

Rivista mensile - Anno XII, Numero 1

marzo
2022

MEDIA APPALTI

L'eccezionale incremento del prezzo dell'energia in corso di gara impone alla S.A. la valutazione di sostenibilità dell'offerta? Nota a TAR Molise, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 41

RUP e Commissione di gara: incompatibilità assoluta o da accertare caso per caso? Gli ultimi approdi giurisprudenziali

La recente giurisprudenza in tema di irregolarità contributiva



**“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



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

marzo
2022

Futura



EDI
TO
RIALE

“Dobbiamo continuare a semplificare le procedure, [...] sono il maggior ostacolo, per i progetti onshore e offshore di rinnovabili, [...] continueremo a spingere su questo punto”. Le parole del Presidente Mario Draghi sono un passaggio delle dichiarazioni rilasciate alle Camere nella mattinata del primo marzo. L’invasione dell’Ucraina da parte di Putin ha messo a nudo le criticità del sistema di approvvigionamento energetico dell’Italia. Il nostro paese importa il 95% di gas; il 40% arriva dalla Russia. Un’interruzione delle forniture metterebbe in crisi l’intero sistema energetico. “Nel breve termine - ha aggiunto Draghi - anche una completa interruzione dei flussi di gas dalla Russia a partire dalla prossima settimana non dovrebbe di per sé comportare seri problemi”. Le scorte e l’avvicinarsi di temperature più miti dovrebbero garantire un periodo di autonomia.

Nel discorso davanti ai parlamentari Draghi non fa più riferimento al carbone. Nei giorni precedenti aveva paventato l’opzione di rimettere in funzione le sette centrali italiane in via di dismissione. Una

soluzione che aveva sollevato opposizioni da più parti. Critiche sono subito arrivate da Greenpeace, Legambiente e Wwf. “Grave errore del Presidente del Consiglio Draghi pensare di riaprire le centrali a carbone e continuare questa insensata corsa al gas”, aveva dichiarato Legambiente. Obiezioni sono arrivate anche dal mondo delle imprese. “Per risolvere questa grave emergenza, chiediamo al Governo e alle Regioni di autorizzare entro giugno 60 GW di nuovi impianti rinnovabili, pari a solo un terzo delle domande di allaccio già presentate a Terna”, aveva affermato Agostino Re Rebaudengo, Presidente di Elettricità Futura, organizzazione di Confindustria che raccoglie le imprese elettriche italiane.

Elettricità Futura ci riporta alle parole di Draghi: “Dobbiamo continuare a semplificare le procedure”. Sembra essere questo il nodo da sciogliere. Associazioni ambientaliste e imprese operanti nel settore delle rinnovabili lo denunciano da tempo: bisogna ridurre i tempi per l’espletamento dell’iter che porta alla realizzazione degli impianti sostenibili.

La burocrazia che in questi anni ha rallentato la conversione ecologica si è resa inconsapevolmente complice dell'odierna crisi energetica.

In una conferenza stampa datata 25 febbraio, Elettricità Futura aveva esposto le criticità della burocrazia: in Italia il percorso autorizzativo per un impianto rinnovabile ha una durata media di sette anni; la normativa prevede che la procedura si concluda in un solo anno. Un ritardo che oltre a frenare il processo di diffusione delle rinnovabili, rischia di mettere in discussione la funzionalità di progetti che diventeranno realtà dopo un periodo durante il quale potrebbero essere resi obsoleti da nuove tecnologie.

Sulle scrivanie e tra gli scaffali delle Pubbliche Amministrazioni sono protocollate richieste in attesa di approvazione che potrebbero dare uno slancio decisivo alle rinnovabili, alla conseguente tutela dell'ambiente, alla riduzione delle bollette, all'indipendenza dell'Italia. Per Legambiente "se anche solo il 50% delle rinnovabili oggi sulla carta venisse realizzato, l'Italia avrebbe anche già raggiunto gli obiettivi climatici europei".

Fino a pochi giorni fa parlavamo delle rinnovabili in termini di transizione energetica. Obiettivo: ridurre l'impatto ambientale dei consumi di energia. Oggi, alla luce degli eventi bellici, scopriamo che oltre che di transizione, dovremmo parlare di indipendenza energetica. La guerra in Ucraina ci fa scoprire che non si può dipendere da altri paesi su un fronte strategico come l'energia. L'Italia deve essere in grado di provvedere in autonomia alla produzione dell'energia di cui ha bisogno.

La gravità della situazione ha indotto a paventare razionamenti dei consumi, riaccensione di centrali a carbone. La recrudescenza della situazione in Europa ha portato qualcuno a parlare di economia di guerra. "Negli ultimi decenni, molti si erano illusi che la guerra non avrebbe più trovato spazio in Europa. Che gli orrori che avevano caratterizzato il Novecento fossero mostruosità irripetibili", ha detto Draghi in apertura del suo discorso alle Camere. Questi giorni disvelano che siamo adagiati su un piano di incertezza. Che il presente è instabile. Basta l'iniziativa di un singolo per mettere in discussione ogni certezza.

La marcia verso la transizione ecologica diventa corsa verso l'indipendenza energetica. In tale prospettiva il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni non è secondario. Oltre alla gestione delle autorizzazioni, hanno la possibilità di offrire un contributo diretto al cambiamento. Uno studio dell'AVCP fa emergere che gli enti locali possono limitarsi a svolgere un compito esclusivamente autorizzatorio, ma possono anche diventare parte attiva concedendo suolo pubblico o, ancora di più, diventando produttrici di energia con impianti propri.

Il documento dell'Autorità di Vigilanza evidenzia la diversificazione dei contratti che possono essere messi in atto dalle PPAA in ambito di energie rinnovabili. "Vanno dalla concessione, all'appalto misto, alla locazione finanziaria", si legge nel documento che cita "anche operazioni basate sulla costituzione di società a capitale misto pubblico-privato".

È realistico pensare che gli Enti Locali non abbiano capacità e competenze tecniche per gestire in autonomia tali aspetti. Devono affidarsi a professionisti e agenzie che offrano lo sviluppo di piani di risparmio energetico, promuovano l'applicazione delle procedure europee, diano supporto alla redazione di documenti per l'emissione dei bandi. In un futuro nel quale le rinnovabili saranno il fulcro della quotidianità internalizzare certe professionalità sarà la migliore strategia per gestire in maniera ottimale tutte le opportunità che derivano dalle politiche ecologiche. Le PPAA che per prime si muoveranno anche in questo senso, saranno quelle che trarranno maggiori vantaggi in un futuro che sarebbe dovuto essere già presente.

Oggi il futuro è sospeso. Rannicchiato sotto le bombe di Kiev. Ma nulla ci dispensa dall'immaginarlo, progettarlo, sperarlo. Migliore di come lo abbiamo costruito fino a oggi. Il primo marzo abbiamo celebrato il decimo anniversario della scomparsa di Lucio Dalla. In questi giorni suonano drammaticamente preveggenti le parole della sua Futura: "sarà stato forse un tuono/non mi meraviglio/è una notte di fuoco/nascerà e non avrà paura nostro figlio/e chissà come sarà lui domani/su quali strade camminerà".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Futura

4

In evidenza

L'eccezionale incremento del prezzo dell'energia in corso di gara impone alla S.A. la valutazione di sostenibilità dell'offerta? Nota a TAR Molise, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 41

7

Sotto la lente

Prove di stabilità per le concessioni balneari ad uso ricreativo dopo le decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021. Una proposta, desueta ma ancora attuale, di partnership pubblico privata potrebbe essere una via d'uscita

13

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

La suddivisione in lotti e il collegamento sostanziale tra imprese

22

RUP e Commissione di gara: incompatibilità assoluta o da accertare caso per caso? Gli ultimi approdi giurisprudenziali

30

L'errore materiale nell'offerta e gli istituti legittimi adottati dalla Stazione Appaltante. Il soccorso istruttorio quale istituto applicabile anche con riferimento ai certificati insufficienti e incompleti. Giurisprudenza attuale

37

L'accesso "difensivo" ai segreti tecnici e commerciali dell'offerta

43

La recente giurisprudenza in tema di irregolarità contributiva

50

Pareri & Sentenze

54

A Domanda Rispondiamo

60

In pillole

64

Osservatorio sulla Corte dei Conti

L'eccezionale incremento del prezzo dell'energia in corso di gara impone alla S.A. la valutazione di sostenibilità dell'offerta? Nota a TAR Molise, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 41

di Adriana Presti

IN
EVIDENZA

Premessa

La Commissione europea nella Comunicazione "Risposta all'aumento dei prezzi: un pacchetto di misure di intervento e di sostegno" del 13 ottobre 2021, in accordo con i maggiori analisti internazionali, ha individuato le principali cause del significativo rialzo dei prezzi energetici in Europa (i) nell'aumento della domanda mondiale di energia connesso alla ripresa post pandemica, (ii) nello squilibrio tra domanda e offerta nel mercato globale del gas naturale (da cui dipendono circa un quarto dei consumi energetici europei), (iii) nonché nell'incremento del prezzo della CO₂, raddoppiato nei primi nove mesi del 2021 ed oggi pari a quasi tre volte i livelli dell'inizio 2021.

L'incremento eccezionale dei prezzi dell'energia elettrica nel corso dell'estate 2021 è quindi in parte dovuto al fortissimo aumento del prezzo del gas naturale usato in larga parte quale combustibile degli impianti di produzione dell'energia elettrica. In Italia, dove gli impianti a ciclo combinato alimentati a gas naturale rappresentano la tecnologia marginale in circa il 50% delle ore, il prezzo spot dell'energia elettrica nel 2021, si è attestato a 125,46 €/MWh a fronte del 38,92 €/MWh nel 2020 e 52,32 €/MWh nel 2019 (cfr.

Memoria ARERA n. 50/2022/I/com "Audizione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti Ambiente in merito alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "risposta all'aumento dei prezzi dell'energia: un pacchetto di misure d'intervento e di sostegno" del 14.02.2022).

La forte volatilità dei prezzi dell'energia elettrica e del gas contraddistingue questo periodo tanto da lasciare spazio solo a previsioni a breve termine, stante una tendenza di scostamento superiore alle medie storiche dei relativi prezzi.

Si tratta di un tema certamente complesso che involge la programmazione e l'attuazione di interventi straordinari a tutela *in primis* dei consumatori (clienti domestici e vulnerabili), nonché delle piccole imprese ed infine delle realtà industriali del Paese.

Il che ha comportato l'adozione da parte del Legislatore di misure straordinarie volte proprio per ridurre gli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico (*id est*: art. 1, commi 503 e 504 della L. n. 234 del 30.12.2021; art. 14, del D.L. n. 4/2022).

1. I fatti di causa

È proprio nel contesto descritto in premessa che si colloca la controversia in commento.

Ai fini dell'affidamento di un appalto di fornitura di energia elettrica per il periodo dal 1° ottobre 2022 al 31 dicembre 2022, la legge di gara prevedeva un sistema di aggiudicazione attraverso asta elettronica, articolato in due fasi:

- la prima fase concerneva la consegna delle offerte (vincolanti per 180 giorni) entro il 24 maggio 2021, con successiva apertura delle buste il 26 maggio 2021;
- la seconda fase contemplava la successiva acquisizione della migliore delle offerte valide pervenute - purché superiori a due -, da porsi a base di successivo esperimento di gara per la presentazione -in via elettronica- di nuove offerte economiche senza alcun limite di prezzo in diminuzione.

Il disciplinare riservava alla Stazione Appaltante la *"facoltà di valutare la congruità dell'offerta qualora appaia anormalmente bassa, procedendo secondo le modalità di cui all'art. 97 del Codice"*.

A seguito della prima seduta del seggio di gara tenutasi il 26 maggio 2021, la Stazione Appaltante invitava le ditte ammesse a partecipare all'asta elettronica del 6 ottobre 2021 senza, però, che vi fosse presentazione di alcuna offerta in ribasso.

Al termine dell'asta è stata, quindi, consacrata l'aggiudicazione definitiva in favore di una società operante come grossista nel mercato elettrico dell'energia risultata la migliore offerente all'esito della prima fase.

Quest'ultima, tuttavia, con comunicazione antecedente l'asta elettronica, aveva rappresentato all'Amministrazione che nelle more dello svolgimento della seconda fase dell'asta elettronica il prezzo dell'energia elettrica era notevolmente aumentato (di oltre il 200%), con un valore medio del c.d. "P.U.N." mensile (prezzo unico nazionale dell'energia elettrica) salito da 69,91 €/MWh (nel mese di maggio del 2021, l'epoca di presentazione delle offerte) a ben 214,10 €/MWh (nel mese di ottobre del 2021, quello dell'aggiudicazione). E ciò al fine di sollecitare la Stazione Appaltante ad intraprendere ogni iniziativa utile a garantire gli interessi pubblici e privati, il cui perseguimento era fortemente messo in discussione dalla formulazione, nella prima fase della gara, di un prezzo che, divenuto del tutto incongruo,

non garantiva più la possibilità di esecuzione dell'appalto, a causa dell'insostenibilità dei costi della materia prima.

L'Amministrazione, per tutta risposta, procedeva alla sollecita approvazione del verbale dell'asta elettronica, così ratificando l'aggiudicazione della commessa in capo alla Società miglior offerente della prima fase di gara.

Quest'ultima, invitata alla trasmissione dei documenti necessari alla sottoscrizione del contratto, nuovamente evidenziava la sopravvenienza di una situazione di eccessiva e imprevedibile onerosità rispetto al prezzo dell'energia elettrica tale da determinare l'incongruità dell'offerta e il venir meno del rispetto del principio del c.d. "utile necessario". Il tutto sollecitando un intervento in autotutela sugli atti di gara da parte della Amministrazione.

La S.A, disattesa *tout court* tale istanza, opponeva la correttezza del proprio operato, sottolineando che le offerte presentate nella prima fase dell'asta elettronica erano state tutte "al rialzo" rispetto ai valori del maggio 2021 del PUN della borsa elettrica italiana (IPEX - *Italian Power Exchange*), pari a 69,91€/MWh: circostanza che, secondo tale prospettazione, già garantiva la concorrenzialità e la massima apertura al mercato delle imprese.

L'aggiudicataria, invitata nuovamente alla consegna della documentazione per la stipula del contratto, impugnava, quindi, le determinate a tal proposito assunte dalla Stazione Appaltante, producendo in giudizio due perizie, con l'intento di dimostrare, da un lato, l'andamento dei prezzi del mercato elettrico dal 2004 alla data della relazione peritale; dall'altro, gli effetti economici e finanziari che avrebbe subito qualora la fornitura fosse stata eseguita ai prezzi offerti nel maggio 2021.

2. La statuizione del TAR Campobasso

Il TAR Campobasso ha accolto il ricorso in ragione della fondatezza delle censure di carenza di istruttoria e di motivazione, nonché di violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 mosse all'operato della Stazione Appaltante.

Nello statuire ciò, il Collegio ha dato atto di quanto pacificamente emerso nel corso del giudizio e, cioè, che le due fasi dell'asta elettronica si erano svolte a distanza di oltre quattro mesi l'una dall'altra, arco temporale - dal maggio all'ottobre 2021 - nel

quale si era verificata una grave crisi del mercato dell'energia elettrica, con effetti di marcato e rapido rialzo del prezzo della materia prima.

Assodato dunque che il prezzo dell'energia elettrica era aumentato di oltre il 200%, con un valore medio del c.d. "P.U.N." mensile salito da 69,91 €/MWh (nel mese di maggio del 2021, l'epoca di presentazione delle offerte) a ben 214,10 €/MWh (nel mese di ottobre del 2021, quello dell'aggiudicazione), il TAR Campobasso ha stigmatizzato l'operato dell'Amministrazione che, a fronte della sopravvenuta criticità segnalata dalla concorrente prima dello svolgimento dell'asta elettronica, non ha assunto una puntuale posizione sulla problematica della effettiva sostenibilità dell'offerta della concorrente, procedendo con noncuranza all'immediata aggiudicazione della commessa.

Sicché, sotto un primo aspetto, il contegno sostanzialmente silente dell'Amministrazione si è concretizzato in una aperta violazione dei canoni di buona amministrazione, i quali, alla luce della giurisprudenza elaborata in materia di silenzio amministrativo, impongono invece l'adozione di un espresso pronunciamento sulla questione sottoposta alla parte pubblica le quante volte, proprio in relazione al dovere di correttezza di quest'ultima, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle sue determinazioni (quali che siano) (vd., *ex multis*, Cons. St., 9 gennaio 2020, n. 183).

La Stazione Appaltante, secondo la pronuncia in commento, ha, quindi, sostanzialmente eluso ed ignorato la sopravvenienza fattuale di che trattasi, limitandosi ad affermare, in proposito, di avere da sempre considerato il prezzo indicato sulla piattaforma CONSIP quale valore "attendibile" di riferimento, specialmente per un appalto dalle caratteristiche sensibilmente variabili come il

mercato dell'energia e di difficile previsione, a maggior ragione se riferito ad annualità diverse da quella rispetto alla quale la gara era in corso. E di non aver considerato come elemento penalizzante il fatto che tutte le offerte presentate nella prima fase dell'asta elettronica erano state "al rialzo" rispetto ai valori del maggio 2021 del PUN della borsa IPEX. Con il che il problema della insostenibilità sopravvenuta dell'offerta, sollevato dalla concorrente, era rimasto negletto.

L'Amministrazione, avuto riguardo dello iato temporale trascorso dal momento della presentazione delle offerte (maggio 2021) a quello dell'aggiudicazione (ottobre 2021), avrebbe, invece, dovuto farsi carico di una specifica valutazione della problematica indicata, dal momento che la stessa era sopravvenuta rispetto alla presentazione delle offerte: da qui il suo dovere di esprimersi sul punto, con particolare riferimento alla **debita verifica di affidabilità dell'offerta della concorrente** alla stregua dei valori di **mercato in essere al tempo dell'aggiudicazione**.

Ai sensi dell'art. 97, comma 6, del Codice la stazione appaltante può valutare in ogni caso la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Si

tratta di previsione che si raccorda con il primo comma del medesimo articolo di legge, il quale, nel tracciare l'ubi consistam del giudizio tecnico di anomalia dell'offerta, specifica che esso mira a verificare la "congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità" dell'aggiudicanda offerta.

E ciò a maggior ragione avuto riguardo alla legge di gara con la quale la Stazione appaltante si era espressamente riservata la facoltà "di valutare la congruità dell'offerta qualora appaia anormalmente bassa, procedendo secondo le modalità di cui all'art. 97 del Codice".

Ai sensi dell'art. 97, comma 6, del Codice la stazione appaltante può valutare in ogni caso la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Si tratta di previsione che si raccorda con il primo comma del medesimo articolo di legge, il quale, nel tracciare l'ubi consistam del giudizio tecnico di anomalia dell'offerta, specifica che esso mira a verificare la "congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità" dell'aggiudicanda offerta.



Del resto, il 6° comma dell'art. 97 del Codice introduce chiaramente il principio generale per cui "La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Previsione, quest'ultima, che si raccorda con il primo comma del medesimo articolo di legge il quale, nel tracciare l'*ubi consistam* del giudizio tecnico di anomalia dell'offerta, specifica che esso mira a verificare la "congruità, serietà, *sostenibilità* e *realizzabilità*" dell'aggiudicanda offerta.

Alla luce di queste coordinate normative la giurisprudenza amministrativa ha, infatti, da tempo chiarito che l'obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, in pari tempo evidenziando che il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme (Cons. St., Sez. VI, 7 dicembre 2012, n. 636). Più di recente si è, altresì, precisato che "per consolidato intendimento, nelle procedure di gara il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato ad accertare l'attendibilità e la serietà dell'offerta, nonché l'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte (cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2019, n. 2496; Id., III, 29 marzo 2019, n. 2079; Id., V, 5 marzo 2019, n. 1538)" (cfr. Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874). Da ultimo, la giurisprudenza di merito ha anche puntualizzato che "la valutazione sulla sostenibilità dell'offerta deve essere effettuata anche tenendo conto delle sopravvenienze di fatto e di diritto che incidono sulla sua tenuta economica, e ciò sia in caso di rivalutazione in melius che in peius per il concorrente" (T.A.R. Lazio, Sez. II, 20

dicembre 2021, n. 13167; id., 28 settembre 2021, n. 10021).

Anche sotto questo angolo prospettico, il TAR non ha, dunque, mancato di rilevare la sostanziale violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e la conseguente carenza di istruttoria e di motivazione sul tema dell'attendibilità e/o serietà dell'offerta della aggiudicataria. Il tutto fornendo una interessante chiave di lettura rispetto alla vicenda in esame.

È stato così efficacemente evidenziato che il giudizio di anomalia dell'offerta ha trovato uno spazio applicativo - pur nella vigenza del precedente Codice dei Contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. - anche negli appalti con offerte a ribasso sui tempi di esecuzione dell'opera, per i quali è stato chiarito che, in presenza di ribassi tali da far sorgere il timore di mettere a repentaglio la serietà dell'offerta, l'Amministrazione deve farsi carico della problematica, esprimendo una valutazione consapevole sul punto (Cons. St., Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4858). Del tutto fuori fuoco sono state, poi, ritenute le difese della Stazione Appaltante in punto di prevedibilità del predetto rialzo dei prezzi alla data di presentazione dell'offerta, dal momento che il punto focale della questione si incentra piuttosto sul dovere del seggio di gara di interrogarsi comunque sulla fattibilità dell'offerta della concorrente aggiudicataria (come del resto delle altre eventuali partecipanti) al tempo dell'aggiudicazione.

A prescindere dalla reale sussistenza di un factum principis, ogni valutazione di idoneità dell'offerta è cristallizzata al decisivo momento dell'aggiudicazione. La valutazione di anomalia dell'offerta da parte dell'Amministrazione non può quindi essere effettuata unicamente sulla base delle circostanze sussistenti al momento della presentazione dell'offerta, dovendo aversi necessariamente riguardo al decisivo momento dell'aggiudicazione che deve tenere conto di tutti gli elementi sopravvenuti.



Infatti, l'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, recante "Criteri di aggiudicazione dell'appalto", consente pur sempre di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

A tal riguardo, illuminante è il riferimento contenuto nell'art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 all'"oggetto del contratto". Per i contratti ad effetti obbligatori quale l'appalto, questa previsione si riferisce, infatti, direttamente al concetto di "prestazione" (art. 1174 cod.civ.), imponendo quindi - a prescindere dalla reale sussistenza di un *factum principis* - un esame dell'idoneità della stessa a soddisfare gli interessi pubblici.

Calando i principi testé evidenziati al caso di specie, è stato quindi ritenuto che avuto riguardo proprio all'oggetto del contratto, la fornitura del servizio di energia elettrica era condizionata all'esigenza di assicurarne la continuità e non interrompibilità "vista la funzione di pubblica utilità svolta" a cui era preordinata. Con la conseguenza che, qualora la prestazione offerta non fosse stata da ritenersi atta a garantire effettivamente la possibilità di una sua esecuzione per tutta la durata dell'appalto, si sarebbe andato incontro ad una soluzione di continuità del servizio pubblico, che l'Amministrazione - in via logicamente prioritaria e anche indipendentemente da ogni questione di imputabilità del fattore sopravvenuto - aveva ed ha il dovere di prevenire, in quanto incompatibile con gli interessi dell'Amministrazione (**e di certo non pienamente ristorabile "per equivalente"**).

Sotto l'aspetto più marcatamente economico, il Collegio ha statuito che "sarebbe inesatto pensare che quello dell'equilibrio contrattuale sia un tema circoscritto alla mera fase esecutiva del contratto, come tale involgente al più questioni di imputabilità di eventuali inadempimenti contrattuali".

A conferma della connessione tra le due fasi procedimentale e negoziale dell'attività contrattuale della pubblica Amministrazione vale, appunto, il rispetto del principio del c.d. "utile necessario". Il medesimo richiede, infatti, che nei congrui casi venga vagliata l'effettiva sostenibilità economica non solo dell'offerta strutturalmente in perdita *ab initio* - la quale tradirebbe per ciò solo lo scopo di lucro e, in definitiva, la *ratio essendi* dei soggetti che dovrebbero operare sul mercato in una logica di profitto -, ma anche di quella in pareggio, o che presenti un utile solo oltremodo modesto (cfr. T.A.R. Salerno, Sez. I, 2 marzo 2021, n. 536).

Lo svolgimento di una valutazione sulla sostenibilità dell'offerta in funzione dell'affidamento della commessa, nella specie, era del tutto coerente

con il criterio prescelto per l'aggiudicazione della fornitura al prezzo più basso, ossia mediante un sistema che l'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 concepisce come legato direttamente alle condizioni "definite dal mercato".

