

Rivista mensile - Anno XII, Numero 2

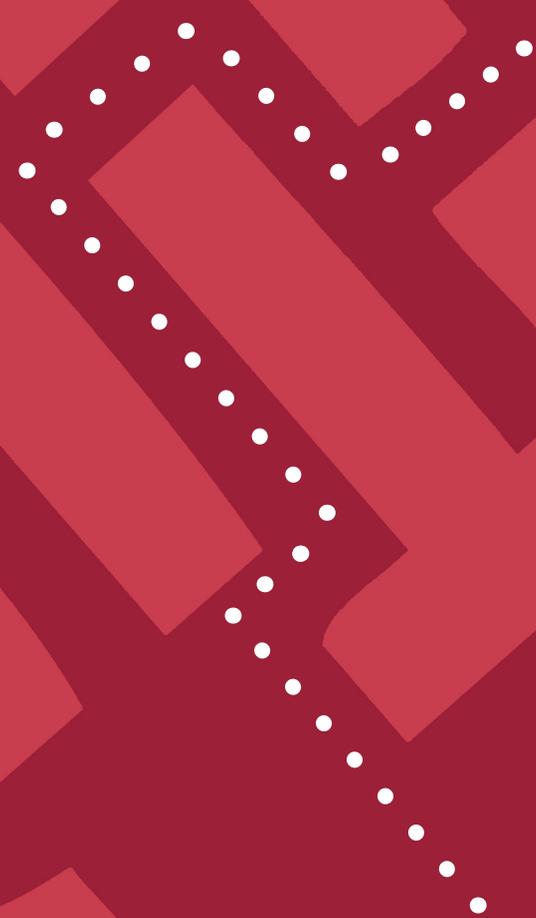
aprile
2022

MEDIA APPALTI

L'ANAC aggiorna le Linee guida n. 6 in tema di gravi illeciti professionali alla luce del nuovo testo dell'art. 80

Le indicazioni ANAC sui contratti PNRR e obblighi assunzionali ex art. 47 del DL 77/2021

Caro materiali: compensazione e revisione prezzi per evitare il blocco dei cantieri



“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

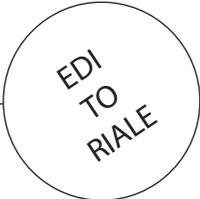


**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

**aprile
2022**

Armi



EDI
TO
RIALE

L'aggressione dell'Ucraina da parte di Putin ci ha gettati in una realtà che pensavamo non dovessimo mai vivere: la guerra alle porte di casa nostra con un rischio potenziale di esserne coinvolti direttamente. Il mattino del 24 febbraio abbiamo fatto colazione con caffè è incredulità. Da qualche giorno seguivamo l'ammassamento delle truppe in Bielorussia ma volevamo sperare che la minaccia restasse tale. Avevamo riposto fiducia nelle rassicuranti parole di Putin che dichiarava si trattasse solo di un'esercitazione. Le scene che continuano ad arrivare dai territori martoriati dalla guerra stanno diventando pian piano familiari. Non per questo non ne restiamo colpiti, sbigottiti, addolorati. È impossibile assuefarsene. E poi, raggeliamo: se dovesse capitare anche a noi? Ci eravamo illusi che le contese del ventunesimo secolo si sarebbero realizzate con manovre economiche e commerciali. Avevamo pensato che le sanzioni avrebbero sostituito le armi. Le guerre avrebbero fatto vittime economiche e non più umane.

Non è questa la realtà odierna e non lo sarà nemmeno in futuro. I vertici della NATO ne sono consapevoli. Ai paesi che ne fanno parte è stato chiesto l'impegno di aumentare gli investimenti in risorse militari. Un impegno che non nasce in questi giorni, che origina nel 2014 all'indomani dell'annessione della Crimea da parte dei russi.

Primo capitolo della guerra all'Ucraina che non si è saputo leggere con lungimiranza. C'era la possibilità di intuire che quella manovra fosse la premessa "indolore" al doloroso capitolo di questi giorni?

La storia oggi ribadisce che l'umanità non trae insegnamento dagli errori e gli orrori del passato; ci insegna che sul piano geopolitico, nei rapporti tra paesi, non si può essere certi che gli equilibri non si deteriorino. Sono instabili. Sopravvivono spesso all'ombra di accordi fragili e ambizioni malcelate. Basta la follia di un uomo e di pochi seguaci a portarci dritti verso il baratro.

Con questo scenario sullo sfondo, ci si chiede se sia giusto o no onorare gli impegni presi con la NATO nel 2014: aumentare la spesa militare fino al 2% del PIL entro il 2024 (posticipato poi al 2028). "L'Italia ripudia la guerra" afferma chi si professa pacifista, omettendo di citare il resto del testo. "L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa della libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali" recita il primo capoverso dell'articolo 11 della Costituzione. L'Italia si impegna a non intraprendere azione offensive, ma deve potersi difendere da eventuali aggressioni ed è impegnata, con le organizzazioni internazionali alle quali aderisce, a promuovere la pace intervenendo nei territori che sono coinvolti in eventi bellici. L'aumento della spesa militare permetterebbe all'Italia di presentarsi con maggiore influenza all'interno dell'Alleanza. Permetterebbe, come afferma Emma Bonino Senatrice del Partito Radicale ai microfoni di RadioUno, "di passare da uno stato da adolescente, protetto dai genitori, a uno stato capace di autonomia, più forte nella capacità negoziale".

Secondo l'osservatorio MILEX la spesa militare dovrebbe passare dagli attuali 25miliardi l'anno a 38miliardi. Gli investimenti riguarderanno l'incremento degli arsenali e dei mezzi militari. Le ricadute positive di queste spese si riverbereranno su un indotto fatto di lavori e servizi necessari al funzionamento stesso dell'apparato militare. L'esercito è fatto di armi ma soprattutto di persone. Persone che vivono e lavorano in strutture che necessitano di essere realizzate, sottoposte a manutenzione, gestite nella quotidianità.

L'esercito non è un'entità a se stante, al di fuori del sistema. È totalmente immerso nel contesto sociale nel quale è presente e non ne potrebbe fare a meno. Dipende dalla società civile, dall'economia, dall'imprenditorialità: le imprese che si aggiudicano gli appalti edili o di manutenzione o di gestione dei servizi, fanno parte della rete del mondo civile. L'aumento degli investimenti negli apparati militari si traduce in un aumento di opportunità di lavoro esteso all'esterno delle caserme.

La postura che l'Italia assumerà nello scenario internazionale dipende dalla capacità di onorare agli impegni assunti con la NATO. Nel passaggio dall'adolescenza all'età adulta c'è qualcosa che

muta e ci rende diversi, capaci di diventare autonomi e credibili: la responsabilità. "Se vogliamo essere paese serio, che conta nel contesto internazionale, dobbiamo essere in grado di sostenere certe responsabilità. La responsabilità appartiene ai grandi paesi", afferma Giampaolo Di Paola, Ammiraglio e ricercatore dell'Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, nel corso del programma Tagadà di La7.

Se come affermano Bonino e Di Paola vogliamo essere adulti e responsabili dobbiamo dotarci di un apparato militare adeguato e funzionante; dobbiamo investire, bandire nuove gare di appalto. L'attualità dovrebbe renderci consapevoli che investire in armamenti, strutture, addestramenti è fondamentale per il paese. È un deterrente contro chi cova ambizioni distorte. In casi estremi, che nessuno si augura, è necessario per saperci e poterci difendere.

A chi contesta che la spesa militare rischia di disattendere all'obiettivo della ripresa economica, potremmo rispondere ancora una volta che militari e civili fanno parte di un unico sistema. Le aziende che costruiscono munizioni, aerei, blindati sono aziende private, fatte di persone alle quali viene corrisposto uno stipendio che contribuisce a sostenere l'economia reale.

Nessuno vuole la guerra. O meglio, non la vogliono le popolazioni: i civili e molto probabilmente i militari che la combattono. Ma nel mondo, oggi, 2022, si stanno combattendo 59 conflitti. Parlare di guerra ai nostri tempi, della volontà di qualcuno di imprimere dolore e morte, ci appare insensato, anacronistico, scollegato da un mondo ad economia planetaria. Ma dobbiamo farcene una ragione: l'umanità è conflittuale. Con questa certezza non dovremmo smettere di sperare che "la vera risposta non sono altre armi, altre sanzioni, altre alleanze politico-militari, ma un'altra impostazione, un modo diverso di governare il mondo, ormai globalizzato, e di impostare le relazioni internazionali, non facendo vedere i denti", come afferma in questi giorni Papa Francesco.

sommario

Editoriale

Armi

4

In evidenza

L'ANAC aggiorna le Linee guida n. 6 in tema di gravi illeciti professionali alla luce del nuovo testo dell'art. 80

7

Sotto la lente

Affidamenti diretti e disciplina in deroga: la più recente lettura del Consiglio di Stato

17

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

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

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Paolo Sabra Piazza
Avvocato penalista esperto in reati contro la Pubblica Amministrazione

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

Sulla rilevanza, ai fini dichiarativi ex art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici della presenza di un decreto penale di condanna opposto

23

Ulteriori riflessioni sull'esclusione automatica delle offerte anomale tra giurisprudenza e prassi

29

Le indicazioni ANAC sui contratti PNRR e obblighi assunzionali ex art. 47 del DL 77/2021

36

Sulla esclusione della fattispecie di turbativa d'asta in caso di affidamento diretto. Nota a margine alla sentenza della Corte di Cassazione, VI sez. penale del 27 gennaio 2022, n.7264

42

Caro materiali: compensazione e revisione prezzi per evitare il blocco dei cantieri

47

Pareri & Sentenze

54

A Domanda Rispondiamo

59

In pillole

63

L'ANAC aggiorna le Linee guida n. 6 in tema di gravi illeciti professionali alla luce del nuovo testo dell'art. 80

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

1. Inquadramento generale

Il tema dei gravi illeciti professionali è oggetto, già da tempo, di interesse sia da parte del legislatore che della giurisprudenza, tanto da essere stato al centro di una importante modifica normativa intervenuta nel 2019***1. Specularmente, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha avvertito l'esigenza di affrontare nuovamente tale tematica, elaborando l'aggiornamento delle Linee guida n. 6, aventi ad oggetto "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice".

Queste erano state emanate nel 2016 ed aggiornate una prima volta nel 2017: l'attuale aggiornamento mira ad adeguarle alle modifiche legislative intervenute nel frattempo.

La bozza di Linee guida aggiornate è stata posta in consultazione *online* fino allo scorso 28 febbraio, data entro la quale tutti gli *stakeholders* interessati hanno potuto far pervenire le proprie osservazioni.

Conclusa la fase di consultazione ed esaminati tutti i contributi raccolti, l'ANAC adotterà in via definitiva le Linee guida aggiornate ai sensi dell'art. 80, comma 13 e dell'art. 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici.

L'obiettivo perseguito è quello di agevolare l'accertamento, da parte delle stazioni appaltanti, della ricorrenza in capo agli operatori economici di cause ostative alla stipula di contratti pubblici scaturenti da gravi illeciti professionali, attraverso la definizione di un'interpretazione univoca delle norme, lo sviluppo e la diffusione di buone pratiche e la conseguente uniformità dei comportamenti da parte di chi è chiamato ad operare tale accertamento.

1. La disposizione in esame è l'art. 80, comma 5, lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016, sostituita dall'art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, poi convertito, con modificazioni, dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, che ha sostituito l'originaria lettera c) con le attuali lettere c), c-bis) e c-ter). La lettera c-quater è stata poi inserita dall'art. 1, comma 20, lett. o), n. 4), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55.

In particolare, garantire l'omogeneità delle prassi adottate dalle stazioni appaltanti è la principale finalità che l'ANAC si propone di perseguire in ottemperanza al disposto di cui all'art. 80, comma 13.

In applicazione poi dell'art. 213, comma 2, l'ANAC si spinge oltre l'ambito dettato dal citato art. 80, comma 13 e persegue la concomitante finalità di favorire la corretta applicazione della normativa e l'adozione di buone pratiche attraverso la formulazione di suggerimenti ed esempi utili agli addetti ai lavori. Il documento offre infatti una descrizione esemplificativa delle fattispecie ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 5, lett. c), c-bis), c-ter) e c-quater) dell'art. 80 e individua i mezzi di prova adeguati a comprovarne la ricorrenza.

Altro fondamentale obiettivo dichiarato dall'ANAC è anche la riduzione del contenzioso sulle esclusioni dalle gare per gravi illeciti professionali, da sempre molto elevato. Il problema sorge dal fatto che sia l'originario comma 5, lettera c) che la nuova versione della norma contengono alcuni «concetti giuridici indeterminati». In altri termini, il legislatore è ricorso a quella tecnica legislativa con la quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, non si descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma si rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, ad una azione interpretativa da parte di chi deve applicare la norma, mediante l'utilizzo di concetti necessitanti di integrazione o specificazione con elementi o valutazioni extra giuridici. E' quindi essenziale che l'Autorità fornisca elementi di interpretazione univoci per contribuire a dare un contenuto concreto ed uniforme a tali fattispecie indeterminate o solo parzialmente determinate.

La presenza di un cospicuo contenzioso deriva anche dal fatto che il legislatore lascia alla

valutazione discrezionale della stazione appaltante il giudizio sull'incidenza dell'illecito professionale sulla affidabilità morale e tecnica del concorrente. Tale ampia discrezionalità è stata ed è motivo di frequente contestazione giudiziaria da parte degli operatori economici colpiti dai provvedimenti di esclusione e, per tale ragione, rende necessario un intervento di uniformazione interpretativa della norma da parte dell'ANAC, così da tentare di ridurre il potenziale contenzioso su tali questioni.

2. Le nuove fattispecie rilevanti: differenze tra vecchie e nuove Linee guida

Come detto, l'esigenza di aggiornare le Linee guida n. 6 nasce dalla modifica che il legislatore ha operato al comma 5, lett. c) dell'art. 80. La fattispecie ivi prevista è stata, in realtà, per un verso, "spacchettata" in più fattispecie distinte e, per altro verso, integrata con ipotesi prima non previste. Nel documento ora elaborato dall'Autorità, quindi, vengono affrontate una per una le distinte fattispecie attualmente confluite nelle lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater). Tuttavia, sono svolte considerazioni in gran parte simili a quelle presenti nel documento originario posto che il nucleo essenziale della norma è rimasto sostanzialmente uguale: nel testo previgente le condotte descritte nelle attuali lettere c-bis) e c-ter) erano considerate sintomatiche della categoria generale "grave illecito professionale", mentre nel testo attuale della norma le suddette condotte sono considerate fattispecie distinte e autonome dai gravi illeciti professionali della vigente lettera c). Del tutto nuova è invece la fattispecie di cui alla lettera c-quater).

Per tutte le condotte descritte alle lett. c), c-bis) e c-ter), l'Autorità chiarisce come, laddove i comportamenti adottati sfocino in casi più gravi, si potrà verificare la sussumibilità del fatto compiuto

L'ANAC ha posto in consultazione il documento di aggiornamento delle Linee guida n. 6 sui gravi illeciti professionali, per agevolare l'accertamento, da parte delle stazioni appaltanti, della ricorrenza di cause ostative alla stipula di contratti pubblici scaturenti da essi, attraverso la definizione di un'interpretazione univoca delle norme, lo sviluppo e la diffusione di buone pratiche e la conseguente uniformità dei comportamenti.

ad una fattispecie di illecito più grave. Per esempio, un grave illecito professionale consistente nella commissione di uno dei reati di cui agli articoli 353, 353-bis, 354, 355 o 356 del codice penale, può essere sussunto nella fattispecie di cui alla lett. c) se non si è ancora giunti ad una sentenza di condanna definitiva.

In tale ultimo caso invece, il fatto sarà ascrivibile alla fattispecie di cui all'art. 80, comma 1, lett. b) che comporta l'esclusione automatica del concorrente.

Allo stesso modo, in presenza di comportamenti riconducibili in astratto alle fattispecie di cui alle lett. c-bis) o c-ter), laddove la condotta sia tale da configurare uno dei suddetti reati e si addivenga ad una condanna non definitiva, il fatto sarà riconducibile alla fattispecie di cui alla lett. c) e potrà portare all'esclusione del concorrente soltanto ad esito di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, previo contraddittorio con la parte. In caso di condanna definitiva, invece, si applicherà anche in questo caso l'art. 80, comma 1, lett. b), che ne comporterà l'esclusione automatica.

3. I gravi illeciti professionali di cui al comma 5, lett. c)

Secondo quanto previsto dal vigente Codice dei contratti pubblici, e riportato dalla bozza di Linee guida, possono rilevare quali cause di esclusione dalla procedura di gara o comunque impedire la stipula del contratto, <<gli illeciti professionali gravi, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento>>.

L'Autorità precisa che gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito.

Rilevano a tal fine eventuali provvedimenti di rinvio a giudizio, cautelari e di condanna, anche non definitiva, per reati commessi nell'esercizio della professione.

Rientrano nella fattispecie di cui alla lett. c), a titolo esemplificativo, l'abusivo esercizio di una professione; i reati fallimentari; i reati tributari, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio; i reati urbanistici riferiti agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; i reati di falso, introdotti *ex novo* rispetto alle Linee guida ante aggiornamento; le sanzioni amministrative a carico della società scaturenti da reato; i reati richiamati dalla legge n. 190/2012 di cui agli articoli 316 bis, 316 ter, 331, 334, 335 del codice penale: si tratta di reati quali la malversazione o l'indebita percezione di erogazioni pubbliche, l'interruzione di un servizio pubblico, la sottrazione o il

danneggiamento di cose sottoposte a sequestro o la violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro. Anche questa fattispecie non era prima contemplata dalle Linee guida ed è stata introdotta in fase di aggiornamento.

Secondo l'ANAC, può configurare un grave illecito professionale anche la sussistenza di provvedimenti di rinvio a giudizio, cautelari e di condanna, anche non definitiva, per taluno dei reati di cui agli articoli 322, 322 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale (corruzione, peculato, concussione, turbata libertà delle procedure di scelta del contraente ecc.), fermo restando che, in caso di condanna definitiva per tali delitti, scatta l'esclusione automatica in quanto, come detto, si configurerebbe la fattispecie di cui all'art. 80, comma 1, lett. b).

Secondo l'Autorità sono suscettibili di configurare gravi illeciti professionali ai sensi della lett. c) anche <<i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla

Le nuove Linee guida tengono conto della versione attualmente vigente dell'art. 80, comma 5, nel quale, alla lett. c) sono state aggiunte le lettere c-bis), c-ter) e c-quater): in esse sono, in parte, confluite le ipotesi prima contemplate dalla vecchia lettera c) e, in parte, vi sono invece previste fattispecie nuove.

contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare>> nonché <<i provvedimenti sanzionatori comminati dall'ANAC ai sensi dell'articolo 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario informatico nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri>>.

Tali ipotesi non sono nuove in quanto già contemplate nelle vecchie Linee guida tra le possibili condotte esemplificative di situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico. In sede di aggiornamento, sono state coerentemente ricondotte all'ipotesi *sub lett. c)* (nuova).

4. Le condotte rilevanti di cui alla lett. c-bis). L'ipotesi del tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante

La lettera c-bis) del comma 5 dell'art. 80 prevede invero due fattispecie tra loro ulteriormente distinguibili:

- a) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio;
- b) la presentazione, anche per negligenza, di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione e l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto

La presentazione di informazioni false o fuorvianti di cui alla lett. c-bis) deve essere strumentale rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara e, sotto tale profilo, essa si distingue dalla fattispecie di cui alla lett. f-bis) del comma 5 dell'art. 80 che ha carattere residuale e si applica alle ipotesi di falsità materiale o ideologica accertabile sulla base di elementi oggettivi, non finalizzata all'adozione di provvedimenti volti a garantire il corretto svolgimento di una gara.



svolgimento della procedura di selezione.

In merito alla condotta *sub a)*, l'ANAC chiarisce come la stazione appaltante debba valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la *par condicio* tra i concorrenti o comunque finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere volontariamente e consapevolmente dal concorrente.

L'ANAC, al fine di favorire l'individuazione uniforme - da parte delle stazioni appaltanti - delle fattispecie rilevanti, ne elenca una serie a titolo esemplificativo: sono atti idonei e diretti in modo non equivoco a influenzare le

decisioni della stazione appaltante quelli compiuti in ordine alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; all'adozione di provvedimenti di esclusione o all'attribuzione dei punteggi.

Sono invece configurabili come «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio i comportamenti volti, ad esempio, a ottenere informazioni in ordine al nominativo degli altri concorrenti o al contenuto delle offerte presentate.

5. (Segue) Le condotte rilevanti di cui alla lett. c-bis). Le ipotesi della presentazione di informazioni false o fuorvianti e dell'omissione di informazioni dovute

Il documento di aggiornamento delle Linee guida n. 6 si sofferma poi sul secondo tipo di condotta contemplato dalla lett. c-bis) del comma 5 dell'art. 80, ovvero la presentazione, anche per negligenza, di informazioni false o fuorvianti suscettibili di

influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione e l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara.

In proposito, l'ANAC chiarisce che rilevano i comportamenti posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave.

Deve trattarsi, inoltre, di condotte **strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara**. Questo aspetto traccia la linea di demarcazione con la fattispecie, simile ma non coincidente, del comma 5, lettera f-bis) del medesimo art. 80, la quale ha carattere residuale e si applica a tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c-bis) ora in esame. Rientra nell'ipotesi di cui alla lett. f-bis) la presentazione di documenti o dichiarazioni non veritieri, laddove la falsità materiale o ideologica è accertabile sulla base di elementi oggettivi, in assenza di valutazioni discrezionali e purché non sia finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi al corretto svolgimento di una procedura di gara.

