

Rivista mensile - Anno XII, Numero 7

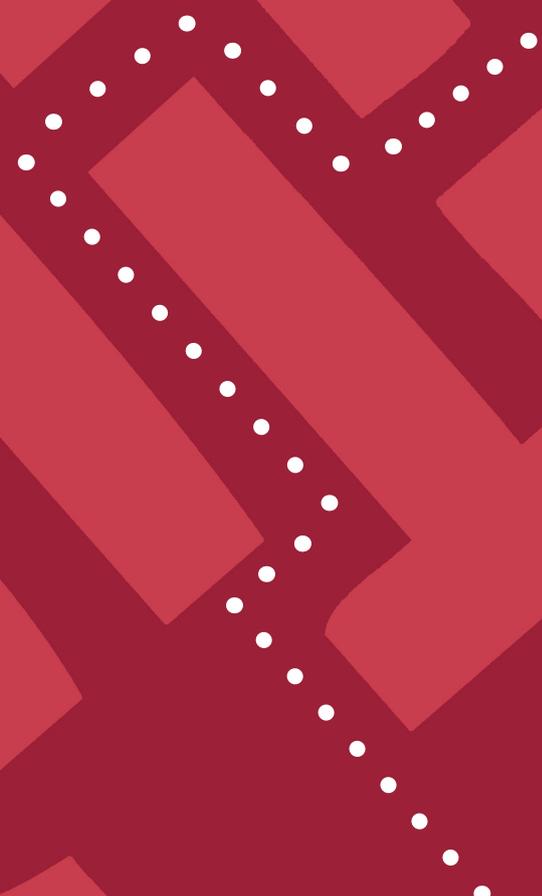
ottobre
2022

MEDIA APPALTI

**PNRR, variazioni di
bilancio e modifica degli
atti di programmazione**

**I chiarimenti in
sede di gara**

**L'Atto di segnalazione
ANAC sull'articolo 80,
comma 5, del Codice dei
Contratti Pubblici**



**“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



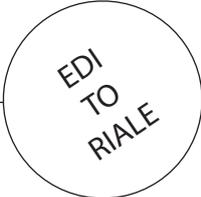
approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**ottobre
2022**

Trasparenza



EDI
TO
RIALE

La corruzione uccide. Non è un crimine che riversa conseguenze esclusivamente socio economiche. Uccide. Ed è per tale ragione che la determinazione con la quale va affrontata deve assumere i connotati di una mobilitazione generale.

La lentezza con la quale si sviluppa il ciclo degli appalti pubblici è l'effetto collaterale di un sistema di procedure ideato proprio per contrastare la corruzione. Un dedalo intricato di documentazioni, autorizzazioni, controlli, ricorsi. Un labirinto che finisce per condurci al cospetto del feroce Minotauro che assume le sembianze di una farraginosità che divora tempi e progetti. Lungaggini che producono disagi alle comunità che attendono i benefici di una determinata opera e che finiscono per portare a completamento un'infrastruttura divenuta vetusta

mentre è ancora nel grembo della burocrazia. Dinanzi a tali fenomeni, ci chiediamo quale sia la postura corretta da assumere. Indignazione. Frustrazione. Rabbia. Niente di positivo. Dovremmo, ragionevolmente, rimanere tutti profondamente turbati.

La società civile riesce a provare risentimento e desiderio di essere partecipe del cambiamento? Tra cittadini e pubbliche amministrazioni si è da tempo scavato un solco di rassegnazione. Decenni di nebulosa gestione della cosa pubblica hanno ridotto ai minimi termini la fiducia nelle istituzioni innescando una pericolosa reazione a catena: la presa di coscienza dell'esistenza di collusioni e cattiva amministrazione ha generato disinteresse, nell'indifferenza dei cittadini alla vita pubblica trova ulteriore terreno fertile la corruzione.

Per combattere il fenomeno non saranno mai abbastanza le leggi, le sanzioni, gli organi di vigilanza. È necessario il coinvolgimento di porzioni sempre più ampie di persone comuni. L'Italia è costituita da cittadini onesti, lavoratori e rispettosi di sani valori. Ma l'onestà è sterile se non si responsabilizza a favore del bene comune. Se ognuno resta un singolo, la comunità non ne beneficia. E noi italiani saremo ancora bollati come inclini alla criminalità.

Nel 2020 l'affermazione della vicepresidente dell'argentina Cristina Kirchner che parlò degli italiani come "geneticamente mafiosi", giustamente condannata, passata per una gaffe, manifesta quello che è l'immagine del paese all'estero. Nella realtà gli individui dediti al crimine sono in minoranza. Una strettissima percentuale che macchia l'intera comunità. Poche gocce di veleno che contaminano un intero bacino d'acqua.

I numeri non ci aiutano: i dati di Transparency solo negli ultimissimi anni hanno rivalutato l'Italia nella classifica dell'indice di percezione della corruzione.