Quindi anche in questo senso si imponeva ogni attenta valutazione di idoneità parametrata - al tempo dell'aggiudicazione e non a quello di presentazione delle offerte - alle dinamiche di mercato, pena un'incoerenza con lo stesso criterio prescelto a monte per l'aggiudicazione della gara.

3. Conclusioni

La pronuncia in esame ha il sicuro pregio di chiarire che la Stazione Appaltante, a fronte di un eccezionale incremento del prezzo di una materia prima in corso di gara, ha il dovere di valutare la reale sostenibilità dell'offerta presentata in funzione dell'eseguibilità stessa della commessa alle condizioni proposte, non potendo by-passare una siffatta verifica.

Si deve, quindi, tener conto delle sopravvenienze di fatto e di diritto che incidono sulla tenuta economica di un'offerta al fine di stabilire se la stessa sia effettivamente atta a garantire la possibilità di essere correttamente eseguita per tutta la durata dell'appalto, posto che ciò che l'Amministrazione deve *in primis* perseguire è la continuità e qualità del servizio da affidare.

Del resto, l'equilibrio contrattuale, come correttamente affermato dalla pronuncia, non è (e non può essere) un tema circoscritto o da circoscrivere alla mera fase esecutiva del contratto. Il tema dell'equilibrio economico di una operazione contrattuale, infatti, non è una questione di rilevanza per il solo appaltatore - che potrebbe al più dolersene in fase esecutiva del contratto -, dal momento che rappresenta una imprescindibile esigenza "a monte" della stipulazione del contratto, rispetto alla quale la disciplina in tema di valutazione delle offerte anomale è funzionale, essendo quest'ultima preordinata proprio a far emergere quelle offerte che, siccome anormalmente basse, non sarebbero in grado di garantire la qualità del servizio.

Si può quindi affermare che detta questione non rileva solo "a valle", in fase privatistica e per il solo

Mediappalti

appaltatore, giacché la sostenibilità economica dell'offerta di gara proposta è rilevante anche per la stessa Stazione Appaltante, in quanto essa è idonea a garantire l'interesse pubblico all'esecuzione del servizio nel rispetto di determinati standard qualitativi. Ed a presidio di tale esigenza che la normativa in tema di verifica delle offerte anomale è predisposta.

“Prove di stabilità per le concessioni balneari ad uso ricreativo dopo le decisioni dell’Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021. Una proposta, desueta ma ancora attuale, di partnership pubblico privata potrebbe essere una via d’uscita”.

L’instabilità venutasi a creare a seguito delle decisioni dell’Adunanza Plenaria potrebbe trovare una forma di attenuazione con la creazione di partnership pubblico-private. Una forma assai peculiare è quella della S.T.U.

di Emanuela Pellicciotti

SOTTO
LA
LENTE

Introduzione

Il 9 novembre 2021 l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulle concessioni balneari ad uso ricreativo con le decisioni n. 17 e n. 18, definite subito come le “sentenze gemelle” in quanto di contenuto pressoché identico, con le quali ha affrontato il tema divenuto ormai spinoso della compatibilità con la normativa comunitaria.

La portata delle due decisioni, enfatizzata dalla autorevolissima fonte, era quasi annunciata: lo stesso decreto (il n. 160 del 2021) del Presidente del Consiglio di Stato con il quale era stata avocata d’ufficio la questione all’Adunanza Plenaria ai sensi dell’art. 99, comma 2, c.p.a. aveva motivato “rilevato che la questione ... riveste una particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali”.

Tuttavia, il dibattito giurisprudenziale – affiancato

da quello politico – aveva talmente accentuato il tema della compatibilità comunitaria con la c.d. “Direttiva Bolkestein” (Direttiva n. 123/2006) che era ormai ineludibile una decisione autorevole sul punto.

Alla fine, però, la decisione dell’Adunanza Plenaria ha creato un senso di instabilità fra gli operatori del settore, cui sta affannosamente facendo seguito il dibattito politico, in cerca di soluzioni che possano dare respiro ad un settore già molto provato (da ultimo in conseguenza della crisi pandemica) e, al contempo, rispettare le esigenze pro-concorrenziali individuate dal Consiglio di Stato nell’interpretazione delle disposizioni comunitarie. Si premette subito che in questo articolo si esplorerà – quale possibile soluzione proconcorrenziale che tuteli anche la stabilità degli operatori balneari – una particolare formula di *partnership* pubblico – privata: la Società di Trasformazione Urbana (S.T.U.), disciplinata dall’art. 120 D.Lgs. n. 267/2000 e lasciata pressoché indenne (per non dire, totalmente ignorata) dalla riforma delle società partecipate di cui al D.Lgs. n. 175/2016.

1. Le "sentenze gemelle" dell'Adunanza Plenaria e le conseguenti le problematiche di stabilità delle concessioni balneari

Per poter meglio valutare le opportunità offerte dal "modello S.T.U.", è d'uopo premettere qualche breve inciso sulle due decisioni dell'Adunanza Plenaria, volte soprattutto ad enucleare i limiti riscontrati dal Collegio rispetto all'attuale assetto normativo, tale da farne conseguire i tre principi di diritto (ormai ben noti): "1. *Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 - sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione. 2. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto. 3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-*

ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E." (così Ad. Plen. n. 18/2021, ma principi del tutto analoghi sono enunciati anche dalla decisione n. 17/2021).

In buona sintesi (e giacché sulle due decisioni il dibattito è stato lungo e non é ancora sopito), l'Adunanza Plenaria ha certificato la incompatibilità dell'attuale quadro normativo (incluso l'adeguamento conseguente all'emergenza Covid) con la "Direttiva Bolkestein" (precisamente, con l'art. 12, ma di riflesso anche con l'art. 49 T.F.U.E., dal quale la Direttiva Bolkestein prende le mosse) che, negando legittimità alle proroghe automatiche ed al "diritto di prelazione" per il gestore uscente, postula, invece, l'obbligo di gara per l'assegnazione delle concessioni balneari a scopo turistico-ricreativo - ovviamente, a pari condizioni con gli altri Paesi europei -.

Tale statuizione, però, non è di per sé una novità: ricorda, infatti, l'Adunanza Plenaria che la Corte di Giustizia UE si era già pronunciata sul punto con la sentenza "Promoimpresa". Si legge: "La questione è stata già in gran parte scandagliata dalla Corte di giustizia U.E., con la sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, "Promoimpresa", la quale ha affermato, in sintesi, i seguenti principi: a) 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 essa 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; 2) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo."

A valle della sentenza comunitaria – invero, cristallina nei principi enunciati – si è aperta una pagina normativa e giurisprudenziale nazionale, volta a cercare di conciliare le esigenze di stabilità dei gestori balneari (che, spesso, hanno effettuato investimenti ingenti), con la chiara previsione euro-unitaria.

Così – anche recentemente ed in conseguenza della ben nota crisi pandemica, che ha obiettivamente inciso sul settore turistico balneare – si sono moltiplicate le “proroghe normative”, con l’inevitabile corredo del contenzioso, sino ad innescare un processo di necessario chiarimento, culminato nelle due decisioni dell’Adunanza Plenaria in commento.

Vi è da dire, comunque, che in senso conforme si erano già pronunciate l’AGCM (basti citare il noto Parere su segnalazione AS 1720 reso al Comune di Roma sulle concessioni per il commercio su aree pubbliche, pubblicato sul Bollettino dell’Autorità n. 9 del 1° marzo 2021), la giustizia amministrativa e la Consulta (che, in particolare con le sentenze 10, 101, 139 e 218 del 2021 ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme regionali che disponevano proroghe delle concessioni demaniali esistenti).

L’aspetto innovativo contenuto nelle decisioni in esame è dato, quindi, innanzitutto dalla previsione di una *comfort zone*: un termine sino al 31 dicembre 2023 entro il quale il legislatore dovrà provvedere a regolamentare la materia, conformemente alle disposizioni comunitarie. Allo scadere del termine, i provvedimenti concessori sinora rilasciati perderanno automaticamente validità – in quanto contrastanti con le norme *self executing* di derivazione comunitaria (nella decisione n. 17/2021, al paragrafo 34, si affronta il tema dell’applicabilità diretta della Direttiva Bolkestein, ricordando che la già citata sentenza *Promoimpresa*, nel 2016, dava motivatamente atto di tale immediata applicabilità della Direttiva) ed i titolari di tali concessioni non potranno difendere i loro diritti in sede giurisdizionale (giacché i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare le concessioni, in quanto esse si pongono in contrasto con il quadro normativo europeo).

Anzi, ove si intendesse applicare la tutela prevista dal codice della navigazione (in particolare, gli articoli 49 e 1161) i gestori vedrebbero acquisiti al patrimonio demaniale tutti i manufatti (però con

l’interessante inciso del diritto ad un indennizzo, di cui si dirà *infra*) ed approntamenti realizzati sul demanio marittimo (ma anche lacuale e fluviale) ed essi stessi sarebbero passibili di arresto in quanto “occupanti abusivi” del demanio.

L’Adunanza Plenaria ha anche stabilito che gli attuali operatori non possono azionare il “legittimo affidamento” nei provvedimenti amministrativi (le concessioni) già emessi, in quanto “*qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato*” (sic la sentenza della Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09) e, comunque, era noto il contenuto della lettera di messa in mora della Commissione europea del 3 dicembre 2020, ove si evidenzia “*secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all’interessato dall’amministrazione. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili*”.

E lo stesso vale per i concessionari che hanno ottenuto sentenze che confermano la legittimità delle proroghe ad essi attribuite, giacché: “*dette circostanze inducono a ritenere che, anche rispetto ai rapporti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole per il concessionario, gli effetti della non applicazione della normativa in esame si produrranno al termine del periodo transitorio sopra illustrato*”.

Dunque, affidamento sì – perché questo è stata la leva degli investimenti effettuati da concessionari –, ma non “legittimo”: perciò viene a cadere anche il “diritto di preferenza” per il gestore uscente.

Quanto alla sorte degli investimenti effettuati dagli attuali operatori economici, l’Adunanza Plenaria cita ancora la sentenza *Promoimpresa*, con la quale la Corte di Giustizia aveva stabilito i principi informanti il tema: “*Con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli*

investimenti da loro effettuati, ... ha constatato che gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale, precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva e che comunque necessiti al riguardo una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. La Corte di giustizia ha del resto rinvenuto detta situazione rispetto a una concessione attribuita nel 1984, "quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esigendo che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico."

In conclusione, l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi.

Le due decisioni dell'Adunanza Plenaria sembrano auspicare anche una rivisitazione dei canoni – sinora quasi simbolici e auspicabilmente da riparametrarsi alla redditività del bene demaniale – e della durata delle concessioni – che dovrebbe, da un lato, tenere conto degli investimenti dei concessionari per l'approntamento dei manufatti necessari all'esercizio e sfruttamento del bene e, dall'altro lato, dell'esigenza di garantire il diritto alla concorrenza, senza "tenere bloccato" il bene demaniale troppo a lungo (con l'effetto di sottrarlo nuovamente al mercato).

Prima del 31 dicembre 2023 – un tempo brevissimo, se si considera la portata del problema, per di più nell'ambito dell'attuale congiuntura economica – il legislatore deve sostanzialmente allinearsi all'obbligo di gara, non potendo più ri-

editare norme (variamente dilatorie) in contrasto con la Direttiva Bolkestein. Infatti: *"si precisa sin da ora che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni altra disciplina comunque diretta ad eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere."*

Ed è proprio sull'oggetto della gara che occorre concentrare l'attenzione, perché le due decisioni dell'Adunanza Plenaria hanno anche il merito di illuminare un altro aspetto: la "natura" di queste "concessioni" (sia consentito definirle così, in virgolettato), giacché entrambe le pronunce concordano sul fatto che non si tratti di "concessioni", così come definite dalla Direttiva 2014/23/UE e, conseguentemente, dal Codice dei Contratti pubblici.

In proposito, è assai chiaro il paragrafo 16 (lo stesso, in entrambe le decisioni), ove si afferma: *"Con riferimento al "mercato" delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, tali criteri devono evidentemente essere "adattati", tenendo conto della particolarità del settore di mercato che viene in considerazione. ... Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime."*

Altrettanto chiara è la sottolineatura nel paragrafo 50 (anch'esso uguale in entrambe le decisioni), che

distingue la fattispecie in esame dalle concessioni vere e proprie: *“Se i criteri dettati dall’art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del principio di rotazione (dettati in relazione al diverso settore dei contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza “automatica” per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un’asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell’ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi).”*

Quindi, le “gare” saranno espletate non per l’assegnazione di un appalto o di una concessione – intesi in senso proprio e così regolate dal Codice dei Contratti pubblici – bensì per “l’attribuzione di un diritto”, ovvero “di un beneficio”, quello di poter utilizzare a fini imprenditoriali il suolo demaniale.

Si tratta, quindi, di una “tipologia di gare” tutta da creare, non essendo regolate da una norma tipica – ed anzi sfuggendo all’applicazione delle “direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25”, regolanti “il settore dei contratti pubblici.”.

A questo punto, dopo aver escluso l’obbligo del principio di rotazione, le due decisioni elencano alcuni punti di interesse sui quali il legislatore potrebbe concentrare le sue riflessioni de jure condendo, per formulare i criteri di assegnazione delle concessioni balneari.

Infatti: *“La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l’effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. A tal fine i criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all’oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara.”*

Non si esclude una forma di valorizzazione del territorio, anzi espressamente si afferma: *“nell’ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l’esperienza*

professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all’accesso al settore di nuovi operatori.”

E ancora, l’Adunanza Plenaria si spinge sino a mutuare concetti in tutto simili a quelli applicabili alle vere e proprie concessioni: *“Ulteriori elementi di valutazione dell’offerta potranno riguardare gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire. La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell’accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna l’introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell’ambito del tetto normativo) dall’amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario. La durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d’asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario. È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all’esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.”*

Questi importanti passaggi sottolineano l’esigenza di integrazione dei concessionari con gli altri servizi turistici e, più in generale, con le infrastrutture già presenti nel territorio – che in qualche modo

costituiscono l'indotto della concessione -. Se è vero, infatti, che il concessionario gestisce un bene di grande capacità attrattiva in termini turistici (la spiaggia), è altresì vero che esso necessita di un bouquet di servizi ancillari che ne rendono possibile lo sfruttamento in concreto. Si pensi, ad esempio, ad uno stabilimento balneare che è privo di infrastrutture alberghiere e commerciali in prossimità e – al contempo – soggiace ai limiti urbanistico-edilizi propri delle aree demaniali (che non consentono di edificare strutture alberghiere o commerciali nelle immediate vicinanze del demanio idrico).

Insomma, a differenza delle usuali concessioni, quelle demaniali non sviluppano la loro potenzialità solo per effetto dell'attività del concessionario, ma piuttosto per un insieme di elementi già pre-esistenti nel tessuto urbanistico sui quali la concessione si deve armonicamente innestare e con i quali deve operare in sinergia. Diversamente, l'operato del concessionario si troverebbe a scontrarsi con elementi fuori controllo come, ad esempio, la disponibilità di idonee infrastrutture di supporto o uno sviluppo urbanistico disarmonico (ad esempio, la localizzazione di strutture in senso lato industriali nelle vicinanze) – tale da rendere estremamente volatile la valutazione della sostenibilità economico-finanziaria della concessione -.

A questo punto, ci si potrebbe domandare se – tenuto conto degli elementi indicati dal Consiglio di Stato – vi possano essere altre forme di assegnazione delle concessioni demaniali che – pur nel rispetto degli obblighi di concorrenza – possano tenere conto anche delle esigenze di stabilità dei concessionari e, comunque, dell'evidente ed inscindibile collegamento fra le concessioni balneari e il complessivo settore turistico del territorio. Per questo si è ipotizzato di valutare una soluzione che "nasce" proprio nel contesto urbanistico: la S.T.U.

2. Le "S.T.U.": cosa sono e a cosa servono

Ma cosa sono le S.T.U.? E, soprattutto, questo modello di partnership pubblico-privata, che applicazioni pratiche ha? Per rispondere alla prima domanda, occorre fare riferimento ed indagare, senza pretese di esaustività, l'applicazione che si

è data, nel tempo, all'art. 120 D.Lgs. n. 267/2000 (modificato in materia dalla L. n. 166/2002), che recita: "(1.) *Le città metropolitane e i comuni, anche con la partecipazione della provincia e della regione, possono costituire società per azioni per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti. A tal fine le deliberazioni dovranno in ogni caso prevedere che gli azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica.* (2.) *Le società di trasformazione urbana provvedono alla preventiva acquisizione degli immobili interessati dall'intervento, alla trasformazione e alla commercializzazione degli stessi. Le acquisizioni possono avvenire consensualmente o tramite ricorso alle procedure di esproprio da parte del comune.* (3.) *Gli immobili interessati dall'intervento di trasformazione sono individuati con delibera del consiglio comunale. L'individuazione degli immobili equivale a dichiarazione di pubblica utilità, anche per gli immobili non interessati da opere pubbliche. Gli immobili di proprietà degli enti locali interessati dall'intervento possono essere conferiti alla società anche a titolo di concessione.* (4.) *I rapporti tra gli enti locali azionisti e la società per azioni di trasformazione urbana sono disciplinati da una convenzione contenente, a pena di nullità, gli obblighi e i diritti delle parti.*"

Si nota immediatamente che l'elemento chiave dell'istituto è costituito dalla modalità con la quale deve essere scelto il socio privato: con una procedura competitiva – non tipizzata, ma che si può mutuare per analogia con quelle previste dal D.Lgs. n. 175/2016 per la scelta del socio privato nell'ambito delle Società partecipate -.

I partner privati, in questa ottica, potranno appartenere a diverse categorie: ad esempio, imprenditori (società di costruzioni, società immobiliari, etc.), finanziatori (istituti di credito), proprietari delle aree oggetto dell'intervento di trasformazione e, eventualmente (essendo escluso l'obbligo di rotazione), anche i precedenti concessionari, che potrebbero apportare al progetto anche gli immobili già realizzati e sui quali – si ricorderà – vantano comunque un diritto ad essere indennizzati (non è chiaro, peraltro, con quali criteri tale indennizzo debba essere calcolato – probabilmente con il valore di mercato, alla stregua di un esproprio). Essenzialmente, infatti, il criterio di selezione dei soci privati

è inscindibilmente connesso con l'obiettivo di valorizzazione che la S.T.U. si prefigge e, certamente, deve essere connotato da capacità organizzativa ed imprenditoriale, ma anche dalla necessaria conoscenza del territorio e delle sue potenzialità e limiti.

La tipologia e definizione del ruolo dei soci privati della S.T.U., quindi, è strettamente legata al conseguimento degli obiettivi posti indicati nella convenzione e, a seconda delle esigenze, i soci potranno essere imprenditori, appaltatori, gestori o proprietari di aree (aggiuntive rispetto a quelle demaniali) che, ad esempio, vogliono essere parte di un progetto di valorizzazione e ristrutturazione urbanistica più ampio, che coinvolga anche i loro immobili, integrandoli nell'ambito del progetto relativo allo sfruttamento delle aree pubbliche.

Ciò si desume, del resto, proprio dal tenore letterale della norma, che prevede a carico della S.T.U. l'acquisizione degli immobili – il che è del tutto compatibile con forme di partecipazione *sub specie* di apporto -. Per quanto riguarda il tema della partecipazione dei proprietari/soci, la circolare del Ministero dei LL.PP. Prot. n. 622/Segr. dell'11 dicembre 2000 (interpretativa dell'Istituto, come si dirà meglio *infra*) ne riconosce l'ammissibilità, precisando: *"le modalità di conclusione dei contratti pubblici sono nella sostanza tre: l'asta pubblica (procedura aperta), la licitazione privata (procedura ristretta) e la trattativa privata (procedura eccezionale). Pur non stabilendo l'art.120 le modalità attraverso le quali devono essere selezionati i soci privati, è stata già evidenziata l'applicabilità analogica delle disposizioni in tema di società miste per l'erogazione di servizi pubblici e, in particolare, del Dpr 16 settembre 1996, n.533. E questo deve, dunque, essere considerato il sistema generale di scelta dei soci privati ... Occorre, tuttavia, avvertire che il ricorso alla trattativa privata, in luogo della procedura degli incanti e della licitazione, è un mezzo eccezionale; pertanto, il provvedimento con il quale si decide di ricorrere alla procedura della trattativa privata deve tener conto delle speciali ed eccezionali circostanze che hanno consigliato tale procedura, attraverso una esposizione delle ragioni che hanno indotto l'Amministrazione ad avvalersi di tale strumento, quali ad esempio le richiamate motivazioni economico-finanziarie"*.

Essendo, oggi, profondamente mutato il quadro normativo in materia di società pubbliche e di

selezione dei soci, un intervento *de jure condendo* potrebbe allineare i corretti principi enunciati dalla circolare ministeriale con quelli contenuti nel D.Lgs. n. 175/2016 – così ottenendo l'effetto di dare nuova linfa (e maggiore certezza) a questo peculiare strumento di partnership pubblico-privata -.

Va detto che le S.T.U. nascono già prima del T.U.E.L., per effetto dell'art. 17, comma 59 della Legge n. 127/1997 (poi trasfuso nell'art. 120 del T.U.E.L., D.Lgs. n. 267/2000); successivamente, l'istituto è stato ulteriormente delineato per effetto della citata Circolare del Ministero dei LL.PP. Prot. n. 622/Segr. dell'11 dicembre 2000.

Nei suoi primi anni di vita, l'istituto è stato fortemente incentivato dal Governo, tanto che l'art. 7, comma 8 della Legge n. 21/2001 ha finanziato studi di fattibilità finalizzati proprio a valutare la sostenibilità economico-finanziaria delle S.T.U. per i Comuni e le Città metropolitane e la conseguente progettazione. Poi, le S.T.U. sono state quasi "dimenticate" sia dal legislatore della *spending review*, sia dalla grande riforma delle società pubbliche operata con il D.Lgs. n. 175/2016, forse perché ritenute uno strumento desueto e scarsamente utilizzato dalle amministrazioni.

Quest'ultima norma, però, non solo ha lasciato tracce che possono ricondurre al "modello S.T.U." (vds. art. 4, comma 1, lett. a), b), c) e soprattutto comma 3), ma ha recepito anche le esigenze di un modello di società pubblica strutturata per la gestione di servizi generali (ad esempio, le aree mercatali, ma anche le aree demaniali marittime), per la valorizzazione degli immobili (intesi anche come aree) di proprietà pubblica tramite conferimento in società che li utilizzino a scopo imprenditoriale ed – non ultima – la necessità di mantenere il collegamento tra immobili e territorio. L'intima connessione con il territorio, infatti, garantisce da un lato lo sviluppo di tutto l'indotto e, dall'altro lato, consente l'armonico sviluppo in senso imprenditoriale dei beni pubblici, evitando un innaturale sfruttamento piegato a mere logiche di sostenibilità economico-finanziaria.

E infatti, là dove le S.T.U. sono tuttora operative (e non solo in Italia, basti pensare alla S.T.U. che gestisce il Porto di Rotterdam), i risultati in termini di sviluppo del territorio sono assai lusinghieri e statisticamente esse raccolgono operatori

economici proprio presenti sul territorio o che, comunque, sono interessati a stabilire un legame di lungo termini con l'area di interesse.

Oltre a ciò, ne va' riconosciuto alle S.T.U. il pregio innegabile della versatilità – sia in termini di oggetto sociale, sia in termini di dimensionamento –, ben potendosi adattare il modello ad un porto turistico, ad un'area mercatale, ad una città di grandi dimensioni (si prenda ad esempio la S.T.U. Bagnoli Futura a Napoli, per la valorizzazione dell'omonimo arenile) oppure ad un piccolo Comune (come nell'esempio delle S.T.U. di Foligno e di Reggio Emilia, per la gestione di spazi mercatali), adattando di conseguenza lo schema standard all'economia locale, all'indotto di riferimento e – in termini urbanistici – alla tipologia di territorio di riferimento, valorizzandone gli elementi caratterizzanti.