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, nell'Adunanza plenaria n. 16 del 2020, con riferimento ad una controversia sorta in vigenza del vecchio testo del comma 5, lett. c) dell'art. 80 ma applicabile anche all'attuale lett. c-bis). Il Supremo Collegio ha esaminato i rapporti tra la lett. c) [ora c-bis)], e la lett. f-bis) ed ha infine formulato i seguenti principi di diritto:

- 1) la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e **finalizzata all'adozione dei provvedimenti** di competenza della stazione appaltante **concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione**, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- 2) in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; (...)
- 3) la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, **ha carattere residuale** e si applica in tutte le ipotesi di falso **non** rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.

Secondo l'Autorità, la valutazione della sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata avendo presente, da un lato, la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa e, dall'altra, il parametro della colpa professionale. Lo stesso dicasi per l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Anche in questi casi l'Autorità, per delineare meglio le fattispecie rilevanti, elenca a titolo esemplificativo una serie di condotte ad esse riconducibili. La prima ipotesi è quella della presentazione di informazioni false o fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara, volte ad esempio a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio.

Ancora, rientra nella fattispecie della lett. c-bis) (secondo capoverso) la falsità o l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, anche sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi richiesti ai fini della partecipazione oppure indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

La stazione appaltante può valutare come rilevanti anche tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia provvisoria. Con riferimento invece all'omissione di informazioni dovute, appare utile dar conto dell'orientamento giurisprudenziale formatosi in merito al concetto di informazione "dovuta". Sul punto si è innanzitutto pronunciato il Consiglio di Stato, nella già citata Adunanza plenaria n. 16, chiamato a delineare <<una puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi, al fine di distinguere tra mere omissioni e vere e proprie violazioni di obblighi dichiarativi posti a carico dell'operatore economico>> chiarendo che l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione rileva quando sussista un **obbligo dichiarativo predeterminato dalla legge o dalla normativa di gara**, e debba trattarsi di informazioni

evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico. In senso conforme, anche sentenze più recenti, quali la n. 632 del 20 gennaio 2021 della V Sezione del Consiglio di Stato, nella quale, in ordine alla mancata dichiarazione in gara, da parte di un concorrente, di una annotazione sul Casellario ANAC riferita, tuttavia, ad un fatto molto risalente nel tempo, il Supremo Collegio ha avuto modo di chiarire che <<l'obbligo dichiarativo predeterminato dalla legge non può che avere a oggetto, per definizione, **la rappresentazione di fatti o atti che alla data di assolvimento dell'obbligo siano rilevanti per l'ordinamento giuridico**>>.

Poiché era scaduto il prefissato periodo temporale di validità dell'annotazione, è subentrata <<la sua perdita di significatività per l'ordinamento giuridico di settore, e, indi, la sua insuscettibilità a costituire oggetto di un obbligo dichiarativo>>.

6. Le condotte rilevanti di cui alla lettera c-ter)

La lettera c-ter) del comma 5 dell'art. 80 contempla l'ipotesi di significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili.

In presenza di tali situazioni, la stazione appaltante dovrà valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, ad esempio, la risoluzione anticipata del contratto, la condanna al risarcimento

Le condotte di cui alle lett. c-bis) e c-ter), nelle forme più gravi, possono configurare, a seconda dei casi, uno dei reati di cui agli articoli 353, 353-bis, 354, 355 o 356 del codice penale. In tali frangenti, laddove si addivenga ad una condanna non definitiva, il fatto sarà riconducibile alla fattispecie di cui alla lett. c) e potrà condurre all'esclusione del concorrente ad esito di una valutazione discrezionale della stazione appaltante. In caso di condanna definitiva, si applicherà invece l'art. 80, comma 1, lett. b), che ne comporterà l'esclusione automatica.



del danno, o altre sanzioni altrettanto rilevanti come l'applicazione di penali significative o l'escussione delle garanzie.

L'Autorità precisa che i suddetti comportamenti possono rilevare se, anche singolarmente, costituiscono un grave illecito professionale oppure se sono sintomatici di persistenti carenze professionali. Sono sintomatici di una significativa carenza nell'esecuzione, tra l'altro, l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte; le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto; l'adozione di comportamenti scorretti; il ritardo nell'adempimento; l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione e così via.

7. Le condotte rilevanti di cui alla lettera c-quater)

L'Autorità infine approfondisce l'ultima fattispecie di illecito professionale descritta dalla lettera c-quater) del comma 5 dell'art. 80, che costituisce la vera novità introdotta dal legislatore del 2019.

Si tratta dei casi di grave inadempimento degli obblighi previsti dalla legge o assunti contrattualmente dall'aggiudicatario nei confronti di un subappaltatore, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

L'inadempimento quindi rileva se è riconosciuto o non contestato dal debitore, se è decorso il termine per l'impugnativa in giudizio oppure se è stato accertato con sentenza passata in giudicato. L'ANAC precisa che l'inadempimento è grave quando abbia costretto il subappaltatore a risolvere il contratto oppure abbia dato luogo all'applicazione di altre sanzioni rilevanti, quali l'applicazione di penali di importo significativo.

Rientrano in questa fattispecie, ad esempio, la mancata corresponsione degli importi dovuti per lo svolgimento delle relative prestazioni; la mancata consegna delle aree nei tempi convenuti; la sospensione del cantiere per una durata eccessiva o, infine, la mancata corresponsione dei costi della sicurezza e della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto oppure la corresponsione degli stessi con applicazione di un ribasso.

Una nuova ipotesi di illecito professionale sancita dall'art. 80, comma 5 alla lett. c-quater) ed esaminato nelle nuove Linee guida è il grave inadempimento degli obblighi previsti dalla legge o assunti contrattualmente dall'aggiudicatario nei confronti di un subappaltatore, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

rigorosa e impegnativa rispetto a quanto avviene a fronte delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo, le fattispecie di cui alle lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) devono essere valutate con riferimento all'operatore economico persona giuridica quando sono ad esso direttamente riferibili, e ai soggetti indicati nel comma 3 dell'art. 80 (socio di maggioranza, soggetti dotati di poteri di rappresentanza, ecc.) nel caso in cui siano riferibili a persone fisiche.

8. I mezzi di prova. La necessaria valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante e gli elementi di cui tenere conto

Al verificarsi delle fattispecie individuate dall'art. 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) la stazione appaltante ha l'obbligo di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del suo potere discrezionale, senza che da tali condotte possa farsi discendere alcun automatismo espulsivo del concorrente, applicabile solo in presenza di situazioni riconducibili all'assenza di altri requisiti generali, secondo le specifiche prescrizioni dell'art. 80.

L'ANAC chiarisce che le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dal Codice, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alle fattispecie astratte ivi indicate e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi. Poiché tale attribuzione di rilevanza è espressione dell'esercizio del potere discrezionale, è necessario che l'Amministrazione debba adeguatamente motivare l'iter logico seguito e le ragioni che sottostanno al giudizio formulato e alle conclusioni cui si è giunti.

Anzi, l'Autorità precisa che in questi casi, la motivazione dovrà essere resa in maniera ben più

Un aspetto di particolare rilievo è la durata della rilevanza di tali fattispecie ai fini dell'interdizione degli operatori economici dalle gare. Il comma 10-bis dell'art. 80 la fissa in tre anni, decorrenti, a seconda dei casi, dalla data di adozione del provvedimento amministrativo sanzionatorio o, in presenza di reati, dalla data della sentenza di condanna. Nella prima ipotesi, rileverà il momento dell'adozione del provvedimento di esclusione da una procedura di affidamento o di risoluzione contrattuale o, ancora, di accertamento del grave inadempimento nei confronti del subappaltatore; di applicazione della sanzione comminata dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 13, del Codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità, e così via. Nella seconda ipotesi, il periodo di esclusione decorrerà dalla data della sentenza di condanna non definitiva per reati incidenti sull'integrità o sulla moralità del concorrente o, in caso di rinvio a giudizio o di adozione di provvedimenti cautelari, dal provvedimento che dispone il rinvio a giudizio o la misura cautelare.

Va precisato che il periodo di interdizione intercorso tra la data dei provvedimenti non definitivi e la data di adozione della sentenza definitiva deve essere computato nel calcolo del triennio per evitare che la valutazione del medesimo comportamento possa rilevare, di fatto, anche oltre il periodo temporale previsto dalla norma. A tal fine, l'Autorità chiarisce che il divieto di partecipare alle procedure di gara conseguente all'adozione della sentenza definitiva dovrà essere

limitato al tempo occorrente al completamento del triennio di interdizione. Il periodo triennale di interdizione è conteggiato a ritroso a partire dalla data di pubblicazione del bando di gara. La durata triennale della rilevanza delle fattispecie di grave illecito professionale è stata legislativamente prevista soltanto a partire dal 2019, ad opera della L. n. 55. Prima di tale intervento normativo, si era tuttavia pronunciata in più occasioni la giurisprudenza², affermando comunque che la durata della rilevanza da attribuire ad eventuali illeciti professionali commessi non potesse superare il triennio dalla data del fatto, in ossequio a quanto previsto dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, considerato immediatamente applicabile nel nostro ordinamento³.

9. Gli obblighi dichiarativi in capo agli operatori economici e gli obblighi di comunicazione all'ANAC in capo alle stazioni appaltanti

Coerentemente con quanto sopra detto in merito alla durata triennale della rilevanza degli eventuali illeciti professionali commessi, l'operatore economico che intenda partecipare ad una procedura di affidamento dovrà dichiarare nel DGUE tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio la sua integrità o affidabilità, che siano utili alle valutazioni di competenza della stazione appaltante e si siano verificati nel triennio antecedente la pubblicazione del bando.

In particolare, l'operatore economico è tenuto a rappresentare – secondo quanto specificato dall'Autorità – le pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli sia stata contestata una condotta illecita o, comunque, sia venuto meno il rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti.

La durata della rilevanza dei gravi illeciti professionali ai fini dell'interdizione degli operatori economici dalle gare è stabilita dal comma 10-bis dell'art. 80 in tre anni, decorrenti, a seconda dei casi, dalla data di adozione del provvedimento amministrativo sanzionatorio o, in presenza di reati, dalla data della sentenza di condanna.

Sempre nel DGUE l'operatore dovrà dar conto delle eventuali misure di *self-cleaning* adottate per dimostrare la propria perdurante integrità e affidabilità per l'esecuzione della futura commessa, nonostante l'illecito compiuto.

D'altro canto, anche le stazioni appaltanti hanno precisi obblighi di comunicazione nei confronti di ANAC con riferimento a tutti gli accadimenti rilevanti ai fini dell'annotazione nel Casellario informatico delle cause ostantive relative ai gravi illeciti professionali. In particolare, dovranno essere tempestivamente comunicati i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati per gravi illeciti professionali, i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto o di escussione delle garanzie; i provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'uno per cento dell'importo del contratto, i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno e qualunque altro provvedimento idoneo a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti, di cui siano venute a conoscenza e che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati.

In proposito, appare utile segnalare che, unitamente al documento di aggiornamento delle Linee guida n. 6, l'ANAC ha pubblicato anche un documento contenente un'indicazione esemplificativa delle fattispecie rilevanti che devono essere oggetto di comunicazione da parte delle stazioni appaltanti. Il contenuto di tale documento confluirà poi nei nuovi modelli di comunicazione da utilizzare per la trasmissione delle informazioni utili all'Autorità, attualmente in fase di aggiornamento. Rispetto al modulo già in uso per la comunicazione di tutte le notizie assoggettate ad annotazione, è prevista la comunicazione di informazioni aggiuntive, utili a

2. Si veda, ad esempio, Cons. Stato sez. V, n. 2895/2019 e, più di recente, sez. V n. 1605/2020.

3. Cfr. Cons. Stato sez. V, n. 6576/2018; nonché la già citata sentenza n. 632/2021.

fornire notizie quanto più complete possibile. In tal modo, l'ANAC mira a far sì che le valutazioni rimesse alle amministrazioni con riferimento a gare successive siano svolte in modo più agevole, evitando la necessità di supplementi istruttori e, contestualmente, a favorire la standardizzazione delle comunicazioni ai fini dell'annotazione nel casellario informatico delle notizie relative ai gravi illeciti professionali.

L'obiettivo di offrire informazioni aggiuntive alle stazioni appaltanti volte a ridurre la necessità di supplementi istruttori a carico delle stesse appare di estrema importanza pratica, in quanto le amministrazioni, dinanzi ad annotazioni riservate spesso sintetiche, risalenti nel tempo, o la cui definitività non è in alcun modo chiarita, si trovano ad affrontare le difficoltà di comprendere che rilievo attribuire alle medesime e sono costrette a chiedere delucidazioni ulteriori agli operatori economici o alle altre amministrazioni coinvolte, con aggravio di tempo e risorse impiegati.

10. Le verifiche e le valutazioni spettanti alle stazioni appaltanti

Le stazioni appaltanti sono tenute a verificare la sussistenza di eventuali gravi illeciti professionali tramite la consultazione della sezione "Annotazioni riservate" del Casellario ANAC. In presenza di provvedimenti di condanna non definitivi per reati incidenti sulla moralità professionale occorre procedere altresì all'acquisizione del certificato dei carichi pendenti, presso la competente Procura della Repubblica. Le nuove Linee guida precisano tuttavia che la verifica della sussistenza dei carichi pendenti è effettuata soltanto nel caso in cui venga dichiarata dallo stesso operatore economico la presenza di condanne non definitive per reati incidenti sulla moralità professionale oppure nel caso in cui sia acquisita in qualsiasi modo notizia della presenza di detti provvedimenti di condanna o vi siano indizi in tal senso.

Inoltre, laddove la stazione appaltante venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel casellario informatico, ne dovrà comunque tener conto ai fini delle valutazioni di competenza, previa verifica sulla veridicità dei fatti, e ne dovrà dare comunicazione all'Autorità per gli approfondimenti di competenza ai fini dell'iscrizione nel Casellario.

L'Autorità si preoccupa poi di delineare le regole cardine che le stazioni appaltanti devono seguire nell'apprezzamento – discrezionale – dei gravi illeciti professionali, così da garantire uniformità di comportamenti ed evitare che la discrezionalità si traduca in arbitrio.

In primo luogo è necessaria l'instaurazione di un contraddittorio con l'operatore economico interessato.

Le valutazioni operate dalla stazione appaltante dovranno poi essere improntate al principio di proporzionalità avendo come obiettivo precipuo assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità. D'altra parte, l'esclusione può essere disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare e ad esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata. La stazione appaltante deve valutare la gravità del fatto illecito avendo riguardo all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con quel soggetto. A sua volta, la valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente va effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di

La stazione appaltante dovrà svolgere una attenta valutazione sia sui fatti ascrivibili a grave illecito professionale che sulle eventuali misure di self-cleaning adottate dall'operatore economico, in contraddittorio con questo, applicando il principio di proporzionalità e di buona fede oggettiva. Il provvedimento finale assunto dovrà essere adeguatamente motivato.



violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Nel rispetto dei generali principi che governano il procedimento amministrativo, il provvedimento finale dovrà essere adeguatamente motivato.

11. Le misure di *self-cleaning* adottabili da parte degli operatori economici

Il comma 7 dell'art. 80 prevede un correttivo agli effetti negativi dei pregressi illeciti professionali sulle future gare in quanto consente all'operatore economico di provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del futuro contratto nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

Si tratta delle c.d. misure di *self-cleaning*, che devono essere messe in atto e dichiarate nel DGUE entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, per i fatti verificatisi successivamente a tale momento, tempestivamente comunicate alla stazione appaltante.

Oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito, che rappresenta una misura di *self-cleaning* espressamente prevista dal Codice, sono idonei a evitare l'esclusione tutti i provvedimenti concreti di carattere tecnico,

organizzativo o relativi al personale adottati per prevenire ulteriori illeciti. Secondo ANAC, potrebbero essere idonei a tal fine:

- i provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
- le misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;
- la promozione di azioni di responsabilità nei confronti dei soggetti responsabili dei gravi illeciti professionali;
- il rinnovo degli organi societari;
- l'adozione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire gli illeciti e l'affidamento del potere di vigilanza a un organo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- la dimostrazione che il fatto è stato commesso eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione esistenti o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organo di controllo.

La stazione appaltante dovrà svolgere una valutazione ponderata sulle misure di *self-cleaning* adottate e sulla loro idoneità a dimostrare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico, in contraddittorio con lo stesso e applicando il principio di proporzionalità e di buona fede oggettiva. Anche in questo caso, il provvedimento finale assunto dovrà essere adeguatamente motivato.

Affidamenti diretti e disciplina in deroga: la più recente lettura del Consiglio di Stato

di Stefano de Marinis



Premessa

La recente decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, n.1108, del 15 febbraio 2022, in materia di contratti pubblici ed affidamenti diretti, merita in questa sede commento giacché riferita ad una delle previsioni più dibattute tra quelle introdotte, in deroga al Codice di cui al d.lgs. 50/2016, dal filone legislativo così detto "emergenziale", che dal 2020 ad oggi, causa pandemia, ha interessato ampiamente la disciplina dei contratti pubblici.

1. La disciplina emergenziale come scelta necessitata

Ciò anche per il fatto che da un lato non vi era possibilità di operare altrimenti, nell'ottica di favorire la ripresa dopo il blocco del 2020 senza poter puntare, per ragioni di tempo, su una riscrittura organica delle norme; dall'altro che tale riscrittura, in ragione degli impegni assunti con l'Europa in chiave PNRR, è ormai prossima, visto il disegno di legge delega all'esame del Senato¹ che entro il mese di marzo dovrebbe essere approvato almeno da un ramo del Parlamento, la cui attuazione potrebbe anche recare la stabilizzazione la normativa che al momento opera

in via temporanea.

Nella specie trattasi della previsione di cui all'articolo 1, lettera a), del decreto 16 luglio 2020, n.76, definito anche "semplificazioni 1", convertito con legge 11 settembre 2020, n. 120, a tenore del quale *per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro* - oggi elevati a 139.000 dall'articolo 51 del successivo decreto "semplificazioni 2" del 31 maggio 2021 ed anch'esso successivamente convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108 - *le stazioni appaltanti procedono all'affidamento diretto.*

La disposizione, destinata ad *incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a ... far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, introduce, come è noto, una deroga espressa agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del Codice ... qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023*, termine così aggiornato dall'articolo 51 sopra citato, rispetto all'originaria previsione che si esauriva a fine 2021.

1. Ddl 2330 A.S. "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

2. Il caso

Il caso esaminato dai giudici di Palazzo Spada offre di per sé spunti di particolare interesse, posto che trattasi dell'affidamento di una concessione di servizi attribuita da un ente locale del valore di 77 mila euro e durata limitata ad un anno e mezzo, avente ad oggetto il servizio di gestione di un compendio immobiliare di pregio ad uso attività turistico-ricettiva, intervenuto con determinazione dell'agosto 2020 sulla base di una normativa modificata in sede di conversione quanto ad ambito di applicazione per valore dell'affidamento, rispetto alla quale, inoltre, era stata presentata specifica manifestazione di interesse all'affidamento da parte di altro operatore economico che ha aperto il contenzioso dal quale è scaturita la decisione che si commenta.

Nel ritenere legittimo l'affidamento in tal senso disposto, il Consiglio di Stato si è fatto carico della risoluzione di numerose questioni di cui è opportuno dar conto.

3. Ambito della disciplina in deroga

La prima questione riguarda l'ambito della deroga rispetto alla disciplina ordinaria degli affidamenti di minor importo, fissata in via generale dall'articolo 36 del codice; in specie se sia necessaria, o meno, una preventiva verifica di mercato.

Sul punto il Consiglio di Stato ritiene che non sussista alcun obbligo in tal senso.

4. Affidamento diretto senza indagine di mercato

Come emerge dalla comparazione tra la lettera a) e la lettera b) dell'articolo 1, comma 2 del decreto legge 76, sottolinea infatti la decisione in nota, 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.

L'affermazione si fonda sull'argomento secondo cui tale modalità, ossia la preventiva consultazione, è *espressamente prevista solo per la diversa procedura negoziata senza bando di cui alla lettera b)*, con il ch , diversamente argomentando, non vi sarebbe differenza tra le due ipotesi.

Il Consiglio di Stato rileva, inoltre, come il regime in deroga di cui si discute sia lo stesso previsto, a regime, per gli affidamenti di importo inferiore a euro 40.000 ai sensi dell'articolo 36 del Codice, secondo cui le amministrazioni appaltanti *possono procedere mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o pi  operatori economici, evidenziando sul punto come la formulazione originaria parlasse di "affidamento diretto adeguatamente motivato"* e, rispetto ad essa, il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (correttivo), *abbia poi 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.*

A supporto di tale lettura viene citato il parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n. 764 del 20 ottobre 2020, secondo cui *l'eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o pi  operatori economici rappresenta comunque una best practice, salvo che ci  comporti una eccessiva dilazione dei tempi di affidamento che, invece, sarebbe in contrasto con la ratio che informa l'intero decreto semplificazione, con la precisazione che negli affidamenti diretti, non essendovi confronto competitivo, anche l'eventuale raffronto tra preventivi non presuppone l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione².*

Quanto all'eventuale richiesta di preventivi ed alle relative modalit , evidenziano le affermazioni ministeriali riportate in sentenza, rientra nella discrezionalit  della Stazione appaltante,

2. Cos , fin dall'originaria entrata in vigore del decreto-legge 16 luglio 2020, n.76, coordinato con la legge di conversione 11 settembre 2020, n. 120, AAVV La semplificazione nei contratti pubblici (dl 76/2020 e l.120/20). A cura di Pierlugi Piselli e Stefano de Marinis. Quaderno PPI Public Procurement Institute. Roma 2020.

competente in materia, determinare le modalità attraverso cui addivenire all'individuazione del proprio contraente diretto.

