiere come se queste non fossero parte delle esigenze dell'intera città.

Molte volte per poter permettere ad una città di proseguire nella sua evoluzione è necessario programmare interventi "invasivi". Si dovranno avviare gare d'appalto con l'obiettivo di modificare lo stato dei fatti, costruendo nuove infrastrutture, funzionali alle nuove esigenze della città. Spesso sarà necessario procedere con l'abbattimento di costruzioni preesistenti pubbliche e private.

Primo passo per aprire cantieri di questa natura sarà l'esproprio. Espropri e appalti condividono spesso gli stessi progetti. Non si possono fare nuove strade se non si realizzano espropri. Non si potrebbero edificare nuove scuole, ospedali, centri sportivi se non venissero sottratte delle aree alla proprietà privata.

Accadrà a breve a Trento dove sta per essere cantierizzato un progetto di interrimento della linea ferroviaria che al momento taglia in due la città. Un progetto che chiede il sacrificio di una parte della comunità, costretta a dover cambiare la propria esistenza. Perché possa essere realizzato dovranno essere abbattuti undici edifici. Di questi tre sono residenziali. Chi abita o chi lavora in quegli stabili sarà costretto a cambiare casa o luogo di lavoro, abitudini, punti di riferimento. Si dovrà allontanare da una rete sociale consolidata e trovare nuovi equilibri.

Non sarà un'esperienza indolore per queste famiglie, per gli uffici, i negozi, le officine coinvolti, ma il loro sacrificio permetterà di migliorare la mobilità urbana, la qualità della vita lungo i 2,4 chilometri di interrimento. Le loro rinunce permetteranno di riavvicinare due parti della città attualmente tenute insieme da sottopassi e cavalcaferrovia che assomigliano ad antiestetici e indelebili punti di sutura.

Le città devono cambiare per sopravvivere. Lo fanno più volte nel corso della loro esistenza. La città di Trento cambiò volto quando dalla metà dell'800 fu avviata la realizzazione della linea ferroviaria che avrebbe separato in due il centro urbano. Tra qualche anno saranno ripristinati i collegamenti diretti tra luoghi storici, sarà unificata l'area universitaria, sorgeranno nuovi spazi verdi. La ferrovia, un tempo risorsa irrinunciabile per lo sviluppo economico e sociale, che permetteva a Trento di essere collegata a Venezia e al Mediterraneo, si è scontrata con la crescente necessità di migliorare la qualità della vita. Si arriva alla realizzazione di questo progetto in un'epoca in cui le due cose non devono necessariamente escludersi a vicenda. Ferrovia e vivibilità possono coesistere senza effetti collaterali. L'evoluzione tecnologica, la disponibilità di nuovi mezzi e tecniche lo permette.

E in questo modo che le città cambiano: si estendono verso nuovi quartieri; migliorano fisionomia e fisiologia di quelli già esistenti. È un processo che non si può fermare. Che richiede un continuo lavoro di miglioramento, di adeguamento alle nuove esigenze della società. Che necessita di amministrazioni dotate di bravi e lungimiranti progettisti in grado di saper avviare appalti a volte audaci e a tratti impopolari ma che la storia saprà ricompensare e i cittadini, anche quelli che hanno dovuto sopportare alcuni sacrifici, impareranno ad apprezzare.

sommario

Editoriale

Evoluzione

4

In evidenza

Via libera alla revisione prezzi straordinaria dell'articolo 1 septies della legge 106/21 per i contratti pubblici

7

Sotto la lente

Le gare telematiche alla luce del nuovo Regolamento in materia di digitalizzazione delle procedure di affidamento

13

Hanno collaborato a questo numero:

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

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Michael Lemme
Esperto in appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

Gli appalti pubblici come strumento di "sostenibilità": innovazione o intrusione nella sfera riservata alla libertà di iniziativa economica?

21

La regolarità contributiva del concorrente: il potere di valutazione discrezionale della Stazione appaltante rispetto al DURC irregolare. Una riflessione critica alla luce del Disegno di Legge europea 2019/2020

29

Assunzione diretta da parte del Comune della gestione del porticciolo turistico di Portofino

36

L'aggiudicazione dei contratti del PNRR

43

Il consorzio stabile e la consorziata esecutrice priva dei requisiti

49

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Via libera alla revisione prezzi straordinaria dell'articolo 1 septies della legge 106/21 per i contratti pubblici

IN
EVIDENZA

di Stefano del Marinis

Premessa

Il decreto 11 novembre 2021 del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile (MIMS) contenente la rilevazione delle variazioni percentuali dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi intervenute nel primo semestre del 2021, unitamente alla relativa circolare applicativa di poco successiva, n. 43362 del 25 novembre, chiudono il cerchio degli adempimenti richiesti, per poter operare, dall'articolo 1 *septies* della legge 23 luglio 2021, n.106, che ha reintrodotto nel nostro ordinamento, ancorché in via straordinaria ed *una tantum*, la revisione dei prezzi su base legale nei contratti pubblici.

Trattasi di un provvedimento rilevante tanto sul versante delle amministrazioni aggiudicatrici che

su quello delle imprese; per entrambe infatti, dallo scorso 23 novembre, giorno di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto, decorrono termini per il compimento di specifiche attività: 15 giorni per le imprese, al fine di attivare le richieste di compensazione; 60 per le stazioni appaltanti, per accedere all'apposito fondo destinato a finanziare il pagamento delle compensazioni dovute a tale titolo, laddove le risorse disponibili non risultino sufficienti.

La previsione legislativa alla quale viene, in tal modo, dato il via libera, implica l'esame di questioni legate alla più stretta operatività, generando altresì un non secondario impatto sul piano sistematico rispetto alla disciplina generale di settore.

1. Il quadro normativo

Come già detto, il punto da cui muovere è la conversione in legge, con modifiche, del decreto 25 maggio 2021, n. 73, dove rispetto al testo iniziale è stato aggiunto l'articolo 1 *septies* che, al comma 4, espressamente *in deroga alle disposizioni dell'articolo 106, comma 1, lettera a)*, del codice dei contratti pubblici, stabilisce che per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nel primo semestre del 2021, si procede a compensazioni, in aumento o in diminuzione (comma 2), nei limiti fissati dal medesimo articolo 1 *septies*.

L'intervento, resosi necessario per contenere gli effetti di un pesante processo inflattivo, inatteso soprattutto per la relativa entità, conseguente al rimbalzo del ciclo economico intervenuto dopo la fase di totale lock down disposta per fronteggiare il periodo più acuto della pandemia da COVID 19, si fonda sul dichiarato presupposto dell'eccezionalità e della temporaneità della misura, ancorché l'articolo 136 del disegno di legge di Bilancio per il 2022, già incardinato per la discussione al Senato, ne preveda la proroga a tutto il 2021, peraltro con una ulteriore dotazione di 100 milioni di euro.

Sul piano sistematico il dato più rilevante della previsione, che si applica a tutti i contratti in corso di esecuzione al 24 luglio 2021 (comma 1), data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto n.73, sta nel fatto della reintroduzione di un sistema di revisione prezzi operante per legge, quindi non su base contrattuale come viceversa prevede la vigente disciplina dettata dal codice dei contratti, al comma 1, lett. a), dell'articolo 106, che a propria volta aveva profondamente innovato rispetto al passato, dato che nel campo dei lavori pubblici da sempre la disciplina dell'istituto aveva operato su base legale. Il punto 2.4 della circolare 43362, dove testualmente si legge che alle eventuali compensazioni non si applica l'istituto delle riserve, trattandosi di un diritto che discende dalla legge, conferma l'assunto.

La revisione prezzi riguarda tutti i contratti in corso al 24 Luglio 2021



Non c'è revisione prezzi per i lavori contabilizzati nell'anno solare dell'offerta



Nel senso della straordinarietà e dell'aggiuntività dell'intervento legislativo in parola rispetto agli ordinari meccanismi operanti su base contrattuale, che quindi non vengono cancellati e, poi, l'inciso recato dallo stesso punto 2.4, dove si afferma che tale compensazione è al netto di quelle, in ipotesi, *precedentemente accordate*.

Ancora, è da notare come il regime straordinario introdotto da ultimo miri da un lato a "saltare" il Codice del 2016, andandosi a collegare direttamente con il previgente articolo 133 del d.lgs. n.163 del 2006 (il cosiddetto Codice De Lise), ancorché nel frattempo abrogato; dall'altro ad operare espressamente in difformità anche rispetto alle previsioni dello stesso abrogato articolo 133.

Ciò disponendo che la compensazione *ex lege* venga determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori dal 1° gennaio 2021 fino al 30 giugno

2021 le variazioni, in aumento o in diminuzione, dei prezzi dei materiali riportati in tabella, rilevate nel 2021 *rispetto alla data dell'offerta* (comma 2) che, specie per contratti di lunga durata, può risultare assai risalente. La legge, infatti, al riguardo non pone limitazione temporale alcuna, mentre i provvedimenti indicati in premessa al decreto e la relativa tabella di cui all'allegato 2 di fatto ricostruiscono una sequenza di rilevazioni che parte dal 2003.

A differenza di quanto a suo tempo previsto dall'articolo 133, a carico dell'operatore economico è posta un'alea differenziata in funzione della durata temporale del contratto, in specie l'8 per cento se trattasi di considerare esclusivamente gli aumenti dell'anno 2021 (quindi con offerte 2020); il 10 se si includono più annualità (offerte 2019 o antecedenti).

Le rilevazioni dei dati di incremento vien fatta su base semestrale in luogo di quella annuale. Non compare, inoltre, decurtazione percentuale alcuna rispetto a quanto finalmente computato come

dovuto alle imprese a titolo di compensazione.

La tabella di cui all'allegato 2 recante l'indicazione anno per anno dei prezzi dei 36 materiali più significativi registrati dal 2003 ad oggi, unitamente alle rispettive percentuali di variazione in rapporto alle rilevazioni operate per il primo semestre del 2021, permette in principio di intervenire in modo rapido ed efficiente, determinando oggettivamente l'ammontare dei compensi dovuti.

Su tali basi trova altresì spiegazione quanto si legge negli ultimi due periodi del punto 2.3 della circolare, dove si prevede che restino *esclusi dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta, e che ai lavori contabilizzati in un periodo di tempo inferiore alla base temporale di rilevazione del decreto e diversi da quelli contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta, si applica per intero la variazione di prezzo di cui al decreto.*

Da una parte, infatti, chi ha formulato la propria offerta nell'arco temporale in cui si registrano gli aumenti, e cioè nel primo semestre di quest'anno, non può beneficiare di compensazioni per circostanze rispetto alle quali, ragionevolmente, avrebbe dovuto e potuto tener conto; dall'altra, laddove l'offerta sia stata formulata precedentemente al primo gennaio 2021, con prestazioni eseguite, ad esempio, nei (soli) mesi di febbraio e marzo per la limitata durata del contratto affidato, la compensazione sarà senz'altro dovuta.

Il limite della soluzione adottata, da ritenersi in generale congrua anche per il fatto di non dar rilievo agli effetti dell'aggiudicazione, sembra potersi individuare nel fatto stesso della costruzione del dato utilizzabile per le compensazioni - prezzo e relativa percentuale di aumento - come dato medio. Tale opzione potrebbe in effetti ingiustamente sacrificare chi, ad esempio in caso di prezzi fortemente crescenti ancorché in modo lineare, abbia contabilizzato lavori solo nella seconda parte dell'anno; trattasi peraltro

del limite proprio di tutti i sistemi basati su medie temporali, peraltro fin qui utilizzati dalla disciplina revisionale addirittura su base annuale, rispetto ai quali la sola alternativa sarebbe quella di poter disporre di rilevazioni ufficiali giornaliere. D'altro canto i termini economici delle compensazioni così determinate potrebbero non bastare a coprire i danni derivanti dal maggior costo di prestazioni dovuto all'incremento dei prezzi nel diverso periodo di esecuzione delle stesse, nelle ipotesi in cui lo slittamento esecutivo sia dovuto a fatto della committenza.

Circa le prestazioni da considerare come eseguite nel semestre 1° gennaio - 30 giugno 2021, si deve

sottolineare come rilevino per l'applicabilità del regime compensativo anche a quelle lavorazioni semplicemente *annotate sotto la responsabilità del direttore dei lavori nel libretto delle misure al 30 giugno 2021.* Trattasi di un importante chiarimento acquisito in forza dell'articolo 16, comma 3 novies, della legge 9 novembre 2021, n. 156, di conversione con modifiche del decreto 10 settembre 2021, n.121, che conferisce maggiore aderenza alle situazioni di fatto per il computo del dovuto.

Circa le modalità di concreta determinazione del quantum dovuto a titolo di compensazione, la circolare chiarisce che la variazione percentuale dei prezzi dei materiali riportata dal decreto, depurata dell'alea a carico dell'appaltatore, è *applicata al prezzo medio rilevato dal decreto per il singolo materiale da costruzione nell'anno solare di presentazione dell'offerta;* che la variazione di prezzo unitario è applicata alle quantità del singolo materiale da costruzione contabilizzate nel semestre solare precedente

al decreto per effetto del quale risulti accertata la variazione; che ai fini del calcolo dell'eventuale compensazione, i prezzi indicati nel decreto assumono unicamente un valore parametrico e non interferiscono con i prezzi dei singoli contratti. In tal senso nella parte finale detta circolare reca un'utile esemplificazione pratica di calcolo, dove si distingue a seconda che l'offerta sia stata formulata

**Sono soggetti a
revisione i lavori
eseguiti dal 1° Gennaio
al 30 Giugno 2021,
ancorchè solo annotati
nel libretto delle misure**

**La determinazione del
quantum dovuto a titolo
di compensazione: i
prezzi del decreto hanno
valore solo parametrico**

nel corso del 2020, oppure in epoca precedente. In merito a chi debba materialmente provvedere ai computi, la stessa circolare (punto 2.5) pone l'adempimento in prima battuta in capo al direttore dei lavori che, sulla base delle previsioni progettuali: per le opere contabilizzate a misura dovrà *individuare la quantità delle lavorazioni contabilizzate che contengono il materiale* da costruzione presente nella tabella allegata al decreto, di volta in volta rilevante; per le opere contabilizzate a corpo le percentuali di avanzamento delle lavorazioni che lo contengono.

Qualora il singolo materiale da costruzione faccia parte di una lavorazione più ampia, sempre a tenore della circolare il direttore dei lavori provvede a ricostruirne la relativa incidenza quantitativa analizzando la documentazione progettuale e gli elaborati grafici allegati alla contabilità, ovvero, in mancanza, sulla base di analisi desunte dai prezzari di riferimento del settore cui è riconducibile l'appalto.

2. I compiti del RUP e della Direzione lavori. Le risorse

Spetta poi al responsabile del procedimento, ovvero al dirigente all'uopo preposto, *convalidare i conteggi effettuati dal direttore dei lavori*, che quest'ultimo avrà loro tempestivamente trasmesso; verificare la disponibilità nel quadro economico dell'intervento delle somme da utilizzare per la compensazione; richiedere alla stazione appaltante, ove occorra, l'utilizzo delle ulteriori somme disponibili o che diverranno tali; provvedere, infine, ad effettuare il relativo pagamento.

Dispone la legge (comma 6) che per l'individuazione delle risorse si debba procedere, anzitutto utilizzando il 50% di quelle accantonate per imprevisti, fatte salve le somme indisponibili in quanto relative ad impegni contrattuali già assunti, nonché le ulteriori somme eventualmente a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento e stanziare annualmente; ancora possono essere utilizzati i ribassi d'asta, se non ne sia prevista una diversa destinazione sulla

base delle norme vigenti. Al di fuori delle dotazioni finanziarie proprie dello specifico intervento, possono utilizzarsi quelle relative ad altri interventi ultimati di competenza della stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili della spesa, nei limiti di quella residua autorizzata, disponibile alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto n.73 (24 luglio 2021).

Precisa poi la circolare, che la stazioni appaltanti dovranno procedere alle menzionate attività *in tempi compatibili con gli adempimenti previsti dal decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili n. 371 del 30 settembre 2021*. La precisazione deve leggersi alla luce del fatto che, per l'ipotesi in cui le risorse disponibili per le compensazioni non siano sufficienti, il comma 8 dell'articolo 1 *septies* prevede il ricorso ad un Fondo presso il MIMS, con una dotazione di 100 milioni di euro per il 2021, le cui modalità di utilizzo sono regolate da apposito decreto, ulteriore rispetto a quello dell'11 novembre al quale ci si è fin qui riferiti; trattasi del decreto 30 settembre 2021, già in vigore in quanto pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, n.258, dello scorso 28 ottobre, finalizzato a garantire la parità di accesso alle relative disponibilità a seconda che il destinatario della compensazione sia una piccola impresa, una media o una grande, e la conseguente proporzionalità nell'assegnazione delle risorse per ciascuna categoria.

Riprendendo quanto previsto dalla legge, l'articolo 2 del decreto di settembre dispone che, entro sessanta giorni dallo scorso 23 novembre, ciascuna stazione appaltante interessata debba inviare, *a mezzo posta elettronica certificata, al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili - Direzione generale per la regolazione dei contratti pubblici e la vigilanza sulle grandi opere - richiesta di accesso al Fondo*.

La richiesta ha carattere cumulativo, in quanto il punto 3 dispone che essa riporti *tutte le istanze di compensazione trasmesse dalle imprese, qualora ritenute ammissibili*

ai sensi del decreto di rilevazione dei prezzi,

In caso di risorse insufficienti le amministrazioni devono attivarsi in modo tempestivo per non perdere le disponibilità dell'apposito fondo



pervenute nei termini di cui al comma 4 del medesimo art. 1-*septies*.

Ai sensi di quanto previsto dal successivo punto 4 a ciascuna delle istanze di compensazione va allegata: la documentazione giustificativa prodotta dall'impresa; l'attestazione relativa all'importo definitivo ammesso a compensazione con la specificazione della categoria di appartenenza dell'impresa richiedente; la dichiarazione comprovante l'insufficienza delle risorse finanziarie risultanti dal quadro economico, per far fronte alla compensazione.

Rileva, al riguardo, il rispetto del termine dei sessanta giorni disposto dal comma 8 della legge; le amministrazioni aggiudicatrici, infatti, dovranno attivarsi entro il 22 gennaio 2022 raccogliendo per tempo tutta la menzionata documentazione; diversamente l'accesso al fondo potrebbe risultare precluso, ovvero esauriti i fondi previsti e, in questo senso, derivarne responsabilità; ciò anche in considerazione del fatto che la disciplina sulla responsabilità per danno erariale, da ultimo disposta dall'articolo 21 del decreto legge 16 luglio 2020, n.76, in deroga al più restrittivo regime ordinario, non opera nel caso di comportamenti omissivi.

In tal senso, infatti, sebbene detto termine, a differenza di quello a carico delle imprese per le relative istanze, non sia fissato dalla legge a pena di decadenza, la perdita dell'accesso al fondo per intempestività della domanda non implica il venir meno del diritto degli operatori economici alla compensazione, che andrà comunque soddisfatto.

3. Gli adempimenti fissati per le imprese

Relativamente agli operatori economici, si è già riportato come la richiesta delle amministrazioni di accesso al Fondo debba specificare la categoria di appartenenza dell'impresa per la quale deve procedersi a compensazione; il comma 8 della legge, infatti, distingue espressamente tra

imprese grandi, medie e piccole, ed il decreto del 29 settembre ha regolato anche tale profilo.

In tal senso la distinzione risulta costruita non già sugli ordinari parametri comunitari, bensì sugli ambiti di accesso al mercato propri di ciascun operatore, stabilendo che: per «piccola impresa» debba intendersi quella in possesso dei requisiti di cui all'articolo 90 del decreto del DPR n. 207/2010, che legittimerebbero l'assunzione di contratti d'importo fino a 150.000 euro ovvero della qualificazione nella prima o seconda classifica del sistema di qualificazione SOA; per «media impresa», quella in possesso

della qualificazione dalla terza alla sesta classifica; per «grande impresa», quella in possesso della qualificazione nella settima o ottava classifica, ripartendo su tali basi ed in modo proporzionale le complessive risorse stanziata dalla legge.

Nel quadro così definito, rileva la precisazione di cui al comma 2 dell'articolo 1 del decreto, secondo la quale ciascuna impresa concorre alla distribuzione delle risorse assegnate alle categorie individuate *a prescindere dall'importo del contratto aggiudicato*, circostanza che impone di individuare nelle richieste, in primis in quelle formulate dall'operatore economico, il livello massimo di iscrizione dallo stesso posseduto, a prescindere dalle attestazioni impegnate nel singolo affidamento per il quale ci si attiva.

In presenza di raggruppamenti temporanei tanto di tipo orizzontale che verticale, il successivo comma 3 prevede che ciascuno di essi concorra alla distribuzione delle risorse assegnate alle categorie individuate *...esclusivamente in ragione della qualificazione posseduta ... dall'impresa mandataria*. Stessa regola sembra dover valere anche per il caso di "consorzi ordinari" inquadrati, da ultimo, nella previsione di cui all'articolo 45, comma 1 lettera e) del Codice dei contratti, mentre per quelli "stabili" e per quelli tra imprese cooperative o artigiane, in quanto autonomamente attestati, varrà il livello più elevato della propria qualificazione. Da rilevare come manchino nel decreto riferimenti ai contratti di rete.

Le richieste delle pa per l'accesso alle risorse del fondo vanno inoltrate entro il 22 Gennaio 2022



Le imprese devono richiedere le compensazioni entro il 9 dicembre, a pena di decadenza



Sempre sul fronte degli operatori economici, la legge peraltro prevede tempi di attivazione necessariamente più ristretti rispetto a quanto stabilito per le amministrazioni; dispone sul punto il comma 4 dell'articolo 1 *septies* che *l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione entro quindici giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto di rilevazione dei prezzi, avvenuta come già detto in data 23 novembre. In questo caso il termine è fissato a pena di decadenza e, secondo le regole comuni, si esaurirà il 9 dicembre in considerazione della festività religiosa, ma anche civile, dell'8 dicembre, data questa in cui in principio scadrebbero i 15 giorni di legge; la conclusione appare peraltro coerente con la finalità della legge che è quella di favorire l'attribuzione delle compensazioni, non già quella di prefigurare condizioni che rendano più difficoltoso il relativo riconoscimento.*

L'istanza delle imprese deve contenere l'indicazione dei materiali da costruzione, per i quali il decreto abbia rilevato variazioni dei prezzi, utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, rimettendo al direttore dei lavori di accertare le quantità delle relative lavorazioni allibrate nel semestre 1° gennaio 30 giugno 2021.

4. La revisione in diminuzione

Da notare, infine, che il meccanismo introdotto dall'articolo 1 *septies* opera, come anche tutti gli analoghi precedenti, in duplice senso, andando cioè a regolare anche il caso in cui la compensazione debba operare al contrario, recuperando rilevati decrementi in luogo di aumenti dei prezzi dei materiali da costruzione.

Dispone al riguardo l'ultima parte del comma 3 che per le variazioni in diminuzione, la procedura debba essere avviata *d'ufficio* dalla stazione appaltante, entro quindici giorni dal 23 novembre 2021, e che sia il responsabile del procedimento a dover accertare, con proprio provvedimento, il credito della stazione appaltante procedendo agli eventuali recuperi.

Il termine non è fissato a pena di decadenza, ancorché la norma parli di semplice "avvio" entro tale data del procedimento; d'altro canto è di tutta evidenza il fatto che il decreto di novembre abbia rilevato solo aumenti, e che nello stesso senso sia la storia pressoché univoca delle rilevazioni, dal 2003 ad oggi.

Le gare telematiche alla luce del nuovo Regolamento in materia di digitalizzazione delle procedure di affidamento

di Alessandra Verde

SOTTO
LA
LENTE

1. Inquadramento generale. La digitalizzazione nel PNRR

La transizione digitale, volta a modernizzare la pubblica amministrazione, le infrastrutture di comunicazione e a rilanciare il sistema produttivo del Paese nel suo complesso è uno dei pilastri fondamentali del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), obiettivo strategico per dare una spinta decisiva alla ripresa economica dell'Italia e alla definitiva, si spera, uscita dalla profonda crisi - notevolmente aggravata dalla pandemia - in cui il Paese versa da anni.

Tale ambizioso obiettivo viene declinato nel PNRR in una delle sei Missioni previste, precisamente quella afferente alla Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, a sua volta spaccettata in più Componenti, tra le quali la M1C1 - Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA, che è quella che ci interessa maggiormente in questa sede.

L'Unione Europea ha imposto agli Stati membri

di investire nella digitalizzazione almeno il venti per cento delle risorse messe a disposizione per uscire dalla crisi. Appare evidente come si tratti a questo punto di un obiettivo strategico e non più rinviabile, tenuto conto anche del fatto che l'Italia si colloca agli ultimi posti tra i Paesi europei per livello di digitalizzazione.

Tra gli obiettivi posti dal PNRR al fine di favorire l'innovazione digitale riveste particolare rilievo quello della **semplificazione in materia di contratti pubblici**, con riferimento alla quale si legge nel Piano che «la semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia: entrambi aspetti essenziali per la ripresa a seguito della diffusione del contagio da Covid-19». A tal fine, sono programmate una serie di misure urgenti, alcune delle quali non richiedono un intervento legislativo ma, più semplicemente, la concreta attuazione di norme già vigenti nel nostro ordinamento.

Si tratta in special modo della riduzione del numero e qualificazione delle stazioni appaltanti, del potenziamento del database di tutti i contratti tenuto dall'Autorità nazionale anticorruzione e della semplificazione e digitalizzazione delle procedure delle centrali di committenza ed interoperabilità dei relativi dati.