Questo tipo di società vedono generalmente il contributo pubblico sostanzarsi nel conferimento del bene immobile da valorizzare – ovvero, più propriamente (tenuto conto, nell'ipotesi di specie, che si tratta di demanio) di un diritto parziale (di uso o di superficie) -. Il privato (che può essere anche un gruppo di soci, in cui ciascuno effettua un piccolo investimento), propone il progetto di valorizzazione, che verrà gestito sulla base di una "convenzione" (che, effettivamente, ha tutte le caratteristiche della "concessione" – strumento attualmente utilizzato per assegnare gli spazi pubblici ai soggetti privati che vogliono utilizzarli a scopo commerciale -) con il soggetto pubblico. Quanto alle finalità perseguibili con questo strumento, la citata Circolare del Ministero LL.PP. dell'11 dicembre 2000 mostra quanto l'istituto in esame possa essere duttile, infatti l'oggetto delle Società può essere il più vario ed ampio: dalla ristrutturazione urbanistica, agli "interventi di particolare complessità e valore economico, per i quali l'amministrazione pubblica intende associare alla propria iniziativa partner privati non solo allo scopo di apportare capitali integrativi a quelli pubblici, ma anche per giovare di provate e qualificate esperienze per la gestione economica dell'iniziativa".

Il modello operativo di questo tipo di società è talmente schematico, da potersi adattare a qualsiasi realtà economica e territoriale ed a qualsiasi dimensionamento – addirittura riuscendo a risultare convincente in termini di raccolta

di capitale –, anche modellandosi in forma di "S.T.U. holding", che agisce come valorizzatore di più realtà locali e, perciò, mantiene un legame con il territorio che si protrae per un lungo arco temporale.

A questo proposito, si deve osservare che la citata Circolare interpretativa n. 622/2000 amplia anche il senso della "finalità di attuazione degli strumenti urbanistici", spiegando: *"le STU hanno ... i caratteri per divenire strumento ordinario di intervento per operazioni di rilevante interesse urbanistico e, di conseguenza, la loro applicazione è ancillare rispetto all'evoluzione, anche in atto, della strumentazione urbanistica sia a livello generale che attuativa"*.

Quindi, il riferimento dello scopo sociale alla "attuazione degli strumenti urbanistici vigenti" va' letto come riferito non solo al Piano Regolatore Generale, ma anche a specifici piani attuativi, poiché *"l'uso del termine 'in attuazione' invece di 'in conformità' allo strumento urbanistico, dizione che normalmente si rinviene nelle leggi di settore e che trova motivazione nella volontà del legislatore di sottolineare pregiudizialmente che con gli interventi della società si devono conseguire gli obiettivi generali fissati dal piano ... in sede di piani attuativi possono essere contestualmente approvate varianti allo strumento urbanistico generale che riguardino una diversa allocazione di previsioni di dettaglio del piano regolatore, aventi cioè carattere prevalentemente edilizio, ovvero riguardanti la dotazione di opere pubbliche, ovvero di interesse generale. In altri termini, si riconosce la possibilità di un adeguamento in fase attuativa delle scelte puntuali operate – alcune volte in modo inutilmente rigido – a livello di strumento urbanistico generale. In presenza, perciò, di piani di natura strutturale, ovvero di normative che consentano adeguamenti edilizi in fase esecutiva, è possibile ricondurre il termine 'in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti' entro i confini interpretativi dei principi che sovrintendono alle finalità che perseguono una maggiore continuità tra le scelte di pianificazione territoriale e la componente attuativa conseguente all'attivazione delle trasformazioni urbanistiche, anche con riferimento agli aspetti gestionali"* (sic, sempre la Circolare interpretativa n. 622/2000).

In questo contesto, non sembra costituire un ostacolo dedicare una S.T.U. alla gestione delle

aree balneabili, o delle aree mercatali, magari divise per Comuni e riunendo un gruppo di più soci (o, magari, piccoli soci), che possano efficacemente occuparsi della gestione.

Infatti, la "valorizzazione" degli immobili non coincide necessariamente con la loro "commercializzazione", essendo invece l'obiettivo delle S.T.U. più ampio (e, comunque, puntualmente indicato nella "convenzione") e, cioè, quello di creare un ritorno economico grazie allo "sfruttamento" di alcuni immobili pubblici: obiettivo che ben può essere compatibile con la gestione degli immobili stessi, in luogo della loro alienazione.

Nel caso della S.T.U. votata alla gestione, quindi, non si porrà il tema della durata della convenzione (vds., ad esempio, ancora una volta la convenzione regolante la S.T.U. Reggiana), ben potendosi

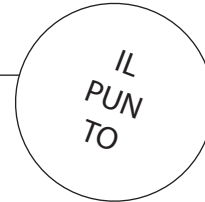
prevedere un'attività da svilupparsi nel corso tempo, soprattutto nel caso in cui la "trasformazione urbana" abbia dato luogo a strutture qualificabili come servizi generali o addirittura servizi pubblici locali (si pensi, ad esempio, alle aree mercatali, ma anche agli stabilimenti balneari che offrono, magari, servizi di piccolo rimessaggio/diporto).

E, in ogni caso, come già sopra evocato, un intervento chiarificatore da parte del legislatore, potrebbe costituire un "volano di rilancio" di questo strumento che, attraverso un *restyling* dell'istituto, ne mantenga le caratteristiche e la natura e ne chiarisca o aggiorni magari le modalità operative.

Insomma, una sorta di delicata chirurgia estetica che ringiovanisca l'istituto, conservandone al contempo la naturalezza e la sua potenzialità espressiva.

La suddivisione in lotti e il collegamento sostanziale tra imprese

di Riccardo Gai



1. Il principio di suddivisione in lotti

In materia di appalti pubblici, costituisce principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese: tale principio, come recepito all'art. 51 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non costituisce tuttavia una regola inderogabile, in quanto la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza.

La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce, peraltro, una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso

degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Alle stazioni appaltanti è, tuttavia, vietato suddividere le gare in lotti distinti laddove ciò

non sia giustificato dalla diversità dei servizi o delle forniture oggetto dei vari sub-lotti e/o dalla esigenza di favorire la partecipazione delle piccole medie imprese, anche in sintonia con l'assetto regolatorio contenuto nell'articolo 68 del codice dei contratti incentrato, quale canone generale dell'intera disciplina dell'evidenza pubblica, sulla valorizzazione del principio di equivalenza che, per definizione, rende valutabili prestazioni da ritenersi omogenee sul piano funzionale secondo criteri di conformità sostanziale.

Con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice Appalti"), che ha attuato, tra le altre, la direttiva 2004/24/UE, risulta evidente che la funzione pro-concorrenziale delle regole di evidenza pubblica ha assunto ancora

Il principio della suddivisione in lotti promana direttamente dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016,

In materia di appalti pubblici, costituisce principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese: tale principio, come recepito all'art. 51 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non costituisce tuttavia una regola inderogabile, in quanto la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza.



il quale prescrive (al comma 1) che l'affidamento e l'esecuzione delle pubbliche commesse debba garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, altresì specificando che le stazioni appaltanti operano nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, principi tutti ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato, infine puntualizzando (al comma 7) che «i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese».

2. La suddivisione in lotti: fra obbligo e discrezionalità

L'opzione di suddividere gli appalti in lotti è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, le quali sono tenute a operare una corretta ponderazione degli interventi e a valutare se le singole parti di un appalto, singolarmente considerate, possiedono una certa autonomia funzionale, in rapporto alla realizzazione dell'opera.

Ai fini della suddivisione la stazione appaltante dovrà in primo luogo calcolare il valore del lotto, individuando se lo stesso sia idoneo a garantire alle piccole e medie imprese l'effettiva possibilità di partecipare alla gara, fermo rimanendo il divieto alle stazioni appaltanti della suddivisione in lotti con il solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del Codice Appalti. Anche quando l'intento sia quello di promuovere lo sviluppo delle microimprese e delle piccole e medie imprese, infatti, il frazionamento della gara d'appalto non potrà essere utilizzato al fine di aggirare le procedure del Codice Appalti, operando il frazionamento artificioso di un appalto unitario, al mero scopo di eludere la soglia comunitaria e di aggiudicare con procedure meno competitive.

Nel senso poc'anzi prospettato, l'art. 35, comma 6 del Codice Appalti dispone che «La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano».

Anche nelle Linee Guida n. 4 ANAC, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" al punto 2.1 si legge: «Il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo».

Pertanto, come rilevato anche dai giudici amministrativi, la scelta di suddividere in lotti un appalto costituisce una decisione fondata su valutazioni di carattere tecnico-economico, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (Cons. di Stato, VI, 2 gennaio 2020 n. 25). È stato, infatti, in proposito osservato che la discrezionalità amministrativa posta alla base della scelta dell'amministrazione di suddividere in lotti una pubblica commessa debba essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto.

In ogni caso, si tratta di scelta di carattere tecnico-economico, che resta sempre delimitata, oltre che dalle specifiche norme del Codice Appalti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, oltre che dall'obbligo di motivazione, proprio in quanto l'obbligo di ripartizione in lotti deve comunque rispondere alla tutela della concorrenza.

Secondo una nota pronuncia (Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044), il Giudice amministrativo ha precisato ulteriormente che «è pur vero che l'art. 51 d.lgs. n. 50-2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006; tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139"».

Il Codice Appalti considera, dunque, quale ipotesi ordinaria e regolare la suddivisione in lotti funzionali o prestazionali di un appalto e condiziona la deroga all'ordinaria suddivisione in lotti alla formulazione di una specifica motivazione.

Il Codice degli appalti, dunque, se da un lato sostanzialmente obbliga a suddividere in lotti, dall'altro pone un onere motivazionale rafforzato in capo alle stazioni appaltanti, le quali sono chiamate a motivare la scelta di non aver proceduto a frazionare l'appalto per favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese. Per tale ragione, la motivazione non deve essere intesa come un mero adempimento formale, a cui far fronte mediante formule generiche o di rito, ma deve chiaramente dar conto delle ragioni che impongono di non frazionare l'appalto.

L'onere motivazionale in questione non può infatti essere soddisfatto in maniera solo apparente o generica, dovendo invece, la Stazione Appaltante, indicare specificatamente le ragioni tecniche ed economiche che giustificano l'affidamento in unitario del servizio.

In merito alla sindacabilità della scelta di non suddividere l'appalto, la giurisprudenza ha affermato che «*la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria*» (Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038).

Inoltre, è stato osservato che «*la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, deve dunque costituire una decisione che deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, da valutarsi nel quadro complessivo dei principi di*

proporzionalità e di ragionevolezza» (Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491).

Lo stesso Consiglio di Stato, sull'obbligo di frazionamento dell'appalto, ha altresì precisato che «*In tanto può configurarsi l'obbligo in questione in quanto non vi si oppongano obiettive esigenze di connessione funzionale che rendano opportuno affidare congiuntamente prestazioni*

di servizi e lavori e che all'opposto sconsiglino di separare le stesse [...] (sulla preferenza solo tendenziale espressa dalla disposizione in esame per la suddivisione degli appalti pubblici in lotti, Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2044, cui aderisce Cons. Stato, III, 21 marzo 2019, n. 1857 e 22 febbraio 2019, n. 1222). Peraltro, nell'indire la gara de qua la Regione [...] non ha dato conto delle

caratteristiche di "stretta interconnessione" oltre che di omogeneità e complessità delle forniture e dei servizi oggetto di appalto che avrebbero reso antieconomico e non efficiente la sua suddivisione in lotti, con ciò adempiendo all'obbligo di motivazione previsto dalla disposizione del codice dei contratti da ultimo citata per derogare alla regola della suddivisione in lotti. Deve ancora aggiungersi che il dichiarato obiettivo di favorire la partecipazione di imprese di minori dimensioni, cui la regola della suddivisione in lotti è preordinata, non sarebbe stato ragionevolmente raggiunto con la separazione dei lavori dalla preponderante componente di servizi oggetto dell'appalto (...)» (Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2020, n. 378).

Come si vede, l'eterogenea casistica giurisprudenziale rende il ruolo dell'interprete, anche in questo caso, di fondamentale importanza, posto che da una norma dal tenore apparentemente univoco, quale l'art. 51 del Codice degli appalti, si sono sviluppate tesi di diversa natura, come sopra illustrato.

Il panorama si complica ulteriormente nel momento in cui, accanto alla questione della suddivisione in lotti, si palesa la problematica del collegamento sostanziale tra imprese nelle gare ad oggetto plurimo, come si vedrà nei paragrafi che seguono.

Il Codice Appalti considera quale ipotesi ordinaria e regolare la suddivisione in lotti funzionali o prestazionali di un appalto e condiziona la deroga all'ordinaria suddivisione in lotti alla formulazione di una specifica motivazione.



3. La suddivisione in lotti e il collegamento sostanziale tra imprese: tra tutela della concorrenza e le incertezze giurisprudenziali

Per garantire l'apertura competitiva del mercato, anche a tutela delle piccole e medie imprese, il limite di aggiudicazione dei lotti, ove previsto dal bando di gara, deve intendersi allargato anche all'"unitario centro decisionale".

L'art. 51 del d.lgs. n.50/2016 prevede che gli appalti vengano suddivisi in lotti funzionali o prestazionali. Le stazioni appaltanti possono ammettere la partecipazione a un solo lotto, ad alcuni lotti o a tutti.

Ed ancora: <<Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare>>.

La finalità della norma è quella, attraverso la suddivisione in lotti ed una eventuale limitazione degli affidamenti nell'ambito dello stesso appalto, di consentire alle piccole e medie imprese maggiori opportunità di accedere alle commesse pubbliche. La disposizione potrebbe essere aggirata nel caso di imprese distinte ma collegate, riferibili ad un unico centro decisionale, che presentino offerte (concordate) in più lotti, ancorché le offerte siano formalmente imputabili a distinti operatori economici.

Sul punto, la giurisprudenza è divisa. Infatti, pur se in linea generale un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali

vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione, è altrettanto vero che secondo parte della giurisprudenza <<l'unitarietà della gara nonostante la suddivisione in lotti [...] emerge da tutta una serie di elementi 'unificanti' [...] e, cioè, più in particolare, dalla unicità della commissione esaminatrice, dall'identità per tutti i lotti dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica [...]; dalla possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti; dall'identità [...] delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste; dall'integrazione telematica riferita all'esecuzione di tutti gli adempimenti negoziali conseguenti>> (Cons. Stato, Sez. III, 18.5.2020, n. 3135; id., 6.5.2020, n. 2865).

La finalità della suddivisione in lotti di una eventuale limitazione degli affidamenti nell'ambito dello stesso appalto è quella di consentire alle piccole e medie imprese maggiori opportunità di accedere alle commesse pubbliche. La disposizione potrebbe essere aggirata nel caso di imprese distinte ma collegate, riferibili ad un unico centro decisionale, che presentino offerte concordate in più lotti, ancorché le offerte siano formalmente imputabili a distinti operatori economici.

Rispetto all'illustrata tesi giurisprudenziale, il Consiglio di Stato è nuovamente intervenuto sul tema dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi, puntualizzando che <<[...] l'affidamento di più contratti diversi fra loro non incide sulla natura della gara stessa che non ha carattere unitario, poiché a ciascun lotto corrisponde una gara finalizzata all'aggiudicazione di un distinto contratto. La possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti è dunque incompatibile con la configurazione di una gara unitaria poiché le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di

appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara >>.

Ha poi precisato, in riforma della sentenza di primo grado: <<Applicando alla gara oggetto del presente contenzioso la soluzione ermeneutica di cui sopra, non è nemmeno necessario occuparsi

degli elementi ritenuti dal primo giudice probanti della asserita unitarietà della gara. È sufficiente osservare che l'autonomia delle offerte e quindi delle graduatorie di ciascuno dei cinque lotti territoriali in cui la procedura è stata suddivisa comporta il carattere non unitario della gara ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016>> (Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2021 n. 2350).

Ancor più di recente, ha affermato che <<la logica che ispira l'art. 80, comma 5 lett. m) – che considera l'imputabilità a qualsiasi titolo, di diritto o di fatto, "ad un unico centro decisionale", delle offerte proposte da distinti operatori economici nel contesto di una "medesima procedura di affidamento" quale motivo di esclusione – è quella di dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva, per far valere la sostanziale unitarietà della proposta negoziale: la cui automatica inammissibilità discende recta via dal principio di unicità dell'offerta (art. 32, comma 4, prima parte d. lgs. n. 50/2016).

Nel caso di appalto suddiviso in lotti tale preclusione, come si è precisato, non opera, trattandosi di procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima: sicché è naturalmente ammessa la presentazione di un'offerta da parte di operatori economici anche riconducibili ad un unico centro decisionale, purché – come è chiaro – non riferita al medesimo lotto (nel qual caso opererebbe l'art. 80, comma 5 lett. m), ma a lotti distinti (e ciò, beninteso, sempreché la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, non abbia ritenuto di precludere, anche qui per ragioni di programmatica segmentazione distributiva, tale facoltà: arg. ex art. 51, comma 2)>> (Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481).

Pare dunque evidente che l'indirizzo giurisprudenziale prevalente che il Consiglio di Stato continua a seguire è quello di ritenere non applicabile l'art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui le offerte presentate dai partecipanti ad una procedura di gara si riferiscano a lotti diversi.

Volendo operare una "crasi" degli orientamenti giurisprudenziali sopra illustrati, potrebbe dunque dirsi che – se è, naturalmente, eccezionale la regola che di volta in volta limiti la partecipazione

alle procedure evidenziali – non altrettanto può dirsi in ordine ad un vincolo, come quello correlato al divieto di plurime aggiudicazioni, che, senza precludere la competizione, operi, nei sensi chiariti, in funzione "proconcorrenziale"

Sicché appare corretto – in una plausibile logica sostanzialistica, orientata a disincentivare ed impedire forme e modalità di partecipazione che, anche quando non siano collusive o propriamente abusive (incorrendo, come tali, in specifiche cause di esclusione come illeciti anticoncorrenziali: cfr. art. 80, comma 5, lett. c) d. lgs. n. 50/2016), risultino, ai fini evidenziati, elusive del divieto di accaparramento – riferire il limite, estensivamente, anche agli operatori economici sostanzialmente riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad una organizzazione economica operante in forma di holding.

Si tratta di una logica coerente con una disciplina di gara che – lungi dal limitarsi al frazionamento dell'appalto (ex art. 51, comma 1) – avesse specificamente inteso, nei termini illustrati, segmentare e distribuire l'affidamento dei lotti: i quali, a diversamente opinare, ben potrebbero essere acquisiti, a dispetto delle finalità proconcorrenziali, da un unico ed organizzato gruppo societario, che si avvallesse di una pluralità di operatori economici controllati.

Né si tratta di opzione ermeneutica fondata sul ragionamento analogico (come tale preordinato alla estensione di una regola ad un caso non previsto né codificato): la illustrata ratio della disposizione fa, invero, palese, che la stessa postula una nozione estensiva di "operatore economico".

Del resto – e sotto distinto e concorrente profilo, specificamente rilevante nella questione in esame – la logica che ispira l'art. 80, comma 5 lett. m), che considera l'imputabilità a qualsiasi titolo, di diritto o di fatto, "ad un unico centro decisionale", delle offerte proposte da distinti operatori economici nel contesto di una "medesima procedura di affidamento" quale motivo di esclusione, è quella di non valorizzare il solo profilo formale della pluralità soggettiva, per far valere la sostanziale unitarietà della proposta negoziale, la cui automatica preclusione discende direttamente dal riscontro dell'appartenenza dell'offerta ad un unico centro decisionale. (art. 32, comma 4, prima parte d. lgs. n. 50/2016).

Nel caso di appalto suddiviso in lotti tale preclusione, come si è precisato, non opera, trattandosi di procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima: sicché è naturalmente ammessa la presentazione di un'offerta da parte di operatori economici anche riconducibili ad un unico centro decisionale, purché – come è chiaro – non riferita al medesimo lotto (nel qual caso opererebbe l'art. 80, comma 5 lett. m), ma a lotti distinti (e cioè, beninteso, sempreché la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, non abbia ritenuto di precludere, anche qui per ragioni di programmatica segmentazione distributiva, tale facoltà). Ne discende, allora, per coerenza, che – nel caso in cui sia limitato "il numero di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente" (art. 51, comma 3) – l'offerta imputabile ad un unico centro decisionale debba essere parimenti considerata unica, in quanto imputabile ad un solo offerente sostanziale.

E ciò, in buona sostanza, nel senso che così come una formale pluralità di offerte, in realtà unitariamente elaborate, mira ad aggirare il divieto - immediatamente operante nella fase di ammissione - di offerta plurima, alla stessa stregua una formale proposta di aggiudicazione di un singolo lotto, concordata con altri operatori in virtù di una unitaria determinazione, mira ad aggirare il divieto di aggiudicazione plurima.

Pertanto, alla luce di quanto rappresentato, se è il divieto normativo di "offerte plurime" a giustificare, quando sia unica la gara, l'immediata esclusione, è il divieto facoltativo di "aggiudicazioni plurime" ad imporre l'esclusione del concorrente che già si sia sostanzialmente aggiudicato un altro lotto, sul ricordato presupposto dell'unicità del centro decisionale.

4. Gli ulteriori approdi della giurisprudenza

Nel variegato panorama giurisprudenziale di cui si è parlato, interessante è la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 22.04.2021 n. 3255, ove si legge che <<l'esclusione è avvenuta per la sussistenza del collegamento sostanziale tra due imprese in gara, tale da far ritenere che sussistesse "un unico centro decisionale di imputazione delle offerte delle società tale da porre in essere una distorsione della concorrenza tra gli operatori che hanno partecipato alla gara in oggetto" ai sensi

dell'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50>>.

Ancora una volta, il riferimento all'unicità del "centro decisionale" evidenzia che la ratio della norma è quella di evitare il rischio di un previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale.

La ratio normativa, evidentemente, è quella di garantire la regolarità della competizione selettiva dell'affidatario di un determinato appalto, consentendo il confronto concorrenziale e scongiurando il pericolo di condizionamento dell'esito della gara.

La giurisprudenza amministrativa ha fornito numerose indicazioni sulla identificazione di situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento, individuando una serie di indici, che per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all'Amministrazione valutare in concreto. Se, da un lato, l'Amministrazione è onerata delle verifiche puntuali degli elementi che fanno ritenere probabile il collegamento societario, dall'altro, non è necessario che effettui una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull'esito della gara. In altri termini, non è necessaria la prova che il collegamento abbia influito sulla formazione delle offerte, ma è sufficiente che sia probabile il fatto che le stesse provengano da un unico centro decisionale.

Particolarmente ad altrettanto interessante è un recente pronuncia del TAR Abruzzo, che ha tentato di fare chiarezza su un tema così complesso come quello del collegamento sostanziale nelle gare ad oggetto plurimo.

Ad avviso del TAR Abruzzo, <<La esclusione prevista nel caso di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), d. lgs. n. 50 del 2016, non trova applicazione nel caso di appalti suddivisi in lotti plurimi, atteso che essi sono valutati come tante gare distinte, e dunque il collegamento sostanziale o formale tra due partecipanti in due distinti lotti non integra il divieto della offerta plurima nella medesima gara che tale disposizione mira a rendere effettivo;

tuttavia, nel caso in cui i distinti lotti siano tra loro collegati attraverso la previsione del divieto di aggiudicazione plurima di più di un lotto per operatore economico, la suddetta esclusione deve, invece, trovare di nuovo applicazione, in quanto ne riemerge la ratio di preservare condotte elusive anticoncorrenziali, che si sostanziano nell'aggirare il divieto di aggiudicazione plurima imposto dalla stazione appaltante>>.

In tal senso, ha ritenuto <<legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso una ditta da una gara per l'affidamento temporaneo delle spiagge libere del territorio comunale e della gestione delle attività connesse alla balneazione, che sia motivato con riferimento al fatto che è emersa la sussistenza di elementi indiziari plurimi e concordanti che depongono per la riferibilità, delle offerte presentate da due diversi concorrenti, ad un unico centro decisionale; in tal caso,

infatti, deve ritenersi sussistente la violazione, da parte dei suddetti concorrenti, dell'art. 80 comma 5, lett. m), d. lgs. n. 50/2016, per collegamento sostanziale tra imprese>> (TAR Abruzzo, Sez. I, 26 gennaio 2022 n. 44).