Citando, infine, un proprio precedente dello scorso anno³, il Consiglio di Stato evidenzia come sia già stato affermato che l'“affidamento diretto” ai sensi della lettera a), comma 2, dell'articolo 1 del decreto legge 76/2020, non contempla espressamente la consultazione degli operatori economici, precisando che lo stesso articolo 36 del Codice dei Contratti pubblici, ne prevede la consultazione di cinque solo nell'ipotesi di cui alla lettera b), ovvero per gli appalti di servizi e forniture nel caso di affidamenti pari o superiori a 40.000 euro ed inferiori alle soglie comunitarie.

5. Gli affidamenti diretti disciplinati dal decreto 76/2020 non costituiscono deroga ma estensione dell'articolo 36, comma 2, lett. a), del Codice

Completa il quadro delle affermazioni che tendono a leggere le disposizioni emergenziali del decreto 76 non tanto in deroga quanto come estensione della regola prevista dal codice dei contratti nella fascia d'importo inferiore ai 40.000 euro il fatto che il comma 3 del medesimo articolo 1 preveda anche esso che *gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del Codice secondo il quale la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.*

E' questo il contesto in cui vengono in evidenza le ragioni della scelta del fornitore, ed in tal senso il Consiglio di Stato conferma che il Comune ha adeguatamente chiarito le ragioni a fondamento della scelta operata evidenziando di aver deciso di esternalizzare la gestione del servizio non essendo

in grado di gestire direttamente la struttura, altresì volendo, tramite ricorso all'affidamento diretto, evitare il prolungamento della chiusura e la sua mancata operatività, anche in ragione dei tempi presumibilmente necessari per l'espletamento di una procedura di gara aperta per l'affidamento pluriennale della concessione, così garantendo la ripresa in tempi rapidi dell'attività di gestione a fini turistico-ricettivi, anche al fine di evitare tanto l'avvio di una nuova procedura di revoca del contributo da parte della Regione quanto il deterioramento della struttura, nonché dei suoi arredi e beni strutturali dovuto al loro inutilizzo.

6. Frazionare l'affidamento per accelerare i tempi di intervento?

Emerge da tali affermazioni anche una sorta di giustificazione, che peraltro non sembrerebbe richiesta dall'atto di appello, circa la possibilità di frazionare un affidamento di più ampia portata, laddove ciò sia utile per accelerare i tempi di intervento utilizzando una procedura semplificata rispetto ad una gara ordinaria.

In questo senso è significativa l'affermazione secondo la quale *l'interesse generale perseguito dal Comune nell'attuale congiuntura non è stato dunque quello di ottenere una maggiore offerta economica, ma di consentire al più presto la ripresa dell'attività della struttura, sì da garantire il presidio del complesso immobiliare e il rispetto della finalità dell'intervento volto alla valorizzazione turistica del territorio.*

A prescindere da tale, pur rilevante profilo, resta peraltro chiarito come l'obbligo di motivazione attenga alle ragioni dell'affidamento diretto non già al mancato preventivo confronto con altri operatori.

7. Affidamento diretto anche in presenza di manifestazione di interesse

Un secondo e più impegnativo ordine di argomenti riguarda, poi, il fatto che non solo non vi era un

3. Consiglio di Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3287

obbligo di procedere a preventive consultazioni di mercato in base alle considerazioni dette, ma che, nel caso di specie, sussisteva una specifica manifestazione di interesse all'affidamento, concorrente rispetto a quella affidataria, attivata direttamente dalla parte interessata.

Il tema si pone in relazione ai contenuti del comma 1 dell'articolo 36 del codice secondo il quale *l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42 nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese*, previsione questa non derogata dall'articolo 1 del decreto 76, che in tal senso richiama solo il comma 2.

Sul punto si rammenta che l'articolo 30 riguarda l'osservanza dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, il 34 i criteri ambientali minimi ed il 42 i conflitti d'interesse.

Argomenta sul punto la decisione in nota nel senso che il comma 2 costituisce deroga rispetto al comma 1; al riguardo si legge infatti che, *invero, l'articolo 36 prevede al primo comma i principi che devono essere rispettati anche per gli affidamenti sotto soglia. Il successivo comma due, tuttavia, introduce, per gli affidamenti di valore minimale, in deroga alla previsione di cui al comma primo, la possibilità di procedere ad affidamento diretto, come specificato, anche in assenza di consultazione di due o più operatori economici.*

In effetti, afferma la decisione in nota, non sono stati in concreto violati nel caso in esame i principi sanciti dall'articolo 36 comma 1 del Codice dei Contratti pubblici, come invece sostiene l'appellante, in quanto la procedura applicabile e difatti applicata alla fattispecie prescinde dalla previa consultazione di più operatori, non incidendo perciò la mera dichiarazione di interesse presentata dalla società ... sulle scelte discrezionali dell'Amministrazione che non era per questo obbligata all'avvio di un procedimento selettivo tra più operatori economici, previsto per i contratti di importo superiore.

8. Applicabilità alle concessioni

Ulteriore questione riguarda l'applicabilità della disciplina degli affidamenti diretti alle concessioni.

In tal senso, il tema muove dall'analisi dell'articolo 164, comma 2, del codice secondo il quale *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”.*

Afferma sul punto la decisione in nota che il richiamo contenuto nel comma trascritto determina l'applicazione dell'articolo 36 d.lgs. 50/16 non solo nella suo primo comma ma anche nel secondo essendo quest'ultimo articolo ricompreso nelle *“modalità e procedure di affidamento”* cui l'articolo 164, comma 2, fa rinvio: *ne consegue che tutte le modifiche apportate al secondo comma trovano applicazione anche all'affidamento delle concessioni.*

9. Sull'applicazione di disposizioni poi modificate in sede di conversione dei decreti legge

Ultima questione utile da puntualizzare specie in un contesto, qual'è quello attuale, in cui molta parte della disciplina in essere è disposta tramite ricorso a decreti legge, come è noto oggetto di successiva verifica parlamentare, riguarda l'operatività di disposizioni poi modificate in sede di conversione.

Nella specie, l'affidamento del valore di 77 mila euro era stato disposto in base ad una previsione che, per limiti di importo, ben lo permetteva al momento di adozione della determina, salvo risultare poi modificata al ribasso ad opera del passaggio parlamentare, con riduzione a valori che, seppur di poco (75.000 euro), non lo avrebbero più consentito.

Evidenzia sul punto il Consiglio di Stato che, per un verso, nel caso esaminato non può trovare applicazione l'articolo 77 della Costituzione, non ricorrendo un'ipotesi di *mancata conversione* del decreto, ciò che elimina la questione di perdita della di efficacia *ex tunc* delle previsioni ivi recate; per altro verso, che l'articolo 1 della legge di conversione dispone espressamente la propria entrata in vigore successivamente alla data di pubblicazione, senza prevedere effetti retroattivi, né dettare alcuna norma transitoria o disporre alcunché per gli atti posti in essere in vigore del decreto legge convertito, sicché le previsioni della legge di conversione non possono che avere effetto per il futuro.

Tale conclusione è conforme ai principi generali sulla formazione delle leggi, *in primis* quelli di vigenza delle leggi dal momento della pubblicazione, salvo espressa previsione contraria, e del *tempus regit actum*, in virtù del quale l'atto è regolato dalla legge vigente nel momento in cui è posto in essere, non essendo possibile – salvo che la legge disponga altrimenti - che la norma si applichi a fatti o rapporti sorti prima della sua entrata in vigore; è inoltre aderente a quanto in specie previsto per i decreti legge dall'articolo 15, comma 5, della legge 23 agosto 1988, n. 400, a mente del quale *le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente.*

Non può pertanto riconoscersi efficacia *ex tunc* agli emendamenti ai decreti legge adottati in sede di conversione in presenza delle circostanze evidenziate.

10. Emendamenti soppressivi/sostitutivi e semplicemente modificativi

Ciò posto in principio, non sfugge al Consiglio di Stato la distinzione operata anche in dottrina tra emendamenti soppressivi/sostitutivi, che travolgerebbero con effetto *ex tunc* la norma emendata per la parte non convertita, ed emendamenti modificativi che incidono su una

disposizione del decreto convertito senza alterarne in modo totale l'oggetto o il senso, che quindi, essi soli, avrebbero effetto *ex nunc*.

Al riguardo la decisione in nota evidenzia come la giurisprudenza abbia affermato che deve dirsi legittimo un atto verificatosi durante la vigenza di una norma di un decreto legge e regolato conformemente a quest'ultima, benché modificata dalla legge di conversione con un emendamento modificativo, in quanto la modifica è valida *ex nunc*, cioè dal momento in cui è entrata in vigore la legge di conversione. In tal senso, sussiste un'ipotesi di mera modifica nel caso di una legge di conversione che incide soltanto su alcuni elementi costitutivi della fattispecie astratta regolamentata dal decreto legge (aggiungendo o sottraendo ipotesi); in caso di sostituzione, invece, la legge di conversione disciplina in modo completamente diverso la fattispecie regolamentata dal decreto legge.

Ne deriva che la norma introdotta dalla legge di conversione, in mancanza di qualsiasi diversa previsione, si applica dal momento della sua entrata in vigore, mentre la disciplina contenuta nel decreto-legge costituisce un regolamento implicito di quanto verificatosi sotto la vigenza del decreto legge stesso e prima dell'entrata in vigore della legge di conversione⁴.

Nella fattispecie in esame, afferma la decisione in nota, *l'emendamento introdotto dalla legge di conversione n. 120 del 2020 è considerato con certezza di tipo modificativo, non soppressivo o sostitutivo: infatti, premesso che tanto le previsioni recate dal decreto legge quanto quelle modificate della legge di conversione costituiscono una disciplina derogatoria e temporanea al Codice dei Contratti pubblici, legata alla peculiare situazione congiunturale a causa dell'emergenza sanitaria, deve evidenziarsi che è rimasta ferma la regolamentazione e la ratio contenuta nella norma modificata (id est: l' ampliamento e innalzamento della soglia di applicazione degli affidamenti diretti al fine di semplificare le procedure), non ricorrendo perciò un radicale mutamento della regolamentazione (quale sarebbe stato, ad esempio, il divieto assoluto di affidamento diretto o la sua indiscriminata estensione a prescindere*

4. Cass., sezione III, 10 maggio 2016, n. 9386.

da soglie di valore); si è apportata soltanto una modifica al ribasso della soglia di applicazione, peraltro solo per i servizi e per le forniture e non per gli appalti di lavori, per i quali detta soglia è rimasta inalterata. In sostanza all'ipotesi più ampia di affidamento diretto (fino a euro 150.000 per lavori, servizi e forniture contenuta nel decreto legge) è stata sottratta l'ipotesi dei servizi e forniture, per i quali vale una soglia più bassa.

Correttamente l'emendamento in questione è di tipo meramente modificativo, in quanto, aggiungendo al contenuto della norma una differenza di soglia tra appalto di lavori e di servizi o, per altro verso, sottraendo i servizi e le forniture alla soglia dei lavori, contiene "una fattispecie astratta alla quale la legge di conversione aggiunge o sottrae soltanto alcuni elementi costitutivi", avendo perciò efficacia ex nunc, ovvero dal momento in cui la legge di conversione è entrata in vigore.

11. Conclusioni

La decisione in nota appare importante oltre che per le specifiche affermazioni fin qui riportate, per il fatto di ascrivere culturalmente in quel filone interpretativo che valorizza le ragioni alla base degli interventi della legislazione cosiddetta emergenziale volta a favorire la ripresa produttiva, per risolvere il problema della difficoltà di attivazione della spesa pubblica, quale insostituibile leva per l'economia del Paese, esistente già prima della pandemia.

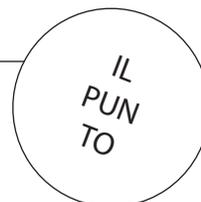
In questo senso, la decisione riconosce espressamente l'efficacia della spesa pubblica, specie in caso di maggiore rapidità della sua erogazione, quale insostituibile forma di volano dell'economia.

Nello stesso ambito si colloca la recente decisione della Corte Costituzionale n. 8 del 2022, in materia di ridefinizione dei limiti del reato di abuso d'ufficio che, nel ribadire la legittimità dell'articolo 21 del dl 76/20, afferma espressamente che tale modifica, così come quella parallelamente disposta dall'articolo 21 in tema di danno erariale, è correttamente finalizzata a far sì che *la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità. "Paura della firma" e "burocrazia difensiva", indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente.*

In questo senso, una verifica sul fondamento di tale opzione culturale, se occasionalmente legata solo alla particolare fase storica di riavvio produttivo che interessa il nostro Paese (oltreché la stessa Europa di cui l'Italia è parte inscindibile, anche in termini di apporto economico al suo sviluppo come entità globale), oppure ad un vero e proprio cambio di passo, anche culturale favorito da un nuovo senso di appartenenza al contesto europeo, potrà essere facilmente compiuta già in occasione del prossimo varo della legge delega di cui si è detto in apertura, volta alla riscrittura del Codice dei contratti.

Sulla rilevanza, ai fini dichiarativi ex art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici della presenza di un decreto penale di condanna opposto

di Adriana Presti



1. Premessa e quadro normativo

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia Cons. St., Sez. III, 18 marzo 2022, n. 1977, torna nuovamente a pronunciarsi sul tema degli oneri dichiarativi ex articolo 80 del Codice dei Contratti pubblici stavolta rispetto al caso in cui sussista, a carico di un soggetto rilevante ex art. 80, Comma 3, del Codice un decreto penale di condanna opposto.

Non pare inutile rammentare che l'articolo **80, comma 5, lettera c) del Codice** prescrive che le stazioni appaltanti hanno la facoltà di escludere un operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto qualora possa essere adeguatamente dimostrato che lo stesso operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Come è noto, la valutazione della stazione appaltante dell'integrità e affidabilità dell'aggiudicatario è espressione di ampia discrezionalità. Corollario è che la stazione appaltante debba essere messa nella condizione di poter giudicare dell'affidabilità professionale dell'operatore economico sulla base degli elementi conoscitivi forniti dal partecipante alla gara.

La corrispondente attività dell'amministrazione di verifica, valutazione e decisione presuppone,

infatti, a monte, la completezza del patrimonio conoscitivo che è la risultante delle dichiarazioni rese dalle imprese concorrenti. Ed è infatti per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, che quest'ultimo è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, Sezione V, 12 aprile 2019, n. 2407, con ampi richiami).

Quel che conta pertanto è la rilevanza delle cd. "material information", cioè la loro idoneità a incidere sul processo decisionale della stazione appaltante (in tal senso si è espresso il TAR Campania, Napoli, Sezione V, 9 dicembre 2021, n. 7912).

Del resto, su un diverso piano la violazione degli obblighi informativi può integrare, a sua volta, il "grave illecito professionale" endoprocedurale, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare tale omissione o reticenza pervenuta attraverso altre fonti, ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico.

Come chiarito dalla giurisprudenza, l'omissione in sé può rilevare rispetto ad un presupposto obbligo dichiarativo, in ciò esprimendosi il disvalore di tale causa di esclusione, ed in tanto può parlarsi di "omissione" in quanto l'obbligo dichiarativo sia stato previsto o a livello normativo o dalla stazione appaltante nella legge di gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 giugno 2021, n. 04641 che a sua volta richiama le proprie sentenze 6 luglio 2020, n. 4316 e 5 agosto 2020, n. 4937).

Un onere informativo, però, può legittimamente considerarsi posto a carico del concorrente solo se circoscritto alle notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità, da individuarsi sulla base di un criterio di "ragionevole esigibilità", dovendosi in tal senso intendere solo quelle espressamente previste come tali dal Codice dei contratti e dalla *lex specialis* di gara (in tal senso, *ex plurimis*, cfr. Cons. St., Sez. V, 18 marzo 2021, n. 2350, id., 5 agosto 2020, n. 4937, id., 6 luglio 2020, n. 4316, id., 28 dicembre 2020, n. 8406; id., 3 settembre 2018, n. 5136).

Ciò risponde del resto ai noti principi di tassatività delle cause di esclusione e di *favor participationis*, anche in ossequio al fondamentale insegnamento della giurisprudenza eurounitaria secondo cui l'inadempimento ad eventuali oneri dichiarativi può essere legittimamente sanzionato con l'esclusione solo laddove detti oneri siano stati espressamente previsti "in maniera chiara, precisa e univoca" dalla legge ovvero dalla disciplina speciale della singola gara, senza potere viceversa essere desunti da una mera interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale (cfr., tra le tante, CGUE, sent. 02.06.2016 in C-27/15; sent. 06.11.2014 in C-42/13; sent. 09.02.2006 in C-226/04).

Di conseguenza, secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, la violazione degli obblighi informativi che incombono sui partecipanti alle pubbliche gare intanto può comportare l'esclusione del concorrente reticente,

in quanto essa sia stata effettivamente valutata dalla stazione appaltante in termini di incidenza sulla permanenza degli imprescindibili requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso sì che l'esclusione non è automatica, ma è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante, la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato - indipendentemente dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto - che l'omissione dichiarativa abbia intaccato l'attendibilità professionale del singolo operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla gara" (così Cons. St., Sez. V, 9 gennaio 2019, n. 196).

In sostanza, venuta a conoscenza della mancata informativa, la stazione appaltante può escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che sussistano fondati dubbi sulla integrità o affidabilità dell'operatore stesso.

È stato chiarito che una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, nella misura in cui si tratti di casi palesemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono predicabili esclusioni "a sorpresa" a carico dello stesso (Cons. St., Sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4937).

Va infatti conferita "determinatezza e concretezza" all'elemento normativo della fattispecie, ovvero al carattere "dovuto" dell'informazione, al fine di "individuare con precisione le condizioni per considerare giuridicamente dovuta l'informazione", dovendosi tenere distinte le due fattispecie: a) dell'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza della dichiarazione resa; b) della falsità delle dichiarazioni, per tale intendendosi la presentazione nella procedura di gara in corso di

Nelle omissioni dichiarative poi non può certamente essere insito alcun automatismo escludente, in quanto esse postulano sempre un apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente.



dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero (c.d. *immutatio veri*; cfr. ordinanza Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2332).

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 16 del 28 agosto 2020, ha ribadito che l'esclusione per omissioni dichiarative del concorrente in relazione a reati c.d. "non ostativi" non può mai essere automatica. Del resto, la falsità di informazioni rese dal partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c-bis) dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti.

In conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico».

Pertanto, anche in caso di informazioni "false o fuorvianti" l'esclusione non può essere disposta se non previa valutazione della loro idoneità ad «influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» della stazione appaltante. Alle informazioni "false o fuorvianti" sono equiparate quelle "omissioni" che riguardano «informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione», dovendo, a maggior ragione, anche per esse escludersi ogni automatismo espulsivo.

Già prima della citata decisione dell'Adunanza Plenaria, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa era nel senso che le omissioni assumono portata escludente non in sé, cioè come mero inadempimento al dovere di informazione, ma se e nella misura in cui siano anche state reputate rilevanti - sia nell'omissione in sé, che, necessariamente, rispetto al fatto omesso - da parte della stazione appaltante (cfr. ex multis Cons. St., Sez. V, 30 dicembre 2019, n.

8906; tra le tante, Id., Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; sez. V, 12 settembre 2019, n. 6157). Si deve infatti considerare che non rileva, ai fini della relativa verifica che le informazioni dovute siano state omesse in sede di gara, tanto è vero che si tratta di omissione suscettibile di soccorso istruttorio" (Cons. St., Sez. V, 18 marzo 2021, n. 2350).

2. La vicenda decisa dal Consiglio di Stato, Sez. III, 18 marzo 2022, n. 1977

Come anticipato in premessa il Consiglio di Stato si è pronunciato su una fattispecie del tutto peculiare ovvero sulla mancata esclusione di un o.e. primo classificatosi che aveva omesso di dichiarare taluni precedenti penali gravanti sui legali rappresentanti costituiti da decreti penali di condanna opposti, in quanto tali fattispecie astrattamente rilevanti ex art. 80, comma 5, lett. c bis) e f bis) del d. lgs. n. 50/2016.

Il TAR Piemonte, con la pronuncia n. 746 del 19 luglio 2021, respingeva la censura ritenendo il decreto penale di condanna opposto non utilizzabile per il giudizio di inaffidabilità di un operatore economico partecipante ad una gara pubblica, stante l'impossibilità di ricollegare effetti vincolanti ad un accertamento sommario e privo di contraddittorio, quale è quello del decreto penale (sul punto si veda anche TAR Piemonte, Sez. I, 14 maggio 2019, n. 576).

Da tale premessa, il giudice di prime cure ha tratto la conclusione che in sede di gara non sussistevano condanne a carico dei legali rappresentanti ma procedimenti penali pendenti, nei confronti dei quali non sussiste alcun obbligo dichiarativo atteso che "in fase di partecipazione alla gara, l'onere informativo a carico degli operatori economici, per gli atti di rilevanza penale, non include in via generica i carichi pendenti ma solo per alcune fattispecie di reato le sentenze di condanna definitiva, in linea con le previsioni di cui all'art. 80, commi 1 e 3, d. lgs 50/2016 sulle cause di esclusione dalla gara" (TAR Lazio, sez. III, 02 luglio 2020, n. 7587 espressione di un orientamento non univoco).