Ed è proprio la semplificazione e **digitalizzazione delle procedure di acquisto e l'interoperabilità dei relativi dati** ad essere l'oggetto del nuovo Regolamento adottato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, il n. 148, 2021, approvato il 12 agosto scorso ma pubblicato in Gazzetta ufficiale soltanto il 26 ottobre (G.U. n. 256), il quale dà finalmente attuazione all'art. 44 del Codice dei contratti pubblici e disciplina le modalità di digitalizzazione delle procedure di affidamento degli stessi.

Seppure con quattro anni di ritardo, le Stazioni appaltanti ora avranno finalmente a disposizione un quadro normativo compiuto per digitalizzare interamente e in maniera uniforme le procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture, potendo altresì fruire della Banca Dati nazionale dei Contratti pubblici gestita da ANAC (BDNCP), cui accedere per ottenere tutte le informazioni necessarie alla verifica dei requisiti di partecipazione e per trasmettere tutti i dati e le informazioni obbligatorie per finalità di trasparenza. Ne conseguirà così una sensibile semplificazione degli adempimenti gravanti sui RUP ed un cospicuo risparmio di tempo e risorse.

2. I vantaggi della digitalizzazione delle procedure di affidamento

La compiuta regolamentazione delle procedure telematiche di gara consente di rendere effettivo l'obbligo del ricorso alle stesse, stabilito dall'art. 58 del Codice ma ancora non pienamente attuato. Il fine dichiarato, ribadito a più riprese anche nel PNRR, è la semplificazione delle procedure - attraverso la loro standardizzazione - e la conseguente maggiore speditezza delle stesse, grazie all'immediatezza delle comunicazioni elettroniche rispetto a quelle tradizionali.

Altra importante finalità della digitalizzazione delle procedure va ravvisata nella maggior garanzia che essa offre in termini di integrità e sicurezza delle offerte, di loro segretezza, nonché di tracciabilità di tutte le operazioni compiute nel corso della procedura. Tutti questi aspetti vengono in rilievo anche al fine di ridurre i possibili contenziosi.

La tracciabilità delle operazioni è, a sua volta, garanzia di trasparenza dell'azione amministrativa ed utile strumento per prevenire la corruzione. Il rispetto

dell'integrità dei dati e delle informazioni prodotte in una gara e la garanzia di riservatezza delle offerte sono infatti due dei principali strumenti per scongiurare eventuali fenomeni corruttivi. Sotto questo profilo, assumono rilievo anche la maggiore velocità nello svolgimento delle procedure e la loro standardizzazione mediante strumenti ICT, tutti aspetti che vanno a vantaggio della legalità,

L'innovazione digitale della pubblica amministrazione e, in particolare, la digitalizzazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici è uno degli obiettivi strategici del PNRR. Il Governo italiano ha compiuto un ulteriore passo avanti in tale direzione con l'emanazione del DPCM in materia di procedure telematiche, che dà attuazione all'art. 44 del Codice dei contratti.



1. Art. 44 D. lgs. n. 50/2016: <<1. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenda per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.>>

perché fanno venire meno alcune delle storture tipiche delle gare, quali la lentezza e l'eccessiva discrezionalità nel loro svolgimento, situazioni che creano terreno fertile per eventuali tentativi di corruzione.

Altro vantaggio di non poco conto delle procedure svolte interamente in modalità telematica è la perdita di rilievo che in esse assume la vicinanza fisica degli addetti ai lavori (funzionari della stazione appaltante, commissari di gara, operatori economici). In quest'ottica, gli strumenti ICT, durante l'emergenza sanitaria da COVID-19 tuttora in corso, hanno rivelato tutto il loro potenziale, in quanto le modalità telematiche di svolgimento delle procedure hanno garantito la continuità dell'azione amministrativa ed hanno consentito lo svolgimento a distanza delle procedure urgenti senza necessità di una loro sospensione.

3. Il nuovo Regolamento sulle modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici. I principi generali

Il DPCM n. 148 definisce i principi per la digitalizzazione delle procedure di affidamento dei contratti da parte delle pubbliche amministrazioni e indica le caratteristiche tecniche generali che dovranno avere i sistemi telematici per lo svolgimento delle attività connesse a tali procedure. Le piattaforme digitali per l'*e-procurement*, in uso alle stazioni appaltanti, dovranno quindi rispondere a determinati requisiti funzionali e tecnologici, uguali per tutte, così da ottenere una "uniformazione tecnologica" che consentirà l'interconnessione e l'interoperabilità dei dati tra le piattaforme esistenti (o ancora da realizzare o da

potenziare) e tra queste e gli organismi di vigilanza e controllo.

La realizzazione di un compiuto sistema di *e-procurement*, capillarmente utilizzato da tutte le Amministrazioni, offrirà importanti vantaggi sia alle stazioni appaltanti che alle imprese, migliorando l'efficienza amministrativa complessiva con conseguente diminuzione dei costi di gestione delle procedure di gara, della durata del ciclo dell'appalto e, infine, degli oneri amministrativi a carico delle imprese.

Il DPCM in esame si compone di tre Capi, il primo dedicato ai principi generali, il secondo alla gestione digitale delle procedure e l'ultimo alle disposizioni finali.

Tra i principi generali, viene immediatamente in rilievo la regolamentazione dell'accesso al sistema

telematico da parte degli utenti, che può avvenire esclusivamente mediante una procedura di autorizzazione che preveda l'identificazione dell'utente medesimo e il rilascio di un apposito codice alfanumerico, cioè **mediante SPID** per gli operatori economici nazionali, o attraverso gli altri mezzi di identificazione elettronica per il riconoscimento reciproco transfrontaliero ai sensi del regolamento eIDAS per gli operatori esteri.

Il Regolamento stabilisce che, una volta completata la procedura di identificazione, il responsabile del sistema telematico, sulla base delle informazioni fornite, debba attribuire all'utente un profilo coerente con il ruolo o la funzione svolta nella procedura (la c.d. **caratterizzazione**).

Altra regola fondamentale inserita tra i principi generali è quella per cui le comunicazioni e gli scambi di informazioni tra gli utenti e il sistema

La digitalizzazione delle procedure di affidamento riveste indubbi vantaggi in termini di trasparenza, tutela dell'integrità e della riservatezza delle offerte; essa offre inoltre garanzie di maggiore celerità nella conclusione dei procedimenti e di più efficace prevenzione di eventuali fenomeni corruttivi.



2. Il regolamento eIDAS è il regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno.

telematico che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna, tra i quali i messaggi di avviso e di notifica, avvengano esclusivamente utilizzando il **domicilio digitale** presente negli indici di cui agli artt. 6-bis e 6-ter del CAD o, per gli operatori economici transfrontalieri, attraverso un indirizzo di servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento eIDAS.

Il sistema telematico garantisce inoltre la registrazione di tutte le operazioni svolte su di esso, in quanto deve necessariamente offrire apposite funzionalità di registrazione cronologica (log applicativi e di sistema) delle operazioni eseguite, nonché dei cambiamenti che le operazioni introducono sulla base di dati, per finalità di controllo anche automatico degli accessi degli utenti e di verifica delle attività effettuate.

Le rigorose regole imposte per l'accesso a sistema, volte ad assicurare l'identificazione certa di colui che vi accede, sono essenziali anche per ridurre al minimo tutti i possibili contenziosi connessi alla paternità delle offerte caricate a sistema. Si pensi al caso di offerte, o parti di esse, non firmate digitalmente ma comunque caricate all'interno delle c.d. "buste", cioè contenitori di documenti digitali firmati essi stessi digitalmente, cui si accede mediante un processo di identificazione fondato su un meccanismo di credenziali univoche. In tali ipotesi, la giurisprudenza si è dimostrata oscillante, affermando talvolta che la paternità dell'offerta vada riconosciuta in tutti i casi in cui le concrete circostanze di fatto conducono ragionevolmente a propendere per essa, a prescindere dal dato formale dell'assenza della sottoscrizione digitale; tuttavia, più frequentemente, è stato invece sostenuto che la sottoscrizione dell'offerta con firma digitale sia diretta non soltanto ad accertare la provenienza e l'integrità della stessa, ma sia anche

volta a vincolare il proponente al suo contenuto, assicurandone l'immodificabilità. Per tale ragione non è parso ai più sufficiente l'utilizzo della firma digitale nella sola iniziale fase di accreditamento al portale telematico e si è ritenuto che l'accesso successivo al portale medesimo mediante semplice *password* con relativa compilazione dell'offerta non possa offrire le stesse garanzie, in termini di serietà, affidabilità e insostituibilità, di una proposta sottoscritta con la firma digitale.

Di particolare importanza è la previsione relativa alla formazione del fascicolo elettronico. L'art. 7 del Regolamento infatti prevede che tutti i dati, i documenti e le comunicazioni scambiate tra stazione appaltante e operatori economici, purché redatti in un formato idoneo alla loro conservazione a norma ai sensi del CAD, debbano essere raccolti in un fascicolo informatico gestito dal sistema telematico che, a conclusione della procedura di affidamento, sarà reso disponibile alla stazione appaltante, la quale avrà l'onere di conservarlo a norma.

Il gestore del sistema telematico avrà l'obbligo di mettere a disposizione delle stazioni appaltanti le registrazioni cronologiche delle operazioni effettuate e provvedere all'invio in conservazione delle stesse secondo le regole tecniche in materia di sistema di conservazione a norma.

L'impronta delle registrazioni cronologiche, calcolata al momento dell'invio del fascicolo stesso in conservazione, è conservata nel medesimo fascicolo elettronico.

In sintesi, nel fascicolo elettronico confluiranno tutti i documenti, atti, informazioni e comunicazioni formati durante la procedura di affidamento, come le offerte, le giustificazioni rese in caso di avvio del subprocedimento di verifica di congruità di un'offerta risultata anomala, i verbali della



3. L'art. 6-bis del Codice dell'Amministrazione digitale (D. Lgs. n. 82/2005) disciplina l'Indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti, mentre l'art. 6-ter detta prevede l'Indice dei domicili digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi.

4. Si veda Cons. Stato, sez. III, 19.03.2020, n. 1963.

5. In questo senso, TAR Roma, 09.11.2020 n. 11598; TAR Marche, n.138 del 2020, TAR Piemonte, I, n.16 del 2020 e anche Cons. Stato, V, n. 5751 del 2019.

6. Secondo l'art. 44 del Codice dell'Amministrazione Digitale, il sistema di conservazione dei documenti informatici deve assicurare nel tempo, per quanto in esso conservato, caratteristiche di autenticità, integrità, affidabilità, leggibilità, reperibilità, secondo le modalità indicate nelle Linee guida AGID in materia.

Commissione giudicatrice, ecc..

Sono altresì compresi i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante quali: la determinazione a contrarre (art. 13), il provvedimento di ammissione e di esclusione dalle fasi della procedura di gara (art. 19), il provvedimento di aggiudicazione (art. 25), il contratto (art. 27), ecc.. Il fascicolo elettronico costituirà così il contenitore unico, esaustivo e sempre rintracciabile di tutti gli atti e informazioni afferenti ad una procedura di affidamento.

Il DPCM impone che i sistemi telematici di *e-procurement* assicurino agli utenti autenticati la disponibilità dei dati e dei documenti gestiti, garantendone pienamente l'integrità e la segretezza, attraverso l'uso di idonee tecniche di crittografia e offuscamento. Gli stessi dovranno inoltre garantire la tracciabilità degli accessi effettuati e la loro registrazione.

I sistemi devono essere programmati in modo da assicurare assoluta imparzialità e terzietà da parte del gestore del sistema medesimo, che può essere soggetto pubblico o privato, a differenza del responsabile del sistema telematico che, invece, dovrà essere sempre appartenente al personale della Stazione appaltante.

Il Capo dedicato ai principi generali prevede infine la necessaria integrazione dei sistemi telematici di acquisto e negoziazione con la piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati (PagoPA), integrazione che consentirà di attivare direttamente dal sistema telematico di *procurement* le funzionalità di pagamento del contributo ANAC, di cauzioni provvisorie o definitive o di altri pagamenti che dovessero in ipotesi risultare necessari in corso di procedura (ad esempio per il rilascio di copie a seguito di richiesta di accesso agli atti).

4. (Segue) Il nuovo Regolamento sulle modalità di digitalizzazione delle procedure. Le regole di gestione digitale della procedura. L'avvio della procedura e la fase di qualifica

Il Capo II del DPCM affronta le varie fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e prevede le diverse funzionalità, ad esse connesse, che il sistema telematico di *procurement* dovrà necessariamente garantire.

In primo luogo, mediante il sistema telematico la stazione appaltante potrà acquisire il codice identificativo della gara (CIG) sulla base dell'accordo di servizio sottoscritto dal responsabile del sistema e dal gestore del sistema con ANAC.

Il sistema telematico consentirà inoltre alla stazione appaltante la redazione o, comunque, l'acquisizione della determina a contrarre.

Tramite l'interconnessione con le apposite piattaforme del Ministero delle infrastrutture e dell'ANAC, il sistema telematico permetterà alla stazione appaltante di assolvere agli obblighi di pubblicazione dei bandi di gara e degli avvisi previsti dal Codice, garantendo altresì la gestione automatizzata delle relative notifiche.

Sarà possibile per le stazioni appaltanti inoltre predisporre direttamente a sistema gli schemi di documento di gara unico europeo (DGUE) in formato elettronico ai sensi dell'articolo 85 del Codice, nonché tutta la restante documentazione di gara (disciplinare, capitolato, schema di contratto, modulistica varia) o, se

predisposta al di fuori del sistema, caricarla in esso per garantirne la gestione unitaria e la pubblicazione.

Il sistema dovrà consentire anche la possibilità, a seconda della procedura di affidamento prescelta, di trasmettere gli inviti agli operatori economici eventualmente selezionati.

Il Regolamento contempla, tra i principi generali, l'obbligo di accesso tramite SPID, l'utilizzo di un domicilio digitale per le comunicazioni, la formazione e conservazione di un fascicolo elettronico che contenga tutti i dati, i documenti e le comunicazioni scambiate tra stazione appaltante e operatori economici, nonché i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante.



Specularmente, gli operatori economici potranno predisporre o, se redatte al di fuori della piattaforma, comunque caricare a sistema la propria documentazione di qualifica, DGUE compreso, e la propria offerta, tecnica ed economica, con tutti i necessari allegati.

Al momento della ricezione dell'offerta, la piattaforma trasmetterà automaticamente all'operatore economico un messaggio di notifica dell'avvenuta ricezione della documentazione, indicando la data e l'ora di presentazione della stessa, a tutela del concorrente.

Nell'ottica di realizzare un sistema *user friendly*, la piattaforma telematica effettuerà altresì la verifica preliminare dell'avvenuto inserimento di tutti i documenti previsti per la partecipazione alla gara e l'integrale compilazione dei moduli *online*. In caso di esito negativo della verifica, il sistema telematico invierà all'operatore economico un messaggio automatico di errore con l'indicazione delle criticità riscontrate così da consentirgli la tempestiva correzione degli eventuali errori o mancanze.

In proposito, sarebbe auspicabile che il sistema inviasse un *alert* anche in tutti quei casi in cui i *files* caricati presentino delle anomalie, così da permettere al concorrente di controllare meglio la correttezza, anche sotto il profilo informatico, della documentazione inserita a sistema. Ciò sarebbe utile per evitare possibili contenziosi, soprattutto se i *files* illeggibili o danneggiati facessero parte dell'offerta tecnica o economica, per le quali non sarebbe neppure ammesso il soccorso istruttorio. Sul tema vi è infatti una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato ad esito di una controversia scaturita dall'inserimento, da parte della concorrente, all'interno della busta relativa

all'offerta tecnica di un documento obbligatorio risultato non leggibile. In merito, il Supremo Collegio, partendo dal presupposto che fosse incontrovertibile che non si trattasse di un errore imputabile al gestore della piattaforma telematica ma di un errore originario del *file*, come accertato in via istruttoria dalla stazione appaltante, ha ritenuto che è onere dei concorrenti <<adempiere, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (*par condicio*); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità>>.

Tale rischio, ricadente incontrovertibilmente sui concorrenti, potrebbe essere per lo meno attenuato se il sistema rilevasse in qualche modo eventuali anomalie intrinseche dei *files* caricati.

La piattaforma di e-procurement dovrà garantire, a termini di Regolamento, il compiuto espletamento di tutte le fasi delle procedure di gara, ivi compresi i sub-procedimenti di soccorso istruttorio, verifica dell'anomalia e accesso agli atti. Essa deve altresì offrire la possibilità di effettuare la verifica dei requisiti di partecipazione.

Il sistema telematico deve essere dotato di tutte le funzionalità che consentano di espletare al suo interno ogni fase della procedura di gara. In particolare, al fine di garantire la segretezza delle offerte, il Regolamento stabilisce che le piattaforme di *e-procurement* debbano assicurare che non si possa accedere ai documenti afferenti ad una fase della procedura finché non si sia conclusa la valutazione della precedente. Ad esempio, fino a che non si apre la fase di qualifica e non si termina la verifica della documentazione afferente ad essa, il sistema non consentirà l'apertura dell'offerta tecnica o dell'offerta economica.

Ovviamente, fa eccezione il caso delle procedure che prevedano l'inversione procedimentale. Con riferimento ad esse il DPCM contempla l'eccezione alla suddetta regola di blocco quando

7. Cons. Stato, sez. III, n. 7507 del 11.11.2021. Nello stesso senso si veda Cons. Stato, sez. V, n. 3833 del 17.05.2021.

la documentazione afferente ad una fase successiva sia già stata aperta e la relativa valutazione sia già stata conclusa.

La piattaforma telematica deve offrire la possibilità, nell'ambito della fase di qualifica, di attivare il soccorso istruttorio o la richiesta di chiarimenti sulla documentazione presentata. A conclusione della fase di qualifica la stazione appaltante potrà procedere direttamente mediante la piattaforma a redigere, o comunque acquisire a sistema, e notificare il provvedimento di ammissione o di esclusione degli operatori economici, che poi confluirà, come detto, nel fascicolo informatico.

La piattaforma dovrà consentire, in caso di esclusione di uno o più concorrenti, di notificare tale decisione agli interessati nonché di comunicare il relativo provvedimento alla BDNCP, anche ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico dei contratti pubblici.

Altra funzionalità fondamentale che, se realmente efficace, si rivelerà determinante per rendere più semplice la vita ai RUP e accelerare notevolmente le tempistiche di affidamento dei contratti, è la possibilità offerta dal sistema telematico di effettuare la verifica dei requisiti di partecipazione tramite l'interazione con la BDNCP, secondo le modalità previste dalle Linee guida adottate a cura dell'AGID.

5. (Segue) Le regole di gestione digitale della procedura. Le fasi successive

Nell'ambito delle procedure da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il sistema di *e-procurement* consentirà di gestire tutte le comunicazioni eseguite e i provvedimenti necessari per la nomina della Commissione giudicatrice, ivi compresa la trasmissione all'ANAC dell'elenco dei commissari nominati.

Le attività valutative della Commissione potranno svolgersi interamente sulla piattaforma, mediante

Un sistema telematico di procurement efficiente e stabile, che rispetti le regole imposte dal DPCM, uniformi per tutte le stazioni appaltanti, avrà ricadute positive sia in termini di celerità nella conclusione delle procedure di affidamento che di riduzione dei possibili contenziosi.



la quale i commissari potranno accedere alla documentazione di gara inserita dai concorrenti. Lo stesso dicasi per le attività dei componenti del seggio di gara e dei segretari di commissione. Sarà inoltre possibile la gestione da remoto delle sedute collegiali della Commissione giudicatrice, con possibilità di verificare, se necessario, l'effettivo accesso al sistema telematico di tutti i componenti e il loro

collegamento nel corso dell'intera seduta. Il sistema telematico sarà dotato delle funzionalità necessarie per garantire l'assoluta riservatezza delle sedute collegiali che non siano pubbliche.

Infine, sarà possibile redigere direttamente sulla piattaforma i verbali delle sedute o, comunque, se predisposti al di fuori di essa, caricarli a sistema, con registrazione delle sedute della commissione giudicatrice, garantendo, tuttavia, la segretezza della registrazione delle sedute non pubbliche.

Conclusa la fase di qualifica, il sistema consentirà alla Commissione di esaminare e valutare le offerte tecniche registrando gli esiti della valutazione delle stesse. Il sistema telematico eseguirà altresì il calcolo del punteggio tecnico totale assegnato a ciascun operatore economico, segnalando l'eventuale mancato superamento della soglia di sbarramento, se prevista. Anche in questo caso, laddove uno o più concorrenti non superino la fase di valutazione tecnica, il sistema consentirà di notificare tale esito all'operatore economico escluso e farà accedere alla fase successiva esclusivamente i concorrenti ammessi.

In fase di valutazione delle offerte economiche, il sistema procederà alla somma dei punteggi conseguiti (tecnico ed economico) e a calcolare il punteggio complessivo di ciascun concorrente.

La piattaforma di *e-procurement* dovrà consentire alla Commissione (o al seggio di gara in caso di procedure da aggiudicarsi al prezzo più basso) di gestire anche il calcolo della soglia di anomalia secondo i criteri previsti dall'articolo 97 del Codice, segnalando la presenza di offerte che appaiano anormalmente basse e a ordinare l'elencazione

delle offerte economiche in ordine di ribasso d'asta. Il Regolamento prevede altresì che il sistema telematico debba consentire di procedere al ricalcolo del punteggio assegnato qualora l'esclusione di un concorrente al momento della valutazione dell'offerta economica ne determini la necessità. Tuttavia, alla luce del vigente principio di invarianza introdotto dall'art. 95, comma 15 del Codice, che opera nel senso di cristallizzare le offerte e rendere immutabile la graduatoria, l'eventualità di utilizzare tale funzionalità appare piuttosto remota.

Il sistema telematico consentirà alle stazioni appaltanti di gestire anche l'eventuale sub-procedimento di verifica di congruità delle offerte in caso di anomalia, richiedendo le relative giustificazioni ai concorrenti la cui offerta sia risultata anormalmente bassa. Allo stesso modo, il concorrente interpellato potrà trasmettere le proprie giustificazioni tramite il sistema telematico. In caso di accertamento dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante comunicherà, sempre tramite il sistema telematico, la conseguente esclusione del concorrente.

Infine, le attività di predisposizione della graduatoria finale, la sua pubblicazione, nonché la redazione e acquisizione del provvedimento di aggiudicazione sono tutte espletabili direttamente

dalla piattaforma, che consentirà anche l'invio di tutte le comunicazioni relative all'esito della procedura di gara agli operatori economici interessati e alla BDNCP, nonché l'assolvimento, da parte della stazione appaltante, dell'obbligo di pubblicazione dell'avviso sull'esito della procedura. Il sistema telematico consentirà inoltre agli operatori economici partecipanti di accedere agli atti di gara alle condizioni e nei tempi previsti dalla normativa vigente.

Il sistema telematico di *procurement* dovrà poi permettere la redazione del contratto o, comunque, la sua acquisizione. Questo, una volta sottoscritto dalle parti, sarà inserito e conservato nel fascicolo informatico.

Il Regolamento prevede infine che il sistema telematico sia realizzato tenendo conto delle **best practices** esistenti riguardo alle metodologie organizzative e di lavoro, di programmazione e pianificazione, anche per l'individuazione dei dati rilevanti, la loro raccolta, gestione ed elaborazione, nonché le migliori pratiche afferenti alle soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto disponibili sul mercato, in modo da assicurare la massima efficienza ed efficacia dell'azione della stazione appaltante nell'espletamento delle procedure di acquisto e di negoziazione.

Gli appalti pubblici come strumento di “sostenibilità”: innovazione o intrusione nella sfera riservata alla libertà di iniziativa economica?

di Ilenia Paziani

IL
PUN
TO

1. Introduzione

È sempre più frequente il dibattito su “ESG”, tale acronimo si riferisce a tre fattori centrali nella misurazione della sostenibilità di un investimento: *Environmental, Social and corporate Governance*.

Quando si parla di “ESG” ci si riferisce in particolare:

- ai “**criteri ambientali**”, che esaminano l’impatto di un’azienda ad esempio in tema di gestione dei rifiuti, inquinamento, emissioni di gas a effetto serra, deforestazione e di cambiamenti climatici;
- ai “**criteri sociali**”, che analizzano il modo in cui l’impresa tratta le persone (ad esempio, la gestione del personale, la diversità e le pari opportunità, le condizioni di lavoro, la salute e la sicurezza);
- ai “**criteri di governance**”, che valutano il modo in cui un’azienda è amministrata (ad esempio, la remunerazione dei dirigenti, la diversità e struttura degli organi di governo).

L’idea al centro dell’analisi dei fattori ESG è costituita nella convinzione che se le imprese

creano valore per tutti i soggetti interessati (e quindi non solo per i proprietari, ma anche per i dipendenti, per i clienti e per l’ambiente), allora le imprese medesime avranno maggiori probabilità di successo e di rendimento.

Si tratta quindi dell’individuazione di un modello di sviluppo che non si basa esclusivamente sul massimo profitto, ma anche su fattori apparentemente non collegati direttamente al profitto che però sono idonei a generare benessere (in senso ampio) soprattutto sul medio-lungo termine.

Affinché il raggiungimento di un modello innovativo di sviluppo non resti solo un principio vuoto, è necessario che tale “*rivoluzione green & social*” sia trainata dai **contratti pubblici**, che costituiscono il volano dell’economica del Paese.

Ed infatti, la spinta alla *Green (& social) economy* deve trovare la propria origine soprattutto nella Pubblica Amministrazione, la quale è chiamata ad orientare le proprie scelte nell’approvvigionamento di beni e servizi connotati da una maggiore attenzione all’impatto ambientale e sociale.

2. Il DL Semplificazioni-bis: criteri ESG per gli appalti del PNRR

Ed è proprio in questa direzione che vanno le ultime modifiche normative in tema di contrattualistica pubblica. Ci si riferisce in particolare agli articoli 47 e 49 del nuovo DL Semplificazioni-bis adottato con DL del 31 maggio 2021 n. 77 e convertito in legge n. 181 del 30 luglio 2021.