Nella motivazione della sentenza, è stato osservato che correttamente la stazione appaltante, nella specie, ha rilevato la esistenza di un unico centro decisionale, in quanto: le offerte hanno la medesima impaginazione e impostazione grafica; le relazioni tecnico descrittive hanno contenuti per gran parte identici e si utilizzano spesso espressioni sovrapponibili; sono stati allegati convenzioni e protocolli d'intesa con gli stessi soggetti; hanno in allegato una medesima brochure; le tavole allegate alle offerte hanno la stessa grafica e formato; la

È legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso una ditta da una gara per l'affidamento temporaneo delle spiagge libere del territorio comunale e della gestione delle attività connesse alla balneazione, che sia motivato con riferimento al fatto che è emersa la sussistenza di elementi indiziari plurimi e concordanti che depongono per la riferibilità, delle offerte presentate da due diversi concorrenti, ad un unico centro decisionale; in tal caso, infatti, deve ritenersi sussistente la violazione, da parte dei suddetti concorrenti, dell'art. 80 comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, per collegamento sostanziale tra imprese (TAR Abruzzo, Sez. I, 26 gennaio 2022 n. 44).



sia effettivamente realizzata nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo; e la riconducibilità delle offerte a un unico centro decisionale deve essere quindi valutata con un ragionamento presuntivo e probabilistico.

5. Considerazioni finali

In definitiva, dal panorama giurisprudenziale analizzato, possono trarsi le seguenti considerazioni.

1. La suddivisione dell'appalto in lotti, pur discendendo da un obbligo normativo (art. 51 d.lgs. 50/2016) è pur sempre rimessa ad una

cauzione prevista dall'avviso di gara è stata rilasciata dalla medesima compagnia assicurativa e a distanza di soli 10 minuti l'una dall'altra ecc...

Ad avviso del TAR, si tratta di elementi sufficienti per dedurre, attraverso un ragionamento probabilistico e presuntivo, la provenienza di entrambe le offerte da un unico centro decisionale, tenendo conto del fatto che, secondo la giurisprudenza, ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese di cui all'art. 80, c. 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare i requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione, e che la valutazione operata dalla stazione appaltante, circa l'unicità del centro decisionale, postula semplicemente l'astratta idoneità a determinare un concordamento delle offerte, non essendo necessario che l'alterazione del confronto concorrenziale si

valutazione discrezionale della stazione appaltante in termini di economicità ed opportunità della scelta.

2. La mancata suddivisione dell'appalto in lotti deve essere – comunque – adeguatamente motivata dalla stazione appaltante nei documenti di gara.

3. La suddivisione in lotti esclude, *in re ipsa*, la configurazione di una gara unitaria e, pertanto, rende non operante il divieto di collegamento sostanziale tra imprese (Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481).

4. Tuttavia, la presenza di elementi precisi e concordanti, potrebbe far ritenere comunque, a prescindere dalla suddivisione in lotti, che si tratti di gara unitaria (Cons. Stato, Sez. III, 18.5.2020, n. 3135; id., 6.5.2020, n. 2865).

5. In particolare, il divieto di collegamento sostanziale tra imprese trova applicazione nel caso in cui i distinti lotti siano tra loro collegati attraverso la previsione del divieto di aggiudicazione plurima di più di un lotto per operatore economico, in quanto ne riemerge la ratio di preservare condotte elusive anticoncorrenziali, che si sostanziano nell'aggirare il divieto di aggiudicazione plurima imposto dalla stazione appaltante (da ultimo TAR Abruzzo, Sez. I, 26 gennaio 2022 n. 44; Cons. di Stato, n. 393/2021).

RUP e Commissione di gara: incompatibilità assoluta o da accertare caso per caso? Gli ultimi approdi giurisprudenziali.

di Ilenia Paziani



IL
PUN
TO

1. Il ruolo del RUP nella gara e il suo rapporto con la Commissione di gara

I compiti del RUP (Responsabile Unico del Procedimento) sono individuati dalla legge n. 241/1990 e dal Codice dei Contratti Pubblici (e dalle linee guida ANAC n.3).

L'articolo 6 della legge n. 241/1990 individua tra i compiti del RUP, le seguenti attività:

- valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento;
- accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;
- propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14;
- cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;

- adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

Con specifico riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, l'articolo 31, comma 3, D.lgs. n. 50/2016 stabilisce che il RUP *"svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti"*.

Al RUP è quindi assegnata una competenza residuale.

Tali norme assegnano alla figura del responsabile del procedimento una competenza trasversale e alquanto generica, per tale ragione la giurisprudenza si è spesso occupata di valutare quali compiti siano da ritenersi incompatibili con il ruolo del RUP, in base ai principi generali che regolano la materia della contrattualistica pubblica.

Uno degli aspetti più rilevanti riguarda il rapporto del RUP con la commissione di gara ed in particolare se il RUP possa far parte della Commissione (e quindi presiederla o partecipare in qualche modo alla valutazione delle offerte).

Tale aspetto è particolarmente rilevante e, negli anni, è stato oggetto di molteplici pronunce in quanto non esiste una risposta univoca, ma è necessario avere riguardo di volta in volta al caso di specie.

Prima di esaminare alcuni casi concreti, al fine di comprendere gli elementi rilevanti e di riconoscere il confine tra l'attività consentita al RUP e quella non consentita, pare opportuno soffermarsi sull'articolo 77 del Codice dei Contratti Pubblici che disciplina la composizione della commissione.

2. La Commissione di gara

L'articolo 77 del Codice, rubricato "Commissione giudicatrice", al primo comma dispone che "1. *Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.*"

Dall'esame del primo comma appare immediatamente evidente che al fine di garantire un giudizio tecnico ed imparziale, i commissari devono essere scelti tra soggetti **esperti nello specifico settore** cui afferisce l'oggetto dell'appalto.

Ebbene, il RUP generalmente non è un tecnico (almeno non è necessario che il RUP sia un tecnico esperto nella specifica materia oggetto dell'appalto), in quanto ai sensi dell'articolo 31 del Codice, deve essere individuato tra i dipendenti di ruolo inquadrati **come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive**.

Il RUP deve possedere capacità professionali e

requisiti adeguati al compito da svolgere che però non necessariamente riguardano lo specifico oggetto del contratto.

L'esperienza necessaria per coprire il ruolo di RUP riguarda più propriamente le attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture.

Al contrario, è necessario che i commissari tecnici siano esperti nella specifica materia oggetto dell'affidamento, ed è per tale ragione che il comma 3 dell'articolo 77 prevede che "*I commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC (...), tra gli esperti iscritti nell'apposita sezione speciale dell'Albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale. (...)*"

Come è noto, l'operatività del comma 3 sulla nomina dei commissari tra gli iscritti all'albo istituito presso ANAC è sospesa fino al 30 giugno 2023 così come stabilito dall'art. 1, comma 1, lett. c), della legge n. 55 del 2019, termine da ultimo differito dall'art. 8, comma 7, legge n. 120 del 2020.

Tuttavia, la lettura di tale comma rende evidente la *ratio* della modalità di

individuazione dei commissari tecnici che è quella di circoscrivere la scelta tra figure altamente specializzate.

Nei commi successivi, l'articolo 77 individua gli elementi di incompatibilità con la figura del commissario di gara, a presidio dei principi di imparzialità e *par condicio*.

In particolare, stabilisce che "**4. I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.**"

La ratio dell'articolo 77 del Codice è quella di garantire una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte



La versione originaria dell'art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 disponeva che "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

La modifica è avvenuta, come è noto, ad opera dell'art. 46, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo).

Appare evidente che nella sua nuova formulazione la *ratio* della norma è quella di creare una **rigida separazione** tra la **fase di preparazione** della documentazione di gara e quella di **valutazione delle offerte**.

Basti infatti considerare al momento in cui avviene la nomina della Commissione, che è successivo al termine di presentazione delle offerte.

Ne costituiscono prova anche i successivi commi dell'articolo 77.

Secondo cui "5. Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto.

6. Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice. Sono altresì esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire **dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte**.

8. Il Presidente della commissione giudicatrice è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati.

9. Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'articolo 47

del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, **L'inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione** di cui ai commi 4, 5 e 6. Le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico, accertano l'inesistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo, all'articolo 35-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 42 del presente codice. La sussistenza di cause ostative o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati devono essere tempestivamente comunicate dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della cancellazione dell'esperto dall'albo e della comunicazione di un nuovo esperto".

I Commissari non possono aver svolto nessun'altra attività relativa al contratto di cui devono valutare l'affidamento; tuttavia, non è prevista alcuna incompatibilità assoluta rispetto all'ingresso del RUP nella commissione di gara



Ne consegue che il divieto che emerge chiaramente dalla lettura dell'articolo 77 è quello di impedire a chi ha redatto la documentazione di gara di potere anche valutare le offerte presentate (cfr. sul punto Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n.13, redatta in base al disposto del Codice previgente, ma applicabile anche all'articolo 77).

Ai sensi dell'art. 77, comma 4, D.lgs. n. 50/2016 dunque **non sussistono delle ipotesi di incompatibilità assolute e identificabili a priori tra il RUP e il commissario di gara**.

Tuttavia, le linee guida ANAC n. 3 stabiliscono che "Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza".

Ne consegue che appare fondamentale effettuare una valutazione caso per caso.

3. La valutazione caso per caso

Premesso il quadro normativo sopra esposto, si passano in rassegna alcune recenti pronunce che affrontano il tema dell'incompatibilità del RUP a commissario di gara.

3.1. La valutazione in concreto ha dato luogo alla verifica di una effettiva incompatibilità tra il ruolo del RUP e quello di commissario

Una delle più recenti pronunce in materia (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 novembre 2021 n. 7419) che richiama i precedenti più importanti sul punto, è stato giudicato che:

“Con riguardo al regime di incompatibilità tra le funzioni svolte nel procedimento e quelle di presidente della Commissione, il fondamento è di stretto diritto positivo, e va rinvenuto nel più volte ricordato art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016. Occorre peraltro rilevare che la norma in questione ha la stessa portata oggettiva dell’art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che rispondeva all’esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di

gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n.13). Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell’art. 77, comma 4, è dunque quello per cui **chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, costituendo il principio di separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l’hanno preceduta**

(Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1387) (Consiglio di Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2471)”.

Chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, al fine di garantire il diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l’hanno preceduta



Nel caso di specie sottoposto, prima al TAR Catanzaro, e poi al Consiglio di Stato, il soggetto nominato Presidente della Commissione di gara aveva in concreto adottato anche il decreto di indizione della procedura concorsuale, ed era inoltre titolare dell’Ufficio competente ad adottare l’approvazione degli atti della Commissione esaminatrice.

Per tali ragioni la ricorrente (poi appellante) aveva censurato la violazione dell’articolo 77 del D.lgs. n. 50/2016.

Ebbene, in applicazione del principio sopra esposto, il Consiglio di Stato ha accolto l’appello in quanto ha ritenuto integrata la fattispecie di incompatibilità posta dall’art. 77, comma 4, D. Lgs. n. 50/16, stante la **concentrazione in capo alla medesima persona** delle attività di preparazione della documentazione di gara, implicante la definizione delle regole applicabili per la selezione del contraente migliore, e delle attività di valutazione delle offerte.

La pronuncia è rilevante in quanto elenca le attività che ha ritenuto rilevanti al fine di ravvisare in concreto la commistione tra attività di redazione della legge di gara e attività di valutazione.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ravvisato che la medesima persona:

- ha **indetto la procedura aperta**, (...);
- ha **sottoscritto il bando di gara** (...);
- ha **sottoscritto il disciplinare di gara** (...);
- ha **nominato la Commissione giudicatrice, indicando la propria persona quale Presidente della Commissione** (...);
- ha provveduto **concretamente alla valutazione delle offerte in qualità di Presidente della Commissione** (cfr. verbali delle sedute della Commissione)”.

Il Collegio ha quindi ravvisato in concreto una concentrazione di attività tra loro incompatibili per espressa previsione legislativa (art. 77 comma 4 del Codice) in capo al medesimo soggetto che era anche il RUP, ed ha accertato “la violazione

del principio di necessaria separazione tra fase regolatoria e fase attuativa, tenuto conto che chi ha predisposto il regolamento di gara è stato chiamato anche alla sua concreta applicazione, così compromettendo le esigenze di tutela della trasparenza della procedura, poste a garanzia "del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta" (Consiglio di Stato, Sez. III, 8 ottobre 2021, n. 6744).".

3.2. *La valutazione in concreto non ha dato luogo all'accertamento di una incompatibilità tra il ruolo del RUP e quello di commissario*

Il TAR Sicilia, Catania, sez. I, con la sentenza del 25 gennaio 2021 n. 209 ha avuto modo di ripercorrere l'iter legislativo e giurisprudenziale relativo al ruolo del RUP, dando atto del fatto che la nuova formulazione dell'articolo 77 ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'Amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

In tale pronuncia il TAR ha evidenziato alcuni elementi sintomatici dell'incompatibilità del RUP con il ruolo di commissario di gara, ed in particolare:

- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara **impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito** sull'appalto di che trattasi;
- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal **dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara**, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente;
- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi "non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una **effettiva e concreta capacità di**

definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario";

- ad integrare la prova richiesta, **non è sufficiente il mero sospetto** di una possibile situazione di incompatibilità;
- detto **onere della prova** grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità;
- in ogni caso, **la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario componente della commissione**, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. cit. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

Il caso concreto riguardava la presunta incompatibilità di un RUP che, a dire della ricorrente, aveva predisposto la legge di gara (in quanto recava la propria firma) ed era stato poi nominato membro della Commissione di gara, in sostituzione di uno dei commissari.

Sul punto il TAR Catania, alla luce dei principi sopra esposti, ha rigettato il ricorso sostenendo che "*le due previsioni racchiuse nell'anzidetto art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 **non possono essere interpretate in maniera atomistica, ma postulano una lettura coordinata, non seccamente preclusiva del cumulo di funzioni e che richiede una valutazione dell'incompatibilità sul piano concreto e di volta in volta, nonché la prova di concreti ed effettivi condizionamenti, anche perché, diversamente opinando, si finirebbe per operare una sorta di interpretatio abrogans della seconda parte dell'art. 77, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e ss. mm. ed ii.** (che, va ricordato, stabilisce che la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura), attesa la pluralità di funzioni e competenze, sia sotto il profilo tecnico che amministrativo, che l'art. 31 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 attribuisce al RUP (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24 agosto 2020, n. 949)".*

Il TAR prosegue poi richiamando l'art. 31, comma 3, del Codice, nella parte in cui delinea la competenza

del responsabile unico del procedimento in termini residuali.

Sul punto poi precisa che la giurisprudenza ha valorizzato la volontà del legislatore di identificare nel responsabile unico del procedimento il *dominus* della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695).

A ciò deve aggiungersi che fra le competenze ascritte al dirigente ovvero al funzionario incaricato di funzioni dirigenziali vi sono quelle concernenti la presidenza delle commissioni di gara, la responsabilità delle procedure d'appalto, la stipulazione dei contratti (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2009, n. 1342 che evoca l'art. 6, comma 2, della legge 15 maggio 1997, n. 127, richiamata in ambito regionale con l'art. 2, comma 3, della legge reg. Sic. 7 settembre 1998, n. 23, nel testo oggi sostanzialmente corrispondente all'art. 107, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267).

Il TAR pone l'accento sulla responsabilità della procedura di gara rilevando che questa è affiancata dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché ne deduce che "la sottoscrizione degli atti indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze, guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche

RUP (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 1 aprile 2020, n. 221; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87)".

Al fine di integrare la prova richiesta di una possibile situazione di incompatibilità del RUP non è sufficiente il mero sospetto. Sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità grava l'onere della prova.



A parere del TAR Catania, la "paternità" degli atti indittivi della procedura, tipici della competenza dirigenziale, in linea di principio non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità; in tal caso si tratterebbe di incompatibilità di carattere automatico in difetto di qualsivoglia elemento di prova sulla concreta influenza in merito alle regole di imparzialità che governano le pubbliche gare, in violazione di quanto previsto espressamente dalla legge sulla necessità di una valutazione caso per caso.

Un'altra pronuncia interessante sull'onere della prova è quella del T.A.R. Campobasso, Molise, sez. I, 14 maggio 2021, n.175, il quale ha affermato che "Quanto alla prospettata violazione dell'art. 77 d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza ha ormai più volte ribadito il principio secondo il quale il ruolo di R.U.P., nelle procedure di evidenza pubblica, può ben coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della Commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e condizionamento tra gli stessi (Consiglio di Stato sez.

La semplice firma degli atti indittivi della procedura non può dar luogo automaticamente ad una situazione di incompatibilità in tal caso si tratterebbe di incompatibilità di carattere automatico in violazione di quanto previsto espressamente dalla legge sulla necessità di una valutazione caso per caso



III, 26/10/2018, n.6082; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24/08/2020, n.949; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II, 28/04/2020, n.256). La ricorrente non ha tuttavia fornito neppure in parte una simile dimostrazione; essa non ha poi nemmeno specificato in che cosa, nel concreto svolgersi della gara, le dette ipotetiche interferenze sarebbero consistite, ed è così incorsa anche in un deficit di allegazione”.

Ne discende che laddove un concorrente intenda denunciare la presunta incompatibilità tra il ruolo di RUP e membro o presidente della Commissione, è necessario che **dia prova dell’interferenza e del condizionamento** che tale situazione possa provocare.

Ebbene, in base all’articolo 77 comma 4, come visto, per interferenza deve intendersi quella tra predisposizione della legge di gara e successiva valutazione delle offerte.

In tale pronuncia è stato inoltre evidenziato che *“nemmeno sussistono impedimenti di sorta a che il medesimo soggetto **cumuli le funzioni di commissario di gara e di direttore dell’esecuzione**. Anche a voler accedere ad una lettura rigorosa della disposizione di cui al comma 4 dell’art. 77 citato, che faccia riferimento anche alla figura del direttore esecutivo, e non solo a quella del R.U.P, da ciò si potrebbe desumere, **al massimo, l’esistenza di una preclusione al conferimento dell’incarico di direttore esecutivo in capo a chi abbia fatto parte della commissione di gara, ma certamente non anche la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solo in una fase successiva le funzioni di direttore esecutivo** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 4 febbraio 2019, n. 819 e T.A.R. Puglia, sez. II, sent. 30 settembre 2019, n. 1251).”.*

Con riferimento ad una fattispecie esaminata dal T.A.R. Toscana, sez. I, 15 giugno 2021, n.927, è stato affrontato il tema della presunta incompatibilità del RUP eletto Presidente della Commissione di gara, sotto un aspetto diverso.

In tale caso è stata infatti, il TAR ha ritenuto non sussistente la violazione dell’art. 77 del Codice, in quanto le ipotesi di incompatibilità dei commissari vanno verificate, in concreto e di volta in volta, per ogni singola gara.

In particolare *“In via di principio non vi è un’incompatibilità assoluta tra il ruolo di RUP e quello di membro della commissione, dovendosi esaminare il ruolo che, in concreto, il RUP ha svolto nella predisposizione degli atti di gara.”.*

Il TAR ha aggiunto che *“Nel caso di specie non si rinvergono i presupposti di una sostanziale e aprioristica incompatibilità, essendosi **in presenza di una procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, nell’ambito di una procedura in cui i parametri di valutazione, e la conseguente la discrezionalità, erano stati circoscritti dalla stazione appaltante** (in questo senso T.A.R. Lazio, Roma, II, 22.02.2019, n. 2420).”.*

In questo caso, dunque, il TAR ha valorizzato non solo il ruolo del RUP nella gara, ma anche la tipologia di gara e la discrezionalità effettivamente riconosciuta in capo ai commissari. E non ravvisando elementi tali da incidere in maniera rilevante sulla valutazione soggettiva delle offerte, non ha ritenuto il ruolo di RUP incompatibile con quello di commissario.

L'errore materiale nell'offerta e gli istituti legittimi adottati dalla Stazione Appaltante. Il soccorso istruttorio quale istituto applicabile anche con riferimento ai certificati insufficienti e incompleti. Giurisprudenza attuale.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. L'errore nell'offerta economica quando è possibile intervenire da parte della Stazione appaltante

Con riferimento all'impossibilità di modificare l'offerta economica, il rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza nell'agire, comporta che ogni operatore economico abbia le stesse possibilità di accesso alla procedura di aggiudicazione evitando inammissibili squilibri di mercato.

La materia degli appalti è espressione di interessi pubblici generali ed è regolata dai principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'agire (come previsto dagli artt. 97, 41 e 43 della Costituzione), nonché dal principio di concorrenza e di par condicio tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale (v. artt. 101 e 102 TFUE). L'immodificabilità dell'offerta (e non ambiguità) è conseguenza diretta dell'applicazione di tali tutele.

A fronte di un errore materiale, secondo giurisprudenza, sussiste l'onere della stazione

appaltante di procedere alla correzione dello stesso e di ricercare l'effettiva volontà del concorrente (T.A.R. Campania-Napoli 2015, n.5530). La correzione è possibile se non vi siano altri scenari possibili di interpretazione: deve quindi escludersi con ragionevole certezza più di una interpretazione. In merito all'errore materiale è stato di recente evidenziato che

Ciò che si richiede al fine di poter identificare un errore materiale all'interno dell'offerta di gara e, quindi, procedere legittimamente alla sua rettifica, è che l'espressione erronea sia univocamente riconoscibile come tale, ovvero come frutto di un "errore ostativo" intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà.



"Per indirizzo giurisprudenziale univoco, ciò che si richiede al fine di poter identificare un errore materiale all'interno dell'offerta di gara e, quindi, procedere legittimamente alla sua rettifica, è che l'espressione erronea sia univocamente riconoscibile come tale, ovvero come frutto di un "errore ostativo" intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà (Consiglio di Stato, sez. III; 9 dicembre 2020, n. 7758). Per questa ragione la valutazione che la stazione appaltante è chiamata a svolgere - e che la giurisprudenza descrive - è la necessità che non sia posta in essere una indagine

ricostruttiva della volontà, con sforzi ricostruttivi e interpretativi; l'attività da svolgere a cura della Stazione Appaltante è infatti quella di arrestarsi al

riscontro di un'inesatta formulazione "materiale" dell'atto.

Una cosa è, dunque, l'interpretazione conservativa dell'atto (1465 c.c.), altra è la correzione di una sua incongruenza estrinseca e formale, rinvenibile nel suo sostrato materiale, espressivo o comunicativo (1433 c.c.). In un caso, si fa riferimento a dati intrinseci all'atto, attinenti al suo significato giuridico e che ne motivano una certa valutazione contenutistica; nel secondo caso, viene emendata l'espressione materiale, come percepita nella sua consistenza fisica (*ictu oculi*), in un momento indipendente e antecedente alla ponderazione del suo significato giuridico (*ex ante*). Si può riconoscere quindi una certa circolarità "ermeneutica" tra interpretazione e rilevazione dell'errore materiale, potendo questo risaltare anche da una palese distonia di tipo logico o discorsivo rispetto alla restante trama espositiva del documento. (Consiglio di Stato, sez. III; 9 dicembre 2020, n. 7758).

La costante giurisprudenza del Consiglio (cfr., *ex multis*, sez. V, 1-8-2015 n. 3769; 27-4-2015, n. 2082; sez. III, 21-10-2014, n. 5196; 27-3-2014, n. 1487) afferma che nelle gare pubbliche "è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purchè si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 6/5/2016 n. 1827).

L'Amministrazione deve quindi temperare il principio indefettibile di imparzialità dell'agire amministrativo che esige il rigoroso rispetto

della par condicio tra i partecipanti alla gara - avente come logico corollario l'immodificabilità sostanziale delle offerte una volta scaduti i termini di presentazione fissati dalla legge di gara - con il principio di conservazione degli atti giuridici, di cui è espressione il principio di *favor participationis* (un eccessivo rigorismo formale condurrebbe all'esclusione indiscriminata di operatori economici incorsi in omissioni, sviste o carenze formali sanabili senza pregiudizio delle esigenze di parità di trattamento).

La divergenza tra voluto e dichiarato, immediatamente rilevabile dall'Amministrazione senza necessità di particolari

interpretazioni o verifiche del relativo dato, non può comportare il soccorso istruttorio, operando la Stazione appaltante d'ufficio.

In particolare "l'attività della Commissione limitata ad una mera correzione dell'errore di calcolo non lede in alcun modo in concreto la par condicio dei concorrenti (...); essa integra, di conseguenza, un mero esercizio del potere - dovere di interpretazione dell'offerta alla luce degli elementi oggettivi in essa contenuti allorché l'offerta economica appare univoca e intrinsecamente coerente, nonché determinata e oggettivamente verificabile in tutti i suoi elementi" (Cons. St. - Sez. V, con sentenza. n.113/2018, ha fornito una specificazione chiarificatrice).