Il Consiglio di Stato, investito della vicenda, ha ritenuto in via di principio corretta la statuizione del primo giudice per quanto concerne la fattispecie di

cui all'art. 80, commi 1 e 3, del codice dei contratti pubblici, potendosi considerare pacifico, alla luce del chiaro tenore testuale delle disposizioni citate, che il decreto penale di condanna è causa di obbligatoria esclusione - sempre che riguardi i reati di cui al comma 1 e i soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 - solo quando il decreto è "divenuto irrevocabile". Mentre ha ritenuto non esaminata dal primo giudice la questione in rapporto al comma 5 dell'art. 80 cit. e al generale e necessario vaglio di affidabilità professionale dell'operatore economico, tenuto conto di quanto allo scopo prescritto dal disciplinare di gara.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, anche in funzione del reperimento degli eventuali "mezzi adeguati" di prova aveva infatti previsto, in seno al disciplinare di gara, che "l'operatore economico concorrente è tenuto, altresì, a **dichiarare tutte le fattispecie di cui all'art. 80, comma 5 del Codice, ancorché possano considerarsi non significative ai fini dell'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, essendo rimessa alla Stazione appaltante ogni valutazione circa la condotta posta in essere dal medesimo**".

Di conseguenza, avuto riguardo a siffatta prescrizione, i decreti penali, anche se opposti, costituivano fatti rilevanti da dichiarare, in quanto afferenti a ipotesi di reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro, di diritto ambientale, sociale e del lavoro, violazioni che certamente rientrano nelle casistiche indicate dall'art. 80, c. 5, lett. a) e lett. c).

In particolare le lett. a) e c) della citata disposizione prevedono che: "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice; [...] c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che

l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità".

Il Collegio, ha quindi ritenuto che se è pure vero che dal punto di vista dello spessore e dell'accertamento della *notitia criminis* il decreto penale opposto può considerarsi equipollente ad un mero procedimento penale pendente, e dunque,

esso non afferisce a un fatto professionale di rilievo penale che possa dirsi definitivamente acclarato; tuttavia è del pari innegabile che esso costituisca un elemento fattuale rilevante nell'ambito della valutazione rimessa alla stazione appaltante, ed è a quest'ultima, anche in forza della prescrizione del disciplinare sopra citata, che dev'essere rimessa ogni decisione in ordine alla "significatività" di tale elemento, letto anche alla luce degli elementi

indiziari che caratterizzano l'ipotesi accusatoria, nonché degli altri elementi *aliunde* eventualmente acquisiti dalla stessa Amministrazione.

Nel caso di specie siffatta valutazione è stata impedita dall'omessa dichiarazione.

Tanto statuito, il Collegio si è soffermato sulle conseguenze dell'omessa dichiarazione.

Il Collegio, infatti, applicando l'insegnamento contenuto nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020 di cui in Premessa, ha escluso che nel caso di specie vertesse in una situazione di omessa dichiarazione di fatti dalla quale possa discendere l'automatismo espulsivo.

In effetti, nella specie l'obbligo di dichiarazione era caratterizzato da uno spettro amplissimo ("*tutte le fattispecie di cui all'art. 80, comma 5 del Codice, ancorché possano considerarsi non significative ai fini dell'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c)*") e non era imposto dal disciplinare a pena di esclusione.

In secondo luogo, l'apprezzamento della gravità e rilevanza dei fatti nonché della loro significatività e idoneità a fornire un'adeguata dimostrazione della sussistenza di illeciti professionali suscettibili di minare l'integrità o affidabilità dell'operatore

I decreti penali di condanna, anche se opposti, costituiscono fatti rilevanti da dichiarare ai fini del giudizio di affidabilità rimesso alla discrezionalità della S.A. ex art. 80, comma 5, lett. c) del Codice



economico, pur in mancanza di un accertamento dei fatti che possa dirsi definitivo, compete in prima battuta all'Amministrazione e non al giudice amministrativo, pena la violazione del divieto di immissione di quest'ultimo nell'esercizio di poteri non ancora esercitati dall'amministrazione.

Così come compete in prima battuta all'Amministrazione la valutazione circa la rilevanza dell'omessa dichiarazione quale comportamento di per sé (ossia a prescindere dalla valenza pregiudizievole del dichiarato) sintomatico di un illecito professionale, ex art. 80, comma 5, lett. c bis).

La disposizione da ultimo citata, com'è noto, attribuisce autonomo rilievo ai fini della configurazione di un grave illecito professionale, alle condotte del *"fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione"*, o dell'*"omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"*.

Il grave illecito professionale non è però, a differenza dell'ipotesi di cui alla lett. f-bis) (*"l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere"*) integrato dalla semplice omessa dichiarazione, essendo piuttosto – secondo l'insegnamento fornito dall'Adunanza Plenaria n. 16/2020 – rimessa all'Amministrazione una valutazione in concreto circa il raggiungimento del *"punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente"* alla luce del comportamento serbato, dei contenuti e della significatività dei contenuti dichiarativi omessi.

Nello statuire ciò, il Collegio si è soffermato sulla contestazione dei resistenti, secondo la quale la decisione dell'Adunanza Plenaria si porrebbe in violazione dell'art. 57, lett. h), della direttiva 2014/24 che invece fonderebbe una ipotesi di esclusione automatica.

Sul punto ha ritenuto, però, che l'art. 57 della Direttiva UE richiamata, infatti, non impone affatto un simile automatismo, ma si limita a prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici *"possono"* escludere, oppure che gli Stati membri *"possono"* chiedere alle amministrazioni

aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico quando vi sia stata un'omissione dichiarativa. La facoltà concessa agli Stati è stata esercitata dal legislatore nazionale attraverso disposizioni che richiedono nel caso di specie – secondo l'esegesi datane dall'Adunanza Plenaria – l'intermediazione valutativa della stazione appaltante in ordine ai requisiti di rilevanza, gravità, significatività dell'omissione.

Per effetto di tale ragionamento, il Consiglio di Stato ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e la necessaria apertura di una parentesi procedimentale tesa all'apprezzamento e valutazione, da parte dell'Amministrazione: a) del concreto rilievo, significatività e verosimiglianza dei fatti per i quali v'è procedimento penale pendente a carico degli amministratori delegati; b) del concreto rilievo e significatività dell'omessa dichiarazione della pendenza di tali procedimenti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c bis), secondo la lettura datane dall'Adunanza Plenaria n. 16/2020.

3. Riflessioni conclusive

La decisione del Consiglio di Stato, nell'equiparare il decreto penale di condanna ad un procedimento penale in corso, di fatto conferma l'ormai costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale la pendenza di un procedimento penale *"può legittimare l'esclusione dalla gara per grave illecito professionale non essendo, infatti, a tal fine necessario che il procedimento penale avviato a carico di un concorrente si sia concluso con una sentenza di condanna a suo carico"*(cfr. ex multis Cons. St., V, 20/03/2019, n. 1846; Cons. St., Sez. V, 29/10/2020, n. 6615; Cons. St., V, 27/2/2019, n. 1367; Cons. St., V, 3/9/2018 n. 5142; Cons. St., III, 23/11/2017, n. 5467).

In tale prospettiva è stato, altresì, affermato che: *"anche il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regola la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato"*

l'incidenza negativa sulla moralità professionale (T.A.R. Napoli, sez. VII, 26/06/2018, n.4271, ma in senso analogo anche Consiglio di Stato sez. VI, 01/02/2013, n.620)" (Cfr. T.A.R. Firenze, sez. I, del 09/01/2019, n. 53).

Pertanto, non occorre ai fini dell'adozione del provvedimento d'esclusione che il fatto sia accertato in sede penale con sentenza definitiva (Cons. Stato, n. 158 del 2020, cit.; V, 20 novembre 2015, n. 5299; v. anche Id., 27 febbraio 2019, n. 1367).

L'orientamento ad oggi maggioritario ammette, dunque, pur mettendo in forte dubbio il rispetto del principio di definitività dell'accertamento della responsabilità penale e della presunzione di innocenza dell'imputato, che le risultanze delle indagini penali ovvero il decreto di rinvio a giudizio assumano rilievo come fattore sintomatico dell'inaffidabilità dell'operatore economico e, come tali, siano di per sé sufficienti a giustificare l'esclusione dell'operatore economico indagato/imputato, pur in assenza di condanna definitiva.

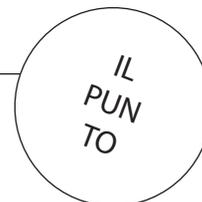
La questione non è di certo nuova e l'unico rimedio attivabile dall'operatore economico di fronte a dette criticità è l'adozione di serie misure di autodisciplina (il c.d. self cleaning), al fine di riabilitare quantomeno *pro futuro* l'impresa.

Del resto, come da ultimo confermato dalla sentenza della **Corte Costituzionale n. 168/2020**, ben si può configurare un considerevole illecito professionale o comunque un grave inadempimento, che comporti l'esclusione dalla gara, "[...] **quand'anche l'illecito non sia stato accertato definitivamente in giudizio** (come si può desumere anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 19 giugno 2019, in causa C-41/18, Meca), ma sussistano e siano valutati elementi tali da «provocare la rottura del rapporto di fiducia con l'operatore economico» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-267/18, D.A.C. SA). *Al pari di chiunque altro, la pubblica amministrazione non può infatti essere obbligata a contrarre con parti che essa ritiene, in forza di elementi obiettivi, inaffidabili*".

Alla luce di ciò, si può concludere che secondo il costante orientamento giurisprudenziale l'«illecito professionale» **rileva** non come tale, cioè nella distinta dimensione in cui viene accertato ed eventualmente sanzionato per la sua intrinseca offensività, bensì **se e nella misura in cui risulti rilevante sul piano della affidabilità e integrità dell'operatore, e quindi funzionalmente a un apprezzamento - in termini negativi, e cioè ostativi - dell'operatore economico ai fini dell'affidamento d un contratto pubblico.**

Ulteriori riflessioni sull'esclusione automatica delle offerte anomale tra giurisprudenza e prassi

di Ilenia Paziani



1. L'esclusione automatica delle offerte anomale nell'articolo 97 del Codice e le successive modifiche

Sempre più frequentemente ci si imbatte nel meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale.

Come è noto, infatti, l'articolo 97 del Codice dei Contratti Pubblici che disciplina la valutazione di anomalia dell'offerta è stato negli ultimi anni interessato da alcune rilevanti modifiche, dapprima dal DL c.d. Sblocca-Cantieri, poi dal DL Semplificazioni.

L'esclusione automatica delle offerte anomale rappresenta un istituto che consente di rendere più veloce la valutazione delle offerte, esentando la stazione appaltante dal valutare quelle offerte che risultano eccessivamente basse.

Inoltre, la verifica dell'anomalia dell'offerta riguarda tutti i contratti pubblici e risponde all'esigenza dell'amministrazione di evitare che gli operatori economici, al fine di aggiudicarsi l'appalto, siano spinti a presentare offerte eccessivamente basse che, da un lato potrebbero comportare un'esecuzione della prestazione secondo *standard* qualitativi non adeguati, dall'altro lato alla sopravvenienza in corso di esecuzione di ulteriori costi (varianti).

Per tale ragione il legislatore (in recepimento alle direttive UE) ha disciplinato sia le modalità (attraverso criteri matematici variabili e non individuabili a priori) di individuazione della soglia di anomalia, sia il procedimento amministrativo in contraddittorio con l'operatore economico volto a verificare se l'offerta risulti effettivamente anomala oppure no.

L'articolo 97 del D.lgs. n. 50/2016 individua, dunque, i criteri matematici di calcolo della soglia di anomalia, in base al criterio di aggiudicazione prescelto (commi 2, 2 bis, 2 ter, 3, 3 bis) e il procedimento da seguire in contraddittorio per giungere alla valutazione dell'offerta come anomala o come sostenibile (commi 4-7).

Appare evidente che il procedimento da attivare in contraddittorio con l'operatore economico sulla valutazione di anomalia dell'offerta allunga certamente i tempi necessari per addivenire all'individuazione dell'aggiudicatario (è previsto un termine non inferiore a 15 da concedere all'operatore economico per presentare le proprie giustificazioni), per tale ragione, già nella versione originaria dell'articolo 97 del Codice dei Contratti Pubblici, il comma 8 prevedeva un meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale.

In particolare, "Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del **prezzo più basso** e comunque per **importi inferiori alle soglie** di cui all'articolo 35, la stazione appaltante **può prevedere nel bando** l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque, la facoltà di esclusione automatica **non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci**".

L'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse risultava quindi una mera facoltà esercitabile dalla stazione appaltante laddove si trattasse di una procedura sottosoglia, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso e nel caso in cui fossero state presentate un numero di offerte superiore a dieci.

Nel 2019, la disposizione è stata modificata dal Decreto Sblocca-cantieri (D.L. n. 32/2019), il quale ha previsto l'esclusione automatica delle offerte anomale come **obbligatoria**, in caso di appalti sottosoglia, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, che non abbiano rilevanza transfrontaliera e laddove siano state ammesse in gara un numero di offerte superiore a dieci.

Oltre alle condizioni sopra elencate, il DL Sblocca-cantieri ha però precisato che, affinché l'esclusione automatica delle offerte anomale possa operare, la stazione appaltante deve avere cura di prevedere tale clausola in maniera espressa nella legge di gara ("la stazione appaltante **prevede nel bando** l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia").

Lo Sblocca-Cantieri ha quindi enfatizzato l'esigenza di accelerazione delle procedure di

affidamento prevedendo l'esclusione automatica come obbligatoria e non rimessa ad una scelta della Stazione Appaltante.

Tuttavia, sul punto è stato recentemente affermato che (cfr. TAR Piemonte, sez. II, 18 aprile 2020 n. 240) "Pur se queste ultime modifiche deporrebbero per l'introduzione di un vero e **proprio obbligo** a carico della stazione appaltante a fronte di quella che prima era una mera facoltà, **il Collegio non ritiene tuttavia corretta una tale interpretazione**".

Occorre al riguardo ricordare come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha rilevato la contrarietà alle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché al principio generale di non discriminazione di una "normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, **imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse** rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime"¹.

Alla luce delle indicazioni fornite dalla **Corte di Giustizia**, deve ritenersi che **l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisca un'eccezione rispetto alla regola generale** che impone all'amministrazione una verifica in contraddittorio della congruità delle offerte (Cfr. altresì Cons. Stato, parere n. 782 del 30.3.2017).".

1. Cfr. Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2008, C-147/06, C-148/06; vedasi altresì la lettera della Commissione Europea del 24.1.2019, avente ad oggetto "Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273" in cui viene affermata la contrarietà dell'articolo 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016, nella previgente formulazione, all'articolo 69, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/24/UE e all'articolo 84, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/25/UE in quanto essa si applica a prescindere dal fatto che l'appalto presenti o no un interesse transfrontaliero certo ed in quanto la soglia di dieci offerte fissata dall'articolo 97, comma 8, del d.lgs.50/2016 non è ritenuta sufficientemente elevata, in particolare con riferimento alle grandi amministrazioni aggiudicatrici.

Sicché, secondo questo orientamento, è necessario che la stazione appaltante, per potere inserire nel bando di gara una clausola che preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale, è tenuta ad effettuare una specifica valutazione quanto all'assenza di carattere transfrontaliero dell'appalto.

Tale valutazione deve essere incentrata sulla verifica della sussistenza o meno di un interesse transfrontaliero per l'appalto in questione, con la conseguenza che l'obbligo di prevedere tale clausola appare certamente attentato, in quanto rientra in una scelta discrezionale (seppure sulla valutazione del carattere transfrontaliero) dell'amministrazione.

Di recente, l'articolo 97 è stato poi interessato da ulteriori **modifiche transitorie** ad opera del DL Semplificazioni (D.L. n. 76/2020 convertito dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120) avente lo scopo di snellire ulteriormente le procedure di gara.

Tali modifiche non apportano innovazioni al Codice in via definitiva, in quanto per espressa previsione normativa sono applicabili esclusivamente alle procedure di affidamento la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento sia stato adottato entro il **30 giugno 2023**.

Sul punto, l'articolo 1 del DL Semplificazioni, rubricato *"Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia"* prevede che in caso di:

- affidamento sottosoglia comunitaria,
- da aggiudicarsi con procedura negoziata senza bando,
- previa consultazione di almeno cinque operatori, secondo il criterio del

La previsione nella lex specialis dell'esclusione automatica delle offerte anomale presuppone la valutazione da parte della Stazione Appaltante del carattere non transfrontaliero dell'appalto sottosoglia comunitaria, in quanto si tratta di una clausola limitativa della concorrenza



prezzo più basso,

opera l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2bis e 2ter del decreto legislativo n. 50 del 2016, qualora il numero delle **offerte ammesse sia pari o superiore a cinque** (comma 3).

Rispetto alla disciplina "ordinaria" (non emergenziale

e non transitoria come quella disciplinata dal DL Semplificazioni) prevista dal Codice dei Contratti pubblici, l'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni presenta dunque alcune differenze:

- il numero minimo di offerte per l'operatività dell'esclusione automatica è stato abbassato, passando **da 10 a 5 offerte presentate**;
- non è previsto alcun riferimento all'operatività dell'esclusione automatica solo in caso di appalti che non abbiano rilevanza transfrontaliera; tuttavia, è previsto anche in questo caso un espresso riferimento ai contratti sottosoglia;
- rispetto all'articolo 97 comma 8 del Codice non viene espressamente previsto che la clausola debba essere inserita a monte nel bando di gara.

In tal quadro, dall'entrata in vigore della disciplina transitoria di cui al DL Semplificazioni, i Tribunali Amministrativi Regionali e l'Autorità Nazionale Anticorruzione si sono spesso pronunciati sull'ambito di applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale nei termini previsti dal DL Semplificazioni.

La maggior parte delle pronunce si sono in particolare occupate dell'individuazione dell'ambito di applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale in caso di:

Il regime derogatorio del DL Semplificazioni si applica alle procedure di affidamento la cui determina a contrarre sia stata adottata entro il 30 giugno 2023 e prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale in caso di presentazione di almeno 5 offerte



- mancata previsione nella *lex specialis* di un'apposita clausola e mancato riferimento al carattere emergenziale della procedura (e quindi mancato espresso riferimento al DL Semplificazioni);
- applicazione dell'esclusione automatica negli appalti sopra soglia comunitaria.

Nel presente contributo verranno analizzati tali aspetti, al fine di fornire un quadro più chiaro dell'operatività di tale clausola, la quale trae origine da un'esigenza di snellimento e accelerazione delle procedure di valutazione delle offerte, ma che al tempo stesso non può tradursi in un ostacolo alla concorrenza.

2. Mancata previsione di apposita clausola: orientamenti contrastanti

Come anticipato, l'esigenza di snellire e accelerare le procedure di gara non può tradursi nella creazione di un ostacolo ingiustificato alla libera concorrenza.

Al momento della formulazione di un'offerta economica è fondamentale per un operatore economico conoscere se in quella procedura la Stazione Appaltante potrà avvalersi (in caso di presentazione di un numero pari o superiore a 5 offerte) dell'esclusione automatica delle offerte anomale oppure no. Appare dunque evidente l'importanza di una espressa previsione nella *lex specialis* sull'operatività dell'esclusione automatica dell'offerte anomale.

Sul punto si sono formati due orientamenti.

A) *Eterointegrazione della legge di gara della clausola di esclusione automatica delle offerte anomale*

Secondo l'orientamento maggioritario formatosi sull'interpretazione dell'articolo 1, comma 3, del D.L. Semplificazioni, il meccanismo di esclusione

automatica delle offerte – previsto per gli appalti sotto soglia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso – trova applicazione **anche se la legge di gara non lo preveda espressamente, in quanto tale norma emergenziale eterointegra la *lex specialis* che eventualmente non lo indichi** (v., in tal senso, TAR Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, richiamato da TAR Lazio, Sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104, e da TAR Campania, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; v. anche T.A.R. Sicilia, Sez. III, 11 giugno 2021, n. 1892; TAR Lazio, Sez. I bis, 7 ottobre 2021, n. 10278; pareri ANAC n. 4/2022, n. 222/2021 e n. 837/2021).

Una delle prime pronunce è stata infatti quella del TAR Piemonte n. 736/2021, il quale ha affermato che (laddove sussistano i presupposti dell'articolo 1 comma 3 del DL Semplificazioni e laddove l'appalto non abbia carattere transfrontaliero), l'esclusione automatica delle offerte anomale si applica **senza distinzione di settore e senza un necessario collegamento con l'emergenza sanitaria**; e

di conseguenza l'articolo 1 comma 3 del medesimo DL relativo all'esclusione automatica delle offerte anomale è **idoneo ad eterointegrare** la disciplina di gara ed è dunque applicabile anche ove non richiamato espressamente. Con la conseguenza che non sarebbe necessaria un'espressa previsione volta a contemplare l'esclusione automatica delle offerte anomale (cfr. TAR Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736).

Da ultimo è stato inoltre ribadito (TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 31 gennaio 2022 n.

265) che l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisce una delle misure, temporanee e derogatorie rispetto al Codice degli Appalti, indicate dal su citato art. 1 del Decreto Semplificazioni per lo snellimento delle procedure di gara indette per l'aggiudicazione degli appalti pubblici sotto soglia, al dichiarato fine di fronteggiare le ricadute economiche negative derivanti dalla pandemia da COVID-19 e incentivare gli investimenti pubblici nel

Secondo l'orientamento maggioritario, il meccanismo di esclusione automatica delle offerte - previsto per gli appalti sottosoglia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso - trova applicazione anche se la legge di gara non lo preveda espressamente, in quanto tale norma emergenziale eterointegra la *lex specialis*



settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici.