L'articolo 47, rubricato "Pari opportunità, generazionali e di genere, e inclusione lavorativa nei contratti pubblici PNRR e PNC", allo scopo di perseguire le finalità relative alle pari opportunità, sia generazionali che di genere, e di promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, prevede **L'adempimento di specifici obblighi**, anche assunzionali, nonché l'eventuale assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che rispetti determinati requisiti, nell'ambito delle procedure di gara relative agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui ai Regolamenti UE n. 2021/240 e 2021/241) e dal PNC (Piano nazionale per gli investimenti complementari, di cui al D.L. 59/2021), finalizzato ad integrare gli interventi del PNRR con risorse nazionali.

In particolare, l'articolo 47 prevede alcuni requisiti obbligatori per la partecipazione alle gare d'appalto riguardanti il PNRR, tra cui l'obbligo (a pena di esclusione per le imprese con più di 100 dipendenti; con irrogazione di penali negli altri casi) di consegnare una relazione sulla situazione del personale maschile e femminile, nonché sull'adempimento degli obblighi previsti dalla normativa vigente in materia di inserimento lavorativo dei disabili.

Il comma 4 prevede inoltre che le stazioni appaltanti stabiliscono nei bandi di gara **specifiche**

clausole dirette all'inserimento, sia come requisiti "necessari", sia come requisiti "premiali", di criteri orientati a **promuovere l'imprenditoria giovanile e l'inclusione lavorativa di disabili e la parità di genere e generazionale**.

Altro requisito a pena di esclusione è l'assunzione dell'obbligo, in caso di aggiudicazione del contratto, di **assicurare una quota pari al 30% delle assunzioni** necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione **giovanile** sia all'occupazione **femminile**.

Sul punto la norma individua come limiti a tale discrezionalità amministrativa il rispetto dei **principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione**, nonché dell'**oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo in relazione ai profili occupazionali richiesti**.

Le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei suddetti requisiti di partecipazione, o stabilire una quota inferiore, **dandone adeguata e specifica motivazione**, se l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche (comma 7).

Il comma 5 prevede inoltre l'introduzione di ulteriori **misure premiali** che possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che:

- nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori connessi a motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di

L'articolo 47 del DL Semplificazioni-bis prevede l'adempimento di specifici obblighi e specifiche clausole diretti a garantire pari opportunità, sia di genere che generazionali



Le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei suddetti requisiti di partecipazione, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione



provenienza geografica, di religione, di età, di sesso, di orientamento sessuale, di handicap o a convinzioni personali (ex artt. 44 del D.Lgs. 286/1998, 4 del D.Lgs. 215/2003, 4 del D.Lgs. 216/2003, 3 della L. 67/2006 e 55-quinquies del D.Lgs. 198/2006) o al mancato rispetto del divieto di licenziamento per causa di matrimonio o per gravidanza e maternità (ex art. 54 del D.Lgs. 151/2001 che vieta il licenziamento dall'inizio della gravidanza al termine del congedo obbligatorio di maternità);

- utilizzi o si impegni ad utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro (il c.d. *work/life balance*);
- per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, giovani, con età inferiore a trentasei anni, donne e, come specificato in sede referente, persone disabili;
- nell'ultimo triennio abbia rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari ricompresi nella durata del contratto di appalto una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario sulla sostenibilità sociale e ambientale dei processi produttivi (la c.d. DNF concernente informazioni relative ai temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione attiva e passiva, volte ad assicurare la comprensione dell'attività di impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa prodotto).

Per l'effetto di tali prescrizioni (premiali o a pena

di esclusione) a quanto risulta dal PNRR, nel periodo 2024-2026, si attende un incremento pari al 3,2% dell'occupazione giovanile e pari al 4% dell'occupazione femminile.

Lo scopo delle misure premiali e degli obblighi a pena di esclusione dovrebbe portare entro il 2026 ad un incremento pari al 3,2% dell'occupazione giovanile e pari al 4% dell'occupazione femminile



Un altro esempio di norma che orienta gli appalti in chiave sociale è costituita dall'articolo 49 che regola il subappalto apportando importanti modifiche all'articolo 105 del Codice dei Contratti Pubblici. Occorre innanzitutto precisare che, a differenza della disposizione sopra indicata, tale modifica è valida per tutti i contratti e non solo per quelli rientranti nei fondi derivanti dal PNRR e PNC.

Ci si riferisce in particolare al comma 14 dell'articolo 49, così come modificato dal DL Semplificazioni-bis e in vigore dal 1° giugno 2021, il quale stabilisce che *"Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale"*.

Tale norma risulta orientata a garantire una **maggiore tutela dei lavoratori** e rappresenta un'altra spinta del legislatore ad una maggiore "sostenibilità sociale" dei contratti pubblici.

Anche in questo caso è la norma stessa che pone un limite alla valutazione di adeguatezza del contratto collettivo applicabile, in particolare secondo un costante orientamento giurisprudenziale la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e quindi costituisce un'estrinsecazione della libertà negoziale delle parti che trova quale **limite la coerenza del contratto collettivo applicato con l'oggetto dell'appalto** (cfr. Cons. Stato, V,

1° marzo 2017, n. 932; V, 12 maggio 2016, n. 1901; III, 10 febbraio 2016, n. 589).

Ne consegue che nella valutazione del CCNL da applicare dovrà sempre tenersi conto della sussistenza di una connessione tra l'oggetto delle attività del subappalto con l'oggetto dell'appalto principale e solo in ipotesi di coincidenza, si potrà chiedere al subappaltatore di applicare il medesimo trattamento economico dell'appaltatore principale.

Tutto quanto sopra esposto evidenzia che il legislatore ha riconosciuto nella sostenibilità (ambientale e sociale) non un vincolo o un limite al quale gli operatori economici devono sottostare, bensì come un elemento di creazione di valore per la comunità da raggiungere attraverso l'adozione di strumenti concreti.

3. I criteri ESG nel Codice dei Contratti Pubblici

Come anticipato (ad eccezione delle modifiche riguardanti il subappalto), la previsione di criteri di aggiudicazione sopra esaminati volti a garantire una maggiore sostenibilità degli appalti pubblici al momento è in vigore solamente per gli appalti rientranti negli investimenti del PNRR.

Tuttavia, occorre segnalare che l'intera materia dei contratti pubblici verrà riformata proprio in questa direzione sulla base del disegno di legge delega approvato il 30 giugno 2021 dal Consiglio dei Ministri, il quale prevede a sua volta clausole ambientali e sociali.

Nell'attesa di tale importante riforma, si analizzano le disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici ad oggi in vigore per tutte le procedure ad evidenza pubblica e non solo per quelle rientranti nel PNRR. L'articolo 30 del Codice rubricato "*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*" prevede che **il principio di economicità possa lasciare spazio all'esigenza di tutelare l'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile, anche da punto di vista energetico.**

La tutela dell'ambiente e la ricerca dell'efficienza energetica sono stati inoltre assunti a principi fondamentali per l'affidamento dei c.d. contratti esclusi (cfr. articolo 4).

Un altro aspetto importante in tema di tutela ambientale riguarda la valorizzazione da parte del Codice dei CAM (criteri ambientali minimi), disciplinati dalla legge n. 221/2015. Le norme del Codice incentivano le stazioni appaltanti a prevedere criteri *green/social* in tutte le fasi della procedura di gara dalla fase di partecipazione a quella di esecuzione del contratto.

Le norme del Codice dei Contratti Pubblici incentivano le stazioni appaltanti a prevedere criteri green/social in tutte le fasi della procedura di gara dalla fase di partecipazione a quella di esecuzione del contratto



Con riguardo alla fase progettuale, in particolare l'articolo 23 prevede che, in materia di lavori pubblici, la progettazione deve assicurare il risparmio e l'efficiamento energetico, la valutazione del ciclo di vita, la conformità alle norme ambientali, nonché un limitato consumo del suolo.

Con riferimento ai criteri per valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 95, comma 6 sottolinea come priorità aspetti strettamente connessi al consapevole sviluppo delle risorse ambientali.

Inoltre, ai sensi dell'art. 93, comma 7, l'adozione da parte dell'operatore economico di determinate politiche a sostegno dell'ambiente gli permette di partecipare alla gara prestando una cauzione provvisoria di valore inferiore a quella prevista dalla documentazione.

4. Quali sono i limiti oltre i quali le Amministrazioni Pubbliche non possono spingersi?

Il quadro delineato in astratto appare dunque molto chiaro, affinché un modello di sviluppo economico sia considerato tale, deve essere **anche sostenibile**, tanto da un punto di vista ambientale, quanto da un punto di vista sociale. Ma la cornice normativa appena esposta lascia alle pubbliche amministrazioni una così ampia

discrezionalità in concreto? Le PA possono davvero orientare a proprio piacimento gli acquisti in funzione dei fattori ESG, o devono sottostare a dei limiti?

Qual è il confine tra orientamento della spesa pubblica e intrusione nella sfera riservata alla libertà di iniziativa economica?

Prima di analizzare un caso pratico, si precisano i limiti che lo stesso Codice dei Contratti Pubblici indica all'esercizio della discrezionalità amministrativa.

L'articolo 30, "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni", ha inteso positivizzare alcuni principi generali riguardanti sia le procedure di aggiudicazione che di esecuzione dei contratti pubblici.

Per quanto rileva ai fini del presente contributo, l'articolo 30 da un lato afferma che nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano **i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità**.

La norma prevede inoltre espressamente che il principio di economicità può essere subordinato ai criteri, previsti nel bando, **ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile**, anche dal punto di vista energetico.

Viene inoltre precisato che nell'esecuzione dei contratti pubblici devono essere rispettati gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, nonché dai contratti collettivi.

Inoltre, al personale impiegato deve essere applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia **strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto**

Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione l'articolo 95 prevede che:

- comma 1: "I criteri di aggiudicazione **non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta**. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte (...)"
- comma 6: "I documenti di gara stabiliscono **i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto**. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di **criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto**. (...)"
- comma 11: "I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto **sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale**".

Ciò premesso, ci si soffermerà sull'analisi di una recente pronuncia del Consiglio di Stato che ha analizzato proprio questi aspetti (Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2021 n. 7053).

4.1 Il caso sottoposto al Consiglio di Stato

Il giudizio riguarda l'impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione sul presupposto che il bando sarebbe illegittimo in quanto contiene tra i criteri di aggiudicazione l'assegnazione di un punteggio massimo di 48 punti su 70 per condizioni riguardanti i lavoratori dipendenti (nello specifico: le qualifiche del personale, il possesso di certificazioni, l'applicazione di determinati contratti collettivi di lavoro).

In particolare, i vizi del bando di gara dedotti con il ricorso di primo grado riguardavano il criterio di valutazione "Esecuzione del servizio" composto da due sub-criteri:

- **Stabilità del personale** per la percentuale di lavoratori adibiti all'appalto con contatto pluriennale a copertura della vigenza dell'appalto;
- **Disciplina rapporto di lavoro** per la scelta dell'appaltatore di applicare determinati CCNL.

Nel merito, l'appellante (ricorrente nel ricorso di primo grado) sosteneva che si trattasse di criteri illegittimi in quanto non riconducibili alla qualità della prestazione, in violazione dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici. Veniva rappresentata una illegittima ingerenza nella autonomia contrattuale dell'imprenditore nel rapporto con il lavoratore nella scelta del CCNL applicabile.

A parere dell'appellante i due sub-criteri si porrebbero in contrasto, per un verso, con l'art. 30 e con l'art. 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, in quanto, introdurrebbero elementi di valutazione non *"pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto"*; per altro verso, integrerebbero la violazione del principio dell'autonomia dell'imprenditore nella scelta del CCNL e della durata dei contratti individuali che si risolve nell'inammissibile ingerenza nella libera iniziativa economica costituzionalmente tutelata.

L'appellante sostiene inoltre che l'art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, ammette che il CCNL sia scelto dall'appaltatore, con l'unico limite della adeguatezza del contratto collettivo di lavoro in rapporto all'oggetto dalla commessa. Pertanto, il CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto non può essere prestabilito nel bando di gara, né tale scelta può essere condizionata dalla stazione appaltante mediante la introduzione di criteri premianti.

4.2 La decisione del Consiglio di Stato

A fronte di tali contestazioni, il Consiglio di Stato ha rilevato che attraverso tali sub-criteri,

l'amministrazione appaltante ha inteso inserire - accanto o sullo stesso piano degli interessi pubblici specifici connessi alla necessità di acquisire i beni e servizi oggetto dell'appalto - **ulteriori interessi sociali**, in particolare il conseguimento di un più elevato livello di tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del contratto.

A questo punto, la pronuncia si occupa proprio di risolvere il problema riguardante se la scelta dell'amministrazione travalica o meno i limiti normativi entro i quali lo strumento dei contratti pubblici può essere utilizzato in una più ampia prospettiva.

In particolare, se gli appalti pubblici possono essere utilizzati come strumenti per il perseguimento di interessi e obiettivi di natura sociale, ambientale o più in generale di sostenibilità, tanto dal lato del prodotto acquisito dal mercato, quanto dal lato del processo specifico di produzione dei beni e servizi idonei a soddisfare i bisogni sottesi alla decisione dell'amministrazione di rivolgersi al mercato.

L'articolo 30 del Codice impone di verificare la astratta connessione tra l'attività oggetto dell'appalto e l'ambito di applicazione del C.C.N.L. indicato dall'impresa appaltatrice, ma non attribuisce all'amministrazione appaltante il potere di indicare nel bando di gara il contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'appalto.



La sentenza analizza la cornice normativa (nazionale ed europea) dalla quale è ricavabile la disciplina della funzione sociale dei contratti pubblici con riferimento agli **interessi sociali attinenti alla tutela dei lavoratori**.

Sul punto il Consiglio di Stato rileva che per quanto riguarda la tutela della stabilità occupazionale e del diritto a una retribuzione equa e proporzionata alla qualità e quantità di lavoro, il primo riferimento normativo è rinvenibile nel sopra menzionato art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.

Tale norma impone di verificare la coerenza (la *"astratta connessione"*) tra l'attività oggetto dell'appalto e l'ambito di applicazione del C.C.N.L. indicato dall'impresa appaltatrice, ma **non attribuisce all'amministrazione appaltante il potere di indicare nel bando di gara il contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'appalto**.

Tale disposizione è come visto quella invocata dall'appellante al fine di sostenere l'illegittimità della legge di gara, tuttavia l'appellante non tiene conto del fatto che, nella fattispecie in esame, l'indicazione di un determinato CCNL (o meglio l'impegno degli offerenti ad applicare un determinato contratto collettivo) **non condiziona l'ammissione** alla procedura di gara, non essendo prescritto a pena di esclusione.

Nel caso in esame, infatti, l'introduzione di ulteriori interessi (di natura sociale) accanto all'interesse specifico all'acquisto di beni e servizi si realizza mediante l'integrazione dei criteri di aggiudicazione, con la conseguenza che la valutazione di ammissibilità deve essere condotta alla stregua delle direttive ricavabili dall'art. 95 del Codice dei Contratti (anch'esso richiamato dall'appellante, in specie per quanto previsto dal comma 6, che istituirebbe una stretta connessione tra gli elementi di valutazione e l'oggetto dell'appalto, assente nel caso di specie).

Sul punto il Consiglio di Stato rileva che la condizione necessaria per il legittimo esercizio di tale potere discrezionale è costituita dalla **verifica della sussistenza di una connessione tra i criteri e l'oggetto dell'appalto** (art. 95, comma 6), nei termini della definizione di cui all'art. 95, comma 11, che considera connessi all'oggetto dell'appalto i "criteri di aggiudicazione (che) riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale".

In particolare, il Consiglio di Stato afferma che "Prendendo in considerazione anche fattori relativi all'intero ciclo di vita del lavoro, del bene o del

*servizio da acquisire, compresi i fattori coinvolti anche in una fase successiva al ciclo di vita, tra i criteri di aggiudicazione possono essere compresi anche criteri di natura sociale riferiti all'applicazione di un determinato contratto collettivo di lavoro o di una determinata tipologia di contratto di lavoro individuale, volti a conseguire specifici obiettivi di stabilità occupazionale e di trattamento economico e normativo dei lavoratori impiegati nell'appalto; **fermo restando il limite da tempo individuato dalla giurisprudenza europea, ossia che il requisito non trasmodi nella previsione di criteri sociali che, abbandonando il legame con l'oggetto del contratto** (nei termini sopra richiamati), prendano in considerazione gli aspetti relativi alla politica generale dell'impresa o altri aspetti estranei al programma contrattuale (si veda il di cui a Corte Giust., leading case 17 settembre 2002, C-513/99, Finland; in seguito Corte Giust., 10 Concordia Bus maggio 2012, C-368/10, Commissione c. Paesi Bassi, in particolare ai punti 89 ss.)".*

Tra i criteri di aggiudicazione possono essere compresi anche criteri di natura sociale riferiti all'applicazione di un determinato CCNL volti a conseguire specifici obiettivi di stabilità occupazionale; a patto che il requisito non trasmodi nella previsione di criteri sociali che prendano in considerazione gli aspetti relativi alla politica generale dell'impresa o altri aspetti estranei al contratto



Per quanto riguarda invece gli altri limiti di ordine generale previsti dalla legge di gara, essi concernevano invece l'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione appaltante nella selezione degli interessi sociali, ambientali o relativi a obiettivi di sostenibilità, la cui **individuazione**, e il cui **peso** nell'impianto della gara, devono scaturire

dalla ponderazione sia con l'interesse specifico del contratto, sia **con i principi generali di proporzionalità, parità di trattamento, non discriminazione e concorrenzialità del mercato degli appalti pubblici** (art. 95, comma 2).

Nel caso in esame, la scelta dell'amministrazione è conforme alle direttive enunciate, sia perché i criteri di valutazione presentano **chiari collegamenti con l'oggetto dell'appalto**, facendo riferimento esclusivamente all'impegno ad applicare un determinato CCNL e ad assumere con contratti a tempo indeterminato per i lavoratori

da impiegare nell'esecuzione dell'appalto (senza ricadute sulle politiche generali dell'impresa), sia perché appaiono **rispettosi del principio di proporzionalità**, posto che, in relazione al punteggio attribuito la clausola rivela una **limitata incidenza sul punteggio complessivo** e non appare quindi idonea a scardinare l'impianto dei criteri di valutazione.

5. Conclusioni

Riassumendo quanto appena analizzato, le stazioni appaltanti godono di un'ampia libertà nell'individuazione di criteri di valutazione che attribuiscono punteggi in virtù dell'adempimento ad oneri di carattere sociale e ambientale.

Tale discrezionalità appare più o meno ampia a seconda che il requisito sia chiesto a pena di esclusione o solo come requisito premiale.

In particolare, laddove l'adempimento a specifiche richieste aventi ad oggetto fattori ambientali o sociali siano chieste a pena di esclusione è

necessario che la sanzione espulsiva tragga origine da una previsione di legge (principio di tassatività delle cause di esclusione).

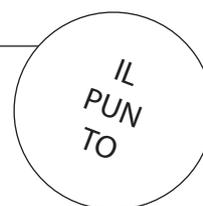
Ebbene, come visto, ad oggi l'introduzione di clausole a pena di esclusione concernenti requisiti di carattere sociale è prevista esclusivamente per gli appalti rientranti nei finanziamenti del PNRR, per il resto dei contratti pubblici non resta che attendere l'auspicata riforma orientata al conseguimento di appalti sostenibili.

Laddove invece tali specifiche richieste siano previste dalla legge di gara come meri criteri premiali, che possono dar luogo, al più, all'assegnazione di un punteggio più o meno alto, le stazioni appaltanti godono certamente di una discrezionalità più ampia.

Discrezionalità che in ogni caso deve comunque essere orientata al principio di proporzionalità, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, al mercato di riferimento e quindi alla garanzia del più ampio confronto concorrenziale.

La regolarità contributiva del concorrente: il potere di valutazione discrezionale della Stazione appaltante rispetto al DURC irregolare. Una riflessione critica alla luce del Disegno di Legge europea 2019/2020.

di Giuseppe Totino e Michel Lemme



Premesse

Nell'ambito dei requisiti che gli operatori economici devono possedere per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, tra quelli di ordine "generale" una posizione di rilievo è certamente assunta dalla regolarità contributiva prevista dal quarto comma dell'articolo 80 del D.lgs. n. 50 del 2016; attenzione che è rivolta soprattutto alla decisione che la Stazione appaltante potrà assumere laddove il concorrente, acquisito in via telematica un Documento di Regolarità Contributiva (c.d. "Negativo"), risultasse carente del requisito anzi citato.

Premesso ciò, la formulazione attuale del quarto comma prevede che "Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali [...]. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo

di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso 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 ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo [...]"

La disposizione traccia quindi per la Stazione appaltante due strade alternative.

La prima prevede un obbligo di esclusione dell'operatore economico nel caso in cui questo abbia violato gli "obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali" e tale violazione sia grave e definitivamente accertata. Intendendosi con "grave" il mancato pagamento di imposte e tasse per un importo superiore a cinquemila euro¹, ovvero, nello specifico ambito contributivo e previdenziale, il mancato rilascio del DURC (i.e. DURC "Negativo"); mentre con "definitivamente accertate" la norma qualifica le "violazioni contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione".

La seconda, invece, riconosce alla Stazione appaltante un potere "discrezionale" sulla possibilità di procedere o meno all'esclusione del concorrente, ossia laddove questa sia a "conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso 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 ai sensi rispettivamente del secondo [mancati pagamenti superiori a cinquemila euro n.d.r.] o del quarto periodo [il rilascio di un DURC negativo n.d.r.].

Deve tuttavia rilevarsi che la norma non ha sempre previsto questo "duplice" ruolo da parte della Stazione appaltante, da un lato mera esecutrice dell'esclusione, dall'altra investita del potere discrezionale di valutare gli esiti di una riscontrata irregolarità laddove questa non sia definitivamente accertata.

L'attuale formulazione del quarto comma prevede in caso di irregolarità contributiva del concorrente due alternative per la Stazione appaltante: un dovere di (automatica) esclusione laddove la violazione degli "obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali" sia grave e definitivamente accertata, ovvero una facoltà quando la violazione presenti i caratteri della gravità ma non sia definitivamente accertata.



L'introduzione della "seconda alternativa", infatti, è avvenuta (solo) con l'articolo 8 del Decreto-Legge n. 76 del 2020 ("Decreto Semplificazioni"), convertito in legge 120/2020; la precedente formulazione fu peraltro oggetto di verifica di conformità alle norme eurocomunitarie proprio dalla Commissione europea, tanto da diventare oggetto della procedura di infrazione n. 2273/2018, poiché in contrasto con le Direttive comunitarie nn. 23 e 24 del 2014 (rispettivamente relative all'affidamento di concessioni e agli appalti pubblici).

Secondo la Commissione la disposizione nella sua originaria formulazione violava le direttive comunitarie nella parte in cui prevedeva solamente l'esclusione del concorrente ove la violazione fosse stata accertata tramite una decisione giudiziaria o amministrativa avente carattere definitivo, mancando dunque di riconoscere alle stazioni appaltanti la facoltà di valutare la possibile esclusione in assenza di una

decisione (giudiziaria o amministrativa) avente carattere definitivo.

1. Il limite del potere discrezionale della Stazione appaltante connesso alla presenza di un DURC "Negativo"

Alla luce di quanto anticipato in premessa, da una lettura piana dell'attuale formulazione del quarto comma dell'art. 80, sembrerebbe che (anche) con riferimento alla presenza di un DURC "Negativo" alla Stazione appaltante sia comunque riconosciuta la facoltà di valutare discrezionalmente la gravità dell'irregolarità contributiva se questa non è stata definitivamente accertata, tramite, come detto, un provvedimento dell'Autorità competente



1. Il limite economico di gravità è oggi stabilito in tale somma dal Decreto del ministero dell'economia e delle finanze 18 gennaio 2008, n. 40

all'esito di un ricorso amministrativo (c.d. "ricorso gerarchico"), ovvero a seguito di una pronuncia giurisdizionale divenuta definitiva.

Ebbene, di tutt'altro avviso rispetto al dato letterale tratto dalla norma è la giurisprudenza consolidatasi nell'ultimo triennio sul punto, la quale, nonostante l'introduzione con l'articolo 8 del "Decreto Semplificazioni" del potere discrezionale riconosciuto alla Stazione appaltante in caso di violazione non definitivamente accertata, restituisce comunque un principio diametralmente opposto e che lascerebbe poco spazio ad interpretazioni differenti: ossia che la presenza di un DURC "Negativo" determina

La presenza di un DURC "Negativo" determina "una presunzione legale, juris et de jure, di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto."



l'automatica esclusione del concorrente, senza possibilità per la Stazione appaltante di sindacare sulla definitività della riscontrata irregolarità, eliminando di fatto la discrezionalità sancita dalla seconda parte del quarto comma dell'art. 80.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, tale ipotesi di violazione sarebbe ancorata ad un automatismo che non lascerebbe alla Stazione appaltante alcun margine di discrezionalità valutativa, giacché il vaglio di inaffidabilità dell'operatore economico sarebbe riservato all'Ente previdenziale cui spetta l'accertamento della gravità e della definitività delle irregolarità accertate sulla base della disciplina previdenziale di riferimento, per l'effetto, imponendosi alla Stazione appaltante l'esclusione dalla gara quale esito obbligatorio e vincolato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2021, n. 849).

Tale ermeneutica risulta essere in linea con quanto venne stabilito con l'introduzione dell'art. 4, comma 1, D.L. 20 marzo 2014, n. 34 conv. in L. 16 maggio 2014, n. 78, che impone alla stazione appaltante di "accertare la regolarità contributiva dell'operatore economico solo attraverso richiesta

del c.d. DURC on line all'ente previdenziale" nonché "la natura del DURC, quale definitivamente sancita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 maggio 2016, n. 10, di "dichiarazione di scienza ...che si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti fede fino a querela di falso".