Non vi è alcuna inammissibile attività manipolativa ad opera della Stazione Appaltante quando la medesima si limita a correggere un mero errore materiale, a fronte di una volontà correttamente espressa dalla partecipante in relazione all'offerta economica. L'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. La legittimità dell'offerta deve essere valutata *ex ante*, al momento della sua

Non vi è alcuna inammissibile attività manipolativa ad opera della Stazione Appaltante quando la medesima si limita a correggere un mero errore materiale, a fronte di una volontà correttamente espressa dalla partecipante in relazione all'offerta economica. L'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito



presentazione e non in sede di esecuzione, onde evitare che la lettura dell'offerta, come operata dall'Amministrazione, determini una violazione del principio di parità di trattamento e di imparzialità.

La ricostruzione della volontà contrattuale espressa dall'impresa concorrente è ammessa quando si possa giungere ad esiti certi in merito alla portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta. L'individuazione dell'offerta deve avvenire senza margini di opinabilità della volontà dell'offerente. Di conseguenza, più omissioni riscontrate, ad esempio, in sede di gara hanno carattere essenziale e non rimediabili d'ufficio, rappresentando un'obiettiva incertezza in ordine all'effettivo contenuto delle voci dell'offerta presentata (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 240).

Nelle gare pubbliche l'errore materiale nell'offerta consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere (Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 796; III, 9 dicembre 2020, n. 7758, che parla di "errore ostantivo" intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà").

È ammissibile quindi la rettifica di errori contenuti nell'offerta presentata in sede di gara a condizione che si tratti di correzione di 'errore materiale', necessariamente riconoscibile, e che non si sostanzii in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la par condicio, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza (cfr. già Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2013, n. 889; id., III, 22 agosto 2012, n. 4592)" (Cons. Stato, V, 9 dicembre 2020, n. 7752; cfr. anche Id., 31 agosto 2017, n. 4146).

L'orientamento giurisprudenziale rileva che "costituisce «onere della stazione appaltante, in presenza di errore materiale nella formulazione dell'offerta, quello di ricercare l'effettiva volontà del concorrente, come nel caso in cui, mediante il ricorso ad una mera operazione matematica, effettuata sulla base degli altri elementi contenuti nell'offerta economica, si possa procedere alla correzione dell'errore materiale stesso". (Ciò a condizione che l'errore materiale, rilevabile immediatamente senza necessità di particolari verifiche o interpretazioni del relativo dato, non comporti quindi alcuna modifica dell'offerta economica globalmente intesa).

La ricostruzione della volontà contrattuale espressa dall'impresa concorrente è ammessa quando si possa giungere ad esiti certi in merito alla portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta. L'individuazione dell'offerta deve avvenire senza margini di opinabilità della volontà dell'offerente. Di conseguenza, più omissioni riscontrate, ad esempio, in sede di gara hanno carattere essenziale e non rimediabili d'ufficio, rappresentando un'obiettiva incertezza in ordine all'effettivo contenuto delle voci dell'offerta presentata.



L'offerta economica del concorrente può essere modificata, anche *ex officio*, allorché la stessa rechi un mero errore materiale, la cui correzione non alteri l'effettiva volontà dell'offerente, risultante chiaramente dagli altri elementi dell'offerta economica stessa. L'attività della Commissione/seggio di gara integra, di conseguenza, un mero esercizio del potere - dovere di interpretazione dell'offerta alla luce degli

elementi oggettivi in essa contenuti. L'offerta economica deve apparire univoca e intrinsecamente coerente, nonché determinata e oggettivamente verificabile in tutti i suoi elementi.

La Commissione/seggio di gara, come ribadisce la giurisprudenza ormai consolidata, deve limitarsi a correggere un mero errore materiale, a fronte di una volontà correttamente espressa dalla partecipante in relazione all'offerta economica, nei limiti indicati dalla consolidata giurisprudenza in materia. L'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e

chiaramente riconoscibile da chiunque (Consiglio di Stato, VI, 2 marzo 2017, n. 978). La Stazione appaltante si deve quindi limitare ad una mera correzione dell'errore di calcolo, ad esempio, ponendo in essere un'operazione che non lede in alcun modo in concreto la *par condicio* dei concorrenti.

La corretta gestione di quanto sopra corrisponde ai dettami di un sistema ordinamentale interno basato sul principio di tassatività delle cause di esclusione e sul divieto di irragionevole restrizione della concorrenza, garantendo il principio essenziale nelle pubbliche gare che consiste nel *favor participationis*, ossia nell'interesse pubblico all'ampliamento della platea delle imprese in gara.

Condizione diversa, rispetto all'errore materiale, è la presentazione di una pluralità di offerte o di offerte alternative (così Cons. St., sent. n. 6205/2008). Tale situazione non può essere confusa con un errore materiale, avendo le due fattispecie natura ed elementi contraddistinti.

Il principio della unicità dell'offerta impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica. Detto principio risponde non soltanto alla necessità di garantire l'effettiva *par condicio* dei concorrenti, ma anche a quella di far emergere la migliore offerta nella gara. La disposizione impone ai partecipanti alle gare pubbliche di concorrere essenzialmente con un'unica proposta tecnica ed economica, fatte naturalmente salve le migliori dell'offerta. Secondo

Condizione diversa, rispetto all'errore materiale, è la presentazione di una pluralità di offerte o di offerte alternative (così Cons. St., sent. n. 6205/2008). Tale situazione non può essere confusa con un errore materiale, avendo le due fattispecie natura ed elementi contraddistinti



Condizione diversa, rispetto all'errore materiale, è la presentazione di una pluralità di offerte o di offerte alternative che si risolve, invece, nella opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni (così Cons. St., sent. n. 6205/2008). Il principio della unicità dell'offerta impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica. Detto principio risponde non soltanto alla necessità di garantire l'effettiva *par condicio* dei concorrenti, ma anche a quella di far emergere la migliore offerta nella gara.



giurisprudenza consolidata, il principio de quo non solo risponde alla ratio di garantire l'effettiva *par condicio* degli operatori economici nella competizione, ma soprattutto assurge a baluardo dell'interesse pubblico a far emergere la migliore offerta, in sede di presentazione della stessa.

Analogamente, l'obbligo di presentare una sola offerta contenente una soluzione tecnica determinata ed un prezzo preciso, ed il corrispondente obbligo per

la Pubblica Amministrazione di poter valutare solo offerte in tal guisa formulate, adempiono da un lato al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, e dall'altro, al principio di imparzialità (Cons. St. sez. III, sentenza 10 dicembre 2020, n. 8146). La presentazione di più offerte comporta certamente una lesione della

par condicio dei concorrenti, determinando solamente in capo ad alcuni di loro ulteriori e quindi maggiori, chances di vittoria.

In caso di equivocità o di erroneità del bando, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, impone di far precedere all'apertura delle buste un apposito provvedimento per illustrare ai partecipanti le correzioni da apportare e le ragioni che le giustificano, permettendo quindi tutti i concorrenti di adeguarsi alle nuove condizioni prima di presentare le proprie offerte e di prendere parte alla gara.

È dirimente che la commissione giudicatrice non modifichi (dopo la presentazione e l'apertura delle buste) la

formula aritmetica dettata dal bando, ad esempio, ancorché incompleta o inapplicabile, e procedere all'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica.

Ciò comporterebbe in definitiva, che la condotta della commissione pregiudichi l'applicazione uniforme delle regole nei confronti di tutti i partecipanti, con conseguente illegittimità dell'intero procedimento di valutazione.

2. Il soccorso istruttorio indispensabile tra l'altro per il chiarimento dell'offerta o a rettifica di un errore manifesto dell'offerta. Il soccorso istruttorio e procedimentale

Il potere di soccorso istruttorio è riconosciuto nel settore dei contratti pubblici in seguito alle novità introdotte con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90; il medesimo è circoscritto alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che compongono la documentazione amministrativa che i partecipanti a procedure di affidamento sono tenuti a presentare.

L'istituto del soccorso istruttorio in generale tende ad evitare che irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. Il soccorso istruttorio deve attenersi a carenze di natura formale.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 *Archus*) in merito al soccorso istruttorio si è espressa rilevando che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili e non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

Il soccorso istruttorio è una richiesta rivolta al concorrente per completare, chiarire, integrare quanto già presente agli atti; la rettifica di un errore materiale, immediatamente ed univocamente interpretabile, è invece un'azione operata d'ufficio dalla stazione appaltante.

Il "soccorso istruttorio" non può essere utilizzato per "correggere" (*ex post*) le ambiguità scaturenti da un'offerta formulata in modo impreciso poiché produrrebbe la conseguenza di consentire al concorrente che ha formulato l'offerta ambigua, di correggere (o rettificare) la sua azione propositiva a gara già avviata, conformandola utilmente al raggiungimento del risultato. Il che finirebbe con l'alterare la *par condicio* dei concorrenti.

L'attivazione del soccorso istruttorio è da ritenersi legittima, ad esempio, in caso di assenza di un certificato di regolare esecuzione dei lavori, il quale non è stato richiesto dalla legge di gara a pena di esclusione e la cui mancata allegazione non ha inciso sul contenuto dell'offerta.

Non è riconducibile alla nozione di "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta (ipotesi in cui la lacuna imputabile al concorrente non ammette il ricorso al "soccorso istruttorio" e comporta ex se l'esclusione dalla gara, così come rilevato dal C. di S., sez. V, 21/08/2017, n. 4048; TAR Campania-Napoli, 26 ottobre 2018 numero 6324), la mancanza di una dichiarazione sostitutiva.

Il soccorso istruttorio è una richiesta rivolta al concorrente per completare, chiarire, integrare quanto già presente agli atti; la rettifica di un errore materiale, immediatamente ed univocamente interpretabile, è invece un'azione operata d'ufficio dalla stazione appaltante.

La disciplina è, ormai, orientata nel senso che, qualora siano posseduti i requisiti sostanziali per partecipare alla gara e sempre che le mancanze non riguardino l'offerta - condizione diversa dall'errore materiale oggetto di rettifica - le omissioni dichiarative,

anche essenziali, possano essere sanate (v. ex multis: T.A.R. Roma, sez. II, 14/03/2019, n.3440; T.A.R. Roma, sez. I, 19/03/2019, n.3667; T.A.R. Napoli, sez. II, 12/05/2017, n.2578; Consiglio di Stato sez. V, 19/05/2016, n.2106; Consiglio di Stato sez. V, 05/04/2019, n.2242).

L'omessa dichiarazione dei requisiti di moralità non comporta l'esclusione del concorrente allorché la clausola del bando non richieda in termini espressi e specifici la dichiarazione dei medesimi, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione (in termini Cons. Stato, V, 16 marzo 2017, n. 4788; V, 4 gennaio 2018, n. 53), dovendosi precisare ulteriormente che in detta evenienza la dichiarazione non può ritenersi falsa, ma al più solo incompleta, parziale o limitata, e come tale soggetta a soccorso istruttorio.

In assenza dell'attivazione del soccorso istruttorio, l'esclusione del concorrente dalla gara per mancata produzione della dichiarazione circa i requisiti prescritti può ritenersi illegittima solo laddove, nel corso del giudizio, il concorrente stesso abbia dato prova del possesso dei requisiti suddetti (Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2180; V, 11 dicembre 2017, n. 5826).

È presente negli appalti l'opportunità di conservare un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', in virtù del quale possano essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta.

Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons.

Non è riconducibile alla nozione di "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta (ipotesi in cui la lacuna imputabile al concorrente non ammette il ricorso al "soccorso istruttorio" e comporta ex se l'esclusione dalla gara, così come rilevato dal C. di S., sez. V, 21/08/2017, n. 4048; TAR Campania-Napoli, 26 ottobre 2018 numero 6324), la mancanza di una dichiarazione sostitutiva.



È presente negli appalti l'opportunità di conservare un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', in virtù del quale possano essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta.



economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente non di carattere integrativo dell'offerta, ma finalizzati unicamente a consentirne

l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (Cons. Stato, sez. V, n. 680/2020).

I chiarimenti utili a dirimere i dubbi non devono costituire una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, limitandosi a confermare la portata di elementi già in essa contenuti. A tal fine il disciplinare di gara può contemplare la "facoltà della stazione appaltante", al di fuori delle ipotesi di soccorso istruttorio, di invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487). I chiarimenti non devono costituire una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, apportando correzioni, limitandosi invece a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta.

L'indirizzo interpretativo in relazione all'art. 83 del d.lgs. 50/2016 di attivare da parte della stazione appaltante un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', è utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed

L'accesso "difensivo" ai segreti tecnici e commerciali dell'offerta

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

Il nostro ordinamento, in applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti, prevede che alcuni soggetti qualificati e portatori di specifico interesse possano esercitare il diritto di accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica. Detti soggetti devono, pertanto, vantare un interesse diretto, concreto e attuale, la cui tutela è connessa al documento per il quale viene richiesto l'accesso.

In particolare, nel presente contributo ci soffermeremo sull'ipotesi in cui il richiedente vanta un **interesse "difensivo"**, su cui si registrano diverse pronunce giurisprudenziali volte a definire i limiti di tale accesso.

Il bilanciamento tra il diritto all'accesso agli atti e il diritto alla riservatezza sui segreti tecnico-commerciali è oggetto di ricorrenti pronunciamenti giurisprudenziali

La partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica comporta che l'offerta tecnico-progettuale fuoriesca dalla sfera di dominio riservata dell'impresa concorrente per porsi sul piano della valutazione comparativa da parte della stazione appaltante rispetto alle offerte degli altri concorrenti: il concorrente non aggiudicatario può pertanto avere interesse ad accedere alle altre offerte presentate per azionare le eventuali tutele giudiziarie.

Da parte del concorrente non aggiudicatario l'accesso agli atti della procedura di gara e, in particolare alle offerte tecniche, costituisce infatti

il primo passo per poter valutare l'effettiva percorribilità di un'azione di impugnazione avverso l'aggiudicazione.

1. La disciplina codicistica

L'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è regolato dall'**art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016** il quale, nel richiamare la disciplina generale di cui agli artt. 22-28 della L. 241/1990, aggiunge specifiche disposizioni derogatorie concernenti il differimento, la limitazione e l'esclusione dell'ostensione documentale in considerazione di peculiari esigenze di riservatezza che possono manifestarsi nelle diverse fasi della procedura.

Nell'**art. 53** – in cui è sostanzialmente riprodotta la disciplina dell'art. 13 dell'abrogato D.Lgs. n. 163/2006 – è stato recepito l'art. 21 della direttiva 2014/24/UE: dopo aver previsto che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della Legge n. 241/1990, vengono indicate una serie di prescrizioni specifiche in materia di procedure di aggiudicazione.

Più precisamente l'art. 53 sancisce che, in relazione alle offerte, il diritto di accesso è differito fino all'aggiudicazione. I **commi 2 e 3** dell'art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016 dispongono testualmente che:

«2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno

manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
 d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti».

Il legislatore ha inoltre previsto alcune ipotesi in cui l'accesso può essere **negato**. Ai sensi del **comma 5** dell'art. 53 infatti è disposto che: «5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono **esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:**

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, **segreti tecnici o commerciali;**
- b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale».

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 53 commi 5 lett. a) e 6 del D.Lgs. 50/2016 è consentito l'accesso agli atti anche per le parti dell'offerta relative al cd. "know how industriale" ai fini della difesa in giudizio



La norma consente, dunque, di escludere dall'accesso agli atti quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia in cui possono rilevare specifiche e riservate capacità tecnico-industriali del concorrente o in genere gestionali proprie dello stesso (il c.d. "**know how industriale**"), cioè l'insieme delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite

nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale in forza delle quali il concorrente ha assunto specifica competitività nel mercato di riferimento (cfr. § 2 che segue).

Tuttavia, il **successivo comma 6** consente l'accesso al concorrente, **ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento**, con riferimento «alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali». Testualmente, infatti, il comma 6 dell'art. 53 prevede che «6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al **concorrente** ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto».

Considerata la delicatezza degli interessi in campo, tale disposizione normativa è stata oggetto di innumerevoli dibattiti giurisprudenziali.

2. Diritto alla tutela del segreto tecnico-commerciale VS diritto di accesso difensivo

Nell'ambito del dibattito apertosi è stato osservato che se un concorrente prendesse "liberamente" visione delle informazioni "riservate" dell'altro concorrente potrebbe ricostruire autonomamente molti dei processi e degli sviluppi gestionali peculiari di quest'ultimo, ottenendo un indebito vantaggio e vanificando la sua collocazione sul mercato, con ciò pregiudicando di fatto il vantaggio tecnico/economico legato a processi produttivi e organizzativi specifici, che ne qualificano soggettivamente l'attività.

L'esigenza di garantire la riservatezza dell'impresa anche a tutela della correttezza delle dinamiche competitive di mercato è già stata riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa, che non ha mancato di evidenziare come «*La particolare voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), Si tratta,*

*del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotta patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale).» (Cons. di Stato, V, 64/2020 cit.). La ratio legis è, infatti, di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica, che non deroga ma assicura la corretta competizione tra imprese, **del diritto di accesso** – per quanto garantito dal principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 L n. 241/1990) – **non si possa fare un uso emulativo**, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l'istanza allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri (cfr. Cons. Stato, VI, 19 ottobre 1990, n. 6393). Ne viene che la scelta, di suo meritevole, di prendere parte ad una procedura competitiva non implica, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, un'indiscriminata accettazione del rischio di divulgazione di segreti industriali o commerciali, i quali – almeno in principio – restano sottratti, a tutela del loro specifico valore concorrenziale, ad ogni forma di divulgazione» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 1° luglio 2020 n. 4220).*

Sul piano giuridico, tuttavia, il nostro ordinamento non prevede una tutela di pari rango per il diritto di tutela del segreto tecnico-commerciale e il diritto di accesso difensivo: il primo trova disciplina nelle norme di rango primario di cui all'art. 53 comma 6 del D.Lgs. n. 50/2016 e all'art. 98 ss. del D.Lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale), mentre il secondo trova tutela nell'art. 22 della Legge n. 241/90 e nell'art. 24¹ della Costituzione.

Sul punto si è espresso di recente il giudice amministrativo (TAR Lazio-Roma, Sez. I-quater, sentenza 11 agosto 2021, n. 9363 – non appellata) ad avviso del quale «salvo il caso in cui venga in considerazione la tutela della riservatezza o di dati personali delle persone fisiche, i segreti tecnici

1. Art. 24 della Costituzione «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. ...»

commerciali e il diritto d'accesso c.d. difensivo non sono affatto "valori di eguale dignità", atteso che il segreto tecnico-commerciale trova infatti tutela in fonti di rango primario (art. 53 comma 6 d.lgs. 50/2016 - art. 98 ss. Codice della proprietà industriale), mentre **il diritto di accesso c.d. "difensivo"** trova riconoscimento, oltre che in norme di legge primaria o (art. 22 ss. legge n.241/90), direttamente nella Carta costituzionale (art. 24 Cost) e trova pertanto **una tutela costituzionalmente "rafforzata"**». Prosegue lo stesso Giudice per rilevare che «In materia di appalti pubblici, infatti, è lo stesso legislatore che, nel bilanciare il diritto di accesso con quello alla riservatezza del segreto tecnico-commerciale, prevede, al comma 5, lettera a) dell'art.53 D.lgs.50/2016, l'esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Ciò, nel caso generale in cui l'accesso sia richiesto, come è ben possibile ai sensi della disciplina generale dettata in materia, per interessi non "difensivi". Viceversa, qualora il richiedente vanti un interesse "difensivo", il successivo comma 6 del medesimo art.53 - il quale trova, evidentemente, il suo fondamento nel diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art.24 Cost. - precisa che "In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"».

Ciò detto, la domanda da porsi è: quali sono i "segreti tecnici o commerciali" che possono effettivamente motivare un corretto diniego d'accesso?

Sul punto si richiama il costante orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463; Sez. V, 21 agosto 2020, n. 5167; Sez. V, 1° luglio 2020, n. 4220; Sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451; Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64) secondo cui la *ratio* della norma consiste nell'escludere dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al *know*

how industriale del singolo concorrente, vale a dire **l'insieme del "saper fare"** costituito, in particolare, dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento.

Si segnala ancora che «nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione,

propri contatti commerciali, e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela. La qualifica di segreto tecnico o commerciale deve invece essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti, e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza» (TAR Campania, Salerno, Sez. II, 24/02/2020, n. 270 – non appellata).

3. Obblighi del concorrente e dell'istante

Dall'esame delle disposizioni normative, emerge che gli obblighi che ricadono in capo alle società concorrenti a una procedura di gara (da un lato l'operatore che vuole mantenere come tali i propri segreti commerciali e dall'altro l'operatore che aspira ad accedere alla documentazione) si concretizzano nei seguenti adempimenti.

Circa il limite alla ostensibilità della propria offerta, sul concorrente grava l'onere dell'allegazione di una «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia. Il segreto industriale o commerciale deve quindi effettivamente esistere ed essere meritevole di tutela. Sul punto, si ricorda che l'impresa interessata non può limitarsi a "manifestare" generiche esigenze di riservatezza su "quasi tutti i capitoli" dell'offerta, in quanto la stessa è gravata da «un onere di allegazione in termini di "motivata e comprovata dichiarazione", volta a dimostrare

Il diritto di accesso c.d. "difensivo" trova riconoscimento direttamente nella Carta costituzionale (art. 24 Cost) e trova pertanto una tutela costituzionalmente "rafforzata"

l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia» (TAR Lazio, Roma, Sez. III, sentenza 22 settembre 2021, n. 9878).

Il legislatore, pertanto, se ha inteso escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, così da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato, in pari tempo, tuttavia, ha subordinato il funzionamento dell'indicata causa di esclusione all'adempimento, da parte dell'impresa cui si riferiscono i documenti, dello specifico onere di fornire motivata dichiarazione comprovante che effettivamente siano in questione informazioni integranti segreti tecnici o commerciali (cfr. Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 23 settembre 2016 n. 324).

In sede di valutazione dell'istanza di accesso compete, infatti, alla stazione appaltante in primo luogo la verifica dell'inerenza del documento richiesto alla posizione soggettiva del richiedente e agli scopi che questi intende perseguire tramite l'accesso. Alla luce di detta verifica la stazione appaltante dovrà assumere la decisione sull'istanza di accesso sulla base della dichiarazione resa in precedenza dall'offerente, in ordine alla sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

Sul punto rileva infatti che «*La tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, a sua volta, opposta per la prima volta in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale*

indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta, come si desume:

- *sul piano letterale, dai riferimenti effettuati alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte", e dalla dichiarazione, anch'essa resa dall' "offerente", in ordine al dato che le stesse costituiscono segreto tecnico o commerciale;*
 - *sul piano della ragionevolezza interpretativa, dal fatto che tale indicazione non può costituire un impedimento frapposto ex post dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti» (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 29 giugno 2016 n. 1294 - non appellata).*

Sul concorrente grava l'onere di allegare all'offerta una «motivata e comprovata dichiarazione» circa l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia



La stazione appaltante ha l'onere di rappresentare quali sono le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custoditi negli atti di gara su precisi dati tecnici



Potrà quindi essere la stessa stazione appaltante investita della richiesta a limitare, legittimamente, l'ostensione delle offerte tecniche alle sole parti "ostensibili", previo giudizio che essa dovrà espletare, con l'onere di rappresentare quali sono le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custoditi negli atti di gara su precisi dati tecnici.

Nel caso in cui la stazione appaltante limiti l'accesso, non comunicando le informazioni riservate di un operatore economico ad uno dei concorrenti, la stazione appaltante è infatti tenuta a sua volta rispettare l'obbligo di motivazione di detto diniego (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 7 settembre 2021, in C-927/19).

Circa il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo", l'istante deve provare nella richiesta l'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure da formulare in giudizio.

In sostanza, la documentazione richiesta dal concorrente deve essere concretamente necessaria alle esigenze difensive in giudizio (cfr. §4 che segue).