Tuttavia, si segnala che nel caso sottoposto al TAR Palermo, la Stazione Appaltante, seppure non avesse previsto espressamente l'operatività dell'esclusione automatica delle offerte anomale, aveva però dichiarato negli atti di gara che la procedura era esperita ai sensi del DL Semplificazioni.

In tal quadro, il TAR ha ritenuto che *"in base al principio della eterointegrazione della lex specialis, il disciplinare sia integrato dal transitorio regime giuridico previsto dalla norma nazionale e che debba applicarsi l'esclusione automatica delle due offerte (una, quella della controinteressata) risultate superiori alla soglia di anomalia, ai sensi di quanto disposto dal richiamato art. 1, co. 3, del d.l. n. 76/2020"*.

Secondo questo orientamento, dunque, la disciplina prevista dal DL Semplificazioni non solo non necessita di una espressa previsione nella legge di gara, ma sostituisce anche *tout court* la disciplina "ordinaria" prevista dal Codice.

Occorre però precisare che l'eterointegrazione della norma può essere invocata laddove ci si trovi esattamente nella fattispecie delineata dall'articolo 1, comma 3, del D.L. Semplificazioni e dunque deve trattarsi di un affidamento sottosoglia comunitaria, da aggiudicarsi con procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno cinque operatori e da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

B) La necessaria espressa previsione della clausola di esclusione automatica delle offerte anomale

Sussiste tuttavia anche un orientamento contrario alla "forza" eterointegrativa della clausola di esclusione automatica delle offerte anomale, secondo cui *"in presenza di una lex specialis che nulla disponeva quanto all'automatismo espulsivo, disporlo in via diretta e immediata **significherebbe porre ingiustificati ostacoli al principio di***

massima partecipazione alle gare, da sempre predicato dal giudice eurounitario" (TAR Puglia, Lecce sentenza del 22 gennaio 2021, n. 113; TAR Piemonte, 28 aprile 2020 m. 240).

Tale impostazione è supportata dalla recentissima ***Deliberazione ANAC n. 46 del 2 febbraio 2022***.

In tale occasione è stato chiesto all'Autorità di pronunciarsi sulla seguente questione: se, in una procedura sottosoglia comunitaria, l'esclusione automatica delle offerte anomale sia destinata a trovare applicazione anche quando non espressamente richiamata negli atti di gara.

L'Autorità, dopo aver dato atto del quadro generale normativo e giurisprudenziale, ha evidenziato che l'eterointegrazione del bando di gara, determinando l'inserimento *ex post* di cause di esclusione o condizioni di partecipazione che non

sono conosciute dai concorrenti al momento della presentazione delle offerte, deve ritenersi ammissibile solo in casi eccezionali, in quanto i principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, di massima concorrenza e di trasparenza dell'attività amministrativa impongono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto ***siano "chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti"*** (Cfr. Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, n. 19/2016; Corte di Giustizia, 9 febbraio 2006, La Cascina e a., C- 226/04 e C-228/04)".

Pertanto, *"qualora la Stazione appaltante **non abbia rappresentato, negli atti di gara, aver escluso il carattere transfrontaliero dell'appalto, di dover ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, il meccanismo di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016 giammai potrà eterointegrare gli atti di gara ed essere, per tale via, applicato"***.

ANAC ha precisato che l'eterointegrazione del bando di gara deve ritenersi ammissibile solo in casi eccezionali, in quanto i principi di tutela del legittimo affidamento impongono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo



E questo in quanto è indispensabile la “valorizzazione del legittimo affidamento maturato dagli operatori economici sul rispetto delle regole fissate negli atti di gara ed **in forza delle quali è stata modulata l’offerta economica presentata**, tanto più quando, come nel caso di specie, il bando non risulti carente di indicazioni in merito alle modalità di verifica dell’anomalia delle offerte ma richiami espressamente il procedimento di verifica in contraddittorio”.

Tale importante decisione di ANAC, seppure apparentemente contraria, non si pone in contrasto con l’orientamento dominante secondo cui l’obbligo di esclusione automatica delle offerte anomale previsto dal D.L. semplificazioni ha natura imperativa e quindi derogatoria rispetto all’articolo 97, comma 8 del Codice.

Ed infatti la maggior parte dei casi in cui i TAR e la stessa Autorità (cfr. Delibera n. 4 del 12 gennaio 2022) hanno ammesso l’eterointegrazione della *lex specialis* con l’esclusione automatica delle offerte anomale ex art. 1, comma 3 del D.L. Semplificazioni, si trattava di casi in cui:

- la legge di gara in qualche modo richiamava il D.L. Semplificazioni;
- oppure era prevista l’esclusione automatica, ma secondo i parametri previsti dal comma 8 dell’articolo 97, e quindi solo laddove il numero delle offerte ammesse fosse pari o superiore a 10.

Ebbene, in tali casi, l’operatore economico diligente, al momento della formulazione dell’offerta aveva tutti gli strumenti per comprendere che a quella procedura sarebbe stata applicata l’esclusione automatica delle offerte anomale, di conseguenza l’applicazione poi in concreto di tale clausola non avrebbe dato luogo ad alcuna violazione del principio di affidamento.

Diverso è invece il caso in cui la legge di gara o non preveda alcunché riguardo alla valutazione di anomalia dell’offerta; o addirittura richiami espressamente l’articolo 97 commi 4 e 5 che disciplinano il procedimento di verifica dell’anomalia. In tali circostanze appare evidente che l’applicazione dell’esclusione automatica delle offerte anomale, emersa solo in fase di valutazione delle offerte, viola i principi di trasparenza e legittimo affidamento in quanto non consente

all’operatore economico di formulare un’offerta alla luce delle prescrizioni di gara effettivamente applicabili.

3. Inapplicabilità dell’esclusione automatica nei contratti sopra soglia

Una recente pronuncia ha infine affrontato l’ambito di applicazione dell’esclusione automatica delle offerte anomale con riferimento al valore sopra o sottosoglia.

Si tratta di un caso sottoposto all’esame del TAR Campania riguardante la disapplicazione da parte della stazione appaltante di una clausola che prevedeva l’esclusione automatica delle offerte anomale, seppure si trattasse di procedura sopra soglia comunitaria.

Il TAR ha ravvisato la correttezza dell’operato della stazione appaltante laddove ha proceduto alla disapplicazione della clausola, la quale si pone in aperto contrasto con le disposizioni dell’art. 97, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 (il quale prevede che “Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all’articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque, l’esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”).

Ed infatti, come agilmente evincibile dalla lettera delle norme citate, l’esclusione automatica delle offerte opera solo in caso di procedure di affidamento per importi inferiori alla soglia comunitaria mentre quella sottoposta all’esame del TAR è di importo superiore a tale soglia.

Il TAR ha precisato, inoltre, che tale ragionamento vale anche ove si tenesse conto delle disposizioni contenute nell’art. 1, comma 3 del D.L. Semplificazioni il quale prevede, sempre e solo con riferimento alle procedure c.d. sottosoglia, che “3. ...Nel caso di aggiudicazione con il criterio del

prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque".

In altri termini, il TAR ha chiarito che la clausola che prevede l'operatività dell'esclusione automatica delle offerte anomale per procedure di gara sopra soglia comunitaria "è da considerarsi una clausola nulla in quanto introduce una ipotesi di esclusione automatica dalla gara non prevista dal d.lg. n. 50/016 (cfr. principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del medesimo decreto). La difesa

comunale ha rappresentato che l'art. 18 è frutto di un errore e che, pertanto, non è stato applicato dalla stazione appaltante la quale si è limitata a valutare la congruità delle offerte...".

L'esclusione automatica delle offerte anomale opera solo in caso di procedure di affidamento per importi inferiori alla soglia comunitaria (e che non abbiano carattere transfrontaliero), è legittima la disapplicazione della clausola che preveda l'esclusione automatica in procedure relative ad affidamenti sopra soglia

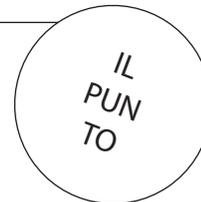


carattere transfrontaliero, proprio in quanto di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

D'altro canto, considerato che la Corte di Giustizia UE ha ritenuto contrario alle disposizioni del Trattato una normativa nazionale che imponga alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, per gli appalti sotto soglia che rivestano carattere transfrontaliero; a maggior ragione risulta illegittima la previsione dell'esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti che per definizione hanno

Le indicazioni ANAC sui contratti PNRR e obblighi assunzionali ex art. 47 del DL 77/2021

di Stefano Usai



Premesse

L'autorità anticorruzione con la **recente deliberazione n. 122/2022** (del 16 marzo) rubricata *"Individuazione dei dati e delle informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori devono fornire alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici al fine di monitorare l'adozione dei requisiti e dei criteri premiali per le pari opportunità generazionali e di genere, nonché per l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, di cui all'articolo 47 decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, in relazione ai contratti finanziati con le risorse del PNRR e del PNC"* predispone le specifiche sul controllo degli adempimenti previsti in tema di contratti del PNRR e, segnatamente, circa gli obblighi assunzionali. Adempimenti/obblighi previsti, come emerge dalla rubrica, nell'articolo 47 del DL 77/2021.

L'autorità anticorruzione con la recente deliberazione n. 122/2022 (del 16 marzo) rubricata "Individuazione dei dati e delle informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori devono fornire alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici in tema di contratti del PNRR"



Il documento, semplificando, rimarca quelli che sono gli adempimenti del RUP, fin dalla fase di predisposizione della legge di gara (con l'inserimento di specifiche clausole assunzionali o la individuazione di rigorose ragioni che ne impediscono l'inserimento). Si tratta, quindi, evidentemente, di atto rilevante per gli stessi operatori economici che vengono messi in grado di meglio comprendere, in questo modo, le conseguenze a cui vanno incontro nel caso di inadempimenti (fermo restando ovviamente il corredo di sanzioni/provvedimenti già previsti, come ricorda il documento in commento, in materia di possesso dei requisiti ex art. 80 del Codice) o in tema di mancata comunicazione di illeciti professionali che porta la stazione appaltante (il RUP) ad una attenta valutazione ai fini della possibile esclusione (nel caso in cui il pregresso comportamento professionale sia tale da recidere il rapporto fiduciario che costituisce fondamento del rapporto contrattuale).

1. Le prerogative del controllo dell'ANAC

Già in premessa, il documento precisa che la prerogativa dei controlli (in tema di nuovi obblighi nei contratti del PNRR) è stata assegnata all'ANAC dalle stesse linee guida della Presidenza del Consiglio dei Ministri dipartimento Pari opportunità (declinate in un DPCM) del 7 dicembre (pubblicati in G.U. a fine anno 2021) dirette a fornire le prime indicazioni circa l'applicazione dell'articolo in commento.

Ai sensi dell'articolo 10 delle predette linee guida l'ANAC è tenuta ad adottare un provvedimento con cui sono individuati i dati e le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori devono fornire, secondo termini e forme di comunicazione standardizzate, alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, **al fine di monitorare l'adozione dei requisiti e dei criteri premiali per le pari opportunità generazionali e di genere**, nonché per l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, di cui all'articolo 47, del decreto-legge 31 maggio 2021, n.77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n.108.

Da detta previsione, quindi, l'adozione dei criteri operativi per le stazioni appaltanti.

Si tratta di specifiche, avverte l'autorità anticorruzione applicabili a prescindere dalla soglia dell'appalto "afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza di cui al Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e al Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC) di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101" valide sia per gli appalti sia per le concessioni "nei settori ordinari e nei settori speciali".

La premessa chiarisce che le varie comunicazioni/informazioni, devono essere fornite secondo delle

"griglie" definite nel documento in commento che vengono fornite tramite sistema Simog collegato al CIG ordinario.

Non viene in considerazione nel caso di specie il CIG semplificato visto che l'affidamento diretto – per esplicita previsione delle linee guida/DPCM del 7 dicembre non richiede l'applicazione degli obblighi assunzionali ex art. 47 del DL 77/2021.

Da notare che le altre fattispecie escluse (come emerge dal DPCM), per cui è possibile non prevedere obblighi assunzionali in relazione ai contratti del PNRR, più nel dettaglio, sono:

- gli affidamenti diretti per importi di modico valore;
- le procedure che "prevedano un numero di assunzioni inferiore a tre unità di personale";
- il caso in cui sia necessario richiedere delle abilitazioni/esperienze tali "da rendere la platea dei potenziali interessati alle assunzioni limitata nel breve periodo";
- le "procedure per somma urgenza o protezione civile o, comunque, altrimenti giustificate da specifiche ragioni di urgenza".
- I casi "in cui nelle nuove assunzioni intervengono clausole sociali di riassorbimento occupazionale – come può accadere nel cambio di appalti di servizi – la deroga può trovare adeguata motivazione nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale agli addetti che escono da una precedente fornitura";
- le ipotesi "in cui si ravvisi il contrasto con i predetti obiettivi, la stazione appaltante dovrà fornire evidenza del suddetto contrasto per ogni tipologia di obiettivo suindicato".
- il caso di occupazione giovanile, la previsione di una percentuale ridotta (rispetto al 30% delle assunzioni da effettuare) potrebbe essere giustificata da "casi in cui esigenze specifiche correlate alle caratteristiche delle mansioni da svolgere per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, richiedano, per oltre il 70 per cento delle nuove assunzioni, una pregressa esperienza o specializzazione tali da rendere la fascia anagrafica giovanile con esse incompatibile";

Le varie comunicazioni/informazioni devono essere fornite, secondo delle "griglie" definite nel documento in commento vengono fornite tramite sistema Simog collegato al CIG ordinario.

- altra ipotesi in cui l'obbligo assunzionale viene previsto in **misura ridotta** rispetto alla quota di genere potrebbe essere giustificata con "riferimento al livello dei tassi di occupazione femminile, che (...) presentano significative differenziazioni tra settori economici e tipologie di committenza pubblica (lavori, servizi e forniture), per cui il raggiungimento della percentuale del 30 per cento delle nuove assunzioni potrebbe incontrare difficoltà in particolari contesti".

In tutte queste situazioni la motivazione deve essere *innestata* già nella determinazione a contrarre.

2. Le informazioni da "rendere" ad ANAC

Tra le varie informazioni (da rendere con la compilazione di apposite *griglie*) una tra quelle di maggior rilievo riguarda, evidentemente, l'obbligo di assumere (in caso di aggiudicazione del contratto e nel caso in cui assunzioni debbano essere fatte per l'esecuzione del contratto) "una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile (articolo 47, comma 4, del decreto legge n. 77/2021)".

Sul punto proprio le linee guida/DPCM del 7 dicembre chiariscono che il RUP è tenuto a preventivamente individuare le attività necessarie per l'esecuzione del contratto e, rispetto a queste, se necessario procedere all'assunzione di personale, l'aggiudicatario (ma anche il subappaltatore in caso di esecuzione demandate ad altri) deve preoccuparsi di rispettare l'obbligo assunzionale.

L'obbligo si intende rispettato con la stipula del contratto. La particolarità, richiesta dall'ANAC, e che in caso di obbligo "ricalibrato" o escluso, la stazione appaltante è tenuta a indicare le motivazioni ed in particolare "selezionando nel menu a tendina una o più delle seguenti fattispecie":

(la casistica riportata nella deliberazione dell'ANAC appare coerente con le previsioni contenute nelle linee guida ministeriali sopra riportate):

- importo ridotto del contratto;
- mercato di riferimento;
- affidamento in somma urgenza o per esigenze di protezione civile;
- adempimento clausola sociale di riassorbimento occupazionale;
- scarsa occupazione femminile nel settore;
- necessità di esperienza o di particolari abilitazioni professionali;
- assunzione di un numero di lavoratori inferiori a tre;
- altro.

3. Le misure premiali

Nelle "griglie" è previsto anche il caso in cui sia necessario fornire informazioni/dati per l'inserimento nella legge di gara di misure premiali. Più in particolare, nella deliberazione si ribadisce la necessità di specificare/indicare le "ulteriori misure premiali che attribuiscono un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato" evidenziando le chirurgiche fattispecie (già previste come possibili opzioni nell'articolo 47 del DL 77/2021)".

Le fattispecie (che possono essere selezionate con i menu a tendina) sono relative al fatto che:

- nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n.215, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, dell'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, degli articoli 35 e 55- quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, ovvero dell'articolo 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151;

La particolarità, richiesta dall'ANAC, e che in caso di obbligo "ricalibrato" o escluso, la stazione appaltante è tenuta a indicare le motivazioni ed in particolare selezionando nel menu a tendina la fattispecie interessata.



- l'appaltatore utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;
- l'operatore abbia accettato l'impegno di assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone disabili per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
- l'operatore abbia accettato l'impegno ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
- l'operatore si sia impegnato ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione giovani di età inferiore a trentasei anni per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
- l'appaltatore abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- l'appaltatore abbia, nell'ultimo triennio, adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali;
- l'appaltatore abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68 in materia di lavoro delle persone disabili;
- l'appaltatore abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254;

Possono essere previsti anche altri impegni per gli appaltatori basati su:

- criteri di responsabilità sociale nei confronti dei divari di genere;
- criteri di responsabilità sociale nei confronti dei divari intergenerazionali;
- criteri per l'inclusione dei lavoratori disabili.

Deve essere valorizzato invece, (in modo più semplice) con un "sì" o con un "no" il rispetto *"da parte del concorrente o dell'offerente di aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta, agli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68"*

4. Altre informazioni utili oltre gli adempimenti dei contratti PNRR

Tra le specifiche contenute nella deliberazione, l'autorità anticorruzione chiarisce, circa gli obblighi informativi del RUP delle stazioni appaltanti, che effettivamente alcune informazioni sono utili non solo per rendere trasparente lo stato degli obblighi/adempimenti imposti dall'articolo 47 ma anche per le finalità di cui all'articolo 213, comma 10.

Si tratta di informazioni *"che (...) devono essere comunicati dalle stazioni appaltanti e dagli enti aggiudicatori all'Autorità in modo da consentirne la relativa annotazione. Si tratta, in particolare, delle ipotesi di esclusione dalle procedure di affidamento e di applicazione delle penali per inadempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici aggiudicatari"*.

Anche in questo caso per agevolare le comunicazioni il documento prevede delle "griglie" in cui il dato da valorizzare non è un semplice "sì" o "no" ma occorre un corredo informativo più ampio fermo restando l'impegno dell'ANAC all'aggiornamento dei modelli informativi necessari, pertanto, *"nelle more, le stazioni appaltanti potranno utilizzare i moduli attualmente disponibili, compilando le caselle a campo libero ivi previste, quali quelle denominate "Altro", "Azioni intraprese dalla stazione appaltante", "Altra condotta posta in essere durante la fase dell'evidenza pubblica", "Descrizione della condotta"*.

Tra gli obblighi informativi, sicuramente tra i più importanti, la questione dell'omessa "presentazione, al momento della presentazione dell'offerta, della copia dell'ultimo rapporto redatto ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del secondo comma del citato articolo 46, ovvero, in caso di inosservanza

dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità”.

Si tratta di obblighi che riguardano le imprese partecipanti agli appalti del PNRR con più di 50 dipendenti.

In tema, il documento ricorda che “l’esclusione non pregiudica la partecipazione dell’operatore economico a future procedure di affidamento”. La notizia, in forma riservata, viene inserita nel casellario a scopo di monitoraggio.

Altra obbligo informativo riguarda l’inadempimento, al momento della presentazione dell’offerta, circa gli “obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68”.

L’ANAC rammenta che, in questo caso, l’offerta è irregolare e che, in ogni caso, la conseguente esclusione non pregiudica la partecipazione dell’operatore economico a future procedure di affidamento sempre che questo regolarizzi la propria posizione.

Anche in questo caso la notizia si inserisce, a cura dell’ANAC, nel casellario, in una sezione riservata, a scopo di monitoraggio.

Maggiori implicazioni ha invece la comunicazione, da parte del RUP, che l’operatore che partecipa alla gara non abbia assolto alle dichiarazioni circa l’obbligo assunzionale imposto dalla legge di gara - in caso di aggiudicazione -, (del 30% rispetto alle assunzioni da espletare o in percentuale

Tra le specifiche contenute nella deliberazione, l’autorità anticorruzione chiarisce, circa gli obblighi informativi del RUP delle stazioni appaltanti, che effettivamente alcune informazioni sono utili non solo per rendere trasparente lo stato degli obblighi/adempimenti imposti dall’articolo 47 ma anche per le finalità di cui all’articolo 213, comma 10.



La notizia è inserita nel Casellario informatico in una sezione riservata, ai soli fini del monitoraggio.

5. Sulle motivazioni per giustificare l’applicazione di penali

Importanti sono anche le “griglie” sulle motivazioni che determinano l’applicazione di penali.

Maggiori implicazioni ha invece la comunicazione, da parte del RUP, che l’operatore che partecipa alla gara non abbia assolto alle dichiarazioni circa l’obbligo assunzionale imposto dalla legge di gara - in caso di aggiudicazione -, (del 30% rispetto alle assunzioni da espletare o in percentuale ricalibrata in presenza di oggettive motivazioni già specificate dal RUP in fase di predisposizione della determinazione a contrarre e della stessa legge di gara).



ricalibrata in presenza di oggettive motivazioni già specificate dal RUP in fase di predisposizione della determinazione a contrarre e della stessa legge di gara come si è anticipato sopra).

In questo caso, ricorda la deliberazione, “l’offerta è irregolare” e **la conseguente esclusione non pregiudica la partecipazione dell’operatore economico a future procedure di affidamento.**

La notizia è inserita nel Casellario informatico in una sezione riservata, ai soli fini del monitoraggio.