Ed ancora, "La certificazione di irregolarità contributiva contenuta nel durc costituisce legittimo motivo di esclusione dalla gara. La nozione di "violazione grave" delle norme in materia previdenziale e assistenziale non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale e, in particolare, dalla disciplina del documento

unico di regolarità contributiva"²; da ciò ne consegue che la presenza di un DURC "Negativo" determina "una presunzione legale, juris et de jure, di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto"³.

Dall'analisi dei principi giurisprudenziali sopra enunciati, sembrerebbe quindi del tutto ininfluente l'introduzione da parte dell'articolo 8 del Decreto Semplificazioni del potere di valutazione discrezionale in capo alla Stazione appaltante in caso di irregolarità non definitivamente accertate, emergendo così una sorta di contraddizione tra l'indicazione normativa e l'interpretazione giurisprudenziale apparentemente (ancora) ferma all'orientamento consolidatosi prima dell'introduzione della seconda parte del quarto comma.

Interpretazione che si presenterebbe ancor più soggetta a riserve se paragonata agli indirizzi espressi in vigenza (addirittura) del previgente articolo 38, comma 1, lett. i) del d.lgs. 163 del 2006⁴; in riferimento al quale in un caso di

2. TAR Toscana, Sez., I, 23 dicembre 2019, n. 1765;

3. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141;

4. La disposizione, similmente all'art. 80, comma 4 del d.lgs. 50 del 2016 pre "Decreto Semplificazioni" prevedeva solamente l'ipotesi di automatica esclusione del concorrente per "... che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti";

irregolarità contributiva priva del carattere di "definitività" il TAR aveva stabilito che *"Nelle gare d'appalto, un'irregolarità contributiva può ritenersi definitivamente accertata solo quando, alla data di scadenza del termine di proposizione delle domande di partecipazione alla gara, siano scaduti i termini per la contestazione dell'infrazione ovvero siano stati respinti i mezzi di gravame proposti avverso la medesima. Ne consegue che, una volta rilasciato dall'INPS un DURC negativo, la contestazione dello stesso in sede giurisdizionale, ove tale contestazione non risulti *ictu oculi* pretestuosa, deve ritenersi tale da precludere il venire in essere dell'ipotesi di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, lett. i, d.lg. n. 163 del 2006, in quanto, essendo *sub iudice*, la grave violazione contributiva non può dirsi definitivamente accertata"*⁵.

Una prima indicazione utile a superare questo *empasse* interpretativo era stata fornita dal TAR Toscana, i giudici fiorentini infatti, mutuando i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria n. 10 del 2016 unitamente all'orientamento dei pronunciamenti sopra citati, chiariscono che – nonostante l'introduzione di un potere valutativo sull'irregolarità non definitivamente accertata – l'automatismo espulsivo deriverebbe dall'obbligo in capo al concorrente di possedere i requisiti senza soluzione di continuità. Si è affermato, infatti, che *"non possono rilevare eventuali adempimenti tardivi o regolarizzazioni postume perché anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, conv. dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, risultando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva"* (Cons. Stato, Ad. Plen., 25.05.2016, n° 10; Cons. Stato, sez. IV, 28.01.2021, n° 849)⁶.

Tuttavia, sebbene dalla pronuncia del Tribunale toscano si evinca che la preclusione del potere

discrezionale della Stazione appaltante derivi esclusivamente dalla (necessaria) garanzia del possesso dei requisiti senza soluzione di continuità, la facoltà di valutazione introdotta dalla seconda parte del quarto comma risulta ancor più svuotata della sua finalità se si considera che neppure l'intervento di una pronuncia giurisdizionale che abbia accertato l'erroneità del giudizio di irregolarità contributiva possa essere utilizzata dalla Stazione appaltante al fine di evitare l'esclusione del concorrente.

Proprio di recente, infatti, è stato affermato che nonostante l'intervento di una pronuncia giurisdizionale, la continuità del possesso del requisito deve considerarsi comunque interrotta nel periodo tra il rilascio del DURC "Negativo" ed il provvedimento del giudice adito; e tanto basterebbe a scardinare il potere discrezionale della Stazione appaltante sul presupposto (in questo caso) che *"lo stesso art. 80, comma 4, ad finem sterilizza l'attitudine escludente dell'irregolarità – con previsione che, per la sua natura eccezionale, deve ritenersi di stretta interpretazione – solo in caso di pagamento (o di vincolante impegno a pagare) assunto e formalizzato 'prima della scadenza del termine di presentazione delle domande'"*⁷.

2. Quale soluzione per il concorrente (e per la Stazione appaltante)? L'impugnazione in via "incidentale" del DURC "Negativo"

Ebbene, alla luce degli indirizzi giurisprudenziali sopra richiamati, sembra evidente che la presenza di un DURC "Negativo" determini una contrazione del potere discrezionale della Stazione appaltante sulla possibilità di valutare l'esclusione dell'operatore economico, per l'effetto, pregiudicando l'interesse del concorrente a partecipare alla procedura di affidamento e quindi la preclusione della possibilità di aspirare all'aggiudicazione della commessa.

Tracciate dunque in questi termini le conseguenze legate all'irregolarità contributiva – evidentemente dirompenti sia per l'erosione del potere

5. TAR Lazio, Sez. II, 27 aprile 2017, n. 4939;

6. TAR Toscana, Sez. I, 19 novembre 2021, n. 490;

7. Tar Calabria, Reggio Calabria, 7 ottobre 2021, n. 765;

riconosciuto dalla seconda parte del quarto comma alla Stazione appaltante, sia per l'operatore economico che non potrà evitare in alcun modo la propria esclusione nonostante un accertamento giurisdizionale sull'inefficacia dell'irregolarità riscontrata – l'unica soluzione che potrebbe arginare tali rilievi è stata fornita dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana con la sentenza n. 111 del 15 febbraio 2021.

L'eventuale inesattezza della certificazione relativa alla regolarità contributiva può essere oggetto di accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo al fine di verificare l'esistenza o meno del requisito di partecipazione ove detta questione gli sia sottoposta come vizio di legittimità del provvedimento impugnato.



Con tale pronuncia, il massimo organo della giustizia amministrativa siciliano, offrendo un puntuale riepilogo delle sentenze intervenute sul tema dell'esclusione per ragioni legate ad irregolarità contributive e dell'inefficacia in sede di gara delle eventuali pronunce di accertamento sulla cognizione dell'Ente aggiudicatore, ha avuto il pregio di evidenziare la via (unica, sembrerebbe) che può intraprendere l'operatore economico laddove questo si veda escluso (obbligatoriamente) dalla Stazione appaltante.

Il Collegio, partendo dal presupposto – già analizzato – che i rilievi indicati nel DURC si "impongono" alla Stazione appaltante senza che questa possa sindacarne il contenuto, ha fatto buon governo delle indicazioni fornite dalla sesta sezione del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 6920 del 2020 rilevando che *"l'eventuale inesattezza della certificazione relativa alla regolarità contributiva può essere oggetto di accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo al fine di verificare l'esistenza o meno del requisito di partecipazione ove detta questione gli sia sottoposta come vizio di legittimità del provvedimento impugnato, spettando alla parte che allega il contrasto tra la certificazione e la reale situazione dell'operatore economico fornire la prova in giudizio che*

l'irregolarità contributiva riportata nel DURC sia in realtà insussistente ovvero [...] (Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2020, n. 6920)"⁸.

Partendo dal concetto di accertamento incidentale, è possibile rilevare dalla pronuncia due spunti di riflessione fondamentali onde comprendere la soluzione applicabile in caso di DURC irregolare: il primo legato al ruolo che ricopre il Giudice amministrativo investito del potere di valutare la legittimità del provvedimento

di esclusione, il secondo, invece, relativo al concetto di "impugnazione" del DURC in uno con l'inefficacia nei confronti della Stazione appaltante di una precedente sentenza di merito che abbia accertato l'erroneità del giudizio di irregolarità contributiva.

Sotto il primo profilo si rileva che, come peraltro sancito dall'Adunanza plenaria n. 10 del 2016, l'accertamento inerente alla regolarità del DURC, ove finalizzato alla verifica dei requisiti del concorrente dichiarati in sede di gara, rientra (esclusivamente) nella cognizione incidentale (e quindi privo di effetti nel rapporto tra operatore economico ed Ente previdenziale) del Giudice amministrativo⁹.

Il secondo spunto di riflessione, come anticipato, è invece utile per comprendere le ragioni secondo le quali anche l'esistenza di una precedente sentenza che abbia accertato l'irregolarità di un DURC "Negativo" sia ininfluenza rispetto al provvedimento (di esclusione) che la Stazione appaltante è "obbligata" ad assumere; giacché – come chiarito anche in questo caso dall'Adunanza plenaria¹⁰ – *"Non si pone tanto un problema di espressa impugnazione del d.u.r.c. quanto piuttosto di accertamento della regolarità del*

8. CGARS, Sez. giurisd., 15 febbraio 2021, n. 111;

9. In termini: Cassazione Civile, SS. UU., 29 marzo 2017, n. 8117;

10. Adunanza plenaria n. 6 del 2010;

d.u.r.c. da parte del giudice amministrativo (con correlato onere di contestazione del medesimo) ai fini dello svolgimento del procedimento di gara". In altri termini, nell'ambito delle procedure di affidamento, il pronunciamento di un giudice "esterno" non può incidere sul dovere di espulsione imposto alla Stazione appaltante, in quanto il giudizio sulle sorti della partecipazione è rimesso alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

Da quanto sopra è quindi lampante l'unica soluzione percorribile; ossia, nel caso in cui il concorrente si veda (obbligatoriamente) escluso da una procedura di affidamento per la presenza di un DURC "Negativo", anche laddove una precedente sentenza abbia accertato l'erroneità del rilievo sulla posizione contributiva (in base al principio del possesso dei requisiti senza soluzione di continuità), è necessario impugnare il provvedimento di esclusione.

Ebbene, proprio in relazione all'obbligo di sottoporre il DURC alla cognizione *incidenter tantum* del Giudice amministrativo, quale atto presupposto del provvedimento espulsivo, il Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare che "Se dunque la mera presenza di un d.u.r.c. negativo obbliga l'Amministrazione ad escludere l'impresa interessata, senza poterne sindacare il contenuto, coerentemente deve riconoscersi che non possa che essere rimesso alla cognizione del giudice amministrativo l'accertamento in via incidentale (ai sensi dell'art. 8 Cod. proc. amm.) della regolarità del d.u.r.c., ed anche della definitività dell'accertamento previdenziale"¹¹.

Se dunque, lato operatore economico, la presenza di un DURC "Negativo" può essere risolta – rispetto alla partecipazione alla gara – mediante l'impugnazione del provvedimento espulsivo, lato Stazione appaltante, invece,

risulta comunque evidente che la nuova formulazione del quarto comma dell'art. 80, con riferimento alla presenza di un'irregolarità contributiva è comunque destinata a rimanere parola morta, sia nel caso in cui le risultanze del DURC siano *sub-iudice* sia, addirittura, ove queste siano già state accertate dal Giudice adito dall'operatore economico, giacché si tratta comunque di circostanze che in alcun modo possono essere valutate dalla Stazione appaltante; la quale, nonostante il potere discrezionale sancito dalla norma, si vede costretta ad attivare l'automatismo espulsivo.

3. Conclusioni

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale tracciato, è evidente che l'introduzione da parte dell'art. 8 del "Decreto Semplificazioni" del potere di valutazione discrezionale della Stazione appaltante in ordine ad irregolarità non definitivamente accertate, subisce comunque una (ingiustificata) contrazione ove tale irregolarità riguardi il DURC rilasciato, in quanto il concorrente dovrà comunque essere escluso e quindi portare alla cognizione del Giudice amministrativo l'illegittimità del provvedimento di esclusione dovendo contestare in quella sede gli eventuali vizi dai quali è derivata l'irregolarità contributiva.

Ebbene, come anticipato in premessa, la mancata previsione del potere di valutazione discrezionale da parte della Stazione appaltante in caso di irregolarità non definitivamente accertate, era già stata evidenziata dalla Commissione europea con la procedura di infrazione n. 2273/2020 rispetto alla quale, come indicato nel Disegno di legge Europea 2019/2020 –

ossia l'intervento legislativo volto ad armonizzare la normativa interna agli indirizzi dell'Unione europea anche in base a quanto rilevato nell'ambito della procedura di infrazione n. 2273/2018 –

Non si pone tanto un problema di espressa impugnazione del d.u.r.c. quanto piuttosto di accertamento della regolarità del d.u.r.c. da parte del giudice amministrativo (con correlato onere di contestazione del medesimo) ai fini dello svolgimento del procedimento di gara"



11. Consiglio di Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3385;

l'incongruenza è stata "autonomamente" superata del legislatore nazionale con il Decreto-Legge n. 76 del 2020 ("Decreto Semplificazioni"), il cui art. 8 ha restituito l'attuale formulazione del quarto comma.

Tuttavia, nonostante ad oggi la disposizione si presenti – sulla carta – in linea con i dettami sanciti dalle direttive europee, riconoscendo alla Stazione appaltante (anche) la possibilità di escludere l'operatore economico nel caso di irregolarità non definitivamente accertate, l'applicazione della norma, come rilevato, non sembra considerare tale facoltà rispetto alla presenza di un DURC "Negativo".

Inoltre, considerando lo stato dell'iter legislativo di approvazione del Disegno di Legge europea, che all'esito dell'esame del testo da parte del Senato ha visto la proposta di modificare ulteriormente la seconda parte del quarto comma rivedendo i canoni applicativi dell'esclusione ove la violazione non sia definitivamente accertata, alla luce delle problematiche connesse al potere discrezionale in caso di DURC negativo, l'emananda Legge europea rischia di fatto di trasformarsi in un'occasione mancata.

La modifica proposta dal Senato, infatti, riguarda esclusivamente l'innalzamento della soglia oltre la quale la violazione deve essere considerata grave (passando da 5.000,00 a 35.000,00 euro)

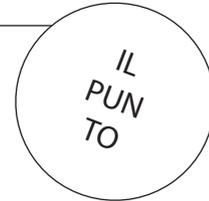
e la possibilità per la Stazione appaltante di contemperare ai fini dell'esclusione la gravità della violazione al valore dell'appalto. In questo senso, alla luce delle riscontrate problematiche di reale applicazione del potere discrezionale, era auspicabile un ulteriore intervento proprio per chiarire l'esatto spazio di manovra della Stazione appaltante anche con riferimento alle valutazioni sul DURC "Negativo".

Pertanto, laddove si fosse previsto che anche l'irregolarità del DURC – non definitivamente accertata in ragione della pendenza (dei termini per impugnarne le risultanze o) di un giudizio ovvero sulla quale fosse già intervenuta una pronuncia giurisdizionale o amministrativa – potesse essere valutata in piena autonomia dalla Stazione appaltante, certamente si sarebbe aggiunto un importante tassello all'opera di efficienza e speditezza nell'aggiudicazione delle commesse pubbliche.

Poiché affidare alla Stazione appaltante il potere di valutazione sulle attività poste in essere dal concorrente attinto da un "DURC" negativo, contribuirebbe in modo significativo alla riduzione del rischio di vedere procedure di gara bloccare bloccate da ricorsi che, allo stato dell'arte, i concorrenti sono costretti ad incardinare, quantomeno al fine di poter controdedurre rispetto all'irregolarità documentata ed in forza della quale la Stazione appaltante era obbligata ad assumere un provvedimento di esclusione.

Assunzione diretta da parte del Comune della gestione del porticciolo turistico di Portofino

di Adriana Presti



1. I fatti all'origine della controversia

Il Comune di Portofino, con determinazione assunta sul finire del 2020, ha deliberato di concedere a sé medesimo la concessione demaniale marittima degli specchi acquei, delle aree e dei beni che compongono il celebre porticciolo turistico cittadino. Tale determinazione è stata assunta a seguito di un'attenta disamina della nota questione – solo di recente risolta dall'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 – in ordine al rilascio ed alla proroga delle concessioni demaniali marittime.

Ai fini di un inquadramento generale della particolare controversia in commento, giova ricordare che le competenze amministrative relative al rilascio delle concessioni in uso di beni del demanio marittimo sono state conferite alle Regioni in forza di quanto previsto dall'art. 105, comma 2, lettera l), D.L. 31 marzo 1998, n. 112. A sua volta, con L.R. n. 13 del 28 aprile 1999 «Disciplina delle funzioni in materia di difesa della costa, ripascimento degli arenili, protezione e osservazione dell'ambiente marino e costiero, demanio marittimo e porti», la Regione Liguria ha stabilito il trasferimento ai Comuni dal 1° gennaio

2002 delle principali funzioni amministrative nella suddetta materia.

La disciplina nazionale per il rilascio delle concessioni demaniali marittime trova collocazione sparsa in vari testi normativi: ad esempio nel Codice della Navigazione (art. 36 ss.), nel Regolamento per l'esecuzione del Codice della Navigazione (art. 5 ss.), nel D.P.R. 509/1997 (Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'articolo 20, comma 8, della legge 15 marzo 1997, n. 59), nel D.L. 5 ottobre 1993 n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), etc..

L'art. 16 D.Lgs. 59/2010 (Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno) stabilisce che «1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la

predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi. 2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario. 3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio. 4. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo. 4-bis. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano al commercio su aree pubbliche di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114».

Con L. 30.12.2018, n. 145 "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021. [Legge di bilancio 2019]", il Legislatore, in attesa del compimento di un'annunciata riforma organica del settore «in un'ottica di armonizzazione delle normative europee» (comma 675), ha stabilito l'estensione fino al 2033 delle concessioni demaniali marittime.

In relazione alla disciplina sopraggiunta, la magistratura amministrativa aveva avuto già modo di esprimersi nel senso del suo contrasto con il diritto europeo, poiché riproduce, in sostanza, norme nazionali già dichiarate in conflitto con l'art. 12 (Selezione tra diversi candidati) della Direttiva 123/2006 CE – c.d. Direttiva Bolkestein (recepita, come sopra indicato, nell'ordinamento nazionale con il D.Lgs. n. 59/2010) - in linea con la Sentenza della Corte di Giustizia del 14.07.2016, nelle cause riunite C- 458/14 e C 67/15 (Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874).

Con riferimento all'art. 182 del D.L. 34/2020 (Rilancio), di conferma della disciplina ex L. 145/2018, in data 6.07.2020, il Ministero delle Finanze (Dipartimento ragioneria generale dello Stato) ha segnalato «criticità» della disposizione in relazione alla normativa comunitaria in tema

di concorrenza e di proroga automatica delle concessioni.

Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito della Attività di segnalazione e consultiva sua propria, in data 19.10.2020 si era pronunciata in relazione all'applicazione della proroga ex lege prevista dall'art. 1, commi 682, 683 e 684 L. 145/2018, ribadendo che gli articoli 49 e 56 del TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o, comunque, sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

In tal quadro, la giurisprudenza nazionale (amministrativa e penale) ha riconosciuto in maniera costante all'art. 12 della Direttiva Bolkestein natura *self-executing*, ossia di applicazione diretta e immediata nell'ordinamento giuridico interno.

È in tale precipuo contesto giuridico che la scelta dell'amministrazione di autodeliberarsi l'affidamento della concessione demaniale marittima è maturata.

L'Amministrazione Comunale, infatti, a fronte della situazione di grave confusione e di criticità, irrisolta da decenni dal nostro Legislatore, di cui si è detto, ed i cui effetti hanno finito per gravare, in definitiva, sulle amministrazioni locali e sui loro uffici aveva inteso non sottrarsi né agli obblighi di legge nazionali né a quelli imposti dalle sovraordinate normative europee, prendendo spunto, a tal fine, dalla Sentenza della Corte di Giustizia del 14.07.2016, nel tentativo orientarsi verso un'interpretazione adeguatrice - di conformità.

Si rammenta, infatti, che la Corte di Giustizia UE aveva già motivato l'illegittimità del sistema di proroghe ex lege adottato dal nostro Legislatore sulla base della seguente motivazione «L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-

ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati». Nella medesima Sentenza, la Corte di Giustizia aveva, altresì, precisato che «per quanto riguarda, più specificamente, la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato».

Sulla base di tale premessa il Comune di Portofino, in forza del principio di prossimità e delle sue competenze gestionali in materia di demanio marittimo, aveva effettuato un'attenta e puntuale ricognizione, rilevando che:

- nell'ambito del demanio marittimo, esistevano numerose situazioni eterogenee difficilmente inquadrabili in un'unica categoria omnicomprensiva;
- era pertanto funzionale ad una corretta applicazione della normativa vigente la verifica del caso concreto in relazione alle caratteristiche dei beni/servizi oggetto di concessione ad esempio sotto il profilo del loro sfruttamento economico, della loro importanza economica, dell'esistenza un interesse transfrontaliero certo e della loro scarsità (eccetera), fermo, in ogni caso, **il principio consolidato secondo cui l'uso generale o la destinazione in favore della collettività di un bene pubblico è la regola.**

A seguito dell'accertamento delle caratteristiche delle singole concessioni demaniali marittime insistenti sugli specchi acquei, sulle aree e sui beni costituenti l'approdo turistico portofinese, con determinazione comunale n. 60 del 30 dicembre 2020 e la successiva deliberazione consiliare n. 4 del 10 febbraio 2021, avente ad oggetto l'approvazione delle tariffe dei servizi nautici per l'anno 2021, il Comune di Portofino si è determinato auto-affidandosi la concessione demaniale marittima del compendio portuale.

Avverso tale determinazione insorgevano, a quanto costa, diverse imprese nautiche operanti sull'area in questione. con separati ricorsi dinanzi al TAR Liguria.

In particolare, nel caso di recente delibato dal TAR Liguria con la sentenza n. 946 del 9 novembre

2021, il ricorrente contestava a vario titolo le determinazioni comunali assumendo in specie che:

- l'approdo turistico non avrebbe potuto essere oggetto di utilizzo generale della cittadinanza, né di impiego diretto dell'Amministrazione, ma solo di uso particolare degli operatori affidatari dei servizi portuali: da ciò avrebbe dovuto discendere l'obbligo di confronto concorrenziale fra tutti i soggetti interessati allo sfruttamento economico del bene, ivi incluso lo stesso Comune concedente, sia ai sensi degli artt. 37 cod. nav. e 18 reg. es. cod. nav., sia in virtù dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.;

- l'autoattribuzione si fondava sull'erroneo presupposto per il quale l'uso generale del bene pubblico costituisce la regola: l'approdo turistico, secondo la prospettazione del ricorrente, sarebbe stata incompatibile con una fruizione generalizzata da parte della collettività, in quanto destinato ad un impiego specialistico a vantaggio di un'utenza più ristretta. Di talché gli atti impugnati avevano illegittimamente sottratto il bene demaniale alla concorrenza;

- l'amministrazione comunale non aveva comparato la domanda del Sindaco con quella dell'impresa individuale Nautica, né avrebbe motivato la scelta di assegnare il compendio demaniale a sé stesso anziché all'operatore privato;

- l'autoconcessione si appalesava viepiù illegittima in quanto il Comune, non avendo le capacità per provvedere alla gestione diretta del porticciolo, avrebbe incaricato terzi soggetti dello svolgimento dei singoli servizi portuali. A fronte dell'incapacità del Comune di gestire in via diretta il porticciolo, erano stati valorizzati sia aspetti ininfluenti, quali l'installazione di presidi funzionali alla sicurezza dell'abitato e dell'ambiente marino, sia prestazioni ottenibili anche da un concessionario privato, come l'impiego di parte dei proventi per la manutenzione straordinaria dell'infrastruttura portuale.

2. La soluzione giuridica prescelta a fronte del frastagliato quadro normativo di riferimento

Ebbene, il T.A.R. Liguria ha respinto in toto le censure mosse dall'impresa Nautica che aspirava ad una concessione di servizi su taluni beni insistenti sull'area.

Considerata l'importanza del precedente occorre ripercorrere il complesso *iter motivazionale* che ha condotto il Giudice amministrativo ligure a

dichiarare in tutto e per tutto legittima la scelta dell'amministrazione comunale portofinense.

L'assunto di partenza della pronuncia è che l'affidamento della gestione di un porto turistico si caratterizza per il fatto che, accanto alla concessione di beni demaniali marittimi, impone la prestazione di servizi funzionali all'esercizio della nautica da diporto (ormeggio, disormeggio, alaggio, varo, etc.).

La peculiarità è che si è di fronte ad una figura complessa e peculiare nella quale coesistono profili in tema di concessione di beni pubblici con aspetti attinenti all'affidamento di servizi pubblici. Tale configurazione non è nuova né isolata, ben potendo la concessione di un bene pubblico talvolta risultare servente alla prestazione di un servizio al pubblico (cfr., *ex aliis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 13 giugno 2017, n. 6985).

La **coesistenza** di profili tipici delle **concessioni di beni pubblici** e di aspetti attinenti alla **gestione di servizi pubblici** comporta una "astratta convergenza" della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (artt. 112 e ss. del d.lgs. n. 267/2000) e degli appalti pubblici (norme europee e Codice Appalti di cui al d.lgs. n. 50/2016), nonché della normativa in materia di demanio marittimo (Codice della navigazione e relativo regolamento di esecuzione) e delle regole concernenti l'autorizzazione delle attività economiche (direttiva 2006/123/CE e d.lgs. n. 59/2010).