4. Strumentalità del diritto di difesa

Alla luce delle norme vigenti in materia di accesso, la giurisprudenza è giunta a ritenere che **l'accesso difensivo prevale anche su eventuali "aspetti sensibili" della documentazione richiesta ed ogni altro contrapposto interesse è recessivo.**

Come infatti è stato ripetutamente affermato «anche in materia di appalti pubblici, l'interesse alla conoscenza degli atti, quando è **strumentale alla difesa di una specifica situazione soggettiva che si ritiene pregiudicata**, in disparte i casi di espressa sottrazione di taluni atti della procedura al generale principio della loro conoscibilità, è pienamente garantito attraverso il rinvio ai principi di trasparenza di cui alla legge sul procedimento amministrativo. In materia di procedure di appalto - ferma la peculiare disciplina di trasparenza nella modalità proattiva foggiate all'art. 29 d.lgs. 50/2016 - l'art. 53 del d.lgs. 50/2016: - in generale, rinvia alla disciplina generale della legge 241/90; - in particolare, tratteggia specifiche ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di accesso (art. 53, comma 5); - contempla, infine ed in conformità dell'art. 24, comma 7, l. 241/90, una ipotesi eccezzuativa al divieto di divulgazione, disponendo che <<in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto>>; la regola generale della esclusione dall'accesso dei <<segreti tecnici e commerciali>>, **indi, recede incondizionatamente in presenza giustappunto della ipotesi, tipicamente contemplata, della impugnazione in sede giurisdizionale degli atti di gara**» (TAR Campania, Sez. VI, 4 luglio 2021, n. 4540).

Circa la strumentalità dell'ostensione dei documenti rispetto alla difesa in giudizio, è stato osservato recentemente che «è essenziale dimostrare non già

Il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale deve ritenersi prevalente rispetto al diritto alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta

L'istante deve dimostrare la stretta indispensabilità della documentazione richiesta per apprestare determinate difese all'interno di uno specifico giudizio

un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti" quanto, piuttosto, la "stretta **indispensabilità**" della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di uno specifico giudizio. La valutazione di "stretta indispensabilità", in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale. Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, "sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate. Come poi affermato da Cons Stato, Ad. plen. n. 4 del 18 marzo 2021, in materia di accesso difensivo

ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, deve però escludersi che sia sufficiente fare generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare. Trova quindi conferma la tesi di maggior rigore secondo cui deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa.: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi

di dimostrare in modo intelligibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. E tanto, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, IV, 14 maggio 2014, n. 2472), attraverso una sia pur minima indicazione delle "deduzioni difensive potenzialmente esplicabili". In questo quadro l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe - secondo il consueto criterio di riparto - su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il

richiedente l'accesso agli atti); In assenza di tale dimostrazione circa la "stretta indispensabilità" della richiesta documentazione, la domanda di accesso finisce per tradursi nel tentativo "meramente esplorativo" di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile» (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022 n. 369).

Ed ancora: "**la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale** (anche da parte di chi vi abbia concreto ed obiettivo interesse) **non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate**, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia" (Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463); né è possibile sostenere che l'interesse all'ostensione sia sempre e comunque sussistente in re ipsa in capo alla seconda classificata e che tale interesse sia sempre prevalente..." (Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2021 n. 3418).

5. Conclusioni

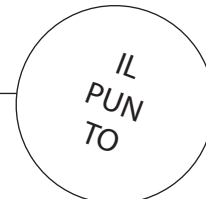
Dal delineato quadro normativo e giurisprudenziale emerge che il legislatore ha previsto una tutela particolare per l'accesso nei confronti della documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte, così sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Il limite posto dal legislatore a detta tutela di segretezza corrisponde alla finalità dell'accesso in vista della difesa in giudizio.

Come visto, è maggioritario l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale deve ritenersi **prevalente** rispetto al diritto alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta, con l'altrettanto limite della previa e stringente verifica da parte della stazione appaltante circa il **nesso di strumentalità** tra la documentazione richiesta e la possibile tutela giurisdizionale del richiedente.

La recente giurisprudenza in tema di irregolarità contributiva

di Stefano Usai



Premesse

In tempi recenti, con alcuni interventi importanti anche sotto il profilo pratico il giudice amministrativo è tornato sulla questione della c.d. regolarità contributiva e sulla corretta interpretazione dell'articolo 80 comma 4 del Codice dei contratti.

La norma in parola, dopo i recenti adeguamenti (interventuti nel 2021) testualmente - prima parte per quanto interessa il presente contributo - dispone 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, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.*

Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-

bis, commi 1 e 2-bis del 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 al 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".

La norma quindi, semplificando, impedisce alla P.A. di negoziare e contrarre con chi non abbia ossequiato propri obblighi contributivi.

Una prima questione è stata chiarita dalla recente sentenza del Tar Campania, Napoli, n. 775/2022 in cui si è analizzata la posizione dell'appaltatore diretta ad affrancarsi dalle conseguenze della rilevata irregolarità evidenziando che il proprio debito doveva essere considerato al netto di sanzioni e interessi.



Come si diceva, recenti interventi sono stati espressi a chiarire alcune implicazioni pratiche del riferimento normativo riportato.

1. Irregolarità contributiva, sanzioni e interessi

Una prima questione è stata chiarita dalla recente sentenza del *Tar Campania, Napoli, n. 775/2022* in cui si è analizzata la posizione dell'appaltatore diretta ad affrancarsi dalle conseguenze della rilevata irregolarità evidenziando che il proprio debito doveva essere considerato al netto di sanzioni e interessi. In questo modo, riteneva, la propria violazione non avrebbe potuto essere considerata come grave ai sensi di quanto specificano i richiami normativi.

Il giudice non viene persuaso da tali riflessioni affermando, evidentemente, che il debito deve essere considerato al lordo e quindi comprensivo di sanzioni e interessi.

Più nel dettaglio il giudice, immediatamente rammenta che secondo la giurisprudenza, a fronte di una certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate che attesti l'irregolarità contributiva del concorrente ai sensi dell'art. 80, co. 4, del codice, l'esclusione costituisce un atto dovuto. Il RUP quindi, quale dominus del procedimento afferente le verifiche sui requisiti - compito che può anche delegare ad un seggio di gara, responsabile di procedimento ad hoc o alla stessa commissione purché faccia proprie le conclusioni e adotti il provvedimento relativo.

Il Consiglio di Stato, ma la stessa sezione campana e l'orientamento consolidato affermano che "le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione

previdenziale, riservata agli enti previdenziali (*Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8/2012; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2682/2013*)" (TAR Campania, Sez. I, 9 gennaio 2020, n. 114).

Insiste pertanto, come noto, un vincolo per la stazione appaltante (e per il RUP) di attenersi alle risultanze delle certificazioni rilasciate dagli enti preposti allo scopo di ridurre i possibili arbitri nelle verifiche delle amministrazioni aggiudicatrici.

Non può sfuggire la considerazione che se la valutazione sulla gravità della irregolarità venisse rimessa alla stazione appaltante le decisioni in materia varierebbero pericolosamente senza certezza per gli operatori economici.

Sulla questione centrale, ovvero se il debito "contributivo" debba o meno considerarsi

come comprensivo di sanzione e interessi il giudice non ha, ovviamente, dubbi.

A tal proposito, infatti, in sentenza si legge che l'interpretazione patrocinata dalla ricorrente non persuade nemmeno nel merito ed infatti, rileva in contrario il Collegio che l'art. 80, co. 4, del d.lgs. n. 50/2016 dispone sul punto che "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", senonché l'art. 48-bis co. 1 fissa tale soglia di grave inadempimento ad euro 5.000 avendo cura di precisare che tale importo deriva dall'omesso "versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo" al predetto importo.

È sufficiente pertanto ad integrare la gravità della sanzione espulsiva di cui all'art. 80 co. 4 del codice dei contratti che l'ammontare "complessivo" di una o più cartelle di pagamento non pagate raggiunga l'importo di euro 5.000, come del resto conferma espressamente l'art. 3, co. 3, del Decreto del ministero dell'economia e delle finanze 18 gennaio 2008, n. 40 "Modalità di attuazione dell'art. 48-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602" a mente del

È sufficiente pertanto ad integrare la gravità della sanzione espulsiva di cui all'art. 80 co. 4 del codice dei contratti che l'ammontare "complessivo" di una o più cartelle di pagamento non pagate raggiunga l'importo di euro 5.000.



quale la segnalazione rivolta alle Amministrazioni che ne facciano richiesta, quindi anche le stazioni appaltanti, contenga l'indicazione dell'ammontare del debito del beneficiario per cui si è verificato l'inadempimento, "comprensivo delle spese esecutive e degli interessi di mora dovuti".

La logica conclusione è che in base alla disciplina vigente ai fini del computo della soglia di gravità dell'inadempimento agli obblighi contributivi debba tenersi conto della somma complessivamente considerata comprensiva di interessi e sanzioni.

2. Il principio di certezza del diritto

L'epilogo appena sintetizzato della sentenza in commento, secondo cui il debito deve essere considerato al lordo con sanzioni e interessi e queste/i non devono essere scorporati, risulta anche coerente con il principio di certezza, atteso che la "segnalazione dell'Agenzia delle Entrate non recava alcuna precisazione relativa al diverso titolo per il quale la somma complessivamente indicata era dovuta dalla ricorrente (capitale, sanzioni ovvero interessi), sicché qualora si ipotizzasse che, ai fini del calcolo della soglia di gravità, occorra detrarre dal computo le somme dovute per sanzioni ed interessi, l'Amministrazione sarebbe investita di un onere di indagine che aggraverebbe in modo considerevole il compito di verifica".

Senza considerare, inoltre, che gli interessi e le sanzioni, conclude la sentenza, "sono di norma proporzionali al tempo decorso dal momento in cui il pagamento dell'obbligo contributivo avrebbe dovuto essere eseguito, di modo che appare coerente tenerne conto ai fini della valutazione di gravità dell'inadempimento, in quanto costituiscono elementi atti a renderlo obiettivamente più rilevante".

3. La richiesta di rateizzazione e l'impegno a saldare il debito

Riveste altrettanto rilievo la recente sentenza del Consiglio di Stato sez. V, 942/2022 sull'intensità

e il valore della (sola) intervenuta richiesta di rateizzazione sul debito e sulla irregolarità (grave) rilevata attraverso le comunicazioni degli enti preposti.

La questione che viene affrontata dal giudice di Palazzo Spada è se la stazione appaltante (meglio sarebbe, il RUP) per ritenere l'irregolarità "sanata" debba acquisire dall'appaltatore anche il riscontro positivo da parte dell'Inail o, piuttosto, non sia sufficiente la sola presentazione dell'istanza/richiesta di rateizzazione.

Il Consiglio di Stato chiarisce come sia sufficiente la sola proposizione, entro i termini di scadenza della presentazione dell'offerta, dell'istanza di rateizzazione. È da questo "fatto" pertanto che la stazione appaltante deve dedurre una chiara e leale volontà dell'appaltatore di sanare l'irregolarità e di pagare il proprio debito.

4. La norma del codice

Il giudice rammenta che l'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nella parte in cui (nell'attuale formulazione) prevede che: *"Il presente comma [ovvero la causa di esclusione per irregolarità tributaria e previdenziale, n.d.s.] non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande"*.

Riveste altrettanto rilievo la recente sentenza del Consiglio di Stato sez. V, 942/2022 sull'intensità e il valore della (sola) intervenuta richiesta di rateizzazione sul debito e sulla irregolarità (grave) rilevata attraverso le comunicazioni degli enti preposti.



Più in particolare, prosegue il giudice, "posto che l'istanza di rateizzazione costituisce un impegno vincolante al pagamento dei contributi previdenziali, il dubbio interpretativo è se affinché l'impegno possa dirsi perfezionato sia sufficiente una valida istanza di rateizzazione ovvero sia

necessario che l'istanza sia accolta dall'ente creditore. () L'art. 80, comma 4, ult. periodo d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 già precedentemente trascritto prevede che prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande sia "perfezionato" l'impegno vincolante al pagamento".

Il perfezionamento – riferito dalla norma all'impegno vincolante e non alla procedura amministrativa che conduce alla dilazione dei termini di pagamento (art. 19 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602) - può dirsi compiuto, secondo il giudice, con la sola trasmissione di valida istanza di rateizzazione.

Risulta dirimente, a tal riguardo, anche la circostanza dell'intervenuta modifica dell'art. 80, comma 4, ultimo periodo, (dal d.l. n. 76 del 2020) in duplice senso:

- a) con la previsione, tra le situazioni di inapplicabilità della causa di esclusione per irregolarità tributaria e contributiva, dell'integrale estinzione del debito, oltre all'assunzione di impegno vincolante al pagamento e al pagamento stesso
- b) con la precisazione che i motivi di inapplicabilità devono essersi "perfezionati" anteriormente alla scadenza del termine di presentazione della domanda, laddove, in precedenza era usato il termine "formalizzata".

Secondo quanto si legge in sentenza, è proprio la duplice contestuale modifica, induce a ritenere che l'utilizzo del termine "perfezionati" al posto di "formalizzati" si sia reso necessario per comprendere con unica locuzione verbale l'esito richiesto (come necessario all'ammissione) di tutte le vicende prima richiamate e così del "pagamento", del "l'impegno vincolate" e dell' "estinzione".

D'altra parte, la modifica normativa non è, invece, ragione decisiva – prosegue il giudice -, per dire che ora sia necessario "per volontà di legge che all'impegno vincolante assunto dal debitore segua l'accettazione dell'ente creditore".

Non è affatto necessario, quindi, il riscontro positivo dell'ente creditore. Si tratta di due pronunce, in particolare la seconda, che ben può essere oggetto anche di chiarimento preventivo nella fase di redazione del bando/lettera di invito. Gli atti in parola, per intendersi, ben potrebbero avere la precisazione che l'eventuale irregolarità (grave) che altrimenti produrrebbe l'esclusione del concorrente può dirsi "sanata" in presenza di una (leale) richiesta di rateizzo ovviamente già presentata all'ente creditore prima del termine di scadenza di presentazione delle domande di partecipazione o di presentazione dell'offerta.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 28/2/2022, n. 1421

"presupposto logico del principio di rotazione è l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione"

"... la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito il significato e la portata di tale principio - che trova affermazione all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 - ponendo in risalto che "Il principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 1, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755)" (Cons. Stato, V, 15 dicembre 2020, n. 8030; cfr. anche Id., VI, 4 giugno 2019, n. 3755, in cui si pone in risalto la ratio del principio, volto a evitare "la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti"; Id., V, 12 giugno 2019, n. 3943, per cui il principio "è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente"; Id., V, 31 marzo 2020, n. 2182).

Presupposto della sua applicazione è che venga in rilievo un affidamento diretto o comunque ristretto, atteso che "Deve ritenersi che l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti sia limitata alle procedure negoziate" (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1515; III, 25 aprile 2020, n. 2654; V, 5 novembre 2019, n. 7539; nello stesso senso, cfr. anche le Linee Guida n. 4 dell'Anac, approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, da ultimo aggiornate con delibera n. 636 del 10 luglio 2019, spec. par. 3.6).

In tale contesto, "indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524)" (Cons. Stato, n. 8030 del 2020, cit.); occorre, in particolare, che l'oggetto presenti continuità fra i vari affidamenti in relazione alle prestazioni principali assegnate (cfr. Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524, che pone l'accento sulla "identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime"; Id., V, 17 marzo 2021, n. 2292).

Al contempo, il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvitto al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente (inter multis, cfr. Cons. Stato, n. 2182 del 2020, cit.; Linee Guida n. 4 dell'Anac, spec. par. 3.7)."

TAR Lombardia, Sez. IV, 26/02/2022, n. 482

Principio di rotazione e avvalimento

“... il criterio di rotazione previsto dal legislatore, espressamente richiamato dalla stazione appaltante nella lex specialis della gara (come riportato al punto 1 della trattazione in fatto), coerentemente con quanto già previsto dall’art. 36 D. Lgs. 50/2016 per le procedure “sotto soglia”, si riferisce specificamente, ed esclusivamente, agli inviti a partecipare alla procedura negoziata (l’art. 36, contemplando anche ipotesi di affidamento diretto, lo estende per l’appunto agli affidamenti). In virtù di tale principio, dunque, gli operatori, che abbiano partecipato a una precedente procedura di selezione avente ad oggetto un dato servizio, non potranno essere invitati nella gara successiva, riguardante il medesimo servizio.

Non vi è invece alcun addentellato normativo che consenta di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avvalimento. In tale fattispecie, invero, il soggetto beneficiario dell’invito, e per ipotesi dell’aggiudicazione, non coincide con l’ausiliaria, bensì con la ditta invitata.”

TAR Toscana, Sez. I, 25/02/2022, n. 228

“Il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto”

“Il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto.

Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14, ha chiarito che il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza che ne derivano ostano a che, dopo l’aggiudicazione di un appalto pubblico, l’amministrazione aggiudicatrice e l’aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che tali disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell’appalto iniziale.

Ciò avviene, ha stabilito la Corte, solo quando le modifiche previste hanno l’effetto: a) di estendere l’appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l’equilibrio economico contrattuale in favore dell’aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l’aggiudicazione dell’appalto, nel senso che, «se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un’altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi.

I principi affermati dalla Corte di Giustizia hanno trovato attuazione nelle direttive e poi nella disciplina interna prevista dal codice dei contratti pubblici il quale, in particolare, all’art. 106 ha fra l’altro esemplificato quelle che sono le modifiche sostanziali incompatibili con la trasparenza e la par condicio e ammesso in via generale quelle modifiche il cui valore resti al di sotto del 10% salvo che alterino la natura complessiva del contratto.”

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24/2/2022, n. 1308

Ambito di applicazione del soccorso istruttorio

“... il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l’ambito applicativo dell’istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di ‘caccia all’errore’ nel confezionamento

della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure.

All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante.

L'attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell'estendere l'ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo».

Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all'offerta economica e all'offerta tecnica», e dalla «carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato.

Resta fermo che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione (alla data di presentazione della domanda) non è sanabile e determina l'esclusione dalla procedura di gara."

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/02/2022, n. 1234

I servizi di natura intellettuale

"La giurisprudenza del Consiglio di Stato (di recente si veda Cons. Stato, V, 12 febbraio 2021, n. 1291) ha avuto modo di evidenziare che «in coerenza alla ratio dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici ciò che differenzia la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l'impossibilità di calcolarne il costo orario» e che non può essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che «ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali» o che «non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate» (cfr. Cons. Stato, III, 19 marzo 2020, n. 1974). Per servizi di natura intellettuale si intendono pertanto quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse; mentre va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati (Cons. Stato, V, 28 luglio 2020, n. 4806, nonché la citata V, n. 1291 del 2021)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 15/02/2022, n. 1108

L'affidamento diretto previsto dal c.d. decreto semplificazioni non presuppone una particolare motivazione né l'esperimento di indagini di mercato o di consultazioni di operatori economici

"il ricordato decreto legge n. 76 del 2020, in forza delle cui disposizioni è avvenuto l'affidamento contestato, ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea (in quanto applicabile agli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro il 31 luglio 2021, termine

da ultimo poi prolungato fino al 30 giugno 2023, in forza dell'art. 51 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77) e derogatoria del Codice dei Contratti pubblici, prevedendo per appalti di modico valore forme procedurali semplificate e più "snelle" al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi, fermo il rispetto dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016; ciò sul presupposto che l'efficacia della spesa pubblica, specie in caso di maggiore rapidità della sua erogazione, possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia. ... In particolare, per quanto di interesse, il c.d. Decreto semplificazioni ha previsto la possibilità di utilizzare la procedura dell'affidamento diretto - che il codice riserva invece ai soli affidamenti sotto soglia fino ad euro 40.000,00 - ad affidamenti fino a €. 150.000,00 per i lavori e fino alle soglie di legge (art. 35 del d.lgs. n. 50 del 2016) per servizi e forniture.

Il ricorso a tale procedura semplificata non presuppone una particolare motivazione né l'esperimento di indagini di mercato o di consultazioni di operatori economici (infatti non è neppure previsto l'obbligo di richiedere preventivi).

Infatti, come emerge dalla comparazione tra la lettera a) e la lettera b) comma 2 dell'art. 1 del d.l. 76/2020 - vigente al momento dell'assunzione dei provvedimenti impugnati - nell'ipotesi di affidamento diretto è riservata alla stazione appaltante la scelta discrezionale del contraente, senza che sia necessaria la previa consultazione di un certo numero di operatori economici, da individuarsi tramite indagini di mercato o elenchi, essendo ciò espressamente previsto solo per la diversa procedura negoziata senza bando di cui alla lettera b).

Del resto tale è il regime previsto, nel caso di affidamenti di importo inferiore a euro 40.000,00 di cui all'art. 36 del Codice dei Contratti pubblici, secondo cui le amministrazioni appaltanti possono procedere "mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici", laddove la formulazione originaria parlava di "affidamento diretto adeguatamente motivato": con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ("Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50") il legislatore ha eliminato il riferimento all'adeguata motivazione, prevedendo inoltre un affidamento non necessariamente preceduto da un confronto competitivo tra aspiranti e rimesso a una diretta individuazione dell'affidatario da parte della stazione appaltante."

TAR Lazio Roma, Sez. IV, 14/2/2022, n. 1742

Modalità di qualificazione in caso di partecipazione in RTI

"1) per principio generale, ai fini della partecipazione alla gara e dell'esecuzione dei relativi lavori è sufficiente che il concorrente sia qualificato nella categoria prevalente e per una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori. In caso di aggiudicazione, il concorrente potrà eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorché privo delle relative qualificazioni (art. 12, comma 2, lett. a) del DL 47/2014). In tale ipotesi, il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste un carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche, dell'impresa concorrente;

2) la deroga riguarda l'ipotesi in cui le categorie indicate come scorporabili rientrano in determinate tipologie di opere "specialistiche", per le quali la normativa di riferimento richiede la c.d. "qualificazione obbligatoria". Tali opere non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione, ma "le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni" (cfr. art. 12, comma 2, lett. b) del DL 47/2014, convertito con legge 80/2014)."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 5 del 12 gennaio 2022
PREC 222/21/S**

"Al fine di garantire il possesso delle risorse umane e tecniche e la necessaria esperienza per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità, spetta alla stazione appaltante coerentemente con le prescrizioni fornite nella lex specialis di gara verificare l'effettivo possesso dei requisiti richiesti."

"... l'art. 83 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. stabilisce che le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti atti a garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità e l'allegato XVII del Codice prevede che la capacità tecnico-organizzativa dei concorrenti possa essere provata mediante un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari pubblici o privati;"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 8 del 12 gennaio 2022
PREC 237/2021/F**

"Negli affidamenti diretti è corretto che la stazione appaltante proceda al confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi generali di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016"

"VISTO quanto espresso dall'Anac a proposito degli affidamenti diretti nel proprio "Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76", per cui «deve continuare a essere considerata una best practice la scelta della stazione appaltante di acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari e di procedere al confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici... rientra nell'esercizio della discrezionalità della S.A. determinare le modalità attraverso cui individuare il proprio contraente diretto, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016;"

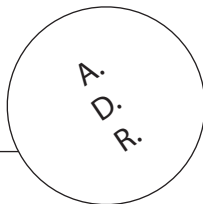
Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 9 del 12 gennaio 2022
PREC 240/2021/L**

"Qualora l'appalto non sia suddiviso fra prestazione principale e prestazione secondaria, la partecipazione in forma di raggruppamento è ammissibile solamente nella forma dell'ATI orizzontale"

"L'orientamento giurisprudenziale prevalente afferma infatti che la partecipazione di RTI verticali ad una gara sia ammissibile solo nel caso in cui la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti

di gara, con chiarezza, le prestazioni principali e quelle secondarie ai sensi dell'art. 48, co. 2 del d.lgs n. 50/2016 (cfr. Cons. Stato sez V, 5 aprile 2019, n. 2243), non potendosi rimettere all'autonomia dei privati la scelta delle prestazioni da svolgere, tenuto conto del differente regime relativo alla responsabilità che si applica alle ATI verticali. Perché tale partecipazione possa ritenersi ammissibile, l'oggetto dell'appalto deve dunque riguardare «prestazioni e tipologie di servizi effettivamente autonome e specifiche, differenziabili e scorporabili, tanto da poter essere svolte da soggetti distinti, dotati di determinati requisiti di qualificazione, idonei allo svolgimento di quelle particolari prestazioni che costituiscono secondo la stazione appaltante, valore secondario» (Cons. Stato, 21 gennaio 2019, n. 519; Tar Lazio, 19 settembre 2019, n. 11104). In assenza di una esatta indicazione negli atti di gara di una attività principale ed una secondaria non è possibile concorrere alla gara in RTI verticale ma solo orizzontale, dove tutti i componenti assumono la responsabilità solidale nell'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto della procedura (Cons. Stato, 22 ottobre 2018, n. 6032);”

A Domanda Rispondiamo



1

Quali i compensi dei componenti delle commissioni giudicatrici?