Ad esempio, in caso di inadempimento dell’obbligo di consegnare alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, **una relazione di genere** sulla situazione del personale maschile e femminile per le imprese tra i 15 ed i 50 dipendenti. Nel caso di specie la sanzione è l’interdizione “*automatica dalla partecipazione a procedure di affidamento relative ad interventi finanziati con le risorse del PNRR o del PNC, sia in forma singola che associata, per 12 mesi*”. E si prevede anche l’applicazione delle penali (ricalibrate dall’articolo 50, comma 4, del DL 77/2021 in deroga all’articolo 113-bis del Codice dei contratti).

Altre importanti informazioni

sono quelle relative all'eventuale inadempimento *"dell'obbligo di consegnare alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, e una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte"*. Anche questo obbligo riguarda le imprese con dipendenti compresi tra i 15 e 50 dipendenti. La comunicazione, in questo caso, viene inserita nel casellario in una sezione riservata valida a soli fini di monitoraggio.

Ben più grave, giungendo all'annullamento dell'aggiudicazione, il caso dell'inadempimento dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento (o quota inferiore motivatamente indicata nel bando di gara), delle assunzioni necessarie per

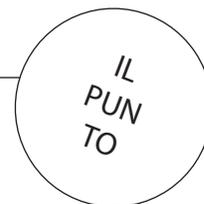
l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile.

Infatti, la deliberazione puntualizza che si tratta di obblighi relativi a *"tutti gli operatori economici"* e che se tale inadempimento viene *"rilevato prima della sottoscrizione del contratto determina l'annullamento dell'aggiudicazione. Se rilevato dopo la sottoscrizione del contratto comporta l'applicazione di penali"*.

Analoghe sanzioni comporta l'inadempimento di eventuali altri obblighi *"assunti al momento della presentazione dell'offerta previsti come requisiti premiali. Relativo a tutti gli operatori economici Se rilevato prima della sottoscrizione del contratto: annullamento dell'aggiudicazione. Se rilevato dopo la sottoscrizione del contratto: applicazione di penali"*.

Sulla esclusione della fattispecie di turbativa d'asta in caso di affidamento diretto. Nota a margine alla sentenza della Corte di Cassazione, VI sez. penale del 27 gennaio 2022, n.7264

di Paolo Sabra Piazza e Giuseppe Totino



Premesse

Prendendo spunto dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione VI sez. penale del 27 gennaio 2022, n.7264, il presente contributo mira a verificare in quali ipotesi di affidamento diretto possa ritenersi estendibile l'esclusione della responsabilità penale per il reato di turbativa d'asta.

Prima di passare all'analisi della sentenza oggetto di nota, appare utile rammentare che secondo il più recente orientamento del giudice amministrativo, si configura come affidamento diretto quell'affidamento assentito in assenza di un confronto concorrenziale, esperito in virtù di specifiche norme di rango derogatorio rispetto al principio generale di massima pubblicità, che consentono l'aggiudicazione di un contratto pubblico al di sotto di alcune soglie economiche prestabilite.

In tali casi, di natura derogatoria, ai fini degli affidamenti diretti sotto una soglia individuata dal legislatore (oggi estesa in termini economici

da parte del D.L. 76/2020, conv. L. 120/2020), è dunque sufficiente che la stazione appaltante motivi in merito alla scelta dell'affidatario, "dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione" (Linee Guida ANAC n. 4, par. 4.3.1).

La mera proceduralizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze.



preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

Tuttavia, sostiene il Consiglio di Stato¹, che la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), **non trasforma** l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze.

L'assunto appena indicato, a parere di chi scrive, risulta essere la lente più idonea, attraverso la quale guardare alla pronuncia della sentenza in commento.

1. La vicenda processuale

La vicenda in commento prende spunto da una recente sentenza di Cassazione, VI sez. penale del 27 gennaio 2022, n.7264 e ha per oggetto la determinazione dell'estensione della fattispecie del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex art 353 bis del Codice penale.

Ripercorrendo la vicenda processuale, si rileva che il Giudice per le indagini preliminari, con propria ordinanza, ha applicato la misura coercitiva degli arresti domiciliari nei confronti di un imprenditore, nei cui confronti erano stati ascritti diversi capi d'imputazione, inter alia, quelle per delitti di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex art 353 *bis* c.p.

Nel capo d'imputazione oggetto della presente trattazione, veniva in particolare contestato all'imputato il delitto di cui agli artt. 110, 353 bis c.p., perché, in qualità di legale rappresentante di una ditta, d'intesa e in concorso con il responsabile del servizio lavori pubblici del Comune, con il legale rappresentante di un'altra ditta e il sindaco del Comune, avrebbe turbato il procedimento di scelta del contraente di cui alla deliberazione della giunta comunale, avente ad oggetto l'approvazione del progetto definitivo/esecutivo dei lavori di

adeguamento e di messa in sicurezza di impianti su aree di proprietà comunale, che ricomprendevano anche i lavori di sostituzione di una condotta idrica. Secondo la tesi accusatoria, il sindaco, in particolare, colludendo con l'indagato, avrebbe attestato falsamente nel verbale di deliberazione predetto, che i lavori affidati alla Ditta in concorso, avrebbero dovuto avere inizio entro una certa data, circostanza contraria al vero, in quanto parte dei suddetti lavori (e, in particolare, la sostituzione della condotta idrica) sarebbe stata già eseguita dall'indagato.

Il Tribunale ha accolto parzialmente la richiesta di riesame proposta dall'imputato, annullando in parte l'ordinanza, con esclusivo riferimento al delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente dell'imputazione cautelare e confermando nel resto l'ordinanza impugnata.

Il Tribunale del riesame ha escluso la gravità indiziaria in relazione a tale delitto, ritenendo non dimostrato il previo accordo collusivo dalle conversazioni captate, rilevando la scarsa chiarezza del ruolo assunto dal ricorrente nella vicenda e affermando, comunque, l'impossibilità di configurare il delitto di cui all'art. 353 bis c.p., con riferimento a turbative poste in essere in relazione all'affidamento diretto di lavori sottosoglia.

Quest'ultimo profilo veniva contestato dal Pubblico Ministero ricorrendo avverso l'ordinanza, chiedendone l'annullamento, deducendone la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione.

Deduce il Pubblico Ministero, oltre ad altre contestazioni non rilevanti alla presente analisi, che alla nozione di "contenuto del bando o di altro atto equipollente" di cui all'art. 353 bis c.p., dovrebbe essere ascritto qualsiasi atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, anche alternativo al bando di gara.

Ad avviso del PM ricorrente, dunque, il ricorso allo strumento dell'affidamento diretto, lungi dal configurarsi come l'esito di una scelta discrezionale dell'ente, sarebbe stato uno strumento utilizzato in modo distorto e finalizzato ad eludere la libera concorrenza.

1. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 03287 del 2021

2. Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente

Prima di analizzare la posizione giurisprudenziale assunta dalla Corte di Cassazione, appare opportuno procedere all'analisi, anche da un punto di vista esegetico, dell'istituto della fattispecie criminosa prevista dall'art. 353 bis c.p. rubricato "Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente".

La disposizione normativa di cui all'art. 353-bis c.p. è stata introdotta dal legislatore con l'art. 10 della l. 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia) che incrimina, "salvo che il fatto costituisca più grave reato", chiunque turba il procedimento amministrativo diretto a determinare il contenuto del bando o di altro atto equipollente, con violenza o minaccia o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

Dagli atti preparatori si rileva che la norma è stata inserita nel corpo codicistico per colmare possibili vuoti di tutela nel sistema repressivo costituito dai reati di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e di astensione dagli incanti (art. 354 c.p.). Queste disposizioni penali presuppongono l'effettiva pubblicazione di un bando e il concreto turbamento della gara. Restava in sostanza priva di tutela la parte antecedente la pubblicazione del bando. Dunque con la nuova disposizione, art. 353 bis c.p., si è cercato di tutelare la trasparenza e il buon andamento della pubblica amministrazione nella scelta dei propri interlocutori ed a salvaguardare la libera concorrenza tra imprese nei rapporti contrattuali con la stessa.

La disposizione in commento, da un punto di vista pratico, mira a prevenire, anticipandone la tutela, la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati, "cuciti su misura", proprio sulle caratteristiche di determinati operatori, ed a preservare il principio di libertà di concorrenza e la salvaguardia degli interessi della pubblica amministrazione.

Sostanzialmente, l'intervento normativo è volto a colpire quelle condotte tese a "preconfezionare" il contenuto del bando o di altro atto equipollente, preservando il principio di libertà di concorrenza e la salvaguardia degli interessi della pubblica amministrazione.

Il reato è comune e, dunque, può essere compiuto da chiunque. Le condotte incriminate, modellate sul paradigma dell'art. 353 c.p., consistono in violenza o minaccia, oppure in doni, promesse, collusioni o altri in mezzi fraudolenti. Con tale ultima formula si allude a qualunque attività ingannatoria idonea ad alterare il regolare funzionamento e pregiudicare la libera partecipazione alla gara (Cass. pen., n. 8020/2016), anche per mezzo di anomalie procedurali (Cass. pen., n. 42770/2014).

Sul piano oggettivo, perché sia configurabile il delitto, è sufficiente che la correttezza della procedura amministrativa sia messa in pericolo dalle condotte descritte dall'art. 353-bis c.p.

Sul piano oggettivo, perché sia configurabile il delitto, è sufficiente che la correttezza della procedura amministrativa sia messa in pericolo dalle condotte descritte dall'art. 353-bis c.p.



Siamo di fronte ad un reato di pericolo. Per realizzare la fattispecie criminosa non è necessario che in concreto il contenuto del bando sia stato "ritagliato su misura" di un concorrente, ma è necessario che si sia turbato il procedimento amministrativo diretto a stabilirne il contenuto attraverso violenza, minaccia,

doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti.

Tale profilo, invero, differenzia nettamente la fattispecie in esame dal reato di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p. Quest'ultimo ha bisogno della produzione di un evento naturalistico che può essere costituito dall'impedimento della gara o dal suo turbamento.

Il reato, dunque, è integrato dal compimento di una delle condotte tipizzate dalla norma, reputate dal legislatore idonee a turbare il procedimento amministrativo con cui si determina il contenuto del *bando* o di *altro atto* equipollente.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo il delitto di turbata libertà di scelta del contraente è di natura istantanea e doloso. Il dolo è specifico, dovendo l'agente finalizzare la condotta al condizionamento del procedimento amministrativo di scelta del

contraente, senza peraltro che il conseguimento del risultato rilevi ai fini del perfezionamento dell'illecito.

La consumazione del reato, infatti, coincide con il momento in cui si tiene la condotta tipizzata dal Legislatore perché ritenuta in grado di determinare l'alterazione dell'iter di formazione della gara. Il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione indipendentemente dalla realizzazione del fine.

Secondo alcune opinioni dottrinali, il tentativo non è configurabile.

Nel caso in cui il bando venga pubblicato, le condotte precedenti alla sua preparazione integrano il reato di cui all'art. 353 c.p.

3. Il dibattito giurisprudenziale

Una questione dibattuta in giurisprudenza, che ha dato origine alla sentenza in commento, riguarda il seguente quesito: il delitto di turbata libertà di scelta del contraente di cui all'art. 353-bis c.p., può trovare applicazione in relazione ai procedimenti di affidamento diretto?

Il dubbio è alimentato dal fatto che in questo caso difetterebbe l'estremo di fattispecie del bando o dell'atto equipollente.

Un primo orientamento giurisprudenziale sostiene che il delitto di turbata libertà di scelta del contraente non è configurabile in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara (cfr. Sez. 6, n. 44700 del 13/07/2021; Sez. 5, n. 25290, del 2/03/2021, Sez. 6, n. 30730 del 28/03/2018, Sez. 6, n. 36806 del 06/04/2018, Sez. 6, n. 36065 del 26/06/2018; Sez. 6, n. 9385 del 13/04/2017; Sez. 6, n. 8044 del 21/01/201).

La sentenza in commento (Corte di Cassazione, sez. VI penale del 27 gennaio 2022) richiamando la giurisprudenza citata ha affermato che: *"in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p.:*

a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale;

b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale;

c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara" (Sez. 6, n. 5536 del 28 ottobre 2021).

La giurisprudenza sottolinea che a differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, l'art. 353-bis c.p., fa riferimento esclusivamente al turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando – o di un altro atto a questo equipollente – e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente.

La condotta di turbamento deve dunque necessariamente innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione. Nella fattispecie trattata dalla sentenza in commento l'affidamento dell'esecuzione dell'appalto è avvenuto in assenza di ogni forma competitiva e concorsuale, secondo lo schema dell'affidamento sottosoglia comunitaria in conformità alla disciplina del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 (c.d. Sblocca cantieri), convertito dalla L. n. 55 del 14 giugno 2019. In questo caso il delitto di cui all'art. 353-bis c.p., non è configurabile.

In conclusione, nella fattispecie processuale esaminata, e dunque negli affidamenti diretti, mancando un procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente, non sarebbe – secondo la Corte – configurabile la fattispecie criminosa dell'art. 353 bis c.p.

4. Conclusioni

Chiarito, sebbene per sommi capi, quali siano i presupposti perché possa configurarsi il delitto di turbata libertà degli incanti, secondo il dettato della sentenza in commento, in via circolare, appare opportuno fare un passo indietro, rammentando

quanto la giurisprudenza amministrativa afferma in merito alla corretta qualificazione di affidamento come diretto.

Il Giudice amministrativo ha ricordato che la "mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori [...], non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara", con ciò stabilendo che, anche qualora la stazione appaltante si fosse risolta nell'adottare una procedura para concorsuale preordinata alla selezione del contraente, il procedimento stesso non possa qualificarsi come "gara", ma pur sempre affidamento diretto.

Ebbene, come sopra ricordato, la sentenza della Corte in commento ha ribadito come *"in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p.: è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale"*.

È lecito interrogarsi, dunque, se il c.d. affidamento diretto procedimentalizzato che presuppone l'interrogazione del mercato attraverso la richiesta ad una ristretta platea di concorrenti di un

preventivo, sia sussumibile nell'ipotesi del campo di applicazione dell'articolo 353-bis c.p., *benchè* sia pur sempre un affidamento diretto, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa.

Ad opinione di chi scrive, la suddetta ipotesi, condurrebbe alla aberrante conclusione per la quale l'agente della P.A. che abbia agito in concorso per violare il buon andamento dell'affidamento di un contratto pubblico, sarebbe maggiormente "tutelato" in caso proceda ad un affidamento diretto senza procedere ad alcuna interrogazione del mercato (i.e. senza richiedere i preventivi), così eliminando ab origine ogni spettro di procedimentalizzazione nella scelta del contraente ovvero un segmento valutativo (gara informale).

Tale conclusione è tanto più aberrante, ove si ponga riguardo al fatto che la stessa ANAC suggerisca, secondo apposite linee guida, di procedimentalizzare, attraverso la richiesta di preventivi, anche l'affidamento diretto propriamente inteso, al fine di mitigare il rischio di pratiche clientelari, turbative o collusive.

Risulterebbe pertanto paradossale, qualora l'interpretazione sopra adombrata cogliesse nel segno, che proprio l'allineamento alla *best practice* suggerita da ANAC possa condurre l'agente della P.A. a dover preoccuparsi di poter rientrare nel perimetro di applicazione dell'articolo 353-bis.

Caro materiali: compensazione e revisione prezzi per evitare il blocco dei cantieri

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

La situazione di forte crisi, già preoccupante per gli **effetti generati dalla pandemia da Covid-19**, oggi si è ulteriormente aggravata in ragione dell'**attuale conflitto in corso in Ucraina**.

Le imprese di costruzioni, riunite nelle associazioni di categorie, lamentano i costi lievitati di alcune materie prime (anche per l'aumento del costo dell'energia) e le difficoltà nell'approvvigionamento delle stesse, circostanze che costituiscono un grave pericolo per l'avvio e il completamento dei lavori di realizzazione delle opere pubbliche: innumerevoli sono i cantieri che sono stati o rischiano di essere sospesi, come diverse sono le gare che sono o andranno deserte.

Il nostro legislatore già nel corso del 2021 e ad inizio 2022 è intervenuto con misure straordinarie per attuare alcuni strumenti atti a supportare il mercato della costruzione in crisi, benché dette misure sono spesso risultate inefficaci.

Nell'ampio dibattito in corso è stato tra l'altro osservato come l'attuale fase congiunturale, caratterizzata da un significativo aumento dei prezzi dei materiali da costruzione e dell'energia, è aggravata dall'incertezza che regna circa la futura evoluzione con inevitabili riflessi sui prezzari utilizzati dalle stazioni appaltanti per fissare gli importi quale base d'asta a gara per la realizzazione delle opere pubbliche.

Nel settore dei lavori pubblici l'eccezionale aumento dei costi delle materie prime dovuto alla congiuntura economica in corso rappresenta oggi il tema centrale

Lo scenario rappresentato determina evidenti riflessi sia per la realizzazione delle opere pubbliche in corso, sia per quelle che verranno messe a gara nei prossimi mesi, incluse quelle finanziate nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (**PNRR**).

Nel prosieguo del presente contributo analizzeremo gli interventi normativi da ultimo attuati per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nel 2021 e del 2022, raccolti in modo organico così da fornire (ci si augura) un quadro chiaro.

1. La disciplina codicistica della revisione dei prezzi

In termini generali e per un corretto inquadramento delle misure di carattere straordinario messe in campo dal legislatore, giova qui brevemente richiamare la cornice normativa in cui operano le recenti disposizioni in materia di compensazioni e revisione dei prezzi.

Sotto la vigenza del **D. Lgs. 163/2006¹**, per i lavori pubblici in linea di principio non era consentito procedere alla revisione dei prezzi ai sensi dell'articolo 133 comma 2 e non trovava applicazione l'articolo 1664 del codice civile.

In particolare, per le variazioni di prezzo dei lavori si adottava il prezzo chiuso (articolo 133 comma 3), ovvero il prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una certa percentuale (pubblicata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ogni anno entro il 30 giugno) da applicarsi nel caso in cui la variazione tra il tasso di inflazione reale e quello programmato dell'anno precedente sia superiore al 2%. In alcuni casi, tuttavia, si poteva derogare a tale regola: qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, avesse subito variazioni in aumento o diminuzione

superiori al 10%, si applicava una compensazione del prezzo per la percentuale eccedente tale 10% (articolo 133 comma 4).

Il **D.Lgs. 50/2016** innovando prevede invece all'articolo 106 comma 1, lettera a)² la possibilità (dunque una facoltà) che le stazioni appaltanti inseriscano, già nei documenti di gara iniziali, clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi.

2. Per i contratti in corso di esecuzione (compensazioni per gli anni 2021 e 2022)

Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi (già) nel primo semestre dell'anno 2021, l'articolo 1-*septies* del D.L. 25 maggio 2021 n. 73 (c.d. **Decreto**

Sostegni-Bis) convertito in legge con la L. 23 luglio 2021 n. 106 ha previsto dei **meccanismi di compensazione applicabili in deroga alla normativa sui contratti pubblici**.

In particolare, è stato disposto per i **contratti in corso di esecuzione al 25 luglio 2021** la rilevazione da parte

del Ministero delle infrastrutture e della mobilità

Per i lavori pubblici il D.Lgs. 163/06 vietava la revisione dei prezzi, poi ammessa dal D. Lgs. 50/16 se prevista nella lex specialis di gara



1. D.Lgs. n. 163/2006, art. 133 «2. Per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del codice civile. 3. Per i lavori di cui al comma 2 si applica il prezzo chiuso, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi. Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro delle infrastrutture da emanare entro il 31 marzo di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento».

2. D.Lgs. n. 50/2016, art. 106 comma 1 «... I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà... ».

sostenibili (**MIMS**) – da attuare con decreto, entro il 31 ottobre 2021 (termine successivamente integrato al “31 marzo 2022”) - le variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, in aumento o in diminuzione, **superiori all’8%**, verificatesi nel **primo semestre dell’anno 2021 (e successivamente, nel secondo semestre dell’anno 2021)**³.

Per tali materiali da costruzione è previsto il riconoscimento di compensazioni, in aumento o in diminuzione, anche in deroga a quanto previsto dai commi 4, 5, 6 e 6-*bis* dell’articolo 133 del D. Lgs. n. 163/2006 e alla lettera a) dell’articolo 106 comma 1 del D. Lgs. 50/2016.

Ai fini del riconoscimento della compensazione (secondo le modalità ivi descritte, ovvero a seguito della presentazione di un’**istanza alla stazione appaltante** per variazioni in aumento o su iniziativa d’ufficio della stesa stazione appaltante per le variazioni in diminuzione), ai sensi del comma 6 dell’articolo 1-*septies* in parola le stazioni appaltanti sono state autorizzate ad utilizzare, **nei limiti del 50%**, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, nonché le eventuali ulteriori somme disponibili per lo stesso intervento e stanziare annualmente.

Per le medesime finalità, le stazioni appaltanti possono utilizzare le somme derivanti da ribassi d’asta e quelle ancora disponibili relativamente ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili della spesa, nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 73/2021.

L’articolo 1-*septies*, commi 7 e 8, del Decreto Sostegni-*Bis* ha previsto inoltre che, qualora i soggetti tenuti all’applicazione del codice degli appalti non abbiano sufficienti risorse per procedere con il saldo delle compensazioni determinatesi a seguito della variazione dei prezzi dei materiali negli appalti pubblici, gli stessi possano reperire le relative risorse finanziarie presso un apposito **Fondo MIMS**⁴.