Nella specie il Comune di Portofino si è autointestato il titolo demaniale e in seguito ha assunto l'esercizio diretto dei servizi nautici. Il *modus operandi* prescelto è legato all'esigenza formale di redigere un atto scritto ai fini dell'iscrizione nel registro delle concessioni demaniali marittime nonché alla distinzione, risalente al codice della navigazione del 1942, fra profili dominicali e

gestionali del demanio marittimo (in argomento cfr. Cons. St., commissione speciale, parere n. 1808 in data 12 aprile 2012):

- la proprietà dei beni demaniali marittimi fa capo allo Stato, sì che attualmente i poteri attinenti alla situazione proprietaria (ad esempio, la sdemanializzazione) vengono esercitati di concerto fra il Ministero delle Infrastrutture e l'Agenzia del Demanio;
- le competenze gestorie, invece, spettano alle Regioni o, nel caso di rilascio di concessioni demaniali, ai Comuni, ove non attribuite alle Autorità di Sistema Portuale dalla legge n. 84/1994 (artt. 105, comma 2, del d.lgs. n. 112/1998 e 42 del d.lgs. n. 96/1999; art. 10 della L.R. Liguria testé citata in sub § 1) n. 13/1999).

Non è affatto estranea al nostro sistema la prassi che, per gestire l'approdo direttamente oppure tramite una società in house o mista, i Comuni si autoaffidino in concessione il compendio portuale. La gestione di un porto turistico è qualificabile come servizio pubblico locale di rilevanza economica e a domanda individuale. Il comune può in via diretta esercitare anche i servizi pubblici di interesse economico (oltre a quelli privi di tale rilievo).



Secondo il T.A.R. la **gestione di un porto turistico** è qualificabile, ai sensi dell'art. 14 del D.M. 31 dicembre 1983, come **servizio pubblico locale di rilevanza economica e a domanda individuale**. E, nonostante la finalità turistico-ricreativa soddisfi interessi privati di una fascia ristretta di utenti, sussistono nondimeno rilevanti interessi pubblici quali la valorizzazione turistica ed economica del territorio, l'accesso alla via di comunicazione marina e la potenziale fruizione da parte dell'intera collettività laddove

ricorrono eccezionali esigenze di trasporto pubblico (in tal senso cfr., *ex aliis*, Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488; T.A.R. Liguria, sez. I, 23 gennaio 2021, n. 59).

Ebbene, **in virtù del principio di autoorganizzazione ed in base al diritto unionale**, l'Amministrazione comunale può esercitare anche i servizi pubblici di interesse economico (oltre a quelli privi di tale rilievo) nelle forme dell'amministrazione diretta, ossia internalizzandoli e gestendoli con la propria organizzazione.

In particolare, per quanto concerne il quadro normativo nazionale (artt. 112 e 113 del d.lgs. n.

267/2000), secondo il TAR Ligure, è pacifico che attualmente **non sussiste alcun obbligo degli enti locali di affidare a terzi sul mercato i servizi pubblici di rilevanza economica**, potendo senz'altro optare per la gestione in via diretta.

Si tratta di un assunto che è oggi unanimemente condiviso, essendo venuta meno l'originaria previsione che consentiva l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica solamente a società miste o ad imprese private selezionate con gara, oppure, in presenza dei relativi presupposti, ad enti *in house* (sul punto cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2716; Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488, cit.; T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 22 marzo 2011, n. 2538).

Un simile obbligo non è affatto rinvenibile nel diritto europeo, che configura la gestione diretta o tramite società *in house* come modulo generale alternativo all'affidamento a terzi mediante selezione pubblica.

In tale prospettiva, infatti, la direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici precisa, al contrario, che "nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici" (quinto considerando), nonché l'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che "le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione...Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni".

Il Giudice amministrativo, pur rammentando che, ai sensi dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, per affidare ad una società *in house* un contratto avente ad oggetto un servizio remunerativo, l'Amministrazione deve dare conto

delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività, ha ritenuto che siffatto supplementare e rafforzato obbligo di motivazione **non è estensibile all'internalizzazione pura e semplice del servizio pubblico**, ossia con assunzione della gestione direttamente in capo agli uffici comunali, in quanto non espressamente previsto dalla citata disposizione, né ricavabile dal diritto dell'Unione. La Corte di Giustizia UE, 9 giugno 2009, C-480/06 ha, infatti, sul punto statuito che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza fare ricorso ad entità esterne, non contrastando tale modalità con la tutela della concorrenza, poiché nessuna impresa privata viene posta in una situazione di privilegio rispetto alle altre. E del resto, come noto, il legislatore nazionale ha approntato una disciplina

pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dalla normativa comunitaria, in quanto non limitata a garantire la concorrenza "nel mercato" attraverso le procedure competitive, ma estesa alla concorrenza "per il mercato" attraverso il predetto onere motivazionale (cfr., *ex aliis*, Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100).

Con il che risultano respinte le censure avanzate in punto di difetto di motivazione e di istruttoria in ordine alla scelta di auto gestire direttamente l'infrastruttura portuale.

La pronuncia sotto altro profilo ha osservato che la gestione diretta del bene demaniale da parte dell'Amministrazione è la modalità fondamentale per garantirne l'uso generale, che, a sua volta, costituisce la regola.

In tal senso, in un caso relativo proprio ad un porticciolo turistico, il Consiglio di Stato con sentenza 2 marzo 2018, n. 1296, ha operato un'importante ricognizione della costante giurisprudenza che individua la finalità basilare dei beni pubblici come funzione di interesse generale e ciò specificamente per quei beni che assolvono la propria funzione sociale servendo immediatamente non la pubblica amministrazione, ma la collettività ed in particolare i suoi componenti che sono ammessi a godere indistintamente in modo diretto:

Il diritto europeo configura la gestione diretta o tramite società *in house* come modulo generale alternativo all'affidamento a terzi mediante selezione pubblica.



tale uso è denominato uso generale e la gestione diretta da parte del titolare del bene demaniale – quello marittimo ne è un esempio tra i più tipici – costituisce l'estrinsecazione fondamentale per garantire alla collettività il predetto uso generale.

Il T.A.R. ha altresì respinto l'obiezione interpretativa che si fonda su una presunta incompatibilità tra demanialità e servizio pubblico, tale per cui nella fattispecie non potrebbe configurarsi un uso generale del bene demaniale, non essendovi un godimento indiscriminato da parte della cittadinanza (come avviene, ad esempio, per le spiagge libere): donde risulterebbe necessaria la procedura comparativa ex art. 37 cod. nav. anche laddove l'Amministrazione intenda gestire direttamente il porticciolo.

La presunta incompatibilità tra demanialità e servizio pubblico è, a sua volta, legata alla distinzione codicistica tra beni demaniali, destinati all'uso pubblico della generalità dei cittadini, e beni patrimoniali indisponibili, strumentali ai servizi pubblici forniti tramite gli stessi beni. Sennonché, si tratta di una distonia apparente superata negli anni più recenti con l'elaborazione della nozione unitaria di "bene pubblico", che ricomprende entrambe le categorie dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili e si caratterizza per la "vocazione" a soddisfare interessi generali (c.d. proprietà-funzione).

In tale prospettiva, allora, anche il bene demaniale marittimo costituito dal porto turistico, non diversamente da un bene del patrimonio indisponibile quale uno stadio, rappresenta uno strumento per realizzare fini pubblici (oltre che per fornire un servizio ad una platea indifferenziata, seppur ristretta, di utenti), sì che la prospettata differenziazione fra le due tipologie di beni, ai fini della scelta delle modalità di gestione, si appalesa, a ben vedere, ingiustificata ed irragionevole.

Ne discende che nel caso in cui l'ente locale

preferisca gestire direttamente l'approdo, non risultano applicabili gli artt. 37 cod. nav. e 18 reg. es. cod. nav.. Il provvedimento comunale di autoaffidamento è superfluo, nella misura in cui costituisce un'irrilevante superfetazione formale della scelta della gestione diretta del bene (v. Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1296). Di conseguenza, non può parlarsi di concorso fra la (non necessaria) istanza di concessione del Sindaco e quella dell'impresa Nautica e, quindi, non deve essere effettuata la valutazione comparativa di cui all'art. 37 cod. nav. (cfr. sempre Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1296, cit., secondo cui "la scelta dell'appellante Comune di riservare a sé l'uso del

bene demaniale in questione, pur nella veste formale della concessione in proprio favore, non risulta in contrasto con i principi dell'evidenza pubblica e concorrenziale"; in argomento si veda anche Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2020, n. 431, che ha ribadito come l'intento del Comune di gestire un'area demaniale in via diretta, e non mediante affidamento a privato, sia logicamente incompatibile con l'avvio di una procedura selettiva).

Per tali ragioni, il caso in specie non ricade nemmeno sotto l'egida della direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein), con conseguente insussistenza dell'obbligo di

selezione tra i candidati sancito dall'art. 12 della medesima direttiva (e recepito nell'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010). La non operatività della normativa in parola risulta dai "considerando" nn. 8 e 21 della stessa direttiva 2006/123/CE, dal momento che:

- il considerando n. 8 precisa che le relative disposizioni non obbligano gli Stati a liberalizzare i servizi di interesse economico generale, sì che i predetti servizi possono essere somministrati dagli enti pubblici (senza attivare una procedura concorrenziale tra loro ed i potenziali fornitori privati);
- il n. 21, inoltre, esclude dal campo applicativo della direttiva i servizi portuali, nei quali devono ritenersi compresi anche quelli afferenti alla portualità turistica.

Anche il bene demaniale marittimo costituito dal porto turistico, non diversamente da un bene del patrimonio indisponibile quale uno stadio, rappresenta uno strumento per realizzare fini pubblici (oltre che per fornire un servizio ad una platea indifferenziata, seppur ristretta, di utenti). Allora è ingiustificata ed irragionevole, ai fini della scelta delle modalità di gestione, la differenziazione fra le due tipologie di beni.



3. Osservazioni conclusive

Il T.A.R. Liguria, come si è dato conto ripercorrendo l'articolato ragionamento che ha portato a sancire la legittimità della scelta comunale, ha messo al centro della questione giuridica il principio, peraltro palesato anche nel disposto di cui all'art. 36 Cod. nav., secondo cui l'uso generale o la destinazione in favore della collettività di un bene pubblico, quale è quello demaniale, è la regola mentre l'uso privato, singolare, esclusivo è da ammettersi solo per un periodo di tempo determinato e comunque se non incompatibile con il pubblico interesse. Il tutto considerando che il diritto UE non pone preclusioni alla scelta dell'ente di gestire direttamente l'approdo marittimo.

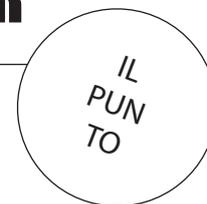
A fronte dell'incertezza dei presupposti stabiliti dalla normativa eurounitaria per il rilascio delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative piuttosto che sul regime delle proroghe delle concessioni demaniali allora esistenti - sulla quale ultima problematica si è solo di recente pronunciata l'Adunanza Plenaria 17 e 18 del 2021 investita della questione dal Presidente del Consiglio di Stato - l'Amministrazione comunale è ricorsa alla gestione diretta del bene ed alla conduzione in proprio del servizio di sicurezza portuale, acquisendo, per il tramite dei propri dirigenti, le competenze necessarie per svolgere le funzioni di agente di sicurezza dell'impianto portuale.

Viene da pensare che la scelta è stata quella "tra i due litiganti il terzo gode": una cosa è certa la scelta è volta alla valorizzazione della finalità basilare dei beni pubblici come funzione di interesse generale. È stato stabilito che il compendio demaniale in questione sia efficientato attraverso dotazioni tecnologiche funzionali al monitoraggio di fenomeni ondosi (mareografo), della temperatura dell'acqua, della presenza di agenti inquinanti con installazione di una telecamera subacquea e di una stazione barometrica, che i beni oggetto vengano impiegati anche per la realizzazione di manifestazioni sportive e culturali a beneficio della comunità e, eventualmente previa adozione di specifici atti a ciò finalizzati ove occorrenti, che una quota pari al 20% dei proventi netti, ricavati dalla gestione degli ormeggi, sia destinata alla manutenzione straordinaria dell'intera infrastruttura portuale.

Ebbene, il T.A.R. Liguria sarà presto chiamato ad esprimersi anche su un altro analogo contenzioso promosso da un'altra impresa Nautica, sempre che della questione già decisa non sia nel frattempo anche investito, come prevedibile, il Consiglio di Stato. To be continued...

L'aggiudicazione dei contratti del PNRR

di Stefano Usai



Premesse

Una delle maggiori novità del recente decreto semplificazioni – bis (DL 77/2021 convertito con modifiche dalla legge 108/2021) è stata la previsione di una sorta di “doppio regime” giuridico, quanto ad aggiudicazione degli appalti del c.d. *recovery fund* (e qui ci si limita a considerare gli appalti finanziati anche solo in parte dalle risorse comunitarie del PNRR e dalle integrazioni del PNC nazionale) per favorire la ripresa economica, non solo del nostro Paese, nel post pandemia.

Tra le novità di rilievo, in particolare le norme contenute negli artt. 47 e 48 della legge citata – finalizzate alla introduzione di clausole ad hoc nei bandi di gara/lettere di invito per favorire le assunzioni (in particolare di giovani, donne e l’inclusione lavorativa di soggetti disabili -, devono essere segnalate le previsioni sui soggetti “realmente” abilitati allo svolgimento della gara (della fase pubblicistica di assegnazione degli appalti in parola) e la previsione dell’intervento sostitutivo nella fase civilistica a “danno” del RUP inerte/inadempiente rispetto ai propri adempimenti.

CON il contributo si cercherà di approfondire

i riferimenti normativi in parola disciplinati, in particolare, nell’articolo 50 e 50 del DL 77/2021 come convertito, con alcune modifiche, con la legge 108/2021.

La questione dell’accorpamento delle stazioni appaltanti.

Semplificando, e limitandosi a ciò che rileva sotto il profilo pratico/operativo, è piuttosto noto l’obiettivo del legislatore “domestico” dell’intento di ridurre e qualificare il numero delle stazioni appaltanti. Espressione di questo obiettivo è l’articolo 37 (con l’articolo 38 del Codice dei contratti).

L’obiettivo di ridurre il numero “soggetti” abilitati allo svolgimento delle gare (che dovrebbe riguardare la “perdita” della prerogativa soprattutto dei comuni non capoluogo di provincia) è stato in diverse circostanze “congelato”/rinviato anche ad opera della legislazione regionale delle regioni a Statuto speciale.

Ulteriore rinvio di tale obbligo/obiettivo si deve registrare con la legge 108/2021 ed in particolare con l’articolo 52 laddove si prevede l’ulteriore congelamento dell’obbligo di accorpamento delle stazioni appaltanti.

Accorpamento che avrebbe per effetto una maggiore qualificazione delle stazioni appaltanti e quindi, in teoria, un approccio alla fase di aggiudicazione da parte di soggetti maggiormente professionalizzati con conseguente riduzione, in teoria, anche del conflitto portato innanzi al giudice amministrativo.

In sostanza, fino al 30 giugno 2023 rimane ferma la prerogativa anche delle piccole stazioni appaltanti di aggiudicare i propri appalti con una rilevante eccezione che, appunto, riguarda gli appalti del recovery. In particolare, i contratti finanziati anche solo in parte con i fondi del PNRR e PNC.

In questo senso, l'articolo 52 prevede che *"limitatamente alle procedure non afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dalle risorse del Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'articolo 1 del decreto - legge 6 maggio 2021, n. 59"* l'obbligo di accorpamento risulta congelato (in particolare gli obblighi di cui all'articolo 37 e 38 del Codice) fino al 30 giugno 2023.

La novità assoluta, e che riguarda come detto i soli contratti del recovery è che *"Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia"*.

Pertanto, secondo un obiettivo che il legislatore intende perseguire – non a caso nella delega legislativa sul nuovo codice l'obbligo viene ribadito –, in pratica si adotta un sistema sperimentale, privazione delle prerogative sull'aggiudicazione

dei comuni non capoluogo, in relazione agli appalti finalizzati all'avvio degli investimenti connessi ai finanziamenti comunitari ed alle integrazioni finanziarie (con il PNC) nazionali.

1. La dinamica nuova

La norma, quindi, introduce quella "pratica" nuova per il RUP delle stazioni appaltanti dei comuni non capoluogo che si vedono "privati" della prerogativa dello svolgimento/presidio diretto della procedura di aggiudicazione degli appalti di questo tipo.

Viene a cambiare il corredo dei compiti classici del RUP nel senso che la fase preparatoria/istruttoria si sbilancia (diventa più impegnativa) nel momento della programmazione specifica dell'appalto. Non v'è dubbio che oltre alle classiche funzioni della programmazione dell'attività contrattuale (ai sensi dell'articolo 21 del Codice dei contratti) il RUP (con il dirigente/responsabile) del servizio sarà particolarmente impegnato nella programmazione della

fase dello svolgimento della gara con il soggetto abilitato (e scelto) per lo svolgimento della procedura.

Si pensi al caso, possibile, che il comune non capoluogo faccia parte di una unione di comuni. Nel caso di specie, l'appalto per aggiudicare un contratto del recovery dovrà essere svolto dall'ufficio appalti dell'unione. La questione si complica (sotto il profilo della programmazione delle gare) nel caso in cui, evidentemente, diversi siano i comuni dell'unione ad aver ricevuto finanziamenti collegati al PNRR/PNC.

Evidentemente sarà necessario, pertanto, programmare lo svolgimento delle gare ed implementare l'organico dell'ufficio appalti delle unioni.

Aspetti che devono essere disciplinati immediatamente, già nel frangente in cui si scrive. Il rischio è che o per difetti di organico o per una non appropriata programmazione i tempi di

Tra le novità di rilievo, in particolare le norme contenute negli artt. 47 e 48 della legge citata – finalizzate alla introduzione di clausole ad hoc nei bandi di gara/lettere di invito per favorire le assunzioni (in particolare di giovani, donne e l'inclusione lavorativa di soggetti disabili)



aggiudicazione, e quindi di esecuzione dei contratti, possano estendersi oltre misura ponendo anche a rischio i finanziamenti.

È questo uno degli aspetti, forse, non ancora attentamente meditato. Pertanto, il RUP dei comuni non capoluogo di provincia, anche in attesa dei finanziamenti deve porre all'attenzione della propria amministrazione già questo aspetto e attivare anche le modalità di programmazione delle gare (si può supporre l'esigenza, ad esempio, della firma dei protocolli di intesa con le stazioni appaltanti abilitata una sorta di documento in cui si chiarisce "chi fa che cosa").

Dovranno essere preventivamente chiarite anche le stesse dinamiche interne e nei rapporti con il soggetto abilitato. Evidentemente se è richiesta la predisposizione/adequamento della programmazione interna (si intendono i vari piani triennali lavori e piano biennale beni e servizi) andrà anche chiarito quali sono gli atti di relativa competenza.

Sicuramente, tra i compiti del RUP del comune non capoluogo rimane quello della "scrittura" della legge di gara con la previsione dei requisiti di partecipazione (anche tenendo conto di quanto disposto dall'articolo 47 del DL 77/2021 e legge di conversione), eventuali criteri premiali e soprattutto la scelta della procedura di gara.

In relazione a quest'ultima occorre ricordare che anche ai contratti del *recovery* si applicano le norme sulla semplificazione delle procedure. Il riferimento, evidentemente, è alle procedure ora previste nell'articolo 1, comma 2, lett. a) e b) della legge 120/2020 nel caso di appalti del sottosoglia o la procedura aperta ex art. 2 della stessa legge che prevede la possibilità di utilizzare termini abbreviati (ex art. 8 del DL 76/2020 convertito con legge 120/2020).

È ipotizzabile, pertanto, salvo diverse regole concordate tra stazione appaltante richiedente

l'appalto e soggetto abilitato alla gara, una prima determina a contrarre da parte della stazione appaltante richiedente in modo da adottare la prenotazione di impegno di spesa, con conseguente trasmissione alla stazione appaltante che adotterà l'atto di avvio del procedimento amministrativo e quindi una determina a contrarre con CIG e approvazione degli atti tecnici della gara. Normalmente fino all'aggiudicazione della stessa. Potrebbe essere anche l'aggiudicazione efficace successiva al riscontro positivo dei requisiti con rinvio degli atti alla stazione appaltante richiedente l'appalto per le successive fasi della stipula del contratto e la fase civilistica dell'esecuzione.

Un tempo di gara, gestito da altro soggetto (diverso dal RUP del comune non capoluogo di provincia) che esige un attento presidio anche alla luce delle potenziali/possibili sanzioni come previsto nel comma 1 degli artt. 1 e 2 del DL 76/2020.

Norma che, al fine di assicurare la tempestiva aggiudicazione (e successiva fase di esecuzione del contratto) degli appalti a pena di responsabilità del RUP per danni erariali qualora questi si generino effettivamente e siano imputabili al responsabile unico del procedimento.

Ecco perché la fase della programmazione dello svolgimento della gara appare aspetto fondamentale per evitare inerzie o ritardi che poi possono pregiudicare la posizione del RUP.

È ovvio, poi, che il RUP "richiedente" l'appalto dovrà anche vigilare sulla conduzione della procedura da parte del RUP della stazione appaltante abilitata a svolgere la gara.

Momento, pertanto, di rilievo è anche quello della scelta della procedura di aggiudicazione visto che proprio i provvedimenti semplificazione consentono l'utilizzo di procedure più snelle (si pensi

ad esempio alla procedura negoziata per l'intero sotto soglia in luogo della gara pubblica).

Sulla questione delle procedure emergenziali si può evidenziare, stante l'assenza di interventi

Tra le novità di rilievo la norma, quindi, introduce quella "pratica" nuova per il RUP delle stazioni appaltanti dei comuni non capoluogo che si vedono "privati" della prerogativa della gara



Il RUP "richiedente" l'appalto dovrà anche vigilare sulla conduzione della procedura da parte del RUP della stazione appaltante abilitata a svolgere la gara



ufficiali che consentano di chiarire una configurazione in termini di obblighi o facoltà nell'utilizzo, che si tratta di autentiche "opzioni" (strumenti) a disposizione del RUP per giungere tempestivamente all'aggiudicazione degli appalti ed evitare potenziali responsabilità.

Da annotare che ANAC, MIMS e la stessa giurisprudenza, effettivamente, costruiscono le attuali fattispecie dell'affidamento diretto e della procedura negoziata con procedure semplificate in cui si richiede, ovviamente, un comportamento trasparente, oggettivo e "non patologico" del RUP.

2. La procedura negoziata "emergenziale" del secondo decreto semplificazioni

Ed è proprio nell'ottica delle semplificazioni che si deve registrare anche l'innesto nell'ordinamento giuridico che riguarda gli appalti del *recovery* di una procedura negoziata ad hoc.

In questo senso già l'articolo 48, comma 3 del DL 77/2021 prevedeva una specifica procedura di emergenza confermata in fase di conversione e ulteriormente "alimentata" dal recente provvedimento di conversione del DL infrastrutture (DL 121/2021 come convertito con legge 156/2021).

Il comma 3 in argomento prevede (prima parte *ante* modifica citata) che - in relazione agli appalti finanziati anche solo in parte con i fondi del PNRR e PNC -, *"Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR*

nonchè al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea. (...)".

Nonostante qualche dubbio non v'è dubbio che si tratta di una procedura negoziata utilizzabile nel sopra soglia (visto il riferimento ai termini abbreviati che riguardano la procedura aperta), anche perché nel sotto soglia il legislatore dell'emergenza ha apprestato la procedura negoziata ultra semplificata con il contingentamento del numero dei partecipanti (art. 1, comma 2, lett. b) della legge 120/2020 come modificato dalla legge 108/2021).

Ovviamente l'utilizzo della procedura in parola, visto che viene preferita rispetto alla procedura aperta, dovrà trovare adeguata motivazione che ne legittimi l'utilizzo.

Come si è anticipato, il DF infrastruttura ha aggiunto all'articolo in parola un ulteriore periodo che si inserisce nell'intento del legislatore di assicurare, comunque, una trasparenza ed oggettività come controbilanciamento delle estreme semplificazioni di queste procedura di aggiudicazione.

Pertanto, il comma riportato si è arricchito di un ulteriore periodo in cui si legge che *"Al solo scopo di assicurare la trasparenza, le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui al presente comma mediante i rispettivi siti internet istituzionali. La pubblicazione di cui al periodo precedente non costituisce ricorso a invito, avviso o bando di gara a seguito del quale qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta"*.

In pratica, per tutte le procedure negoziate "emergenziali" (si pensi all'articolo 1, comma 2 della legge 120/2020 e comma 3 art. 2 della stessa legge) il legislatore ha previsto la pubblicazione di un avviso di trasparenza per "preavvisare

gli operatori ed i consociati sull'avvio di una procedura ultrasemplificate prevenendo quindi comportamenti arbitrari).

Se nel caso della procedura negoziata emergenziale esperibile, ordinariamente, per l'intero sottosoglia

Per tutte le procedure negoziate "emergenziali" (si pensi all'articolo 1, comma 2 della legge 120/2020 e comma 3 art. 2 della stessa legge) il legislatore ha previsto la pubblicazione di un avviso di trasparenza per "preavvisare gli operatori ed i consociati sull'avvio di una procedura ultrasemplificate prevenendo quindi comportamenti arbitrari).



(art. 1, comma 2, lett. b) della legge 120/2020) l'avviso di trasparenza coincide con l'avviso pubblico a manifestare interesse e deve essere "autonomo" solamente nel caso di scelta degli operatori da invitare dall'albo fornitori della stazione appaltante (in questo senso Parere MIMS n. 523/2021), nel caso del comma in parola la questione si prospetta in modo diverso.

Nel caso di specie, infatti, l'avviso deve ritenersi necessariamente distinto ed autonomo ed ha la finalità classica di avvisare, semplicemente, l'avvio della procedura ma non anche di consentire la richiesta di essere invitati. Situazione classica della procedura negoziata che non legittima, se l'atto è avvenuto in modo trasparente con avviso pubblico, chiunque, non invitato, a chiedere di poter partecipare alla competizione.

Si tratta, pertanto, di una forma di trasparenza che consente un controllo ulteriore sull'operato della stazione appaltante.