L'odierno 42esimo posto, con un balzo di dieci posizioni tra il 2020 e il 2021, ci tiene ancora a notevole distanza dalla media europea. Un salto di qualità potrebbe arrivare dal maggiore coinvolgimento della società civile nel vigilare che il denaro pubblico, il proprio denaro, venga utilizzato correttamente.

"A che serve tenere le mani pulite se si tengono in tasca?" diceva don Lorenzo Milani. Dobbiamo, dunque, impegnarci tutti politicamente? Non occorre. Come si legge in un rapporto ISTAT datato 2013 "non necessariamente l'interesse nella cosa pubblica si traduce in attività di sostegno alla politica in senso stretto, ma si esercita anche con l'informarsi e lo scambiare opinioni sui temi della res publica".

Esiste uno strumento attraverso il quale coltivare tale interesse: la trasparenza. Enti e istituzioni a tutti i livelli sono oggi tenuti a rendere noti documenti di ogni genere. La trasparenza, con la semplificazione, è uno dei capisaldi nella lotta alla corruzione.

Ma se la pubblicazione dei documenti da parte delle Pubbliche Amministrazioni non suscita l'interesse dei singoli cittadini, non servirà a molto. L'argomento è all'ordine del giorno dell'incontro regionale europeo Open Government Partnership 2022 in programma a Roma 11 e 12 ottobre 2022: lotta alla corruzione, innovazione digitale, partecipazione democratica.

È da questa partecipazione democratica che dobbiamo tutti farci coinvolgere. La lotta alla corruzione riguarda tutti perché "la corruzione è un ostacolo alla crescita [...] alimenta e aumenta le disuguaglianze sociali, erodendo la fiducia nello Stato, nelle istituzioni e nei governi" si legge in un rapporto della Commissione Europea.

La lotta alla corruzione ci deve coinvolgere perché mette in pericolo la sicurezza dei territori e delle infrastrutture, mette a rischio la vita di ciascuno di noi. Uccide. E quando lo fa ne siamo anche noi responsabili.

Ogni cittadino ha a disposizione questa importante arma per contrastare la corruzione: la trasparenza. Dovremmo un po' tutti imparare ad armeggiarla, a dedicare un po' del nostro tempo a prendere visione delle documentazioni messe a disposizione dalle istituzioni.

Solo quando ci sarà una reale partecipazione collettiva alla cosa pubblica saranno visibili i risultati della trasparenza.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Trasparenza

4

In evidenza

L'Atto di segnalazione ANAC sull'articolo 80, comma 5, del Codice dei Contratti Pubblici

7

Sotto la lente

Il meccanismo premiale incrementale di qualificazione delle imprese ex art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, nell'ipotesi di raggruppamenti temporanei d'impresa di tipo "misto"

16

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Aldo Cimmino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

Suddivisione in lotti: quando la discrezionalità dell'amministrazione incontra il limite del principio della massima partecipazione

23

Contenuti e finalità delle spese sostenute da un ente pubblico: la distinzione tra spese di funzionamento e di rappresentanza ai fini della loro legittimità.

30

Avvalimento esperienziale ed operativo riguardo ai titoli professionali

36

I chiarimenti in sede di gara

43

PNRR, variazioni di bilancio e modifica degli atti di programmazione

49

Pareri & Sentenze

55

A Domanda Rispondiamo

61

In pillole

65

Osservatorio sulla Corte dei Conti

L'Atto di segnalazione ANAC sull'articolo 80, comma 5, del Codice dei Contratti Pubblici.

di Adriana Presti

IN
EVIDENZA

Introduzione

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, "ANAC"), con atto di segnalazione del 27 luglio 2022 n. 3, ha formulato al Governo e al Parlamento, ai sensi dell'articolo 213, comma 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "codice"), osservazioni in merito alle criticità relative all'applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

1. Il quadro normativo e l'intervento dell'Autorità

Come noto, l'articolo 80, comma 13, del Codice prevede che l'ANAC, con proprie linee guida, possa precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare «le circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)».

In tal quadro, sono state adottate dall'Autorità le Linee guida n. 6, approvate con delibera del 16 novembre 2016, n. 1293.

Quanto alla disciplina relativa ai gravi illeciti professionali in origine contemplata dall'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice, la stessa è stata sostanzialmente modificata dai decreti Semplificazioni e Sblocca cantieri. In specie,

l'articolo 5 del decreto-legge n. 135/2018, convertito nella legge n. 12/2019, ha modificato la lettera c) del comma 5 dell'articolo 80, spaccettando l'originaria lettera c) in tre distinte ipotesi:

- «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», introducendo due ulteriori previsioni di cui alle lettere»;
- c-bis) «l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»;
- c-ter) «l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

I commi c-bis e c-ter) citati rappresentano, peraltro, delle esemplificazioni tipizzate del grave illecito commesso nell'esercizio dell'attività professionale di cui al comma c).