Per accelerare i pagamenti delle compensazioni previste, con riferimento al meccanismo di utilizzo del Fondo, il MIMS con la **Circolare del 5 aprile 2022** inviata alle principali Stazioni Appaltanti pubbliche, ha chiarito che *«la soddisfazione delle istanze di compensazione presentate dagli operatori economici ai sensi delle disposizioni di legge sopra richiamate deve essere effettuata dalle stazioni appaltanti utilizzando, in primo luogo, le somme a loro disposizione ed indicate dal comma 6, dell’articolo 1-*septies* del decreto-legge n. 73 del 2021 e dal comma 7 dell’articolo 25 del decreto-legge n. 17 del 2022 come utilizzabili a detti fini e solo in via sussidiaria o residuale ricorrendo alle risorse del Fondo istituito dal comma 8 del citato articolo 1-*septies*. Infatti, l’intervento del Fondo è ammesso esclusivamente in caso di assenza ovvero di incapienza delle risorse indicate dai sopra menzionati articoli 1-*septies*, comma 6, del decreto-legge n. 73 del 2021 e 25, comma 7, del decreto-legge n. 17 del 2022 come utilizzabili ai fini del riconoscimento delle compensazioni richieste dagli operatori economici. Ne deriva che il trasferimento delle risorse del Fondo ministeriale in favore delle stazioni appaltanti richiedenti non deve in alcun modo condizionare o far posticipare i pagamenti che le medesime stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare il più tempestivamente possibile utilizzando, ove esistenti, le risorse proprie, anche qualora detti pagamenti siano idonei a soddisfare soltanto in parte le domande degli operatori economici».*

3. Il meccanismo di compensazione di prezzi sopra descritto è stato esteso al secondo semestre dell’anno 2021 dall’articolo 1, commi 398 e 399 della Legge 30 dicembre 2021, n. 234 (cd. Finanziaria 2022) che ha altresì previsto l’adozione di un nuovo decreto di rilevazione delle variazioni dei prezzi relative a detto secondo semestre entro il 31 marzo 2022 ed incrementato la dotazione del Fondo ministeriale di ulteriori 100 milioni di euro.

4. Si segnala il Decreto del 30 settembre 2021 con cui il MIMS ha disciplinato le modalità di funzionamento del Fondo.

In attuazione dell'articolo 1-septies del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, il MIMS con **Decreto dell'11 novembre 2021**, ha provveduto alla "Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi"⁵.

Il Decreto 11 novembre 2021 è articolato in due Allegati: l'Allegato 1 riporta l'elenco di (soli) 36 materiali, per i quali sono indicati i prezzi medi dell'anno 2020 e le variazioni superiori all'8% registrate nel primo semestre 2021 rispetto al prezzo medio del 2020; l'Allegato 2 riporta invece il prezzo medio dei materiali da costruzione - già indicati nell'Allegato 1 - negli anni antecedenti al 2020 (risalendo fino al 2003) e le relative variazioni percentuali registrate nel primo semestre 2021.

Le istanze di compensazione possono, dunque, essere presentate solo per i 36 materiali indicati, utilizzando, ai fini del calcolo, la percentuale di variazione indicata nel Decreto 11 novembre 2021 relativamente all'anno di presentazione dell'offerta. A beneficio delle stazioni appaltanti, il MIMS ha poi emanato la **Circolare del 25 novembre 2021**, recante l'indicazione delle "Modalità operative per il calcolo e il pagamento della compensazione dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi ai sensi dell'articolo 1-septies del D.L. n. 73/2021, convertito con modificazioni dalla Legge n. 106/2021", chiarendo le procedure da seguire per riconoscere le compensazioni alle imprese di costruzioni degli extra-costi dovuti al caro materiali. In via esemplificativa, la circolare contiene anche alcuni esempi per il calcolo dell'ammontare di detta compensazione.

Con riferimento all'applicazione dell'articolo 1-septies in questione si registrano già le prime pronunce in ambito di prassi: con la **delibera n.**

Il cd. Decreto Sostegni-Bis per i contratti in corso di esecuzione al 25.7.2021 ha previsto un meccanismo di compensazione per il ristoro del caro materiali per gli anni 2021 e 2022

63 dell'8 febbraio 2022 l'ANAC ha chiarito che le misure ivi previste per contrastare l'aumento dei materiali da costruzione, sono applicabili anche se i lavori sono terminati, condizione necessaria è che la stazione appaltante non abbia ancora approvato il certificato di collaudo o il certificato di regolare esecuzione. Come chiarito dall'ANAC, l'emissione del certificato di collaudo da parte del collaudatore non determina la chiusura del contratto tra le parti, fino ad approvazione da parte del committente o approvazione tacita avviene due anni e due mesi dopo l'emissione del certificato di collaudo provvisorio).

Ancora per i contratti in corso di esecuzione, il legislatore è intervenuto con una nuova disposizione emergenziale nell'ambito del D.L. 1° marzo

2022, n. 17 (cd. **Decreto Energia, ancora in corso di conversione in legge alla data di redazione del presente contributo**) con cui è stata prorogata, con alcune modifiche, la speciale disciplina sulle **compensazioni** per l'aumento dei prezzi per i lavori pubblici anche per il **primo semestre del 2022**.

In particolare, è l'articolo 25 del Decreto Energia che prevede un meccanismo di compensazione degli incrementi eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi registrati nel primo semestre dell'anno 2022 che ricalca, con alcune novità, quello già introdotto dall'articolo 1-septies del Decreto Sostegni-Bis.

Ferme restando le modifiche che saranno introdotte in sede di conversione, di seguito vengono delineate le principali caratteristiche dell'intervento normativo in questione.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione, la disciplina del Decreto Energia si applica ai **contratti in corso di esecuzione al 2 marzo 2022**, ovvero alla data di entrata in vigore del decreto stesso.

5. Alla data di stesura del presente contributo si ha notizia della firma in data 4 aprile 2022 del decreto del MIMS che certifica le variazioni dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi registrate nel secondo semestre del 2021 (rispetto alla media del 2020), benché non ancora pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

A tal fine il MIMS dovrà rilevare, con decreto da adottare entro il 30 settembre 2022, l'elenco dei materiali da costruzione più significativi e le relative variazioni percentuali di prezzo, in aumento e in diminuzione, superiori all'8% verificatesi nel primo semestre 2022.

Si registra a tale riguardo una prima novità rispetto alla disciplina del Decreto Sostegni-bis in quanto il MIMS per adottare il decreto di rilevazione dovrà adottare le modalità di rilevazione previste dall'ISTAT.

Si segnala che l'articolo 25 rinvia direttamente all'articolo 29 del D.L. n. 4/2022 *medio tempore* intervenuto – che analizzeremo nel paragrafo che segue, in cui è previsto che l'ISTAT provveda a definire – sentito lo stesso MIMS – la nuova metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali di costruzione, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del D.L. n. 4/2022, ovvero entro il 27 aprile 2022.

Nel caso della misura del Decreto Energia, la disciplina compensativa si applica con riferimento ai materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate ovvero annotate nel libretto delle misure sotto la responsabilità del direttore dei lavori, dal 1° gennaio 2022 al 30 giugno 2022 (comma 4). È espressamente previsto inoltre che tale meccanismo di compensazione opera anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 133 del D.Lgs. n. 163/2006, e dall'articolo 106, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 50/2016 (comma 3).

Come per le compensazioni previste all'articolo 1-septies del Decreto Sostegni-Bis, per le variazioni di prezzo in aumento, le imprese devono presentare alla stazione appaltante un'istanza di compensazione, a pena di decadenza, entro 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del DM di rilevazione delle variazioni percentuali; per le variazioni in diminuzione, invece, è la stazione appaltante che nel medesimo termine deve attivare il procedimento.

Con riferimento alle risorse a cui attingere al fine di operare le compensazioni previste, il Decreto Energia dispone che le stazioni appaltanti dovranno utilizzare proprie risorse **nei limiti del 50%** delle

risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, se non destinate ad altri impegni contrattuali già assunti, nonché eventuali ulteriori somme a disposizione per lo stesso intervento; oppure utilizzando le somme derivanti dai ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa utilizzazione secondo le norme vigenti; oppure tramite somme relative ad altri interventi ultimati, per i quali siano stati eseguiti i collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione, nei limiti disponibili alla data di entrata in vigore del decreto-legge.

Il cd. Decreto Energia per i contratti in corso di esecuzione al 2.3.2022 ha esteso il meccanismo di compensazione per il ristoro del caro materiali per gli anni 2021 e 2022

Nel caso di incapienza di tali fondi, le stazioni appaltanti – ad esclusione dei concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici per i lavori realizzati o affidati dagli stessi – potranno provvedere alle compensazioni chiedendo di accedere all'apposito Fondo per l'adeguamento dei prezzi già istituito dall'articolo 1-septies comma 8 del D.L. n. 73/2021.

3. Per le procedure di scelta del contraente da avviare (dopo il 27 gennaio 2022)

Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione che potrebbero non consentire agli operatori economici di partecipare alle gare formulando offerte congrue ed adeguate - circostanza che potrebbe determinare una serie di gare deserte - l'articolo 29 del D.L. 27 gennaio 2022, n. 4 (c.d. **Decreto Sostegni-Ter**) convertito in legge dalla legge 28 marzo 2022, n. 25 ha introdotto una **nuova disciplina in tema di revisione e aggiornamento dei prezzi nei contratti pubblici**, da applicare nelle nuove procedure di scelta del contraente in cui diviene obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione dei prezzi.

La disciplina prevista dall'articolo 29 trova, infatti, applicazione per le procedure di gara i cui bandi/ avvisi o lettere di invito siano stati pubblicati o trasmessi **successivamente all'entrata in vigore del Decreto Sostegni-Ter** ovvero il 27 gennaio 2022 e fino al 31 dicembre 2023. In questi casi è previsto che:

«a) è **obbligatorio** l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al) decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a);

b) **per i contratti relativi ai lavori**, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali **variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta**, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7».

È dunque espressamente previsto che in deroga all'articolo 106, comma 1 lettera a) del D. Lgs. n. 50/2016 tale nuovo meccanismo prevede che le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione non vengono valutate per l'eccedenza del 10% rispetto al prezzo originario rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta di offerta, bensì rispetto all'eccedenza del 5%.

Come indica la norma, per i contratti di lavori pubblici le stazioni appaltanti dovranno considerare solo le variazioni di prezzo dei singoli materiali in aumento o in diminuzione che superino il 5% a carico dell'appaltatore rispetto al prezzo originario: le relative compensazioni saranno riconosciute dalla stazione appaltante solo per la parte eccedente il 5% e, comunque, nella misura massima dell'80% di tale eccedenza.

Come anticipato nel paragrafo che precede, è previsto che entro 90 giorni dall'entrata in vigore del Decreto Sostegni-Ter (27 aprile 2022)

l'ISTAT – sentito il MIMS – dovrà definire la nuova metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali di costruzione. Successivamente, sulla base delle elaborazioni effettuate dall'ISTAT, sarà il MIMS a dover determinare entro il 31 marzo e il 30 settembre di ogni anno con proprio decreto, le variazioni effettivamente subite dai singoli materiali da costruzione più significativi nel corso di ciascun semestre.

Con riferimento ai contratti di lavori, ai fini del riconoscimento della compensazione, il Decreto

Sostegni-Ter all'articolo 29 comma 7 prevede che le stazioni appaltanti possono utilizzare:

- a) le somme accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento in misura non inferiore all'1% del totale dell'importo dei lavori, salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti,
- b) le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione

appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione annuale di spesa, c) le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione e d) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza dei soggetti aggiudicatori per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione.

4. Conclusioni

Nei paragrafi che precedono sono stati esaminati i diversi provvedimenti adottati dal legislatore per far fronte alle difficoltà riscontrate dagli operatori del mercato in ragione della grave crisi in atto che ha reso più oneroso l'approvvigionamento dei materiali da costruzione.

Come lamentato dalle associazioni di categoria, le misure attuate sono spesso risultate inefficaci tenuto conto del *trend* di crescita degli aumenti e dell'impossibilità di prevedere tempi certi di approvvigionamento al fine di garantire il rispetto dei cronoprogrammi di esecuzione delle opere affidate.

Le imprese affidatarie sono, infatti, esposte a costi non prevedibili né programmabili che vanno

Con il cd. Decreto Sostegni-Ter è stato introdotto l'obbligo di inserire clausole di revisione dei prezzi nelle nuove procedure di scelta del contraente



ben oltre ogni ipotizzabile alea contrattuale e/o normativa, non essendo l'attuale situazione fra le ordinarie oscillazioni dovute alle normali fluttuazioni del mercato. Per tale ragione, inoltre, sono diverse le gare destiate ad andare deserte.

Da più parti si auspica l'introduzione – già in sede di conversione del DL 17/2022 – di misure volte a prevedere da una parte meccanismi di adeguamento automatico dei prezziari su cui si sono formate le offerte prima del 2020 e dall'altra la sospensione dei cantieri per impossibilità di garantire il tempestivo e puntuale reperimento delle materie prime necessarie alla realizzazione delle lavorazioni oggetto dell'affidamento, qualificando

dette circostanze come elementi considerati "ex lege" quali cause di forza maggiore anche ai fini dell'articolo 107 comma 4 del D. Lgs. n. 50/2016⁶.

Come evidenziato nei paragrafi che precedono, le materia è in costante evoluzione come le continue disposizioni, anche considerato l'arco temporale in cui le diverse disposizioni dovranno troveranno applicazione. Vista la portata delle stesse, non vi è dubbio sull'attenzione del Governo e del Parlamento rispetto alla problematica la quale, se non mitigata, potrebbe determinare uno stallo del settore delle costruzioni con inevitabili ripercussioni su tutte la filiera coinvolta.

6. Art. 107, comma 4 D. Lgs. n. 50/2016 «Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale».

Pareri & Sentenze



TAR Lazio, Roma, Sez. I, 1/4/2022, n. 3786

L'omessa dichiarazione in gara di un precedente penale potenzialmente rilevante quale "grave illecito professionale" non legittima l'applicazione dei provvedimenti sanzionatori dell'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12 del d.lgs. 50/2016

"La ricorrente ha contestato, in primo luogo, di non avere reso una dichiarazione falsa circa le condanne riportate dai soggetti muniti della rappresentanza legale, essendosi semplicemente limitata a non dichiarare una pregressa condanna, non rientrante, però, tra quelle richiamate dall'art. 80 del Codice dei contratti; la stessa Anac avrebbe poi qualificato la condotta come omessa dichiarazione, in contrasto con gli artt. 80, co. 12 e 213, co. 13, del d.lgs. n. 50/16. ... Occorre considerare che, seppure l'annotazione sia generalmente ricondotta nell'ambito della funzione di vigilanza e controllo dell'ANAC (argomentando anche dall'art. 213, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016), con riguardo alla falsa dichiarazione o falsa documentazione non costituisce un mero atto dovuto da parte dell'ANAC a seguito della segnalazione, imponendo altresì un giudizio di imputabilità della falsa dichiarazione (in termini di dolo o colpa grave), e producendo delle conseguenze inequivocabilmente afflittive, in particolare l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalti per un dato arco temporale, così da assumere -lo si ripete- natura sanzionatoria (in termini Cons. Stato, V, 13 dicembre 2019, n. 8480)" (Consiglio di Stato, V, 25 gennaio 2022, n. 491). ... la ricorrente ha senz'altro omesso di fornire alla stazione appaltante delle informazioni che avrebbero influenzato le decisioni della stazione appaltante in merito all'aggiudicazione della gara, ma non ha letteralmente rifiutato informazioni al riguardo richieste, né positivamente reso dichiarazioni false, con la conseguenza che, aderendo all'interpretazione restrittiva della disposizione, non avrebbe potuto essere applicata la fattispecie sanzionatoria di cui all'art. 213 comma 13 del d.lgs. 50/2016."

Consiglio di Stato, Sez. III, 24/3/2022, n. 2157

Differenze tra proroga contrattuale e rinnovo

“... come chiarito dalla costante giurisprudenza che si è occupata del tema, si verte in ipotesi di proroga contrattuale allorché vi sia integrale conferma delle precedenti condizioni (fatta salva la modifica di quelle non più attuali), con il solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, per il resto regolato dall’atto originario; mentre ricorre l’ipotesi di rinnovo quando interviene una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti che si conclude con una modifica delle precedenti condizioni (ex multis, Cons. Stato, Sez. III, n. 5059 del 2018; Sez. VI, n. 3478 del 2019 e n. 8219 del 2019; Sez. V, n. 3874 del 2020). Il rinnovo, dunque, in disparte il dato non determinante del nomen iuris formalmente attribuito dalle parti, si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario, per cui deve risultare che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, abbiano dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario. In assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l’accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall’atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l’intervenuta mera proroga del previgente contratto (in tal senso, nello specifico, Cons. Stato, sez. V, n. 3874 del 2020 e Tar Roma, Sez. II, n. 10771 del 2020).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 24/03/2022, n. 2160

Il principio di rotazione non trova applicazione quando l’amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto

“... il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti. E’ ormai consolidato l’orientamento che limita l’applicazione di tale principio alle procedure negoziate o comunque a quelle in cui la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione (cfr., oltre a Cons. Stato, V, n. 3999/21 su citata, anche Cons. Stato, V, 5 novembre 2019, n. 7539; id., III, 4 febbraio 2020, n. 875 e id., V, 13 ottobre 2020, n. 6168) ... Dal momento che il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all’amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare, esso non trova applicazione quando l’amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto (cfr. anche le linee-guida dell’ANAC n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), come originariamente deliberato nella procedura de qua con la determina n. 87 del 2021.”

TAR Campania, Sez. IV, 22/03/2022, n. 1905

La piattaforma informatica, anche in assenza di seduta pubblica, garantisce la trasparenza e la pubblicità della procedura di gara

“... la recente giurisprudenza amministrativa ha chiarito: “la modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un’immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Siffatta modalità di espletamento della procedura

di gara è stata ritenuta dalla stessa giurisprudenza idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, anche per l'apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti che offre" (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 01/03/2021, n.1700; cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2019, n.8333; Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n.7039; Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5377)"

Consiglio di Stato, Sez. III, 23/03/2022, n. 2130

Sulla funzione del c.d. soccorso procedimentale

"Quanto invece alla dedotta necessità di fare applicazione del cd. soccorso procedimentale, deve rilevarsi che, come chiarito anche da questa Sezione (cfr. sentenza n. 1225 del 9 febbraio 2021), esso è "utile per risolvere dubbi riguardanti 'gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica', tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità", laddove nella specie esso sarebbe piegato al superamento di un profilo di incompletezza dell'offerta (quale non può non ritenersi essere integrato dalla produzione di sole due pagine del Manuale d'uso del dispositivo) e non alla mera chiarificazione del contenuto di un documento e/o di una dichiarazione comunque presentata."

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/03/2022, n. 1951

In materia di accesso agli atti, "il fatto che la procedura sia stata condotta in via telematica nulla osta alla conversione dei relativi "files" in documentazione cartacea"

"Il Tar, mediante l'ordinanza citata in fatto, aderendo all'istanza istruttoria avanzata dalla "... appellante e alla luce delle censure da essa formulate, ha ordinato alla stazione appaltante di depositare gli atti della procedura di gara per i quali l'appellante aveva esperito l'accesso, senza indicare in alcun modo la relativa modalità: a fronte della produzione in giudizio degli atti in via cartacea, bene poteva quindi affermare l'esatto adempimento dell'incombente.

Del resto, non vi è alcuna ragione per sostenere, come fa l'appellante, che solo il deposito di files elettronici potesse "consentire un apprezzamento scevro da vizi logici".

Tale non è, in particolare, il fatto che la procedura sia stata condotta in via telematica, atteso che nulla osta alla conversione dei relativi "files" in documentazione cartacea, né la circostanza che anche la riattribuzione dei punteggi effettuata nel corso del giudizio di primo grado abbia confermato il conseguimento da parte dell'appellante della seconda posizione in graduatoria, cosa che è da attribuire alle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice e non alla forma con cui gli atti di gara sono stati depositati.

Inoltre, per la legge n. 241 del 1990, cui rimanda l'art. 53 del d.lgs. 50/2016, il "documento amministrativo" è costituito da ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie [art. 22 comma 1 lett. d)] e lo stesso art. 53 stabilisce che il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato o mediante "l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico" ovvero "tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti"

Consiglio di Stato, Sez. V, 15/3/2022, n. 1808

Nella fase di individuazione della soglia di anomalia il taglio delle ali non determina la definitiva esclusione dalla gara delle offerte accantonate

“... le operazioni descritte dall’art. 97, comma 2-bis, sono funzionali esclusivamente alla determinazione della soglia aritmetica di anomalia da utilizzare per la individuazione delle offerte anormalmente basse, da sottoporre alla verifica di «congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell’offerta» (come imposto dall’art. 97, comma 1, del codice dei contratti pubblici), senza determinare la definitiva esclusione dalla gara delle offerte accantonate nella fase del calcolo della soglia.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 61 dell’ 8 febbraio 2022

PREC 6/2022/F

“È conforme alla normativa di settore l’esclusione dalla gara a fronte di un giudizio espresso dall’organo tecnico di non conformità della fornitura rispetto alle specifiche tecniche obbligatorie e indefettibili dettagliate nella legge di gara”

“VISTO quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di appalti di forniture, nei quali trova generale applicazione il principio, di matrice comunitaria, di equivalenza di cui all’art. 68 d.lgs. 50/2016, che permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica ed è diretto a tutelare la libera concorrenza e la par condicio tra i partecipanti alle gare. In base a tale principio l’offerente può fornire con qualsiasi mezzo appropriato la prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, fermo restando che la stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza (Cons. Stato, 4 marzo 2021, n. 1863).