3. L'intervento sostitutivo

L'altra "particolarità" che riguarda questo specifico regime normativo per i contratti del *recovery* si sostanzia nella previsione, per la prima volta sugli appalti, della possibilità di sostituire il RUP (o anche altri soggetti inadempimenti) nella fase civilistica di questi appalti (finanziati anche in parte dai fondi del PNRR, PNC; e fondi strutturali UE) a partire dalla stipula del contratto.

In questo senso, nell'articolo 50, comma 2 si legge che *"Decorsi inutilmente i termini per la stipulazione del contratto, la consegna dei lavori, la costituzione del collegio consultivo tecnico, gli atti e le attività di cui all'articolo 5 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, nonché gli altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge, dall'ordinamento della stazione appaltante o dal contratto per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC, il responsabile o l'unità organizzativa di cui all'articolo 2, comma 9-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241,*

titolare del potere sostitutivo in caso di inerzia, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea".

La norma coinvolge (almeno) due soggetti, evidentemente, in primis il RUP inadempiente e il c.d. funzionario o ufficio sostituto che le amministrazioni hanno l'obbligo di individuare fin dal 2012 (in difetto il soggetto in parola coincide con il vertice, normalmente il segretario dell'ente). La prima particolarità della norma, che deve essere segnalata, è che la sostituzione, che ora potrà avvenire anche d'ufficio grazie alla modifica apportata dall'articolo 61 del DL 77/2021 all'articolo 2 della legge 241/90.

Ciò sta a significare, sotto il profilo pratico/operativo, che il funzionario sostituto dovrà anche vigilare sull'attività contrattuale relativa all'aggiudicazione dei contratti del *recovery* dovendo intervenire, in caso di ritardi – e nelle ipotesi specifiche declinate dal comma sopra riportato, se vuole evitare di incorrere nelle stesse responsabilità del RUP o del dirigente/responsabile del servizio (si pensi al caso del danno erariale per perdita del finanziamento). Occorre, pertanto, all'interno degli enti interessati strutturare un sistema di report per comprendere/conoscere lo stato di avanzamento degli appalti in parola.

Come si può evidenziare dal comma sopra riportato se alcuni "ritardi" sono facilmente individuabili si pensi alla stipula del contratto o all'assegnazione dell'esecuzione del contratto, in certi casi la questione appare non semplice.

Si allude, in specie, ai riferimenti ad ogni altro termine anche endoprocedimentale della fase dell'esecuzione del contratto, occorrerà pertanto verificare anche termini interni declinanti in atti dell'amministrazione o ai procedimenti previsti per le fasi esecutive (DM 49/2018).

La questione, poi, da chiarire è quella della chiara individuazione dei soggetti nei cui confronti si può esercitare (si deve esercitare) il potere sostitutivo.

Vengono in rilievo quindi anche i rapporti tra RUP e direttore dei lavori i con il direttore dell'esecuzione (qualora non dovesse coincidere con il RUP).



Il primo soggetto, per eccellenza, è chiaramente il RUP visto che oltre ad una funzione istruttoria (e per certi versi anche decisoria) il soggetto in parola ha anche una funzione sollecitatoria e quindi propulsiva in presenza di arbitrarie interruzioni del "flusso" della fase esecutiva.

Vengono in rilievo quindi anche i rapporti tra RUP e direttore dei lavori e con il direttore dell'esecuzione (qualora non dovesse coincidere con il RUP).

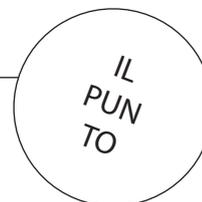
In ultima analisi si deve ritenere che lo stesso ordine di servizio con cui si individua il RUP (competenza del dirigente/responsabile del servizio) dovrà risultare necessariamente arricchito

di nuovi riferimenti: ad esempio sulla tempistica di aggiudicazione (ai sensi dei commi 1 degli artt. 1 e 2 del DL 76/2020 e legge di conversione) e anche su questa ipotesi dell'intervento sostitutivo nel caso di ritardo.

La norma, pertanto, avrebbe necessità anche di chiarimenti sugli aspetti pratici: si pensi al caso in cui non si addivenga a stipula del contratto per comportamenti imputabili non al RUP ma al dirigente/responsabile del servizio. È chiaro che, in questo caso, il RUP dovrebbe "diffidare" – se nulla osta -, il soggetto in parola affinché si proceda nel più breve tempo possibile alla sottoscrizione del contratto.

Il consorzio stabile e la consorziata esecutrice priva dei requisiti

di Francesca Scura



Premesse

Con recente sentenza il TAR Campania - Salerno, Sez. I, 17/11/2021 n. 2465, ha approfondito il tema del rapporto sussistente tra il consorzio stabile e l'impresa consorziata esecutrice. In particolare, il Tribunale ha analizzato la questione relativa alla sostituibilità di una delle imprese parte del consorzio stabile (nel caso di specie l'impresa esecutrice) in caso di mancanza in capo alla stessa dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara.

1. Il caso di specie

Il caso sottoposto alla valutazione del Tribunale riguarda una gara bandita dalla Provincia di Salerno per l'affidamento congiunto della progettazione e della esecuzione di lavori.

Vista l'esclusione del raggruppamento temporaneo risultato primo classificato per mancanza dei requisiti di partecipazione, la Provincia ha aggiudicato la procedura al secondo concorrente in graduatoria, un costituendo RTI composto da un consorzio stabile e altri due soggetti, procedendo alla relativa verifica del possesso dei requisiti generali.

Dalla verifica emergeva la sopravvenuta carenza del requisito della regolarità contributiva (irregolarità del DURC) a carico di una delle consorziate del consorzio stabile: nella specie si trattava della consorziata designata quale esecutrice del consorzio stabile, mandante del costituendo RTI indicato per le attività di progettazione, rilievo e monitoraggio.

La Provincia si è vista quindi costretta ad escludere dalla procedura anche questo soggetto (per l'appunto il ricorrente) e ad aggiudicare ad un ulteriore soggetto, rappresentato anch'esso da un RTI di cui era parte un consorzio stabile.

Il soggetto escluso propone ricorso contro la predetta esclusione a base del quale pone i seguenti motivi:

- con il primo motivo di ricorso, la violazione della normativa adottata in ragione della epidemia in corso (art. 103 del d.l. n. 18/2020) che, nel testo vigente tra il 19 luglio 2020 e il 3 dicembre 2020, ha prorogato ex lege la validità del DURC del 17 marzo 2020, con conseguente regolarità della posizione della consorziata esecutrice in questione alla data di partecipazione alla gara ed aggiudicazione;
- con il secondo e il terzo motivo di ricorso, la circostanza per cui l'esclusione è stata determinata dalla posizione di una consorziata esecutrice del consorzio stabile mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di progettisti designato per l'esecuzione delle prestazioni di rilievo, progettazione e monitoraggio; secondo la prospettazione del ricorrente vi sarebbe pertanto violazione della disciplina di riferimento che consente la estromissione (in considerazione del legame non diretto tra la consorziata esecutrice e la Stazione appaltante) ovvero la sostituzione (ai sensi dell'art. 48 ovvero dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016) della consorziata esecutrice anziché comportare l'esclusione di tutto il raggruppamento dalla gara. Il ricorrente ritiene difatti irrilevante la sopravvenuta carenza di un requisito generale in capo alla consorziata esecutrice in quanto sussisterebbe un rapporto solamente indiretto tra quest'ultima e la Stazione appaltante. A suo parere, il consorzio stabile, che ha espresso la consorziata esecutrice, è dotato di autonoma soggettività e organizzazione ed è unico titolare del rapporto con la Stazione appaltante con la conseguenza che la modifica della consorziata esecutrice assume un rilievo meramente interno, non in grado di incidere sul citato rapporto; inoltre è il consorzio stabile ad essere stato designato quale mandante del costituendo RTI cosicché non sussisterebbe un rapporto diretto neppure tra la consorziata esecutrice e il ricorrente

raggruppamento. Il ricorrente contesta altresì la violazione del combinato disposto dei commi 7 bis, 17, 18, 19 e 19 ter dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, ritenendo possibile, nel caso di specie, la sostituzione della consorziata esecutrice sulla base di tali disposizioni, anche considerato che in capo alla stessa è stata rilevata un'irregolarità non originaria ma sopravvenuta rispetto alla partecipazione alla procedura.

2. Il consorzio stabile

La sentenza in commento contiene una analisi particolarmente ricca della figura del consorzio stabile.

Il consorzio stabile è disciplinato all'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 e figura tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Il consorzio in questione è costituito «*tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro ... formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa*».

Secondo consolidata giurisprudenza il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cd. «cumulo alla rinfusa» (cfr. Cons. Stato, V, 11 dicembre 2020, n. 7943).

Il consorzio resta il solo soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura e va a stipulare il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate cui affida i lavori; è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate (le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione ai sensi dell'art. 94, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e art. 48, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n.50). Di

conseguenza il consorzio stabile si presenta nella gara come un operatore economico unitario anche se la gara è suddivisa in lotti, e, per ciascun lotto, sono indicate imprese esecutrici diverse¹.

Proprio in ragione della struttura di questa particolare forma di partecipazione, il Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, con la pronuncia n. 5/2021, ha affermato che *«I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto»* (si veda, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

Tali norme concorrono a distinguere nettamente tale figura da quella del consorzio ordinario di concorrenti, previsto dalla lett. e), comma 2, dell'art 45 del Codice.

Quest'ultimo è piuttosto simile ad un raggruppamento temporaneo di imprese (che può comprendere anche gli stessi consorzi stabili al proprio interno) e ha apposita disciplina nell'articolo 2602 del codice civile oppure nell'articolo 2615-ter del codice civile qualora costituito in forma di società consortile. L'alterità che connota il consorzio stabile rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate

condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara.

Sul punto, si registra, invero, un diverso regime tra i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari, da un lato, ed i consorzi stabili dall'altro: l'articolo 48, comma 7 del d.lgs. 50/2016 prevede infatti che *«È fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato.. »*.

Anche in ambito comunitario si è affermato che viola i principi del Trattato la normativa nazionale che stabilisce l'esclusione automatica dei consorzi stabili, e delle imprese che lo compongono, che abbiano partecipato in concorrenza alla stessa procedura di affidamento di un pubblico appalto. Siffatta disposizione nazionale pone una presunzione assoluta d'interferenza reciproca tra i suddetti soggetti, anche nel caso in cui il consorzio non sia intervenuto nel procedimento per conto e nell'interesse di dette imprese; né è consentito ai suddetti operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente e che non vi è un rischio d'influenza sulla concorrenza fra gli offerenti (cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 23/12/2009, n. 376).

1. Sul punto il Consiglio di Stato ha ritenuto irrilevante stabilire se una procedura di gara suddivisa in lotti sia qualificabile come gara unica ovvero come più gare per quanti sono i lotti, per essere il bando un atto ad oggetto plurimo che dà luogo a distinte procedure. Invero, quel che conta è che il consorzio partecipa alla procedura di gara come operatore economico unitario: per cui, alternativamente, o vi è ammesso, e, dunque, la sua offerta può legittimamente essere scrutinata per diversi lotti, oppure è escluso, ma dall'intera procedura, non solamente da uno dei lotti. La tesi per la quale possa essere escluso da un lotto, ma rimanere in gara per gli altri, farebbe del consorzio stabile non più un operatore economico unitario ma moltiplicabile in ragione delle consorziate indicate per l'esecuzione del singolo lotto dell'appalto: il che sarebbe in contrasto con il principio – che si ricava indirettamente dall'art. 47, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, che vieta alle consorziate indicate per l'esecuzione di partecipare in maniera autonoma alla stessa procedura di gara – che impone agli operatori economici di partecipare ad una procedura di gara in un'unica forma. Si verificherebbe, infatti, uno sdoppiamento all'interno della medesima gara dello stesso consorzio, il quale si avvantaggerebbe di tale sua peculiare composizione per eludere la regola generale che impone il possesso dei requisiti generali sin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione da parte di tutte le imprese con le quali l'amministrazione viene in rapporto.

3. L'analisi del TAR

Il TAR Campania respinge il ricorso, confermando l'esclusione per DURC irregolare della consorziata esecutrice e la nuova aggiudicazione disposta. Peraltro, contro la sentenza non risulta essere stato proposto appello.

Come osservato dal TAR nella sentenza in commento, il consorzio stabile si basa su un patto consortile di tipo stabile che instaura pertanto tra le parti un rapporto di durata, con causa mutualistica, avente ad oggetto la collaborazione tra i consorziati ai fini della partecipazione a gare pubbliche².

Secondo questa impostazione, proprio alla luce dei requisiti di autonomia e spiccata oggettività del consorzio stabile, la Corte di Giustizia UE (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere come legittima la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata ma solo nel caso in cui quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (v. Consiglio Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Infatti il consorzio stabile può decidere se:

- i) partecipare in proprio alla procedura di gara ed eseguire in proprio le prestazioni dedotte in contratto, oppure
- ii) indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre (è quanto previsto dall'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016); in tal caso

il legislatore fa obbligo al Consorzio di designare corrispondentemente tali consorziati all'esecuzione del contratto mediante la specificazione delle prestazioni che saranno eseguite da ciascuno di essi (v. art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016).

In quest'ultimo caso viene in rilievo la figura della consorziata esecutrice che partecipa quindi alla procedura di gara per il tramite del consorzio stabile che precisa di concorrere per essa e la designa per l'esecuzione delle prestazioni.

Come affermato dalla citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, «Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione

appaltante» (art. 47 comma 2 del codice dei contratti)" (cfr. Adunanza Plenaria n. 5/2021). Le stesse si distinguono quindi dalle altre consorziate.

Questo particolare ruolo della consorziata esecutrice fa sì che il legislatore richieda il possesso dei requisiti generali di partecipazione non solo in capo al consorzio stabile in quanto tale ma anche in capo alle consorziate esecutrici: ciò al fine di evitare che il consorzio stabile, da forma collettiva di partecipazione, si trasformi in uno strumento elusivo dell'obbligo del possesso dei requisiti generali, consentendo la partecipazione di consorziate esecutrici prive dei necessari requisiti e facendo da schermo ad eventuali carenze nel possesso dei necessari requisiti di qualificazione da parte delle stesse (cfr. Adunanza Plenaria

«Il consorzio si basa su un patto consortile di tipo stabile, che instaura tra le parti un rapporto di durata, con causa mutualistica, avente ad oggetto la collaborazione tra i consorziati ai fini della partecipazione a gare pubbliche.»



2. Giova qui ricordare come l'elemento essenziale per identificare l'esistenza di un consorzio stabile, come definito dall'art. 45, comma 2 lett. c), D.lgs. 50 del 2016, è la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (v. Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865; id., V, 2 maggio 2017 n. 1984; id., V, 17 gennaio 2018, n.276). Il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla comune struttura di impresa induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

del Consiglio di Stato n. 8/2012 e Consiglio di Stato n. 2537/2018).

Al consorzio stabile il Codice dedica altre importanti previsioni che ne rendono ancora più peculiare la struttura e disciplina, quali in particolare:

- l'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 che prevede che il consorzio stabile esegua le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante;
- l'art. 48, comma 7, del medesimo decreto, secondo cui i consorzi stabili (insieme ai consorzi tra cooperative di cui alla lett. b, art. 45 comma 2) *«sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato»*.

L'indicazione della consorziata per la quale il consorzio concorre e il divieto di partecipazione di questa, in altra forma, alla medesima gara (previsti dal citato art. 48, comma 7, d.lgs. n. 50/2016), nonché la responsabilità solidale e l'inconfigurabilità del subappalto nei rapporti tra consorzio stabile e consorziata esecutrice (previste dall'art. 47, comma 2, del medesimo decreto) consentono di escludere che il rapporto tra consorzio stabile e consorziata esecutrice possa essere configurato come un rapporto

« Le caratteristiche peculiari del rapporto tra consorzio stabile e consorziata esecutrice (previste dall'art. 47, comma 2, del Codice appalti) consentono di escludere che tale rapporto sia configurabile come meramente indiretto e privo di rilevanza esterna, non rendendo possibile pertanto la sostituibilità con altro soggetto della consorziata esecutrice che sia priva dei requisiti di gara necessari.»



«Il possesso dei requisiti generali di partecipazione è richiesto anche in capo alle consorziate esecutrici affinché il consorzio stabile, da forma collettiva di partecipazione, non si trasformi in uno strumento elusivo dell'obbligo del possesso dei requisiti generali, consentendo la partecipazione di consorziate esecutrici prive dei necessari requisiti»



meramente indiretto e privo di rilevanza esterna, tale da consentire la sostituzione della consorziata esecutrice alla stregua di una vicenda meramente interna al consorzio stabile.

Se si tiene poi conto del fatto che i requisiti generali di partecipazione vanno posseduti dalle consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori, al fine di impedire che queste possano giovare della copertura dell'ente consortile ed eludere così i controlli demandati alle stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 607; Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; V, 17 maggio 2012, n. 2582), se ne ha per conseguenza che la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate comporta

l'esclusione del consorzio intero dall'intera procedura di gara.

Il consorzio stabile, poi, quale struttura comune destinata a consentire la congiunta operatività delle consorziate nel settore dei contratti pubblici, già all'atto della partecipazione indica le consorziate per le quali concorre e le designa come esecutrici, generando così anche tra le stesse consorziate esecutrici e la Stazione appaltante un rapporto avente rilevanza esterna.

In ogni caso, la rilevanza esterna dei rapporti tra consorzio stabile, consorziata esecutrice e Stazione appaltante già emerge dalla configurazione del patto consortile. La partecipazione del consorzio stabile alla procedura di gara ne realizza infatti la causa concreta e, proiettando l'accordo nella reale operatività dei contratti pubblici, dà allo stesso rilevanza non meramente interna.

4. La sostituzione dell'impresa priva dei requisiti

Come sopra accennato, il ricorrente ha altresì contestato la violazione del combinato disposto dei commi 7 bis, 17, 18, 19 e 19 ter dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto a suo dire tali disposizioni consentirebbero pienamente, nel caso di specie, la sostituzione della consorziata esecutrice, anche considerato che in capo alla stessa è stata rilevata un'irregolarità non originaria bensì sopravvenuta rispetto alla partecipazione alla procedura.

Il Giudice amministrativo, tuttavia, respinge anche tale censura, affermando che, in relazione alle richiamate disposizioni, la prevalente giurisprudenza ha espresso una tendenza interpretativa restrittiva, per cui la sostituzione (meramente interna) dei componenti delle forme collettive di partecipazione è ammessa solo in caso di perdita, *in corso di esecuzione*, dei requisiti di cui all'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016. La sostituzione dovrebbe invece escludersi in caso di perdita dei medesimi requisiti *in corso di gara*.

Ad ulteriore supporto della propria posizione, il TAR fa inoltre presente come, con ordinanza n. 6959/2021, la V Sezione del Consiglio di Stato abbia rimesso all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla esatta interpretazione delle disposizioni citate dal ricorrente, chiedendo in particolare se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara. L'ordinanza di rinvio è particolarmente interessante, prospettando, sulla base di ampie argomentazioni, un'interpretazione meno rigida in merito.

« Il Consiglio di Stato ha di recente chiesto all'Adunanza Plenaria se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter D.lgs. 50/2016 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara »



Pur riconoscendo quindi che l'ordinanza di rinvio sembri protesa verso una interpretazione meno rigida e più elastica del regime della modifica soggettiva del RTI, il TAR comunque segnala che, anche ritenendo possibile la modifica soggettiva ove la mancanza dei requisiti generali sopravvenga in corso di gara, la sostituzione della consorziata esecutrice, nel caso di specie, non potrebbe essere ammessa in quanto si tradurrebbe in un'inammissibile modifica dell'offerta presentata in gara.

Infatti, la variazione della composizione soggettiva del concorrente, prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, incontra comunque il limite delle immodificabilità dell'offerta al fine di assicurare il rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di corrispondenza tra prestazioni proposte e prestazione eseguite ovvero tra offerta presentata e lavori, forniture o servizi realizzati in fase di esecuzione.

Al riguardo è utile richiamare la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5563/2021, che

fa proprio l'orientamento della Corte di Giustizia dell'UE ribadendo che la modifica dell'offerta [è stata] esclusa dalla stessa Corte di Giustizia anche nell'ambito delle (in sé ammissibili) modifiche soggettive di cui all'art. 63 dir. 2014/24/UE. Difatti la Corte di Giustizia aveva già avuto modo di evidenziare che «*quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre a un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l'amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente*» (sentenza 3 giugno 2021, causa C-210/20).

Nel caso di specie - prosegue il TAR - il ruolo della consorziata esecutrice è stato rilevante ai fini della predisposizione dell'offerta: il TAR evidenzia infatti

che la procedura è stata aggiudicata sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo e che il disciplinare di gara prevedeva una serie di criteri di valutazione dell'offerta. Ed è in relazione a tali criteri che il ricorrente ha individuato nell'offerta le risorse umane impegnate nelle citate fasi, tra cui quattro tecnici, appartenenti direttamente alla ditta consorziata che poi è risultata priva del requisito, come principali figure del gruppo di lavoro, aventi compiti di coordinamento delle attività e responsabilità diretta di rilievo.

Secondo il TAR è quindi evidente che tali professionalità appartenenti alla società consorziata esecutrice abbiano contribuito alla formulazione dell'offerta mediante l'elaborazione delle metodologie e delle soluzioni proposte in relazione ai criteri sopradetti e che tali professionalità, metodologie e soluzioni abbiano poi formato oggetto di valutazione da parte della Stazione appaltante ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi.

Quanto sopra evidenziato fornisce – secondo il TAR – la misura del contributo apportato dalla consorziata esecutrice all'elaborazione dell'offerta tecnica presentata in gara, nonché della rilevanza di tale contributo ai fini delle valutazioni della Stazione appaltante e dei punteggi attribuiti, tale da precluderne la sostituzione.

Non sarebbe possibile, inoltre, affermare, come fa il ricorrente, che tali professionisti risulterebbero di per sé disponibili nell'ambito dei rapporti esistenti tra le consorziate appartenenti al medesimo consorzio stabile in quanto l'art. 47 del d.lgs. n. 50/2016 consente il cumulo unicamente dell'organico medio annuo, computato cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduto dalle singole imprese consorziate, e non in generale di tutte le professionalità disponibili; tale disposizione inoltre assume rilievo ai soli fini del possesso dei requisiti di partecipazione ma non consente lo scambio di professionalità tra le consorziate nella fase di esecuzione dell'appalto, del tutto estranea al suo ambito applicativo.

5. L'avvalimento dei requisiti di idoneità

Nella vicenda in commento si inserisce un ulteriore profilo riguardante l'avvalimento. Il raggruppamento ricorrente ha, infatti, partecipato alla procedura avvalendosi di un altro soggetto – un costituendo RTP – ai fini del possesso dei requisiti e dell'esecuzione delle prestazioni, producendo il contratto di avvalimento e le dichiarazioni prescritte. Dai verbali di gara risulta che il ricorrente ha fatto ricorso all'avvalimento anche in relazione ai requisiti di idoneità professionale previsti dal disciplinare di gara: i verbali di gara rilevano infatti la violazione dell'art. 89, commi 1 e 8, del d.lgs. n. 50/2016 che non consente l'avvalimento dei requisiti di idoneità professionale e ammette l'esecuzione diretta dei servizi da parte dell'ausiliario unicamente nel caso di avvalimento dei requisiti relativi ai titoli di studio e professionali e alle esperienze professionali pertinenti, questi ultimi ritenuti una fattispecie di requisiti di capacità tecnico professionale differente da quelli previsti nel disciplinare di gara.

Di conseguenza il contratto di avvalimento prodotto non sarebbe in linea con il disposto di cui all'art. 89 del Codice e irrilevante ai fini della partecipazione.

Il concorrente, pur richiamando la norma di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, ha infatti più volte "indicato" il costituendo RTP ai fini delle prestazioni di cui

a determinate fasi cosicché la Stazione appaltante ha ritenuto ammissibile l'assetto di partecipazione dichiarato nell'istanza di ammissione alla gara e dichiarazione di impegno a costituire ATI – con indicazione del costituendo RTP per l'esecuzione dei servizi.

La Stazione appaltante ha di conseguenza ammesso il ricorrente alle successive fasi della procedura considerando il citato RTI non come ausiliario, ma come indicato (evidentemente ai sensi dell'art. 59, comma 1 bis, del d.lgs. n. 50/2016) per le citate fasi di esecuzione, con la conseguenza che non ne è possibile la sostituzione ai sensi dell'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

«Il TAR ribadisce che la variazione della composizione soggettiva del concorrente, prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, incontra comunque il limite delle immodificabilità dell'offerta: attraverso la modifica soggettiva in fase di partecipazione alla gara si rischia di modificare l'offerta.»



L'applicazione di tale disposizione presuppone infatti – evidenzia il TAR – la sussistenza di un rapporto di avvalimento tra il concorrente e il soggetto da sostituire, rapporto che non ricorre nel caso di specie in cui la Stazione appaltante ha invece considerato il costituendo RTI come "indicato" ai fini dell'ammissione del ricorrente stesso alle successive fasi della procedura, ritenendo altrimenti violata la disciplina in materia di avvalimento.

Tale "qualificazione" del rapporto tra il ricorrente e il RTI non è stata specificamente contestata dal ricorrente stesso, il quale si è limitato a censurare le valutazioni della Stazione appaltante, evidenziando unicamente che il requisito di idoneità professionale previsto doveva essere necessariamente posseduto dal RTI impegnatosi all'esecuzione delle prestazioni; al riguardo occorre comunque precisare che la giurisprudenza ha costantemente escluso l'avvalimento per i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 e pertanto la censura, per come formulata, non è idonea a scalfire le valutazioni dell'Amministrazione. Di conseguenza, la configurazione del rapporto tra ricorrente e costituendo RTP in termini di indicazione anziché di avvalimento esclude l'applicazione dell'art. 89, comma 3, del citato decreto e della ipotesi di sostituzione ivi prevista. In ogni caso, tale sostituzione incontrerebbe il limite dell'immodificabilità dell'offerta sopra rilevato, valido anche in ipotesi di sostituzione dell'ausiliaria (cfr. Consiglio di Stato n. 5563/2021 e giurisprudenza europea ivi citata).