Le tariffe professionali non sono applicabili al di fuori dei casi in cui si attinge ai relativi albi di professionisti per acquisire esperti esterni. Diversamente infatti, si tratterebbe di attività svolte da "funzionari onorari" con compenso di natura indennitaria (cfr. TAR, Puglia-Bari, sez. I, sentenza 03/11/2009 n. 2591, Cons. Stato, Sezione quinta, decisione 26 marzo 2009 n. 1807, Corte di cassazione Sentenza 19 novembre 2014, n. 24654) e la determinazione dovrebbe tener conto della complessità dell'appalto e del numero delle offerte.

Per i membri "esterni" ma dipendenti di Pubbliche Amministrazioni si possono prevedere:

- convenzioni, più o meno stabili, con rimborso alla PA di appartenenza del costo del dipendente utilizzato in orario di lavoro;
- incarichi autonomi, autorizzati dalla PA di appartenenza, con compenso stabilito di comune accordo e svolgimento delle attività fuori dall'orario di lavoro.

2

L'offerta al rialzo sui singoli prezzi unitari è sempre causa di esclusione?

Per costante giurisprudenza l'indifferenza per la stazione appaltante delle singole voci di costo a favore della esclusiva rilevanza del quantum dell'offerta economica complessiva, sussiste solo per le offerte economiche a corpo, nelle quali l'elemento essenziale della proposta economica è esclusivamente l'importo finale, e non le voci di costo che hanno concorso a formarlo, che restano, pertanto, fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e quindi del contratto da stipulare, il quale copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali.

Tuttavia, "attualmente la possibilità di dare rilevanza alle singole voci di costo offerte e di disporre l'esclusione delle offerte in aumento anche per dette singole voci, previa predisposizione di un'adeguata clausola nella lex specialis, non può ritenersi contrastante con l'art. 59 comma 4 lett. c), del d.lgs. 50/16, sia perché la norma non la vieta, sia in quanto la stessa norma, declina l'espressione "offerte" al plurale, in tal modo potendosi agevolmente riferire alle offerte riferite alle singole voci di cui si compone un appalto che la stazione appaltante, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, abbia strutturato anche valorizzando i prezzi unitari."

3

Quale il discrimine tra il subappalto e i contratti continuativi di cooperazione di cui all'art. 105 c.3 lett. c-bis)?

Se il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto (comma 2), i contratti di cooperazione continuativa, di converso, non hanno ad oggetto la prestazione affidata ma quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto.

In questa prospettiva il difetto di qualsiasi elemento della fattispecie descritta all'art. 105, comma 3, lett. c-bis), comporterebbe l'applicazione integrale della disciplina sul subappalto; e in particolare di quanto previsto dall'art. 105, comma 4, lett. c) (secondo cui «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché (...) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare»). Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12.04.2021 n. 2962.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che in fase di stipula, la produzione di contratti preesistenti nei casi dei contratti continuativi abbia il solo fine di scongiurare il rischio di elusione della normativa in materia di subappalto, evitando quanto la norma prevede all'uopo, ossia la previa indicazione di ricorso al subappalto in fase di offerta e la successiva autorizzazione della stazione appaltante in merito.

4

Chi risponde dei danni causati dal lavoratore in somministrazione?

Nella normativa che regola la somministrazione, il lavoratore non risponde al suo datore di lavoro (l'agenzia) dei danni arrecati durante l'esecuzione della prestazione, ma a chi assume nei suoi confronti il potere decisionale e di controllo. I danni del lavoratore sono a carico di chi ha i poteri direttivi e di controllo. In questo caso specifico, l'azienda utilizzatrice.

A conferma di ciò è intervenuta la Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 31889 del 06.12.2019, afferma che, ai sensi dell'art. 2049 c.c., è l'azienda utilizzatrice a rispondere dei danni causati dal personale in somministrazione, posto che al momento della commissione dell'illecito il lavoratore risulta inserito nella struttura organizzativa e posto sotto il controllo dell'impresa che si giova delle relative prestazioni.

L'azienda utilizzatrice può evitare di dover pagare i danni causati da comportamenti sbagliati o pericolosi dei lavoratori in somministrazione potrebbero concordare preventivamente, come ammette la Corte di Cassazione, delle clausole di responsabilità contrattuale, sia per danni alla stessa impresa utilizzatrice sia per danni a terzi. Clausole che devono essere controbilanciate da un corrispettivo economico o da altri vantaggi contrattuali per l'agenzia.

5 È consentita la sostituzione plurima dell'ausiliaria ai sensi dell'art. 89 comma 3 del codice?

Il Tar Piemonte, con sentenza del 19 novembre 2020, n. 742, ha chiarito espressamente che l'istituto della sostituzione dell'ausiliaria "risponde alla esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso" (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2527/2018; conformi Tar Salerno, sez. I, sent. n. 2272/2019, Cons. stato, sez. V, sent. n. 2551/2020)".

Il Tar ha poi escluso che gli eventuali limiti all'applicazione di tale istituto, possano essere ricavati in via interpretativa, risultando anzi contrari alla ratio stessa dell'istituto, ispirato al noto principio generale del favor participationis, escludendo chiaramente la sussistenza di un qualche limite alla possibilità di plurime sostituzioni dell'impresa ausiliaria.

6 Quando è possibile l'aggiudicazione in favore di una sola offerta congrua e conveniente?

Il Codice odierno non fissa alcun criterio specifico, lasciando – apparentemente – alle Stazioni appaltanti un margine maggiore di autonomia, nel caso in cui sia presentata una sola offerta (valida) ovvero quando siano presentate meno di tre offerte, cioè nei casi in cui la concorrenza è assente (primo caso) ovvero sia alquanto limitata. Orbene, richiamando le disposizioni del vigente Codice in precedenza citate e leggendole in combinato disposto con l'art. 69 del R.D. n. 827, appare ammissibile per il committente – a condizione che preveda espressamente nel bando la relativa opzione – riservarsi la facoltà di procedere ugualmente all'aggiudicazione nel caso in cui sia stata presentata una sola offerta valida; parimenti, potrà decidere di non dare corso all'iter di aggiudicazione, nel caso in cui siano state presentate meno di tre offerte. Naturalmente, laddove il bando nulla stabilisce, la Stazione appaltante – nel caso di unica offerta – non potrà affidare l'appalto al soggetto offerente, mentre nel caso di due sole offerte dovrà dare corso all'iter di gara, in assenza di altre cause preclusive, fatte salve le prerogative concesse dal citato art. 95, comma 12.

7 Quale la modalità di determinazione dell'importo contrattuale della cauzione definitiva nel caso di affidamenti di servizi di mutuo?

La problematica viene approfondita nella richiesta di parere Anac del 21/12/2011, da cui si evince che lo stesso Codice prevede, per gli appalti pubblici di servizi bancari e altri servizi finanziari, che il valore da assumere come base di calcolo del valore stimato dell'appalto corrisponde alla somma degli onorari, delle commissioni, degli interessi e delle altre forme di remunerazione.

Pertanto, se la cauzione provvisoria deve essere calcolata sul "prezzo base indicato nel bando", non altrettanto agevolmente pare potersi ricavare che l'importo contrattuale di cui alla cauzione definitiva corrisponda alla medesima cifra, soprattutto negli appalti che hanno ad oggetto un servizio finanziario, nella specie di mutuo.

Lo stesso parere Anac ritiene, dunque, che la dizione "importo contrattuale" derivi semplicemente da un mancato adeguamento della disciplina dei lavori alla estensione, operata dal Codice dei contratti pubblici, ai servizi e alle forniture e non abbia tenuto presente le peculiarità dei servizi

finanziari, confermando sicuramente la richiesta di una cauzione definitiva nella misura del 10% dell'importo del servizio, così come calcolato in via estimativa, secondo i parametri del Codice dei contratti pubblici.

In conclusione, nel caso in cui oggetto della gara di appalto sia un servizio bancario e finanziario e, nella specie un contratto di mutuo, appare ragionevole sostenere che l'importo della cauzione definitiva del Codice dei contratti pubblici debba essere commisurato al valore da assumere come base di calcolo del valore stimato dell'appalto, poiché l'espressione "importo contrattuale" sul quale deve essere calcolata la percentuale di garanzia definitiva, non fa riferimento all'oggetto della prestazione, bensì, più esattamente, all'oggetto del contratto, ossia al servizio di mutuo reso.

Il tutto si basa sulla distinzione tra oggetto del contratto e oggetto della prestazione, il primo coincide con l'importo del prestito, il secondo coincide con il costo, richiesto quale corrispettivo, che la stazione appaltante deve sostenere per avvalersi di un servizio finanziario.

La quantificazione della “garanzia definitiva” ex articolo 103 del D. Lgs. N. 50/2016 ss.mm.ii. nel caso di affidamento di servizi di somministrazione di lavoro.



IN
PIL
LOLE

a cura di Domenico Manno

Per una corretta ricostruzione della questione si ritiene necessario partire dall'esame di due norme specifiche del Codice dei Contratti Pubblici, l'art. 103 che disciplina le "Garanzie definitive" e l'art. 35, che nei commi 4 e 7, che invece riguarda le "Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti".

L'**art. 103** sancisce espressamente che "L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva" a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, **pari al 10 per cento dell'importo contrattuale** e tale obbligazione è indicata negli atti e documenti a base di affidamento di lavori, di servizi e di forniture.

Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è indicato nella misura massima del 10 per cento dell'importo contrattuale. **Al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione del contratto nei termini e nei modi programmati in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al dieci per cento la**

garanzia da costituire è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento. Ove il ribasso sia superiore al venti per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al venti per cento. La cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore. La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione. La stazione appaltante può richiedere al soggetto aggiudicatario la reintegrazione della garanzia ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; in caso di inottemperanza, la reintegrazione si effettua a valere sui ratei di prezzo da corrispondere all'esecutore. Alla garanzia di cui al presente articolo si applicano le riduzioni previste dall'articolo 93, comma 7, per la garanzia provvisoria".

Si tenga sempre presente che la mancata costituzione della garanzia definitiva o, la costituzione in misura inferiore all'importo richiesto, determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della Stazione Appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria.

L'art. 35, invece, al comma 4, così recita: "Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto".

Precisando al comma 7 che: "Il valore stimato dell'appalto è quantificato al momento dell'invio dell'avviso di indizione di gara o del bando di gara o, nei casi in cui non sia prevista un'indizione di gara, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di affidamento del contratto".

Orbene, il caso concreto sottoposto all'attenzione di chi scrive è inerente la determinazione del quantum della garanzia definitiva in una gara di **servizi di somministrazione di lavoro**, in cui l'aggiudicataria ha espresso un ribasso pari al 32%.

Nello specifico, tra la Stazione Appaltante e l'aggiudicataria si discute sulla corretta applicazione dell'art. 103 del Codice e, conseguentemente, sul corretto ammontare della cauzione, laddove la Stazione Appaltante, considerato che la percentuale di ribasso offerta è di gran lunga superiore al 10%, richiede una cauzione definitiva pari al 44% dell'importo contrattuale, facendo rientrare in esso anche la manodopera non soggetta a ribasso e incrementandola dei punti oltre il 10% come previsto dalla norma.

L'aggiudicataria, al contrario, portando a suo sostegno la delibera n. 1174 del 15/11/2017

dell'ANAC, si fa portatrice della differente tesi, secondo cui pur non essendoci dubbi sulle modalità di determinazione del valore percentuale come determinato dalla Stazione Appaltante (a fronte di un ribasso del 32% ha calcolato 10 punti percentuali da 0 a 10%, cui ha sommato altri 10 punti percentuali da 11 a 20 e due punti percentuali per ogni ulteriore punto superiore al 21% e sino al raggiungimento dell'effettivo ribasso presentato).

Arrivando così alla stessa determinazione della Stazione Appaltante in merito alla percentuale da applicarsi ai fini della cauzione definitiva (44% dell'importo contrattuale), ma partendo dal presupposto differente che di quell'importo contrattuale faccia parte solo la parte ribassabile dell'appalto e non già anche il costo della manodopera che rimane una voce fissa.

Applicando, così, il 44% solo sul base d'asta effettivamente soggetto a ribasso e, quindi, sulla fee di agenzia, ritenendo, a suo dire sulla base di quanto affermato dall'ANAC, che allorquando vi sia nel quadro economico una voce non ribassabile, come avviene proprio nelle gare di somministrazione lavoro, con riferimento al costo del personale, non si debba tener conto di tale voce, in quanto quell'importo fisso sarà sempre dovuto all'Appaltatore, a prescindere dalla percentuale di ribasso offerta.

A diversa conclusione arriva la Stazione Appaltante, supportando la propria tesi con una pronuncia del Consiglio di Stato, Sentenza n. 1866/2014 e ritenendo che la pronuncia giurisprudenziale pur affrontando la tematica della congruità delle giustificazioni presentate in sede di gara, chiarisce, senza alcuna ombra di dubbio, che: "...le norme del codice appalti (...) escludono chiaramente che dalla copertura cauzionale, appunto da determinare in base al valore dell'appalto, potessero o possano essere sottratte le retribuzioni che l'agenzia è tenuta a corrispondere ai lavoratori messi a disposizione della stazione appaltante, e dalla quale essa riceve le somme corrispondenti...".

E ancora "...il corrispettivo del contratto di somministrazione di manodopera è rappresentato non solo dall'attività di intermediazione dell'agenzia nel reperimento dei lavoratori, ma anche dal regolare pagamento delle retribuzioni a quest'ultimi dovute, il cui corrispondente importo viene messo, appunto, a disposizione

della stazione appaltante quale onere finanziario sostenuto per coprire il rischio dell'inadempimento a parte dell'agenzia che - somministra - la manodopera...".

Pertanto, "...Se, dunque, corrisponde al vero che le retribuzioni dei lavoratori non possono essere soggette al ribasso e che quest'ultimo avrebbe in sostanza inciso sull'utile dell'intermediazione, prevale, tuttavia, ai fini del decidere, la considerazione che le retribuzioni in argomento indiscutibilmente fanno parte dell'importo -pagabile- dalla stazione appaltante...".

In conclusione "...Vanno quindi considerate una componente del valore del contratto e, cioè, l'importo contrattuale sul quale deve essere determinato l'entità della polizza fideiussoria che garantisce la cauzione definitiva...".

Anche l'ANAC interrogata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (Interpello n. 487) sulla corretta interpretazione degli articoli 75 e 113 del D. Lgs. 163/2006 (il cui testo ritroviamo oggi negli articoli 93 e 103 del D. Lgs. 50/2016) nei servizi di somministrazione di lavoro, ha avuto modo di chiarire che: "...La cauzione definitiva invece - contemplata nell'art. 113 del Codice - copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento e viene, dunque, prestata a garanzia di tutte le obbligazioni - anche accessorie - del contratto d'appalto. Pertanto tale garanzia copre anche gli inadempimenti derivanti dall'inosservanza delle norme e delle prescrizioni dei contratti collettivi, nonché la violazione di quelle disposizioni poste a tutela, protezione sicurezza, assistenza ed assicurazione dei lavoratori (come anche precisato nel nuovo regolamento attuativo). È quanto può evincersi anche dalla determinazione dell'Autorità n. 7/2004, a tenore della quale - la garanzia *de qua* garantisce, dunque, l'adempimento di tutte le obbligazioni dedotte in contratto e perciò anche di quelle che comportano prestazioni da parte dell'appaltatore nei confronti di terzi al cui adempimento l'Amministrazione è comunque interessata sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico generale -...".

Conclude, sempre l'ANAC: "...Occorre sottolineare, peraltro, che l'ammontare della cauzione definitiva è strettamente legato alle condizioni di aggiudicazione, in quanto calcolato in base all'importo contrattuale ed al ribasso offerto in

sede di gara, secondo il meccanismo indicato nel comma 1 dell'art. 113 del Codice; disposizione che definisce analiticamente anche le modalità di presentazione della garanzia stessa...".

Lo scrivente nel far propria la ricostruzione effettuata dalla Stazione Appaltante, fa anche rilevare che il richiamato parere di precontenzioso dell'ANAC (delibera n. 1174 del 15/11/2017) da parte dell'aggiudicatario non porta a diversa e differente conclusione.

Si ritiene, infatti, che l'ANAC, nella ridetta delibera, non chiarisca che allorquando vi sia una voce non ribassabile, qual è quella della manodopera, il calcolo dell'importo della cauzione definitiva va effettuato unicamente sulle voci costituenti la base d'asta. Anzi, nei vari "Considerato", l'ANAC richiama come unico metodo di calcolo valido per la determinazione della cauzione definitiva quello sancito dall'art. 113 del D. Lgs. 163/2016 (oggi art. 103 del D. Lgs. 50/2016) da applicarsi correttamente sull'importo contrattuale (importo riveniente dalla sommatoria delle voci ribassabili e delle voci fisse).

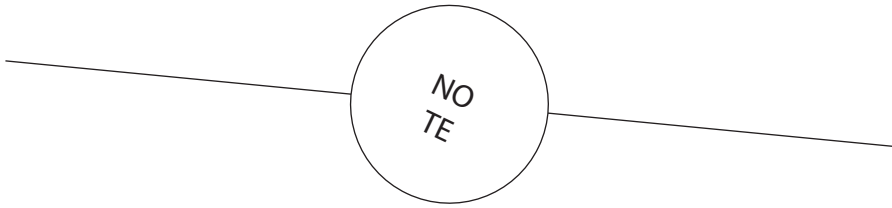
Nella fattispecie analizzata, l'ANAC si limita a evidenziare che nella determinazione della cauzione definitiva effettuata dal Comune di Vibo Valentia c'è un errore "*ictu oculi*" di calcolo. Dallo specchio degli importi, infatti, si deduce con facilità che se l'importo contrattuale di aggiudicazione della B.A.M.R. è di € 178.637,89, sottraendo a tale importo le due voci fisse non soggette a ribasso (manodopera e costi della sicurezza) avremmo un prezzo ribassato, sull'unica voce ribassabile, di € 32.213,39, pari ad un ribasso, più o meno, del 9.80%. Si desume, pertanto, che il valore della cauzione definitiva doveva essere determinata nella misura del 10% del valore contrattuale e, pertanto, in € 17.863,78.

In ciò, l'errore di calcolo della Stazione Appaltante. Altro, sinceramente, da tale parere di precontenzioso, non è dato rilevare.

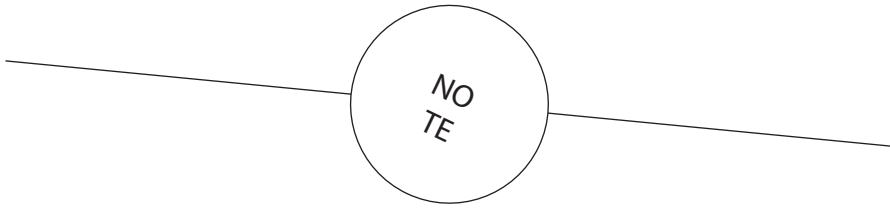
Relativamente alla possibile contestazione circa l'inconferenza della pronuncia del Consiglio di Stato citata, in quanto costituirebbe caso isolato e soprattutto, risulterebbe un precedente superato dalla delibera di precontenzioso dell'ANAC, piace far rilevare che mentre il Consiglio di Stato fa "Giurisprudenza", l'ANAC assolutamente no.

In particolare si rammenta che relativamente ai pareri di precontenzioso dell'ANAC, anche nel nuovo Codice, si prevede la vincolatività degli stessi per le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito. Appare significativo, come il Consiglio di Stato abbia sentito l'esigenza di specificare che l'istituto di precontenzioso, non è un processo né può essere un nuovo grado di giudizio, evidenziandone il carattere spiccatamente volontario della disciplina. Tale carattere, comporta allo stesso tempo che, l'efficacia dell'istituto venga limitata alle sole parti che lo abbiano richiesto, non potendosi estendere ad altri soggetti terzi.

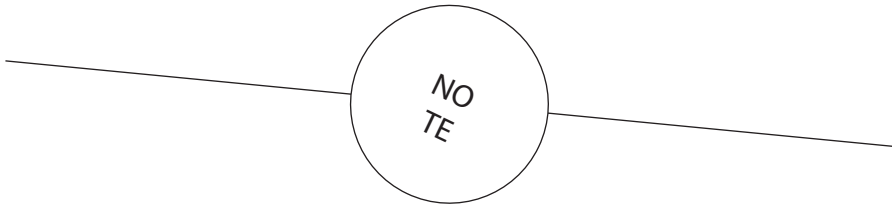
In mancanza, pertanto, di un auspicato intervento legislativo che possa eliminare qualsiasi dubbio e/o incertezza in ordine alle modalità di corretta individuazione dell'importo contrattuale su cui applicare la percentuale scaturente dal ribasso offerto in ossequio alle modalità sancite dall'art. 103 del Codice, si ritiene che l'unica interpretazione possibile sia quella effettuata dal Consiglio di Stato nella sua pur datata sentenza n. 1866/2014.



A series of 20 horizontal dotted lines, evenly spaced, providing a guide for handwriting practice.



A series of 18 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

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

**Medi
Graphic**

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

i seminari in programma 2022

SEMI
NA
RI

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

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

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

marzo
2022

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

**La disciplina nel caso di subentro di amministrazioni coinvolte nell'appalto
(Corte dei Conti, sez. regionale Sardegna, deliberazione n. 1/2022)**

Premessa

1. L'analisi
2. La gestione contabile degli incentivi
3. Il riscontro
4. Conclusione

3

**Incarichi di progettazione senza copertura dell'opera:
lo stato dell'arte secondo la Corte dei Conti
(Corte dei Conti, sezione Lombardia, deliberazione n. 270/2021)**

Premessa

1. L'istruttoria
2. I principi contabili
3. Prenotazione e impegno di spesa
4. La legislazione "Sblocca Cantieri"
5. Una deroga utile anche per il PNRR
6. Il parere

7

**Il controllo interno sull'attività contrattuale
(Corte dei Conti, sezione regionale Emilia Romagna, deliberazione n. 2/2022)**

Premessa

1. Il rilievo della sezione
2. Sintesi del problema

13

La disciplina nel caso di subentro di amministrazioni coinvolte nell'appalto

Premessa

Anche il 2022 si apre con un consueto quesito in tema di incentivi per funzioni tecniche di cui all'articolo 113 del Codice dei contratti (in questo caso il quesito è stato posto alla sezione regionale della Sardegna). Materia, quella degli incentivi appunto, che sta registrando – come si è già detto anche nel pregresso Osservatorio (di fine anno 2021) -, delle aperture sostanziali nel senso dell'erogabilità anche se sono stati omessi necessari passaggi formali.

Nel caso di specie, alla sezione regionale in parola viene posto il quesito sulla gestione/disciplina degli incentivi nel caso di subentro di diverse amministrazioni (interessante all'appalto).

Più nel dettaglio, il Sindaco del comune interessato chiede se "l'Amministrazione che ha avviato la procedura di gara con la determinazione a contrarre, approvando il quadro economico dell'appalto e determinando la percentuale di incentivi spettante, può condizionare tale quantificazione nei confronti dell'Amministrazione subentrante, oppure se ogni Amministrazione può decidere in funzione della sua porzione di attività, consentendo, pertanto all'Amministrazione subentrante di rivedere il quadro economico dell'appalto e rideterminare, per la sua parte di attività, il valore della percentuale di incentivi spettante ai propri dipendenti (Responsabile Unico del Procedimento e Direttore dell'Esecuzione) in applicazione dell'art. 113 e del proprio regolamento sugli incentivi".

1. L'analisi

L'analisi condotta dal collegio ribadisce i presupposti fondanti perché si possa giungere ad una corretta liquidazione di incentivi.

In particolare si rammentano anche i recenti interventi del Consiglio di Stato (in sede consultiva parere 145/2021 sullo Schema di decreto recante "Regolamento recante norme per la ripartizione dell'incentivo per le funzioni tecniche, di cui all'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili).

Anche in questo caso, come praticamente in ogni intervento della Corte dei Conti, si è ribadita l'esigenza di rispettare l'ordine temporale e logico fondato sulla priorità del regolamento rispetto all'accordo in sede di contrattazione decentrata integrativa sugli specifici criteri di ripartizione del fondo.

Compito del regolamento interno è quello di individuare le percentuali per ciascuna delle attività (lavori, servizi e forniture) ed esse costituiscono il presupposto logico per la fissazione in sede di contrattazione integrativa dei coefficienti per il calcolo dell'incentivo in funzione dei carichi di lavoro, dei differenti livelli di responsabilità e della complessità degli appalti.