E’ stato tuttavia rimarcato che, nel caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall’Amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie ed indefettibili, «la difformità dell’offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un “aliud pro alio” idoneo a giustificare, di per sé, l’esclusione dalla selezione, anche in assenza di un’espressa comminatoria escludente» (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084; n. 1863/2021 cit.);”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 47 del 2 febbraio 2022

PREC 239/21/S

“Esclusione automatica delle offerte anomale”

“L’obbligo di procedere all’esclusione automatica (così come introdotto dal d.l. n. 32/2019, il c.d. “Sbloccacantieri”) sorge in presenza delle condizioni previste dalla norma (valore sotto soglia, criterio del minor prezzo, carattere non transfrontaliero dell’appalto e numero di offerte ammesse almeno pari a dieci) e che il legislatore richiede che la stazione renda noto ai potenziali partecipanti l’insorgenza dell’obbligo stesso (ovvero che procederà all’esclusione automatica), a fronte della sussistenza di dette condizioni. In

particolare, la previsione dell'esclusione automatica deve essere oggetto di valutazione preventiva da parte della stazione appaltante in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia."

Autorità Nazionale Anticorruzione

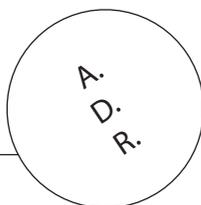
DELIBERA N. 45 del 2 febbraio 2022

PREC 3/2022/L

"RTI costituendo – Garanzia provvisoria – Soccorso istruttorio – Modalità di comunicazione della richiesta"

"In base ai principi di trasparenza e correttezza amministrativa e ai fini della tutela del favor participationis la comunicazione dell'attivazione del soccorso istruttorio che riguardi la società mandante deve essere inoltrata anche alla mandataria del RTI costituendo in ragione della sua potenzialità lesiva per l'intero raggruppamento, in quanto la mancata o tardiva produzione o regolarizzazione della documentazione richiesta incide immediatamente sulla stessa mandataria, essendo prevista l'applicazione della sanzione espulsiva per tutto il raggruppamento (costituito o costituendo) e non per la sola mandante inottemperante. In assenza di una previsione della lex specialis che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, la soluzione da preferire è quella per cui detta richiesta debba essere effettuata via PEC, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale e l'unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio."

A Domanda Rispondiamo



1

Per la partecipazione ad una procedura di gara, è possibile tener conto solo dell'oggetto sociale?

L'utilità sostanziale della certificazione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (cfr. Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170). L'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo e nello statuto, esprime potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati (Cons. Stato, 15 maggio 2015 n. 2486; 28 dicembre 2011, n. 6968, 19 febbraio 2003, n. 295, 20 aprile 2009, n. 2380);

Ai fini della verifica circa il possesso del requisito di idoneità professionale necessario per la partecipazione alla gara e l'esecuzione del servizio, non può essere preso in considerazione il contenuto dell'oggetto sociale, il quale – ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018 n. 2176; 15 maggio 2015, n. 2486; T.a.r. Sardegna 9 marzo 2015, n. 415).

2

Ai fini dell'iscrizione nelle White list è rilevante se in un appalto il servizio da svolgere sia la prestazione principale o secondaria?

L'art. 1, comma 52, della L. 190/2012 stabilisce, che "Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria...è obbligatoriamente acquisita...attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa...". Il comma 53 contiene l'elenco delle attività maggiormente esposte a tentativo di infiltrazione mafiosa. Nessuna indicazione invece, è stata delineata sulla caratteristica della "prestazione principale/supplementare". L'operatore economico che partecipi in forma singola ad una procedura di gara per l'affidamento di un complesso di servizi, parzialmente riconducibili all'elenco di attività cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012, è tenuto al possesso del requisito dell'iscrizione alle white list della prefettura territorialmente competente, anche quando l'attività maggiormente esposta a rischio di infiltrazione mafiosa sia da questi svolta in via secondaria o strumentale rispetto all'attività principale;[Anac Delibera n. 127 16 marzo 2022] la mancata iscrizione all'elenco per l'operatore che esercita una delle attività elencate al suddetto comma 53 determina "a monte" l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione" (TAR Piemonte, 4 gennaio 2019, n. 19);

3

E' legittima la partecipazione alla procedura di gara di un operatore economico che, in fase di soccorso istruttorio, produce una cauzione provvisoria sottoscritta il giorno della scadenza ricezione offerte ma in ora successiva a quella di scadenza?

Nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria, trattandosi di ipotesi da ricomprendere nell'ambito delle "carenze di elementi formali della domanda" ovvero della "mancanza, incompletezza" o "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione, la Stazione Appaltante è tenuta ad attivare il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; 22 ottobre 2018, n. 6005; 26 luglio 2016, n. 3372, idem V, 4 dicembre 2019, n. 8296; T.a.r. Veneto, Sez. I, 27.2.2020, n. 195; T.a.r. Sardegna, Sez. I, 10.1.2020 n. 17; delibera ANAC n. 372 del 17.4.2019); sarebbe, infatti, violata la par condicio tra i concorrenti, qualora fosse consentita la presentazione di una cauzione provvisoria formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione. L'offerente, in questi casi, si gioverebbe, infatti, di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara.

E' sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti prima della presentazione dell'offerta. A maggior ragione se nella documentazione di gara è chiaramente precisato che "data e ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione (es. marcatura

temporale). E' senza dubbio tardiva e quindi non sanabile mediante soccorso istruttorio una cauzione provvisoria sottoscritta digitalmente e recante una marcatura temporale in data successiva a quella di scadenza delle offerte (Cfr. Tar Puglia, 12 ottobre 2020, n. 1268).

4

L'iscrizione nella White list è valida solo nelle attività in cui l'operatore risulta iscritto?

L'iscrizione nella White List (articolo 1 comma 52 bis L.190/2021 e smi) ha valenza liberatoria a prescindere dalla specifica sezione in cui l'impresa risulta iscritta: l'iscrizione alla White List implica, per chi si iscrive, che questi abbia positivamente superato il sistema organico dei controlli (il che rende irrilevante la sezione in cui l'operatore economico risulta iscritto). L'art. 52 L. 190/2012 stabilisce che "La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco".

5

E' derogabile l'obbligo di procedere al pagamento diretto ai subappaltatori nei casi di cui all'art. 105 comma 13 del codice?

La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Secondo ANAC, l'attuale norma prevede una delegazione di pagamento ex lege (art. 1269 cc.), in base alla quale la Stazione Appaltante, pur estranea al rapporto tra subappaltatore e appaltatore, si sostituisce a quest'ultimo per l'esecuzione del pagamento, trattenendo poi quanto corrisposto da quanto dovuto per l'esecuzione del contratto di appalto. Nel caso del pagamento diretto al subappaltatore, nel quale la delegazione è disposta a favore del subappaltatore creditore, si deve ritenere che la disciplina di legge possa essere modificata dalle parti solo se coerente con la volontà del legislatore, di facilitare, anche sotto il profilo del pagamento, l'ingresso delle piccole imprese al mercato degli appalti pubblici.

Pertanto, considerando che non si trova un espresso divieto di deroga alla disciplina del pagamento diretto, possiamo ritenere che sia possibile la rinuncia a questo beneficio da parte delle micro e piccole imprese, in presenza di clausole di pagamento nel contratto di subappalto più favorevoli rispetto alla disciplina prevista nel contratto di appalto: ad esempio, maggiori anticipi, o maggiore frequenza del pagamento rispetto ai SAL previsti dalla Stazione Appaltante. Pertanto, in presenza di clausole più favorevoli per il subappaltatore rispetto a quanto otterrebbe in applicazione del pagamento diretto, il contratto di subappalto dovrà contenere una specifica rinuncia

del subappaltatore al beneficio del pagamento diretto.

In sede di autorizzazione del subappalto (art. 105, comma 4 del codice degli appalti) la deroga alla modalità di pagamento diretto richiede una specifica adesione della Stazione Appaltante, così da derogare allo schema tipico previsto dalla legge.

In conclusione, con qualche limite, è possibile rinunciare al pagamento diretto, con l'accordo di tutte le parti (appaltatore, subappaltatore, stazione appaltante)".

6

Per quali procedure deve essere costituito il Collegio Consultivo Tecnico?

Il Collegio Consultivo Tecnico va costituito obbligatoriamente nel caso di contratti pubblici che prevedono la realizzazione di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, anche se già in corso e se affidati sulla base di norme previgenti rispetto al d.lgs. n. 50/2016, anche in riferimento a contratti misti.

L'importo di riferimento è quello dei lavori a base d'asta comprensivo degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso e si dovrà tenere conto anche di eventuali variazioni di importo dovute all'adozioni di varianti durante la fase di esecuzione del contratto.

Alla sua costituzione la stazione appaltante deve provvedere prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data, diversamente, in caso di inottemperanza o di ritardo nella sua costituzione, si configurerebbe una violazione dell'art. 6 comma 1 del D.L. 76/20 da valutarsi ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale.

7

Per quanto tempo l'operatore economico è vincolato alla propria offerta?

Ai sensi dell'art. 32 comma 4 del codice " l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione".

La norma non chiarisce se il predetto termine viene interrotto con il provvedimento di aggiudicazione, o con la stipulazione del contratto.

La giurisprudenza prevalente è dell'avviso che il decorso del termine stabilito nella lex specialis di gara non impedisce alla stazione appaltante di decretare l'aggiudicazione, ma consente solo all'aggiudicatario di ritirare l'offerta prima che intervenga l'aggiudicazione (Cfr. Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 6989/2020).

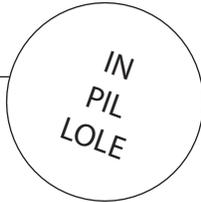
Ai sensi dell'art. 32 commi 6 ed 8 del D.Lgs. n. 50/2016 l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino alla scadenza di sessanta giorni successivi all'aggiudicazione.

Dalla lettura del combinato disposto delle norme, si deduce che, sussiste in materia di gare d'appalto un doppio termine di vincolatività dell'offerta:

- a) quello di 60 giorni, decorrente dall'aggiudicazione, entro il quale si deve procedere alla stipulazione del contratto, pena la possibilità di revoca dell'offerta da parte dell'aggiudicatario;
- b) quello di 180 giorni, che decorre dal termine ultimo di presentazione delle offerte, e che può essere interrotto dall'intervenuto provvedimento di aggiudicazione.

(Cfr. TAR Catania, 16.03.2022 n. 764).

Indicazioni recenti sulle c.d. opzioni... i limiti concettuali degli istituti di proroga tecnica e contrattuale e rinnovo espresso e tacito...



IN
PIL
LOLE

Nell'ultimo periodo, molteplici sono state le pronunce giurisprudenziali che direttamente o indirettamente hanno posto l'accento sulla vicenda esecutiva dei contratti pubblici, ed in particolare sul momento finale e sullo sviluppo delle loro sorti, qualora il committente pubblico decida di avvalersi delle possibilità concesse in tema di prolungamento del rapporto con l'appaltatore.

Il Consiglio di Stato, sez. V, 24.03.2022 n. 2158 sottolinea che: "L'art. 1362, comma 1, cod. civ. impone di interpretare il contratto ricercando la "comune intenzione delle parti", senza limitarsi al senso letterale delle parole; la giurisprudenza ha chiarito che il significato letterale costituisce

criterio prioritario dell'operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri criteri (tra cui, in particolare, il criterio logico - sistematico di cui all'art. 1363 cod. civ., ma anche il criterio di interpretazione secondo buona fede evocato dall'appellante), anche se il testo dell'accordo era chiaro ma incoerente con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti (cfr. Cass. civ., sez. 1, 2 luglio 2020, n. 13595; sez. 3, 26 luglio 2019, n. 20294; aggiungendo, peraltro, che qualora il criterio letterale risulti sufficiente a dire il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa, cfr. Cass. civ., sez. 3, 11 marzo 2014, n. 5595).

Le clausole di rinnovo contrattuale comportano una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; se è previsto il rinnovo tacito, la conferma delle precedenti condizioni contrattuali avviene senza necessità di manifestazione di volontà; esse si distinguono dalle clausole di proroga del contratto, che prevedono il mero slittamento nel tempo della sua durata (cfr. Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2020, n. 2860; III, 27 agosto 2018, n. 5059).

Così interpretata la clausola contrattuale ne va confermata la nullità per contrasto con l'art. 6 (Contratti pubblici) l. 24 dicembre 1993, n. 537 (Interventi correttivi di finanza pubblica) il quale sin dalla sua prima formulazione (antecedente alla stipulazione del contratto in esame) prevedeva il divieto di "rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi", con conseguente nullità dei contratti stipulati in violazione del predetto divieto.

Il riferimento a tutti i contratti stipulati da pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni o servizi per la sua ampiezza conduce a ritenere applicabile il divieto anche ai contratti di concessione di servizi pubblici, come è comunemente qualificato il contratto con il quale l'amministrazione affida il servizio di illuminazione votiva cimiteriale. Ciò è coerente con la ratio del divieto.

Occorre, infatti, rammentare che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il divieto di rinnovo tacito non è giustificato solamente da esigenze di contenimento della spesa pubblica – ossia dalla necessità di consentire per legge alle amministrazioni di svincolarsi da un impegno economico divenuto nel tempo eccessivamente gravoso – ma, soprattutto, dalla volontà di favorire l'apertura del mercato alla concorrenza evitando che la rinnovazione tacita dei contratti porti a costituire rendite di posizione per certi operatori economici, con conseguente impossibilità di selezionare per quello stesso servizio un miglior contraente, sia in relazione al prezzo richiesto, ma, specialmente, per la qualità del servizio offerto."

Proseguendo nel solco delle definizioni, utili a sgombrare spesso il campo da dubbi di inquadramento, costante giurisprudenza rammenta che si verte in ipotesi di proroga

contrattuale allorquando vi sia integrale conferma delle precedenti condizioni (fatta salva la modifica di quelle non più attuali), con il solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, per il resto regolato dall'atto originario; mentre ricorre l'ipotesi di rinnovo quando interviene una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti che si conclude con una modifica delle precedenti condizioni (ex multis, Cons. Stato, Sez. III, n. 5059 del 2018; Sez. VI, n. 3478 del 2019 e n. 8219 del 2019; Sez. V, n. 3874 del 2020).

Il rinnovo, dunque, in disparte il dato non determinante del *nomen iuris* formalmente attribuito dalle parti, si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario, per cui deve risultare che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, abbiano dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario.

In assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l'accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall'atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l'intervenuta mera proroga del previgente contratto (in tal senso, nello specifico, Cons. Stato, sez. V, n. 3874 del 2020 e Tar Roma, Sez. II, n. 10771 del 2020) (Consiglio di Stato, sez. III, 24.03.2022 n. 2157)..

Una interessante ricostruzione sul tema è data dalla sentenza TAR Napoli, 10.02.2022 n. 891, la quale anzitutto richiama numerosi precedenti sia del Consiglio di Stato (sez. V, n. 274 del 2018; n. 3588 del 2019) che della Corte di Cassazione (Sez, Un. Ord. n. 2811 del 31 ottobre 2019) in materia di contenzioso sulla c.d. proroga tecnica, rammentando che: "... è, infatti, evidente che la proroga tecnica pertiene all'esercizio del potere autoritativo, risolvendosi in un affidamento diretto, che deve essere motivato e che può avvenire a determinate condizioni, sicché ogni contestazione sulla sua legittimità appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a. e ciò segnatamente nel

caso in esame, in cui l'oggetto del contratto è quello del servizio attinente al ciclo dei rifiuti (in termini, anche CGARS, sent. 1201/2020)."

Inoltre direttamente esprimendosi precisa: "Nel merito, si osserva che l'art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 dispone che "La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga.

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

E' noto che in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa eurounitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4192/2013).

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

Peraltro, all'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui, all'aggiudicazione della gara, segua, dopo scadenza dell'appalto, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel quadro normativo; le proroghe dei contratti affidati con gara, infatti, sono consentite se già previste ab origine e comunque entro termini determinati, mentre, una volta che il contratto scada e si proceda ad una proroga non prevista originariamente, o oltre

i limiti temporali consentiti, la stessa proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1521/2017, secondo cui "La proroga, anzi, come giustamente evidenziato dal primo giudice, costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali"). [...omissis] La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro; una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3391/2008); quindi "è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente" (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2882/2009)" – Tar Campania, Napoli, sez. V, sent. 6435/2021.

Ed ancora: "... come già evidenziato alla luce della giurisprudenza in materia, una legittima proroga sarebbe potuta intervenire antecedentemente alla scadenza del contratto, per una sola volta, e limitatamente al periodo necessario per l'indizione e la conclusione della necessaria procedura ad evidenza pubblica ... da programarsi, comunque, con congruo anticipo in previsione della già stabilita cessazione del periodo di efficacia del contratto non costituente circostanza imprevedibile ed eccezionale. 'Ed invero, come innanzi accennato la proroga "è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente' – CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20.06.2018, n. 04109, citata)" – T.A.R. Campania, Sez. V. sent. n. 1392/2020 e, in termini, anche Tar Sicilia, Catania, sez. III, sent. 3392/2021 e T.R.G.A., sez. aut. Bz, sent. n. 141/2021.

Da ultimo, l'ANAC (con delibera n. 576 del 28 luglio 2021) ha puntualizzato quanto segue: "L'Autorità ha messo in luce come la proroga tecnica abbia

carattere eccezionale e di temporaneità, essendo uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro. L'Autorità ha quindi individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, restringendo però tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (ex multis, Deliberazione 19 gennaio 2011, n. 7, Deliberazione 19 dicembre 2012, n. 110, Deliberazione 19 settembre 2012, n. 82, Deliberazione 10 settembre 2008, n. 36, Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 86; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882, Consiglio di Stato, V, 7 aprile 2011, n. 2151).

Anche la giurisprudenza ha evidenziato come per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo di un contratto quale contratto nuovo, soggiacente a regole competitive, la proroga può essere concessa esclusivamente al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011).

Più in dettaglio, in base all'interpretazione della norma fornita dall'Anac e dalla giurisprudenza amministrativa, affinché la proroga tecnica sia legittima, devono ricorrere i seguenti presupposti:

– la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018);

– la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte);

– la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013);

– l'amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente (TRGA di Trento, sentenza n. 382 del 20 dicembre 2018).

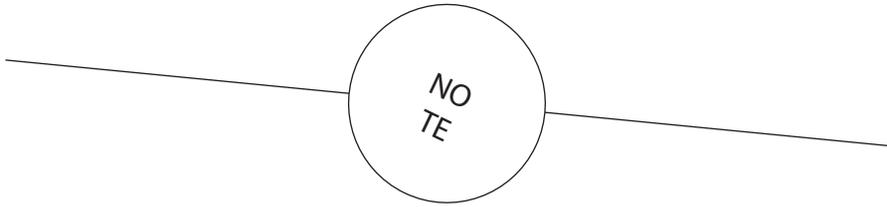
In altre parole, la proroga tecnica è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Parere ex Avcp AG 38/2013); – l'opzione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto.

Tanto premesso, si rivelano evidentemente non conformi alle regole che disciplinano l'istituto in esame, come elaborate dalla giurisprudenza, le previsioni dell'art. 2 del capitolato speciale (pure oggetto di impugnativa) nelle quali, dopo un iniziale richiamo all'art. 106 cit. (che non può prescindere dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza), si prevede, per contro, che l'appaltatore debba garantire l'espletamento del servizio alle stesse condizioni contrattuali fino al subingresso del nuovo aggiudicatario."

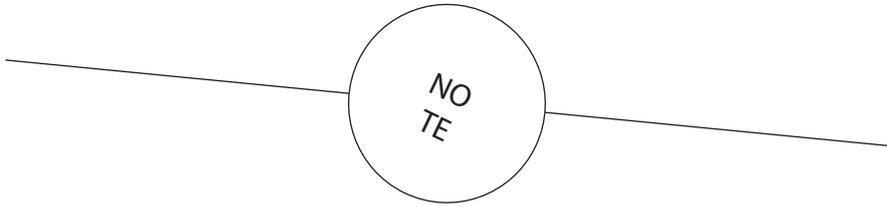
Ultima pronuncia richiamata nella presente disamina è la sentenza del TAR Firenze, 25.02.2022 n. 228, la quale richiamando le posizioni della Corte di Giustizia UE in tema di principio di immodificabilità del contratto, ci ricorda la non assolutezza di tale principio. Infatti con la pronuncia della Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14, essa 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".

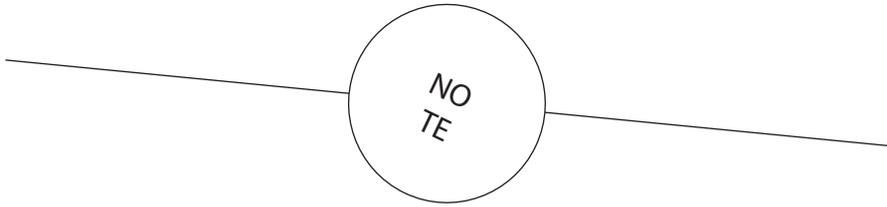
I principi affermati dalla Corte di Giustizia hanno trovato attuazione nelle direttive e poi nella disciplina interna prevista dal codice dei contratti pubblici il quale, in particolare, all'art. 106 ha fra l'altro esemplificato quelle che sono le modifiche sostanziali incompatibili con la trasparenza 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.



A series of 20 horizontal dotted lines, evenly spaced, providing a template for writing.



A series of 20 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!