6. Excursus sulle proroghe dei termini di validità del DURC

Pur esulando dal tema in analisi, pare utile soffermarsi sulla ricostruzione operata dal TAR della normativa vigente riguardante le proroghe degli adempimenti dovuti alla emergenza pandemica. Con il primo motivo di ricorso si eccepiva infatti la violazione della normativa adottata in ragione della epidemia in corso (art. 103 del d.l. n. 18/2020) che, nel testo vigente tra il 19 luglio 2020 e il 3 dicembre 2020, ha prorogato ex lege la validità del DURC del 17 marzo 2020, con conseguente regolarità della posizione della consorziata esecutrice in questione alla data di partecipazione alla gara ed aggiudicazione;

Il Tar respinge anche tale primo motivo sulla base di una attenta analisi dei diversi provvedimenti normativi che si sono susseguiti, nell'ambito della legislazione relativa alla attuale emergenza pandemica, in tema di proroga della validità dei titoli e provvedimenti per effetto della proroga dello stato di emergenza.

Difatti una delle norme più rilevanti riguardanti gli appalti nella fase dell'emergenza sanitaria è quella di cui all'art. 1, comma 4, del DL 30 luglio 2020, n. 83 (convertito, con modificazioni, dalla legge 25 settembre 2020, n. 124): secondo tale norma «*I termini previsti da disposizioni legislative diverse da quelle individuate nell'allegato 1, connessi o correlati alla cessazione dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, non sono modificati a seguito della proroga del predetto stato di emergenza, deliberata dal Consiglio dei Ministri il 29 luglio 2020, e la loro scadenza resta riferita al 31 luglio 2020*».

Non essendo la disposizione di cui all'art. 103, comma 2, del DL n. 18/2020 ricompresa nell'elenco di cui al citato allegato 1, la scadenza dalla stessa prevista – a detta del TAR – resta riferita al 31 luglio 2020 ovvero alla scadenza originaria dello stato di emergenza, con la conseguenza, ai fini della censura in esame, che la validità dei DURC in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020 non risente delle proroghe dello stato di emergenza e resta così fissata al novantesimo giorno successivo al 31 luglio 2020 ovvero al 29 ottobre 2020.

Ciò risulterebbe confermato dall'art. 3 bis, comma 2, del d.l. n. 125/2020; a fronte dell'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 103, comma 2, del d.l. n. 18/2020 a tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, compresi i termini di inizio e di ultimazione dei lavori in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e la data della dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, l'art. 103 ne ha escluso l'applicazione ai DURC che continuano ad essere assoggettati alla disciplina ordinaria, presupponendo pertanto la già avvenuta riconduzione della disciplina della validità dei citati documenti al regime ordinario.

Pareri & Sentenze



Tar Campania, Sez. VIII, 30/11/2021, n. 7692

La pubblicità delle sedute di gara telematica

“ ... l’ applicazione del principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza - come momento indefettibile e qualificante delle procedure di evidenza pubblica - va nondimeno declinato alla luce delle nuove modalità di svolgimento delle gara, che passano, pressoché interamente, su piattaforme informatiche che garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento; i flussi di dati inseriti dai singoli operatori partecipanti possono essere dunque integralmente controllati, garantendo un’immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica; la garanzia di conservazione dell’integrità degli atti (files contenenti la documentazione amministrativa e l’offerta) è dunque insita, a monte, nelle stesse modalità telematiche di svolgimento e neppure richiederebbero, a rigore, una seduta “pubblica” per l’apertura delle offerte, già assicurata dalle dette peculiarità di svolgimento (cfr. Cons. di Stato, III, n. 627/2021), che di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della procedura e tutti gli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia di immutabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte. Come già osservato dal Consiglio di Stato (V, n. 5388/2017), il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l’applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l’evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l’intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente o meno della presenza o meno del pubblico), posto che ogni operazione compiuta risulta essere naturalmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini, è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l’invulnerabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l’incorruttibilità di ciascun documento presentato, come confermato, peraltro, dal fatto che lo stesso Codice dei Contratti non contiene alcuna norma che preveda l’obbligo della seduta pubblica telematica.”

TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 29/11/2021, n. 12322

Gravi illeciti professionali: Non sussiste un onere motivazionale circa le ragioni alla base del giudizio discrezionale di affidabilità espresso dalla stazione appaltante, essendo sufficiente una motivazione implicita o per facta concludentia con l'ammissione dell'operatore alla gara

"... va ribadito quanto già rilevato in sede cautelare, non ravvisandosi nella specie un onere motivazionale circa le ragioni alla base del giudizio discrezionale di affidabilità del RTI espresso dalla stazione appaltante, essendo sufficiente una motivazione implicita o per facta concludentia con l'ammissione dell'operatore alla gara.

Nel caso in esame non è infatti mancato il momento valutativo da parte dell'Amministrazione circa l'affidabilità e integrità del controinteressato, avendo questa proceduto, in sede di verifica amministrativa dei primi due concorrenti graduati, a richiedere ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 ogni documentazione utile relativa alle circostanze e pendenze giudiziarie menzionate dal RTI, ritenendo poi sufficienti i chiarimenti forniti.

Pertanto, va ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "non è rilevante che sia mancata l'esplicitazione delle ragioni del giudizio positivo da parte dell'amministrazione, potendo risultare il convincimento della stazione appaltante anche soltanto dal provvedimento favorevole all'impresa, purché si accerti che abbia acquisito tutti i dati utili ai fini della verifica del possesso dei requisiti di moralità professionale" (Consiglio di Stato, sentenza n. 2350/2021)."

Consiglio di Stato, Sez. III, 25/11/2021, n. 7892

Il concorrente che ha impugnato gli atti della procedura di gara precedenti l'aggiudicazione è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto nel corso del giudizio, a pena di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse

"è principio assolutamente consolidato nella giurisprudenza amministrativa che il concorrente che abbia impugnato gli atti della procedura di gara precedenti l'aggiudicazione (il provvedimento che abbia disposto la sua esclusione dalla gara o l'ammissione altrui) sia tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto nel corso del giudizio, a pena di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066; V, 31 luglio 2019, n. 5420; V, 22 luglio 2019, n. 5170; V, 16 luglio 2018, n. 4304; III, 18 aprile 2019, n. 2534; V, 4 febbraio 2019, n. 830). L'utilità finale che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di aggiudicazione è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, indipendentemente dall'utilità strumentale immediatamente perseguita, così che l'eliminazione dell'aggiudicazione della gara in favore di altro concorrente è indispensabile. D'altra parte l'autonomia funzionale del provvedimento di aggiudicazione rispetto agli altri atti della procedura di gara e la sua peculiare natura giuridica di atto di non mero riscontro della legittimità formale del procedimento, ma approvativo dello stesso, non consente di ipotizzare che le eventuali illegittimità riscontrate in uno qualsiasi degli atti della predetta procedura di gara abbia un effetto automaticamente caducante, che ne renda inutile la relativa impugnazione" (cfr. Consiglio di Stato, -OMISSIS-)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 22/11/2021, n. 7827

Condizioni che consentono la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica

“Non è in discussione la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE (“tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali”) e dall’art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell’art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016. L’eccezionalità cui si riferisce tale ultima disposizione – della quale il Comune ha ritenuto di fare applicazione per l’affidamento in oggetto – attiene alle “ragioni di estrema urgenza”, non tanto quindi agli eventi che l’hanno determinata, che invece devono essere “imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice” ed a questa non imputabili. ... come dimostra anche la peculiarità della fattispecie oggetto del precedente giurisprudenziale citato nella sentenza di primo grado (Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2021, n. 920), proprio la pendenza di contenziosi giudiziari e i loro esiti costituiscono, in riferimento agli appalti di servizi indispensabili ed indifferibili, evenienza atta a rendere lecito il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell’art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016. Questa infatti consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all’indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l’aggiudicatario della gara sub iudice (cfr. Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687), con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione aggiudicatrice. L’unico limite posto esplicitamente dall’art. 63, comma 6, è individuato nella insussistenza di almeno cinque operatori economici “idonei”, da consultare “sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione”.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 18/11/2021, n. 7716

Costo della manodopera: va inclusa nel calcolo del costo del lavoro la retribuzione delle ore non lavorate

“... nel merito l’appello è fondato - e, di conseguenza, lo è anche il ricorso di primo grado -, proprio sotto il profilo del difetto di istruttoria, per non avere l’amministrazione rilevato l’errore posto alla base dell’elaborazione del costo orario del lavoro contenuto nell’offerta di “”, e cioè quello di non avere incluso nel calcolo del costo del lavoro la retribuzione delle ore non lavorate, spettante ex lege ... la retribuzione e il costo medio del lavoro sono due cose diverse: la prima va corrisposta al lavoratore dipendente anche quando lo stesso è assente per ferie, permessi, o altre ragioni giustificate, mentre il secondo ricomprende, oltre alla prima, anche il costo aggiuntivo connesso alla necessità di sostituire il personale dipendente legittimamente assente. L’ulteriore costo sostenuto per le sostituzioni va quindi sommato al costo medio orario delle retribuzioni per i dipendenti regolarmente assunti. E ciò ha affermato il verificatore chiarendo che: “sebbene le sostituzioni abbiano un costo basso, ..., esse costituiscono pur sempre un costo aggiuntivo e non sostitutivo delle ore non lavorate, che devono comunque essere retribuite ai dipendenti e pertanto sono un costo ineludibile””

Consiglio di Stato, Sez. IV, 11/11/2021, n. 7537*Presupposti della revoca dell'affidamento "ponte"*

"...in punto di diritto, l'ampia discrezionalità di cui dispone l'amministrazione nell'esercizio del potere di revoca in autotutela degli atti amministrativi, circa la valutazione di opportunità e convenienza nella riconsiderazione dell'interesse pubblico avuto in cura, il cui controllo di legittimità sconta un giudizio esogeno alla funzione amministrativa esercitata, nei limiti del sindacato debole e con la tecnica dell'eccesso di potere attraverso le figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza.

... -OMISSIS- censura, invero, (i) la carenza del presupposto rappresentato dalla esecuzione anticipata del contratto con la società aggiudicataria; (ii) il deficit istruttorio e motivazionale sotteso alla valutazione dell'interesse pubblico, stante il maggiore costo che sarebbe derivato dalla esecuzione anticipata del contratto a "regime" a cagione del superiore canone mensile rispetto a quello praticato dalla -OMISSIS- con il contratto "ponte" ... La determinazione di revoca si fonda sui seguenti elementi motivazionali: (i) accelerazione dell'iter procedimentale della gara principale che ha portato alla individuazione dell'aggiudicatario; (ii) dichiarata disponibilità dell'aggiudicatario a dare esecuzione allo stipulando contratto; (iii) punto II.2.7) del bando di gara per l'affidamento "ponte" del servizio, che stabilisce la durata dell'affidamento in mesi tre e, comunque, fino alla definitiva individuazione del contraente dell'appalto in corso relativo all'affidamento del "Servizio di gestione dei rifiuti urbani e dei servizi complementari nel -OMISSIS-", indetta dalla CUC con determina n. 4 del 3 aprile 2020. Il Collegio osserva che, a seguito della individuazione dell'aggiudicatario della gara principale, è venuto meno il presupposto fattuale che reggeva e giustificava la gara "ponte" e le finalità del suo svolgimento.

La gara in questione era stata indetta "nelle more" dell'affidamento definitivo del contratto a "regime"; ciò, sull'evidente presupposto di assicurare il servizio "medio tempore" e nella consapevolezza, logica e giuridica, che, una volta perfezionatosi l'affidamento definitivo e dato avvio alla raccolta, il contratto sottoscritto dall'impresa "ponte" avrebbe cessato i propri effetti perché "sine causa" (lo stesso servizio giammai avrebbe potuto essere svolto in contemporanea da due imprese operanti sul medesimo territorio)."

Il requisito di capacità tecnico-professionale deve risultare coerente e proporzionato alle specifiche peculiarità del contratto. La "non frazionabilità" di un requisito non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento

"... la disciplina dei raggruppamenti lascia ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante nella determinazione dei requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale ... i disciplinari di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi; che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Pur tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'esercizio di tale discrezionalità deve rispondere a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, preservando la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento e non restringendo la platea dei potenziali concorrenti.

Tali criteri non devono, pertanto, essere discriminanti né abnormi rispetto alle regole proprie del settore. ... Il punto di equilibrio tra discrezionalità (nel fissare requisiti minimi) e tutela dell'interesse pubblico sotteso alla esigenza di non aprire incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri particolari e inerenti esperienze e capacità, è dato, in punto di adeguatezza, da un giudizio di congruità della clausola rispetto all'oggetto del contratto.

Grava, dunque, sulla stazione appaltante il farsi carico di un criterio di corrispondenza nell'uso della proporzionalità del requisito rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto.

In altri termini, il requisito di capacità tecnico-professionale deve essere riferito (dunque, risultare coerente e proporzionato) alle specifiche peculiarità del contratto, ciò che implica una valutazione di corrispondenza

effettiva e concreta del requisito medesimo alla gara stessa. muovendo sempre dalla evidenziata non frazionabilità del servizio, il Collegio ritiene che detta "non frazionabilità" non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero; tale conclusione si porrebbe, infatti, in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento".

TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 10/11/2021, n. 7163

È ritenuto illegittimo (per incompetenza) l'operato di una commissione giudicatrice che ha disposto l'esclusione di un concorrente senza limitarsi a fornire una proposta di esclusione della ricorrente al competente organo della stazione appaltante

"- la giurisprudenza (cfr. C.d.S. n. 1247 del 25 febbraio 2019) ha affermato che il verbale di esclusione dalla procedura competitiva adottato dalla commissione di gara configura di per sé un atto immediatamente lesivo;

- in particolare, condivisibile giurisprudenza (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, n. 135/2016) ha sostenuto che il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di esclusione da una gara pubblica deve ritenersi coincidente con il momento in cui il rappresentante dell'impresa, nel corso di una seduta pubblica della commissione giudicatrice, alla quale egli partecipava in base a delega, aveva avuto notizia ufficiale dell'esclusione e la sua presenza risultava dal verbale, ciò in quanto fin dalla seduta pubblica durante la quale è comunicata l'esclusione, la ricorrente già dispone di tutte le informazioni essenziali per presentare il ricorso, essendone stata ampiamente indicata e verbalizzata la relativa motivazione, con la conseguenza che il concorrente escluso ha l'onere di proporre ricorso avverso il provvedimento che produce questo effetto, salvo poi, eventualmente, proporre ricorso per motivi aggiunti entro l'ulteriore termine di trenta giorni, che decorre dal momento in cui ha avuto piena conoscenza degli altri atti endoprocedimentali, qualora emergano altri profili di illegittimità.

- nella fattispecie, non vi sono dubbi circa la conoscenza del provvedimento di esclusione (e delle sue motivazioni) in quanto alla seduta pubblica della commissione di gara era presente un delegato dell'impresa, inoltre, l'esistenza del verbale è risultata dalla pubblicazione della rettifica e dalla sua comunicazione a mezzo PEC (peraltro, come evidenziato dalla controinteressata, la ricorrente le ha notificato in data 4 marzo 2021 un ricorso avverso tale esclusione mai depositato); ... - in secondo luogo, l'eventuale incompetenza della commissione giudicatrice ad adottare il provvedimento di esclusione avrebbe dovuto essere prontamente censurata dalla ricorrente con apposito ricorso senza attendere la determina del 22 settembre 2021 di aggiudicazione alla seconda graduata (con la quale la stazione appaltante si è limitata a prendere atto dell'avvenuta esclusione già disposta dalla commissione giudicatrice);

- del resto la stessa giurisprudenza citata dalla ricorrente (C.d.S. n. 1104 del 12 febbraio 2020) ha ritenuto illegittimo (per incompetenza) l'operato di una commissione giudicatrice che ha disposto l'esclusione di un concorrente senza limitarsi a fornire una proposta di esclusione della ricorrente al competente organo della stazione appaltante (chiamato poi ad approvarla);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 589 del 28 luglio 2021
PREC 150/2021/S**

"Garanzia provvisoria – soccorso istruttorio – condizioni di esperibilità"

"Con riferimento alla esperibilità del soccorso istruttorio per la garanzia a corredo dell'offerta occorre distinguere la fattispecie della mancata costituzione della garanzia da quella della sua invalidità o irregolarità, in quanto solo la prima ipotesi costituisce ex se espressione della scarsa serietà dell'offerta, mentre nella seconda ipotesi si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria, nonché della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda" ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica. L'operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione.

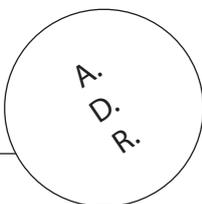
Diversamente opinando, infatti, sarebbe violata la par condicio tra tutti i concorrenti, consentendo ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 615 del 8 settembre 2021
PREC 153/2021/S**

"Servizi ad alta intensità di manodopera – Criteri di aggiudicazione – Offerta economicamente più vantaggiosa – Natura standardizzata dei servizi"

"... la natura standardizzata dei servizi in affidamento non legittima l'applicazione del criterio del prezzo più basso per i servizi ad alta intensità di manodopera ove si tenga conto del dato normativo espresso all'art. 95, comma 4, del Codice («Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lettera a)») e dell'orientamento consolidato nella giurisprudenza amministrativa, in particolare dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 8/2019 secondo cui «gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1 e 95, comma 3, lett. a) del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice»;"

A Domanda Rispondiamo



1

Quali sono i presupposti perché possa configurarsi responsabilità precontrattuale della Stazione Appaltante?

La tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono ristrate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente – lucro cessante. Nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa.

2

Con quali provvedimenti amministrativi può disporsi la prosecuzione di un contratto d'appalto sospeso per emergenza COVID-19?

La sospensione parziale o totale dei contratti anche di servizi e forniture ai sensi dell'art. 107 del codice è la risposta alle "cause di forza maggiore". L'articolo 107 del codice, primo comma, prevede appunto che "in tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto".

Il comma 3 prevede come la sospensione sia "disposta per il tempo strettamente necessario". Cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale". Stando così le cose, se la durata del contratto originario è stata legittimamente sospesa e le sospensioni hanno determinato cumulativamente lo spostamento della scadenza naturale del contratto, si ritiene che l'adottando provvedimento dovrà semplicemente prendere atto delle ragioni che hanno determinato il differimento della scadenza contrattuale fermo restando che, il nuovo termine di scadenza correttamente, dovrebbe anche rinvenire dagli atti con i quali il RUP ogni volta ha disposto la ripresa dell'esecuzione del contratto.

3 Quali ripercussioni ha l'aumento dei prezzi legati all'emergenza Covid-19 sui contratti in essere?

Tra gli strumenti normativi applicabili si cita la specifica disciplina revisionale per i contratti pubblici, volta a fronteggiare i rincari eccezionali dei prezzi di acquisto di alcuni materiali da costruzione, introdotta dall'articolo 1-septies della Legge 23 luglio 2021, n. 106, di conversione del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 - cd. "Sostegni-bis". Tale disciplina avente carattere eccezionale, ha introdotto un regime di compensazione straordinario, applicabile unicamente ai lavori eseguiti e contabilizzati nel primo semestre del 2021.

Diversamente, se la disciplina di gara prevede la clausola di revisione dei prezzi di cui all'art. 106 comma 1 lett. a) del codice, si potrà procedere ad una modifica del contratto dopo aver acquisito la documentazione idonea ad avviare l'istruttoria. Altrimenti, la stazione appaltante potrà approvare una variante dell'art. 106 comma 1 lett. c) del codice, motivando e documentando la fondatezza della pretesa, la sua imprevedibilità e il rispetto degli ulteriori limiti dell'art. 106 medesimo (documentazione che dovrà essere prodotta dall'appaltatore).

4

È consentito alla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto accettare una offerta tecnica difforme?

In relazione ad una procedura di gara aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non è possibile una modifica dell'offerta successiva alla aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto. Il concorrente sarà quindi chiamato a firmare il contratto per come aggiudicato. In sede di esecuzione, eventuali modifiche saranno possibili solo nei limiti dell'art. 106 del Codice. In alternativa l'offerente dovrà rinunciare alla firma del contratto, con le conseguenze di legge ovvero incameramento cauzione provvisoria e comunicazione ad ANAC.

5

Nella apertura e valutazione dei files caricati per la partecipazione ad una gara telematica, è sempre imputabile al cattivo funzionamento della piattaforma informatica, l'impossibilità di aprirne uno?

Se un file risulta corrotto, e quindi non fruibile per il suo esame, non è detto che il problema sia sempre imputabile alla piattaforma; infatti ogni sistema attua dei controlli sui files inseriti. Nei casi in cui non sarebbe possibile stabilire se vi sia stato un errore del trasmittente o la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio dovrebbe ricadere sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (Cons. Stato Sez. III, 7 gennaio 2020 n. 86). Al contrario se viene appurato che il motivo dell'impossibilità di consultare il file, dipende dalla mancata diligenza del partecipante, sarà necessario capire se è possibile applicare il soccorso istruttorio o meno **(Cfr. Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Terza - n. 07507/2021)**.

6

L'affidamento dei servizi sociali rientra nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici?

Il codice del terzo settore prevede la possibilità, per le amministrazioni, di sottoscrivere convenzioni ex art. 56, con associazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale (iscritte da almeno sei mesi nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, ove esistente, o presso l'Albo regionale), purché si tratti di prestazioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, e siano più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. Il ricorso a tale modalità di affidamento dovrà comunque essere motivato all'interno dell'atto con cui si procede alla selezione.

Affinché si possa uscire dall'ambito di applicazione del D.lgs. 50/2016, le procedure di affidamento dei servizi sociali dovranno essere rese dall'affidatario in forma gratuita, ossia prevedendo unicamente il rimborso di documentate spese vive, correnti e non di investimento. In tal caso l'Amministrazione non dovrà neppure acquisire un CIG in quanto tali Convenzioni rivestono un carattere non oneroso e, prevedono un rimborso spese non forfetario, dunque non rientrano nell'ambito di applicazione della L. n. 136/2010.

Diversamente, qualora il servizio non rientri nei casi di applicazione del codice del terzo settore, l'amministrazione potrà procedere all'affidamento tramite gli istituti del codice degli appalti, facendo ricorso all'affidamento diretto nei limiti di importo previsti dalla norma, direttamente nei confronti di un soggetto individuato, previa adeguata e precisa motivazione negli atti di indizione della procedura o, previa acquisizione di preventivi informali da più operatori economici.

Ovviamente il ricorso a questo tipo di procedura, caratterizzato dall'elemento dell'onerosità, prevede la generazione del CIG e la corresponsione di apposita remunerazione.

7

Che cosa è l'offerta "muta", e può essere inserita nella busta economica?

L'offerta muta è un elemento essenziale dell'offerta tecnica in quanto consente l'immediata individuazione dei prodotti offerti, la congruità dei quantitativi offerti per l'esecuzione dei servizi/forniture da svolgere, ed ha il compito di completare il contenuto informativo dell'Offerta Tecnica, poiché ne puntualizza e circoscrive il contenuto, svolgendo una funzione per certi versi equiparabile a quella del computo metrico non estimativo negli appalti di lavori a misura, considerato dalla giurisprudenza componente essenziale dell'offerta tecnica (cfr. TAR Puglia Bari, 25 maggio 2020, n. 741). Il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, volto ad evitare l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica, ha come corollari che la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la suddetta commistione, e l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica (**ANAC delibera n. 834 del 27.10.2020**).

Limiti e perimetro del soccorso istruttorio – caso pratico

IN
PIL
LOLE

Noto è il contenuto della disposizione del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016, il quale prevede: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di 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 economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non*

sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

Tanto si è scritto, in Dottrina e Giurisprudenza, circa i limiti di applicazione di un istituto che – a “braccetto” col concetto di tassatività di esclusione – è stato da sempre vero banco di prova, ed esercizio tangibile di una dinamica serrata, alla ricerca di un equilibrio tra *favor participationis* e rigore applicativo delle regole. Una “battaglia” che non avrà mai fine sulla quale continueremo a confrontarci nell'operatività del quotidiano.

Ecco pertanto analizzando il più classico dei casi pratici, si evidenziano gli stimolanti approdi Giurisprudenziali e non solo, a perimetrare il concetto stesso di soccorso istruttorio entro limiti contenitivi.

Si può immaginare un soccorso istruttorio postumo, operativo in sede di graduatoria e proposta di aggiudicazione, allorché la stazione appaltante in sede di verifica sul possesso dei requisiti si renda conto dell'assenza del requisito dichiarato in gara dal primo graduato?

Analizziamo il caso pratico.

La stazione appaltante procede con l'indagine sui contenuti della dichiarazione resa nel DGUE dall'operatore, all'esito della definizione della graduatoria provvisoria. Il concorrente in sede di presentazione dell'offerta ha dichiarato un'esperienza operativa per fornitura analoga a quella oggetto dell'appalto, nel triennio, rispettivamente nei confronti di tre soggetti committenti e solo a seguito di opportuna verifica, nessuno di questi ultimi risultava "ente pubblico". Nel caso di specie alcuni elementi fattuali vanno considerati per la completa lettura del caso.

In primo luogo l'analisi della lex di gara, mostrava un disciplinare di gara che riportava un duplice requisito di capacità tecnica e professionale:

"Il concorrente deve aver stipulato, con clienti pubblici e/o privati, nel triennio 2018-2019-2020 i seguenti contratti di fornitura analoghi a quelli oggetto della presente procedura (fornitura di ... omissis):

- Almeno 3 (tre) forniture di ... omissis ... di importo non inferiore a € 150.000,00;

di cui:

- Almeno 1 (una) fornitura, in favore di un Ente/Amministrazione/Società pubblica."