Detta disciplina propedeutica è, come noto, essenziale visto che si tratta di "suddividere" dei compensi "volti a remunerare prestazioni tipiche di soggetti individuati e individuabili, direttamente correlati all'adempimento dello specifico compito affidato ai potenziali beneficiari dell'incentivo" (Sezione delle Autonomie, delibera n. 6/2018/QMIG). Una sorta, si legge in delibera, di compenso premiale che si aggiunge alla retribuzione ordinaria che consente di derogare al principio "della omnicomprensività (...)" e che viene riconosciuto "a dipendenti specificamente individuati in funzione dello svolgimento di prestazioni altamente qualificate che, ove fossero svolte invece da soggetti esterni, sarebbero da considerare prestazioni libero-professionali, con conseguente incremento dei costi in termini di incarichi e consulenze a valere sul bilancio dell'ente pubblico (cfr. Sezione controllo Lazio, n. 60/2020/PAR; Sezione delle Autonomie, n. 10/2021/QMIG)".

2. La gestione contabile degli incentivi

Il Collegio rammenta anche il principio contabile (post modifica intervenuta grazie alla commissione Arconet che ha adeguato il paragrafo 5.2 del principio contabile 4/2 modificato (principio applicato della contabilità finanziaria) puntualizzando che "Gli impegni di spesa riguardanti gli incentivi per le funzioni tecniche di cui all'articolo 113 del d.lgs. 50 del 2016 (...) sono assunti a carico degli stanziamenti di spesa riguardanti i medesimi lavori, servizi e forniture cui si riferiscono, nel titolo II della spesa ove si tratti di opere o nel titolo I, nel caso di servizi e forniture. L'impegno è registrato, con imputazione all'esercizio in corso di gestione, a seguito della formale destinazione al fondo delle risorse stanziato in bilancio, nel rispetto dell'articolo 113, comma 2 e seguenti ed è tempestivamente emesso il relativo ordine di pagamento a favore del proprio bilancio, al Titolo terzo delle entrate (...) Fondi incentivanti il personale (legge Merloni). La spesa riguardante gli incentivi tecnici è impegnata anche tra le spese di personale, negli stanziamenti riguardanti il fondo per la contrattazione integrativa, nel rispetto dei principi contabili previsti per il trattamento accessorio e premiale del personale".

3. Il riscontro

Ulteriore questione, per giungere al riscontro, affrontata dalla sezione è stata quella di individuare la corretta configurazione di amministrazione aggiudicatrice dell'appalto.

In relazione a questa tematica, il legislatore ha stabilito "un vincolo tra la responsabilità derivante dalla gestione della procedura di selezione del contraente, connessa alla realizzazione dell'intervento e alla erogazione della spesa finale, e la **potestà regolamentare esercitata in ordine alla quantificazione degli incentivi tecnici**".

Risulta dirimente, in relazione al quesito, affermare che la semplice determina a contrarre non individua l'amministrazione aggiudicatrice. La determina a contrarre infatti – secondo una costante affermazione anche giurisprudenziale –, "è strumento che consente all'amministrazione di esternare la propria volontà di rivolgersi al mercato per l'acquisizione di beni, lavori o servizi; essa non ha tuttavia efficacia provvedimentale, risultando atto inidoneo a costituire, in capo a terzi, posizioni di interesse qualificato e, peraltro, il suo carattere endoprocedimentale non la rende suscettibile di autonoma impugnazione (TAR Campania, Sez. V, 5/9/2018 n. 5380)". Il quadro economico dell'intervento da realizzare, comprensivo della percentuale per gli incentivi tecnici spettanti ai dipendenti, seppure già incluso nella determina a contrarre come previsto dall'art 16 del dPR n. 207 del 2010 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), vigente nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies del D.lgs. 50/2016, viene poi "predisposto con progressivo approfondimento in base al livello di progettazione al quale si riferisce ed è suscettibile di variazioni che dovessero risultare via via necessarie".

Secondo la sezione, il dato della responsabilità dell'amministrazione titolare dell'appalto "si coniuga con la centralità del momento programmatico che l'attuale versione della norma sugli incentivi tecnici ha esaltato e che ha determinato la giurisprudenza contabile più recente ad affermare" che non si può escludere "in astratto e a priori, che degli incentivi non inizialmente previsti nel quadro economico (e quindi in fase di indizione del bando con relativa definizione dell'importo a base di gara) trovino copertura in bilancio e, quindi, parimenti la loro successiva inclusione nel nuovo quadro economico" (così Sez. controllo Friuli Venezia Giulia, n. 43/2021/PAR citata; cfr. anche Sezione controllo Puglia, delibera n. 103/2021/PAR; Sezione controllo Emilia- Romagna, delibera n. 56/2021).

Ciò porta ad affermare che, in assenza di dati normativi specifici, non sia rinvenibile alcun condizionamento da parte dell'amministrazione che ha approvato il regolamento di riparto incentivi rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Mentre, il comma 5 dell'art. 113 avvalorata tale interpretazione "prevedendo espressamente l'ipotesi in cui l'accantonamento delle risorse per gli incentivi determinato dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce, invece, parametro presupposto per la quantificazione degli emolumenti economici accessori da riconoscere ai soggetti che abbiano svolto le funzioni tecniche per conto della stessa, ma in qualità di dipendenti di una diversa amministrazione (una centrale unica di committenza)".

In pratica, il dato dirimente emerge dall'aggiudicazione e quindi dall'amministrazione aggiudicatrice (anche subentrata) che definisce la quantificazione (si direbbe definitiva) dell'ammontare degli incentivi. Ed è il personale di quest'ultima infatti che beneficia (o beneficia anche) di incentivi in relazione all'attività svolta.

4. Conclusione

Alla luce delle argomentazioni svolte, la sezione "ritiene che all'Amministrazione subentrante nella procedura di affidamento di un contratto è consentito – sulla base di adeguato corredo motivazionale a garanzia del rispetto del principio costituzionale di buon andamento - rivedere il relativo quadro economico ai fini di rideterminare il valore della percentuale di incentivi spettante ai propri dipendenti in applicazione dell'art. 113 del D.lgs. n. 50/2016 e del proprio regolamento, non risultando a tal fine vincolante la quantificazione delle medesime percentuali contenuta nella determinazione a contrarre adottata da altra Amministrazione pubblica che aveva precedentemente avviato la procedura di appalto".

Incarichi di progettazione senza copertura dell'opera: lo stato dell'arte secondo la Corte dei Conti

Premessa

Il parere richiesto da un sindaco lombardo alla sezione regionale di riferimento risulta di particolare interesse per i RUP (stante l'argomento spesso "delegato" al solo responsabile dei servizi finanziari). La questione posta dal sindaco istante è quella delle possibilità o meno di affidare attività di progettazione svincolata dai fondi necessari per realizzare i lavori (interventi).

Testualmente, il parere è teso ad ottenere chiarimenti "in merito alla possibilità, ai sensi e per gli effetti dell'art.1, comma 4, del D.L. n.32/2019 (convertito con modificazioni dalla legge n. 55/2019), di procedere, fino al 31 dicembre 2023, all'affidamento delle attività di progettazione, anche qualora sia presente una disponibilità finanziaria limitata soltanto alle suddette attività e, quindi, in assenza del finanziamento dell'intera opera".

1. L'istruttoria

La delibera rammenta immediatamente i mutamenti, nella disciplina contabile apportati dal D.M. 1° marzo 2019 (pubblicato in G.U. 25 marzo 2019, n. 71), all'articolo 3, ha apportato diverse modifiche al principio contabile applicato, concernente la contabilità finanziaria di cui all'allegato 4/2 del D.lgs. n. 118/2011.

In specie i paragrafi 5.3.12 e 5.3.14, "sui quali questa Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi nel parere n. 352/2019 che ha approfondito, specialmente, gli aspetti connessi alle modalità di contabilizzazione delle spese di progettazione (vd. anche deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Liguria n. 66/2020)".

Si deve premettere che, ai fini di fornire il prezioso riscontro, in delibera si riportano integralmente i passi mutati dei principi contabili che appare opportuno – a beneficio dei RUP –, riportare integralmente. Come si è detto in premessa, frequentemente, le implicazioni contabili afferenti le decisioni tecniche (degli uffici tecnici) vengono "delegate" ai servizi finanziari come se le conseguenze fossero/ appartenessero solamente ed esclusivamente a questa figura. Ovviamente non è così: ogni decisione tecnica deve essere supportata da apposito parere tecnico che involge profili di legittimità. Pertanto una proposta tecnica che violasse norme o principi contabili deve essere immediatamente considerata dal RUP (e dal dirigente/responsabile di servizio di riferimento). Naturalmente deve essere oggetto di considerazione anche da parte del responsabile dei servizi finanziari. Ma il ruolo/funzione determinante è anche quello svolto dal RUP. Ed è proprio nel caso di specie (avvio progettazione senza fondi per realizzare l'opera) che il RUP deve prestare massima attenzione. Ed in questo senso rilevantissimo appare proprio questo parere espresso dalla sezione regionale emiliana.

2. I principi contabili

Nella deliberazione si rammenta il portato del paragrafo 5.3.12 (principio contabile 4/2) relativo alla registrazione contabile delle spese per il livello minimo di progettazione richiesto per l'inserimento di un intervento nel programma triennale dei lavori pubblici e nell'elenco annuale.

Prima indicazione, pertanto, è che l'inserimento nel programma dei lavori deve essere preceduto dal "primo" quadro economico che scaturisce dal primo livello di progettazione.

Ai sensi del paragrafo richiamato "La spesa riguardante il livello minimo di progettazione, richiesto ai fini dell'inserimento di un intervento nel programma triennale dei lavori pubblici, è registrata nel bilancio di previsione prima dello stanziamento riguardante l'opera cui la progettazione si riferisce. Per tale ragione, affinché **la spesa di progettazione possa essere contabilizzata tra gli investimenti**, è necessario che i documenti di programmazione dell'ente, che definiscono gli indirizzi generali riguardanti gli investimenti e la realizzazione delle opere pubbliche (DUP, DEFR o altri documenti di programmazione), **individuino in modo specifico l'investimento** a cui la spesa di progettazione è destinata, prevedendone altresì le necessarie forme di finanziamento. In tal caso, la spesa di progettazione "esterna", consistente in una delle fattispecie previste dall'art. 24, comma 1, esclusa la lettera a), del d.lgs. n. 50 del 2016, è registrata, nel rispetto della natura economica della spesa, **al Titolo II della spesa, alla voce U.2.02.03.05.001 "Incarichi professionali**

per la realizzazione di investimenti” del modulo finanziario del piano dei conti integrato previsto dall'allegato 6 al presente decreto.

Nel prosieguo della disamina del principio contabile, il nuovo paragrafo 5.3.14 – relativo alla registrazione contabile delle spese per gli interventi inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici e nell'elenco annuale – dispone che “A seguito **della validazione del livello di progettazione minima** previsto dall'articolo 21 del d.lgs. 50 del 2016, **gli interventi sono inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici e le relative spese sono stanziati nel Titolo II del bilancio di previsione.** L'inserimento di un intervento nel programma triennale dei lavori pubblici consente **l'iscrizione nel bilancio di previsione degli stanziamenti riguardanti l'ammontare complessivo della spesa da realizzare, nel rispetto del principio della competenza finanziaria cd. Potenziata”.**

Il principio della contabilità finanziaria “potenziata” rappresenta la novità ed il cardine della nuova contabilità armonizzata (che i RUP, e non il solo responsabile dei servizi finanziari, debbono presidiare attentamente).

In caso di simmetria, nel senso che la previsione di spesa risulta coperta da entrate esigibili nello stesso esercizio in cui risulterà esigibile (pagabile) la spesa “nel bilancio di previsione gli stanziamenti di entrata e di spesa sono iscritti distintamente con imputazione ai singoli esercizi di esigibilità”.

Se questa simmetria viene a mancare, nel senso che le entrate sono esigibili anticipatamente rispetto alla spesa è necessario costituire il fondo pluriennale vincolato. Ed il principio in questo senso rammenta che “Nei casi in cui la copertura di tali spese risulti costituita da entrate esigibili anticipatamente rispetto all'esigibilità delle spese correlate, nel bilancio di previsione è iscritto il fondo pluriennale vincolato di spesa”.

3. Prenotazione e impegno di spesa

Fondamentale è la disciplina, anche riportata in delibera, in tema di assunzione di impegni e, prima ancora, di prenotazione degli impegni (stante anche l'eccezione di cui beneficiano i lavori rispetto a servizi e forniture salvo che si tratti di stanziamenti vincolati).

Il principio, infatti, puntualizza che “Gli stanziamenti **sono interamente prenotati a seguito dell'avvio del procedimento di spesa** e sono via via impegnati a seguito della stipula dei contratti concernenti le fasi di progettazione successive al minimo o la realizzazione dell'intervento. Gli impegni sono imputati contabilmente nel rispetto del principio della competenza finanziaria cd. potenziata. La spesa di progettazione riguardante i livelli successivi a quello minimo richiesto per l'inserimento di un intervento nel programma triennale dei lavori pubblici è registrata nel titolo secondo della spesa, con imputazione agli stanziamenti riguardanti l'opera complessiva, sia nel caso di progettazione interna che di progettazione esterna, in attuazione dell'art. 113, comma 1, del Codice”.

Pertanto, per mantenere a FPV la spesa per i lavori sono necessarie una serie di operazioni (prosecuzione del procedimento di aggiudicazione) indispensabili a partire dal primo momento relativo all'avvio delle procedure di aggiudicazione della progettazione.

La regola per cui l'intervento deve “avere” le risorse necessarie alla sua realizzazione ha subito una deroga introdotta dalla legislazione sblocca cantieri (dl 32/2019 convertito con legge 55/2019). Una serie di eccezioni finalizzate ad assicurare la ripresa economica del Paese.

4. La legislazione "Sblocca Cantieri"

In delibera si rammenta che "con decreto-legge 18.04.2019, n.32 (convertito con modificazioni dalla legge 14.06.2019 n. 55), il legislatore, in sede di conversione in legge, ha introdotto nell'ambito delle misure volte a rilanciare il settore dei contratti pubblici una "deroga" ai sopra citati principi, consentendo ai soggetti attuatori di affidare incarichi di progettazione anche in assenza delle risorse necessarie a garantire la copertura finanziaria dell'opera nella sua interezza".

Più nel dettaglio, l'articolo 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019 prevede, infatti, che "Per gli anni dal **2019 al 2023** soggetti attuatori di opere per le quali deve essere realizzata la progettazione possono avviare le relative procedure di affidamento **anche in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione**. Le opere la cui progettazione è stata realizzata ai sensi del periodo precedente sono considerate prioritariamente ai fini dell'assegnazione dei finanziamenti per la loro realizzazione.

Il successivo comma 5 – ribadendo, per l'ordinamento degli Enti locali, quanto già ammesso dal principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, di cui all'allegato 4.2 (punto 5.3) del d.lgs. n.118 /2011 – dispone, inoltre, che "I soggetti attuatori di opere sono autorizzati ad avviare le procedure di affidamento della progettazione o dell'esecuzione dei lavori nelle more dell'erogazione delle risorse assegnate agli stessi e finalizzate all'opera con provvedimento legislativo o amministrativo".

Sono evidenti, come si diceva, le finalità del legislatore: dare la possibilità agli enti attuatori di disporre – pur nel rispetto dei principi di buona e sana amministrazione che risultano comunque imprescindibili – "di un "parco progetti" che permetta di accedere ai finanziamenti esterni, spesso non intercettati dalle amministrazioni pubbliche proprio per l'assenza anche di un livello minimo di progettazione cantierabile".

Si tratta di una norma, oggettivamente, in grado consentire – come si legge in deliberazione –, "**di disinnescare il circolo vizioso che si era creato nelle amministrazioni pubbliche che, da un lato, non potevano accedere ai finanziamenti pubblici per l'assenza di progetti cantierabili, e, dall'altro, non erano in grado di affidare incarichi di progettazione a soggetti esterni in mancanza del finanziamento dell'intera opera**".

Tutto ciò, aggravato dal fatto che spesso gli enti non dispongono delle adeguate professionalità tecniche interne, che possano provvedere in house a redigere i progetti definitivi o esecutivi, propedeutici all'acquisizione delle risorse esterne per la realizzazione delle opere pubbliche necessarie alla collettività amministrata.

L'intento chiaramente derogatorio (anche se in termini transitori) delle norme di carattere generale di cui all'ordinamento contabile, per il tramite dell'art. 1, comma 4, del D.L. n. 32/2019, si può, tra l'altro, evincere dalla denominazione dello stesso articolo, che è così rubricato: "Modifiche al codice dei contratti pubblici e **sospensione** sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare".

5. Una deroga utile anche per il PNRR

La sezione non perde l'occasione, condivisibilmente, per sottolineare quanto la deroga in argomento possa risultare utile "al fine di far fronte alle notevoli sfide del **PNRR**, trova conferma nella previsione dell'art.52, comma 1, lettera a), punto 4, del D.L 31 maggio 2021, n.77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021 n.108, che ha prorogato a tutto il **2023** (già rinviato al 2021, con D.L.n.183/2020), la disposizione di cui all'art.1, comma 4, del D.L. n. 32/2019, originariamente valida solamente per il biennio 2019-2020".

La sezione puntualizza, sempre a beneficio del RUP e dei dirigenti/responsabili di servizio che "se il quadro normativo" in deroga (fino al 2023) prevede, "la possibilità di avviare le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione anche in assenza delle risorse necessarie a garantire la copertura finanziaria dell'opera nella sua interezza, **di contro ciò deve avvenire nel rispetto di alcune regole di carattere generale, non oggetto di disapplicazione, da parte del legislatore**".

In primo luogo, prosegue la deliberazione in commento, "l'affidamento degli incarichi di progettazione, in conformità al suddetto decreto, **deve trovare apposita copertura nei documenti contabili dell'Ente**, stante, tra l'altro, la previsione dell'articolo 24, comma 8 bis, del D.lgs. n. 50/2016 (comma aggiunto dall'art. 14, comma 1, lett. d), D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) che prevede che "Le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. Nella convenzione stipulata con il soggetto affidatario sono previste le condizioni e le modalità per il pagamento dei corrispettivi con riferimento a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 della legge 2 marzo 1949, n. 143, e successive modificazioni".

L'affidamento dell'incarico esterno, quindi, "deve rispettare il principio di autosufficienza dell'amministrazione (cd. autorganizzazione della PA), che impone il potere/dovere del datore di lavoro pubblico di utilizzare le proprie risorse umane secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità. **Gli affidamenti de quibus, quindi, devono ritenersi giuridicamente ammissibili, ove, motivatamente, la Pubblica amministrazione dimostri l'assenza e/o l'insufficienza di personale tecnico che possa, internamente, provvedere a tale progettazione, strumentale alla realizzazione dell'opera pubblica**".

Altra condizione imprescindibile per poter affidare l'incarico senza le risorse per l'opera da realizzare che lo stesso poi non risulti "fine a stesso, con le conseguenze erariali che ciò potrebbe comportare, **ma è necessario che sia strumentale alla realizzazione di opere di interesse generale**, aventi una **probabile e ragionevole** fattibilità sia in termini tecnici che finanziari. Ciò quale condizione minima e imprescindibile per il conferimento di un incarico di progettazione, al fine di evitare una spesa di denaro pubblico inutile (vd. Corte dei conti Sicilia, Sez. App., 24/11/2008, n. 364) determinata da comportamenti non rispettosi del più generale criterio di diligenza che deve sempre caratterizzare l'agere pubblico".

6. Il parere

In questo senso, quindi, la conclusione della sezione è che "Ai sensi e per gli effetti dell'art.1, comma 4, del D.L. n.32 (convertito dalla legge n.55/2019), gli attuatori di opere, per le quali deve essere realizzata la progettazione, possono avviare, fino al 2023, le relative procedure di affidamento anche in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione, **a condizione che quest'ultime abbiano l'adeguata copertura finanziaria, attengano alla realizzazione di opere pubbliche di interesse generale, aventi una ragionevole e probabile fattibilità sia in termini tecnici che finanziari, e venga rispettato il principio di autosufficienza dell'amministrazione**".

Il controllo interno sull'attività contrattuale

Premessa

Risulta di interesse anche la recente deliberazione n. 2/2022 della sezione emiliana espressa in sede di controllo sui bilanci e consuntivi anno 2021. La questione che risulta rilevante tratta attiene alla sottolineatura espressa dal Collegio in tema di controlli interni sull'attività contrattuale. Nel caso di specie, non risultava redatto alcun referto/verbale sui cc.dd. controlli successivi (sulle determinazioni dei dirigenti/responsabili di servizio).

E' noto che il decreto legislativo 267/2000 impone oltre che un controllo preventivo sulle determinazioni ad opera dei dirigenti/responsabili di servizio anche un controllo successivo a carico, normalmente, del segretario comunale. Controllo che può espletarsi su una serie di atti tra i quali le determinazioni di impegno di spesa. Più nel dettaglio, ai sensi dell'articolo 147-bis, comma 2, si prevede che "Il controllo di regolarità amministrativa è inoltre assicurato, nella fase successiva, secondo principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, sotto la direzione del segretario, in base alla normativa vigente. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento".

1. Il rilievo della sezione

Rilevata l'assenza di controlli interni, la sezione rammenta che "le risultanze del controllo sono trasmesse periodicamente, a cura del segretario, ai responsabili dei servizi, nonché ai revisori dei conti e agli organi di valutazione dei risultati dei dipendenti, come documenti utili per la valutazione, e al consiglio comunale. In caso di riscontrate irregolarità, il segretario trasmette le risultanze del controllo ai medesimi destinatari unitamente alle direttive cui conformarsi".

Secondo la sezione, condivisibilmente, "tale tipologia di controllo" impone "un presidio indispensabile ai fini della verifica della regolarità dell'azione amministrativa", e "la suddetta trasmissione da parte del segretario all'Organo di revisione è finalizzata a consentire tutte le opportune verifiche nell'ambito dell'attività di vigilanza a quest'ultimo demandata dall'art. 239, co. 1, lett. c) del T.U.E.L. 3.7.3 Ed infatti, come previsto dalla citata disposizione del T.U.E.L., l'Organo di revisione deve vigilare sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione, **ivi compresa l'attività contrattuale dell'Ente** e, quindi, sulla verifica del rispetto delle procedure di legge previste per gli appalti pubblici, per la gestione dei beni, sul rispetto degli adempimenti fiscali, utilizzando a tal fine anche tecniche motivate di campionamento".

2. Sintesi del problema

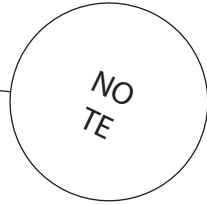
L'annotazione risulta, come si è detto, di particolare rilievo e consente – pertanto –, di tracciare la mappa dei controlli interni sull'attività contrattuale.

In primo luogo, un certo tipo di controllo si esercita già in fase di programmazione (stante le implicazioni richieste nella redazione dei piani) anche nel passaggio degli atti attraverso il consiglio comunale (e prima ancora nell'inserimento nel DUP). A questo seguirà poi l'attività gestionale *lato sensu*: sugli atti di avvio del procedimento (determina a contrarre) non mancherà il controllo da parte del RUP e del dirigente/responsabile del servizio. Avendo l'atto implicazioni contabili verrà trasmesso ai servizi finanziari il cui controllo, evidentemente, attiene agli aspetti contabili non di legittimità degli stessi (legittimità al cui verifica compete al responsabile del servizio competente e viene espressa attraverso il controllo di regolarità tecnica che, materialmente, non si sostanzia in un parere stante il fatto che la determina – se regolare –, risulterà firmata dal soggetto competente).

Solo successivamente, quindi, si innesta il controllo del segretario dell'ente. Ed appare ovvio che, in relazione all'attività contrattuale, sarà realmente dirimente il controllo non sull'impegno di spesa (che segue il perfezionamento dell'obbligazione giuridica e quindi post stipula del contratto ai sensi dell'articolo 183 del decreto legislativo 267/2000) ma sulla prenotazione di impegno di spesa (ovvero, proprio sulle determine a contrarre).

La determina a contrarre, infatti, si struttura come atto di programmazione specifica dell'appalto che andrà espletato. Per intendersi, è in quest'atto che si declinano le regole e la disciplina che il RUP andrà a presiedere. Ed è da quest'atto, pertanto, che possono evincersi eventuali irregolarità/errori che potranno (dovranno) essere rilevati in fase di controllo successivo da parte del segretario.

Annotazioni che andranno, poi, esplicitate nel report/verbale da trasmettere anche al revisore dei conti (o al collegio) e su cui, poi, potrà innestarsi la decisione del controllo mirato.



A series of 20 horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for taking notes.