La previsione, letta in combinato con la documentazione nel complesso messa a disposizione dalla stazione appaltante (perciò guardando anche il modello DGUE reperibile sul sito, nella sezione amministrazione trasparente dedicata alla gara, si nota alla sez. C, quadro 1b)), nell'area dedicata alla stazione appaltante, reca la seguente precisazione:

*"... Durante il periodo di riferimento l'operatore economico ha consegnato le seguenti forniture analoghe (fornitura di ... omissis ...) del tipo specificato (almeno 3 forniture di importo **non inferiore a € 150.000 cadauna** di cui almeno una in favore di soggetti pubblici) ..."*

L'aggiunta del termine "cadauna" è da ritenersi specificativo della previsione del disciplinare.

In secondo luogo, non vi erano dubbi sui

requisiti anche in virtù dell'assenza di chiarimenti interpretativi sui punti.

La stazione appaltante dichiara escluso l'operatore e questi ritiene di contestare la decisione esortando l'applicazione del soccorso istruttorio. La stazione appaltante non ritiene di condividere l'osservazione.

Il mancato ricorso al soccorso istruttorio è giustificato e confortato dall'orientamento giurisprudenziale più recente espresso dal Tar Campano Napoli, Sez. II, sentenza del 08/03/2021, n. 1528, secondo il quale: *"Non è consentito ad un concorrente di modificare i contenuti della domanda di partecipazione e delle connesse dichiarazioni in un tempo successivo rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, magari anche mediante l'integrazione di documentazione probatoria attraverso il soccorso istruttorio"*.

Nel caso di specie, non ricorrevano le ipotesi in cui eventuali errori fossero emendabili, quali carenze di qualsiasi elemento formale della domanda ed ipotesi di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, in quanto il DGUE presentato dalla concorrente, risultava compilato in ogni sua parte, dichiarando il possesso dei requisiti richiesti nell'apposita sezione del documento, con indicazione degli enti presso i quali l'esperienza richiesta era stata maturata.

Pertanto, non incorrendo il concorrente in una specifica erronea dichiarazione da correggere o modificare attraverso il soccorso istruttorio, avrebbe sostituito le proprie dichiarazioni, novando a tutti gli effetti, la domanda in violazione della perentorietà del termine di presentazione delle offerte.

Va richiamata sulla stessa onda interpretativa, la pronuncia del Consiglio di Stato del 09/07/2019 n. 4787 confermativa della pronuncia TAR Puglia, con sentenza n. 299 in data 8 marzo 2019, nella quale si afferma il principio secondo il quale: *"(...) non può ammettersi il soccorso istruttorio in sede di comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, liddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una*

sostanziale rimessione in termini (Cons. Stato, V, 31 gennaio 2017, n. 385)¹.

In sostanza, va dato conto di un filone giurisprudenziale vigente, orientato a limitare e circoscrivere l'area di operatività del soccorso istruttorio che non può essere istituito privo di limiti. Tale orientamento è infatti fondato sulla necessità di non sbilanciare l'equilibrio tra i concorrenti, tanto da dover far pesare il principio della par condicio, rispetto alle esigenze di tipo sostanziale, di dare rilevanza, alla sola effettiva disponibilità di un requisito di partecipazione rappresentato e comprovato dal concorrente in tempo successivo ed in rettifica/modifica di una precedente dichiarazione.

Il predetto filone giurisprudenziale trova inoltre man forte nella posizione declinata dall'A.N.A.C., la quale con Delibera n. 605 del 08/09/2021 afferma che: " *esclusa la possibilità di utilizzare il soccorso istruttorio a fronte di una radicale carenza del DGUE e delle dichiarazioni necessarie per la partecipazione alla gara. La totale mancanza di indicazione, all'interno del DGUE, dei servizi prestati nel decennio, integranti un requisito speciale di partecipazione espressamente richiesto dal bando, non può essere considerata mero errore materiale o refuso, bensì un errore del quale il concorrente deve sopportare le conseguenze per il generale principio di autoresponsabilità*".

Aggiungiamo un altro tassello. La stazione appaltante ha comunque manifestato disponibilità verso il concorrente, provando ad instaurare un contraddittorio con la ditta, chiedendo a quest'ultima di comprovare il requisito mancante, occasione in cui non è stata data prova diversa da quanto già declinato nelle autodichiarazioni rese,

non facendo emergere in sostanza altre commesse svolte per conto di amministrazioni pubbliche.

Anzi. Per tutta risposta, la ditta, facendo leva sulla precedente esperienza lavorativa espletata (ma **non dichiarata in sede di gara**) nei confronti della committente stazione appaltante, richiede a quest'ultima la produzione/esibizione di certificazione attestante l'esecuzione di precedenti forniture.

In realtà, le precedenti forniture erano una serie di ordinativi singoli di importi ben inferiori alla somma richiesta e soprattutto non afferenti ad unico contratto pari a € 150.000,00, come richiesto in atti quale requisito di punta infrazionabile².

Se ne deduce pertanto, al netto delle considerazioni innanzi rese, che l'operatore economico, non è incorso in un mero errore formale, ma bensì è carente del requisito di punta richiesto nella *lex specialis*, non avendo concluso nell'ultimo triennio un contratto del valore di almeno € 150.000 nei confronti di soggetto committente pubblico.

Ma vi è di più, l'interpretazione di tale requisito non è mai stata oggetto di richiesta chiarimenti in merito alla sua portata, nè tanto meno può considerarsi oggi, oggetto di contestazione la legittimità del requisito stesso, richiesto in capo ad un soggetto pubblico nella rosa dei tre contratti, **senza che sia stato a suo tempo debitamente impugnato se ritenuto preclusivo alla partecipazione alla procedura di gara de quo**.

All'esito delle considerazioni su esposte, l'operato della stazione appaltante si ritiene conforme e in linea con le prescrizioni della *lex specialis* e dell'orientamento giurisprudenziale più recente che limita il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio

1. Sullo stesso filone si veda anche Consiglio di Stato n. 2675 del 05/06/2017, il quale afferma: "le dichiarazioni contenute nel DGUE hanno valore autocertificativo in merito al possesso dei relativi requisiti richiesti ai concorrenti. E tale valore, con specifico riferimento ai requisiti speciali e in particolare ai così detti servizi analoghi, ha carattere assoluto sia in relazione al dato quantitativo che a quello qualitativo. ... Relativamente al requisito ai servizi analoghi occorre attenersi unicamente a quanto autodichiarato dal concorrente che attesta il possesso dello stesso, posto che le contestazioni sollevate dal ricorrente implicano una verifica di merito...". Con la conseguenza che, quanto dichiarato dagli operatori economici concorrenti nella domanda di partecipazione alla gara e nel documento di gara unico europeo costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati.

2. Sulla infrazionabilità del requisito di punta si vedano per tutte: Tar Campania, Napoli, Sez. I, 07/ 02 /2020, n.603, o ancora Consiglio di Stato sez. V, 02/02/2018, n.678, pareri precontenzioso Anac, n. 107 del 21 maggio 2014 e n. 156 del 23 settembre 2015.

facendo leva sul rispetto del principio della par condicio e dell'autoresponsabilità dei concorrenti.

Sarebbe pertanto da considerarsi legittima a parere di chi scrive, l'esclusione dell'operatore da formalizzarsi a seguito di apposito provvedimento amministrativo, con conseguente affidamento al secondo graduato.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

Publicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2022

SEMI
NARI

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

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

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

dicembre
2021

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Per erogare gli incentivi valido anche un regolamento postumo (Corte dei Conti, sez. regionale Toscana deliberazione n. 84/2021)

Premessa

1. Il parere
2. Istruttoria
3. Un regolamento "postumo"
4. Conclusioni

3

Che procedura di scelta del contraente è necessaria per l'erogazione degli incentivi? (Corte dei Conti, sez. regionale Puglia, deliberazione n. 150/2021)

Premessa

1. Il parere
2. L'analisi
3. Le altre condizioni indispensabili
4. La conclusione

6

E' possibile erogare incentivi anche per le "varianti"? (Corte dei Conti sez. Regionale Friuli Venezia Giulia n. 43/2021)

Premessa

1. Il quesito
2. L'analisi
3. La conclusione

10

Per erogare gli incentivi valido anche un regolamento postumo

Premessa

E' interessante annotare come si susseguano una serie di interventi/pareri delle varie sezioni regionali della Corte dei Conti su questioni afferenti la regolare erogazione (la possibilità) degli incentivi per funzioni tecniche ex art. 113 dell'attuale Codice dei contratti.

Un tratto "comune" a questi vari interventi sembra quello di voler valorizzare comunque il lavoro svolto al di là del compimento di alcuni adempimenti, da sempre, ritenuti essenziali.

E' questo il caso, ad esempio, affrontato anche dalla sezione Toscana che ritiene ammissibile – e quindi consentire l'erogazione degli incentivi -, anche nel caso in cui il (classico e doveroso) regolamento interno (sul riparto) venga approvato successivamente agli incentivi già "maturati" (sempre che la stazione appaltante, evidentemente, abbia accantonato le correlate risorse.

1. Il parere

Nel caso trattato, il Sindaco di un comune toscano pone alla sezione il quesito relativo ai rapporti tra incentivi (tecnicamente già maturati) e regolamento sul riparto adottato solo successivamente. Più nel dettaglio, il Sindaco rammenta che "nei quadri economici dei progetti relativi alle opere approvati dal 19 aprile 2016 al 6 agosto 2020 (data in cui l'Ente si è dotato di regolamento) sono state previste, ed accantonate in bilancio, le risorse da destinare al fondo per gli incentivi tecnici".

In relazione a quanto, appunto, "il Sindaco chiede se, in relazione alle funzioni tecniche previste dall'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 espletate dal personale dipendente dell'Ente dopo l'entrata in vigore della citata normativa, **ma prima dell'adozione del regolamento** di cui al comma 3 del citato articolo 113, sia possibile corrispondere l'incentivo riferito al periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore della normativa vigente e la data di adozione del regolamento".

2. Istruttoria

Come anticipato in premessa, nella fase di istruttoria sulla richiesta la sezione rammenta che uno degli aspetti di maggior complessità (argomento ritenuto "controverso") è proprio quello relativo alla possibilità (o meno) di erogare gli incentivi per attività "svolte in mancanza del regolamento previsto dalla normativa vigente".

Caso, evidentemente, che ha posto la questione "se sia possibile applicare retroattivamente il regolamento relativo alla distribuzione delle risorse (una volta adottato) in favore di prestazioni lavorative eseguite prima dell'entrata in vigore del predetto regolamento".

Si rammenta in delibera l'approccio che risponde negativamente e che risulta fondato sul classico principio del "tempus regit actum". Semplificando, ogni atto/attività è retta/regolata dalle norme vigenti nel periodo interessato.

In coerenza con tale principio, sottolinea l'estensore, la conclusione è nel senso della impossibilità di attribuire efficacia retroattiva ai regolamenti, "opponendosi a tale opzione l'irretroattività della legge, e quindi anche dei regolamenti, ai sensi del combinato disposto delle norme di cui agli artt. 4 e 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile".

A questo orientamento estremo e (se vogliamo anche) "logico" si contrappone invece l'orientamento che potrebbe definirsi "sostanziale" ovvero privilegiare il dato fattuale di un lavoro svolto ovvero del compimento comunque avvenuto di tutte quella attività incentivabili (ex art. 113 del Codice dei contratti) che, indubbiamente, ha procurato un vantaggio (normalmente in tema di tempi e finanziari) per la stazione appaltante in luogo di una complessiva esternalizzazione di alcuni segmenti del procedimento afferente l'attività contrattuale.

Secondo questo orientamento, precisa il collegio, è possibile ammettere una efficacia anche retroattiva del regolamento postumo.

Nell'ambito di queste riflessioni si può distinguere una efficacia retroattiva "forte" ed una efficacia retroattiva "debole".

Nel primo caso in cui la legge retroattiva "colloca prima della propria entrata in vigore sia la fattispecie, sia i suoi effetti"; nel secondo caso in cui la retroattività riguarda solo la produzione di effetti attuali, ma sulla base di una fattispecie realizzatasi in passato".

Rimane fermo, naturalmente che la stazione appaltante adotti il regolamento interno.

3. Un regolamento "postumo"

La sezione propende, pertanto, nella possibilità di adottare un regolamento che pur postumo, alle attività incentivabili, possa anche disciplinare fattispecie definitesi prima dell'entrata in vigore "condizione che le somme, a tal fine necessarie, risultino già accantonate nel preesistente quadro economico riguardante la singola opera".

Sulla questione insiste il chiarimento fornito anche dalla Sezione delle Autonomie con la delibera 16/2021 che ha "sposato la tesi della retroattività del regolamento".

La sezione riscontrando la questione posta dalla sezione campana (delibera 171/2021) ha chiarito che "ove una amministrazione locale abbia omesso di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente razione temporis (legge n. 109/1994; d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento funzionale alla distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, detto regolamento potrà essere adottato ex post, nel rispetto dei limiti e parametri che la norma del tempo imponeva, a condizione che le somme relative agli incentivi alla progettazione siano state accantonate ed afferiscano a lavori banditi in vigenza della suddetta normativa del tempo".

Risulta necessario, evidentemente, che le somme riferite agli incentivi tecnici siano state accantonate in bilancio.

4. Conclusioni

L'orientamento che conferma la possibilità di un regolamento postumo, a sommo parere, potrebbe essere ulteriormente legittimato dalla stessa previsione (tra gli articoli del regolamento con uno ad hoc), in cui si chiarisce la portata retroattiva delle stesse norme a fattispecie già realizzatesi ferme restando le condizioni della copertura economica. E' anche vero che sulla previsione dei fondi, oramai, le sezioni – come anche ricordato in pregressi osservatori, afferma la possibilità di una previsione postuma sia pure con adeguata motivazione.

Che procedura di scelta del contraente è necessaria per l'erogazione degli incentivi?

Premessa

Anche la sezione regionale della Puglia affronta una questione in tema di incentivi per funzioni tecniche. Nel caso di specie la questione appare quella consueta ovvero che tipo di procedura (di scelta del contraente) legittima l'erogazione dell'incentivo. Il parere conferma il consolidato approdo per cui è richiesto almeno un "confronto comparativo" tra operatori. Procedura che, quanto meno, per quanto semplificata esige un *minus* di indagine di mercato e quindi un confronto, almeno, tra preventivi.

1. Il parere

Più in dettaglio il parere posto dal Sindaco è se risulti "corretto ritenere che presupposto legittimante l'erogazione degli incentivi tecnici previsti dall'art. 113 del d.lgs. 50/2016 per effetto del dettato del comma 2 di tale articolo ("A valere sugli stanziamenti (...), le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara") sia esclusivamente la previa redazione di un progetto con un proprio quadro economico recante la voce "importo a base di gara", indipendentemente dalla successiva modalità di scelta del contraente o, al più, la necessità della (successiva) negoziazione di un prezzo inferiore a quello a base di gara, negoziazione che, nel caso di affidamento diretto, può consistere in una procedura sostanzialmente comparativa, o in termini di confronto di preventivi tra più operatori economici o, sulla base di un'analisi comparativa con affidamenti precedenti e con il contesto generale del mercato di riferimento, in termini di richiesta di offerta al ribasso all'unico operatore economico motivatamente individuato."

Dalla domanda emerge, pertanto, quella consapevolezza che la competizione per giungere all'assegnazione debba avere un minimo di articolazione per giustificare una attività dei soggetti della stazione appaltante e quindi legittimare, con un certo lavoro, l'erogazione del compenso.

2. L'analisi

La sezione premette immediatamente per poter parlare di incentivi si deve escludere "la possibilità di incentivare funzioni o attività diverse da quelle considerate dall'art. 113, comma 2 (cfr. Sezione delle autonomie, deliberazione n. 18/2016/QMIG)".

Ciò evidenziato la sezione rammenta come la giurisprudenza consultiva della Corte dei conti ha da tempo chiarito anche le condizioni di carattere generale che devono sussistere ai fini della possibilità di incentivare ogni singola funzione tecnica.

In particolare si evidenzia che le premesse indispensabili (gli adempimenti propedeutici) sono che: a) l'amministrazione sia dotata di apposito regolamento interno, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo e sede idonea per circoscrivere le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati. Come visto, anche in questo osservatorio, la stessa Corte ritiene possibile anche l'adozione di un regolamento postumo a condizione che i fondi risultino accantonati.

b) le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'art. 113, comma 2, siano ripartite, per ciascuna opera, lavoro, servizio e fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale;

c) il relativo impegno di spesa sia assunto a valere sulle risorse stanziare nel quadro economico dell'appalto, attraverso la costituzione di un apposito fondo vincolato non superiore al 2% dell'importo dei lavori posti a base di gara;

Da notare che in relazione a questo aspetto si è evidenziata la possibilità – da parte delle stesse sezioni regionali – di una copertura reperita dopo purché con adeguata motivazione.

In questo senso, sempre nella delibera si precisa come sia stato di recente affermato che «Non può tuttavia escludersi, in astratto, che, sebbene non inizialmente previsti nel quadro economico, gli incentivi trovino nel bilancio dell'ente una copertura garantita dalle descritte operazioni contabili di costituzione dei relativi fondi. Non potrà, in tal caso, escludersi aprioristicamente la loro successiva inclusione del quadro economico e, per l'effetto, la loro riconoscibilità al personale che abbia svolto funzioni tecniche. Purché, ovviamente, ricorrano tutte le ricordate condizioni di ordine generale e, secondo un principio più volte affermato da questa Sezione regionale di controllo, tali attività siano caratterizzate, in concreto, da quella particolare complessità che le deve caratterizzare, la quale ultima rappresenta il presupposto che consente di derogare, in via eccezionale, al principio di onnicomprensività della retribuzione già in godimento; ciò coerentemente con la ratio della norma, che è quella di accrescere l'efficienza della spesa attraverso il risparmio che deriva dal ricorso a professionalità interne per lo svolgimento di attività funzionali alla realizzazione di appalti, in circostanze che altrimenti richiederebbero il ricorso a professionisti esterni, con possibili aggravii di costi per il bilancio dell'ente interessato»; non senza precisare che, stante l'anomalia di un'iscrizione successiva della voce di costo legata agli incentivi nel quadro economico, tale eventualità dovrà essere sostenuta da «un obbligo di motivazione rafforzata dei relativi provvedimenti, che dia conto della finalizzazione all'interesse pubblico, la quale garantisce il rispetto del principio costituzionale del buon andamento, secondo un principio già espresso da questa Sezione in relazione all'incentivabilità di funzioni tecniche svolte per la realizzazione di appalti non inseriti nella programmazione, al ricorrere di circostanze eccezionali ed imprevedibili (deliberazione n. 11/2021/PAR del febbraio 2021)» (Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 56/2021/PAR).

3. Le altre condizioni indispensabili

Tra le altre condizioni indispensabili, l'estensore rammenta la necessità che l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo. E che negli appalti di servizi e forniture, sia stato nominato il direttore dell'esecuzione (*ex multis*, di recente, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 11/2021/PAR).

Tra le condizioni indispensabili, e quindi il collegio giunge alla conclusione, è necessario un minus di procedura di aggiudicazione che preveda almeno un confronto/comparazione di preventivi.

A tal proposito, la deliberazione rammenta che in linea con gli orientamenti interpretativi delle Sezioni regionali della Corte dei conti, il presupposto della gara, a cui fa riferimento il citato art. 113, comma 2, può dirsi sussistente "anche nell'ipotesi del ricorso, da parte dell'ente territoriale, alla procedura comparativa di cui all'art. 36, comma, 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016" (Sez. reg. contr. Emilia-Romagna, deliberazione n. 33/2020/PAR). In particolare, è stato precisato che "solo in presenza di una procedura di gara o in generale una procedura competitiva si può accantonare il fondo che viene successivamente ripartito sulla base di un regolamento adottato dalla singola amministrazione".

4. La conclusione

La conclusione della sezione, viste le premesse, che al quesito si può rispondere "nel senso che l'erogazione di incentivi tecnici è strettamente connesso all'effettivo svolgimento di attività intrinsecamente correlate alla predisposizione ed attuazione degli strumenti normativi previsti per lo svolgimento di una gara pubblica necessariamente caratterizzata dall'espletamento di una procedura comparativa".

Sembra contraddittorio il riferimento alla gara pubblica dovendosi intendere, piuttosto, quell'approccio sostanziale che porta ad individuare attività incentivabili (ex art. 113 del Codice) anche in attività istruttorie che poi configurano, semplicemente, una procedura semplificata al netto del classico affidamento diretto "puro" che non consente di erogare l'incentivo.

E' possibile erogare incentivi anche per le "varianti"?

Premessa

Altro quesito, sempre in tema di incentivi, affronta la sezione regionale del Friuli. In questo caso si chiede dei rapporti tra incentivi e (importo) varianti e se queste, semplificando, debbano essere considerate nell'importo dell'affidamento (pur essendo intervenute, ovviamente, in fase di esecuzione del contratto) come "base" di calcolo per poi stabilire la misura degli incentivi.

1. Il quesito

Nel caso di specie, il Sindaco – più nel dettaglio -, pone un parere in merito alla modalità di calcolo degli incentivi per funzioni tecniche a seguito di approvazione di una perizia di variante alla luce della deliberazione n. 162/2018/PAR della Sezione di Controllo della Puglia, la quale precisa che, in tal caso, l'incentivo andrà calcolato sul nuovo importo a base di gara.

In particolare, il Comune rappresenta in termini esemplificativi, che:

- l'importo a base di gara sia pari a euro 1.000.000,00 (con percentuale del 2% da destinare agli incentivi pari a 20.000 euro); gara poi aggiudicata con ribasso del 10% e quindi per un importo di euro 900.000,00; successivamente si renda necessaria l'approvazione di una variante dai due possibili valori:

a) 80.000 euro (valore dell'opera 1.080.000,00) per cui tenuto conto del ribasso all'impresa sono corrisposti euro 972.000,00;

b) 150.000 euro (valore dell'opera 1.150.000,00) per cui tenuto conto del ribasso all'impresa sono corrisposti euro 1.035.000,00).

2. L'analisi

Dopo il chiarimento sulla questione degli incentivi e della ratio, pur non perfettamente ammissibile con l'attività di "consulenza" della sezione, il Collegio rammenta che la questione delle varianti si pone essenzialmente in fase di esecuzione del contratto che si caratterizza per la posizione di tendenziale parità tra le parti, agendo la PA sostanzialmente nella sua autonomia negoziale".

In tema di modifiche contrattuali, come noto, dispone l'articolo 106 del Codice dei contratti ed operazione "ermeneutica" che compie la sezione è quella di comprendere quale sia il tipo" di variazione/modifica che può riguardare la questione degli incentivi.

Secondo la sezione "si ritengono maggiormente aderenti al contenuto del quesito le ipotesi delle varianti in senso stretto di cui all'art. 106, comma 1, lettera c), ovvero quelle che dipendono da "circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore.

In questo caso, si legge nella deliberazione, le modifiche all'oggetto del contratto sono varianti in corso d'opera. Tra le circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti". Si tratta di modifiche contrattuali ammissibili in presenza delle circostanze fissate dalla legge che devono essere intese "in senso strettamente oggettivo in relazione ad una condotta da valutarsi ai sensi della diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.; con ciò escludendo le modificazioni dipendenti da errori, omissioni, carenza e/o insufficienza di indagini preliminari e, in generale, inadeguata valutazione.

La giurisprudenza contabile, effettivamente, si è già interessata della questione e del problema se, ed in che misura, sia possibile "armonizzare i principi e le finalità dell'istituto incentivante rispetto alla disciplina dello *ius variandi*. Operando una lettura sistematica della disciplina delle varianti nel quadro delle disposizioni dell'art. 113 la giurisprudenza contabile si è più volte espressa, anche in relazione al previgente codice dei contratti del 2006, **nel senso della non incompatibilità** a priori e in senso assoluto tra varianti e incentivazione e, quindi, dei relativi riflessi sul fondo, anche in aumento (Sez. Controllo Puglia n. 162/2018/PAR; Sez. Controllo Piemonte n. 8/2014/PAR e n. 97/2014/PAR).

Non v'è dubbio, semplificando, rileva la Corte che seppur vero che hanno estremo rilievo le fasi propedeutiche "della predisposizione e costruzione del procedimento e relativo bando/avviso nella quale, nell'ottica di efficienza indicata dalla legge delega" non possono non valorizzarsi anche "le possibili situazioni incidenti sul percorso anche sotto il profilo tecnico e finanziario. Che è giunta ad affermare "la non incompatibilità in senso assoluto tra varianti e incentivi" sottolineando "che i due aspetti possono trovare adeguata conciliazione nella misura in cui l'incentivo segua comunque una logica di efficienza, efficacia e razionalizzazione lasciando fuori, quindi, le modificazioni contrattuali che derivano da condotte che si discostano dal parametro della diligenza". In caso diverso, prosegue sempre la deliberazione, "potrà ammettersi lo *ius variandi* in caso di circostanze impreviste ed imprevedibili, qualora le varianti (o le prestazioni supplementari) abbiano il carattere della necessità e vadano a remunerare un quid pluris di attività e adempimenti di natura tecnica nella considerazione che non costituisce oggetto di incentivazione qualsiasi generica partecipazione del personale assegnato alla stazione appaltante, bensì lo svolgimento di specifiche funzioni tecniche da parte del medesimo (Sez. Controllo Lombardia n. 29/2021)".

3. La conclusione

La conclusione si sostanzia in un invito all'ente locale circa la decisione finale se remunerare o meno l'incentivo "in presenza di varianti in esito alla rigorosa valutazione dell'effettiva situazione e relativa legittimazione alla corresponsione nonché ogni conseguente determinazione riservata alla propria competenza".