Con il comma 10-bis dell'articolo 80, è stato inoltre previsto che, per la parte riferita alle cause di esclusione di cui al comma 5, la durata dell'esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione, ovvero in caso di contestazione in giudizio, dalla data del passaggio in giudicato della sentenza.

La disposizione prevede, tuttavia, che nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante debba tener conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.

A fronte di tali modifiche, ANAC ha elaborato e posto in consultazione pubblica uno schema di Linee guida accompagnato da una Relazione AIR al fine di aggiornare le Linee guida n. 6.

In data 14 giugno 2022, nelle more dell'adozione dell'aggiornamento delle Linee guida, è stata approvata la legge delega per la riforma del codice dei contratti pubblici che individua, all'articolo 1, comma 2, lettera l), il seguente criterio direttivo cui devono ispirarsi i decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici che il Governo è delegato ad adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge delega:

«razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014».

Sulla considerazione che il legislatore ha così inteso rivedere la scelta dell'indicazione esemplificativa delle fattispecie ascrivibili ai gravi illeciti professionali, effettuata con il decreto legislativo n. 50/2016, per orientarsi verso l'indicazione tassativa delle fattispecie ostative, rimessa ai decreti delegati, ANAC ha ritenuto opportuno un ripensamento del proprio intervento per tener conto del quadro normativo in fieri. È stata così

accantonata l'opzione dell'aggiornamento delle Linee guida, ritenendo più utile rappresentare al Governo e al Parlamento, mediante un atto di segnalazione, le numerose criticità della normativa vigente emerse dagli approfondimenti svolti e segnalate dagli Stakeholder intervenuti alla consultazione sullo schema di Linee guida.

Nella propria segnalazione ANAC ha segnalato una serie di criticità emerse che di seguito si passano ad esporre.

2.2 Criticità della normativa vigente

2.2.1 Le fattispecie rilevanti

Nell'ambito della consultazione pubblica è stata rappresentata, in maniera pressoché unanime dai soggetti intervenuti, l'esigenza dell'**individuazione tassativa delle fattispecie ostative** rientranti nella categoria dei gravi illeciti professionali. Del resto, l'indeterminatezza della formulazione normativa dà adito a profonde incertezze e attribuisce alle stazioni appaltanti un potere discrezionale troppo ampio, che si traduce in un elevato rischio di disparità di trattamento tra gli operatori economici. Va da sé che tale incertezza espone le imprese al rischio di presentare dichiarazioni erronee, fuorviante se non false, rendendo poco agevole l'individuazione delle circostanze che devono essere oggetto di dichiarazione.

Sul punto, si evidenzia che nonostante la direttiva preveda una formulazione aperta della norma, la legge delega, alla lettera l) prevede la «razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di renderle regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014».

I decreti attuativi dovranno – o almeno questo è l'augurio – realizzare tale obiettivo, tramite una indicazione chiara ed esaustiva delle fattispecie idonee a configurare i gravi illeciti professionali, circoscrivendo adeguatamente l'ambito di applicazione della norma.

Un'altra criticità riguarda **la rilevanza ostativa delle condotte non definitivamente accertate**.

Tenuto conto, tuttavia, che la direttiva comunitaria è chiara nel definire l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di tener conto della violazione nelle more dell'accertamento definitivo, la possibile rilevanza ostativa di tali condotte non può essere messa in dubbio.

Il che deve però in qualche modo coordinato con il fatto che tali circostanze sono meno gravi e rilevanti rispetto alle condotte definitivamente accertate e, quindi, per ragioni di equità, dovrebbero dar luogo a conseguenze diverse.

Di conseguenza, ANAC ritiene auspicabile:

- in primo luogo, che la norma chiarisca la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate e, in secondo luogo, che introduca la possibilità di graduare in misura proporzionale sia le conseguenze di tali condotte che l'obbligo di motivazione posto a carico della stazione appaltante in relazione alle scelte adottate.

Un'altra questione attiene alla differenza tra la fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lettera f-bis) e quella di cui alla lettera c-bis).

La giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16), nell'approfondire il rapporto tra la lettera c (ora c-bis) e la lettera f-bis del comma 5 del più volte citato art. 80, ha statuito che: "La presentazione di dichiarazioni false o fuorvianti da parte degli operatori che partecipano a gare d'appalto non ne comporta automaticamente l'esclusione, ma solo laddove la stazione appaltante ritenga motivatamente che esse ne compromettano l'integrità e l'affidabilità. Analogamente, le informazioni dovute dai concorrenti in sede di gara a pena di esclusione, ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla legge o dalla normativa di gara, sono solo quelle incidenti sulla relativa integrità e affidabilità". L'Adunanza Plenaria ha dunque affermato il seguente principio di diritto: "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; 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; la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici 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."

Inoltre, la consolidata giurisprudenza, anche precedente alla citata decisione dell'Adunanza Plenaria, ha ritenuto che "la dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali" può essere omessa, reticente o completamente falsa; è configurabile omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "grave illecito professionale"; è configurabile dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; è, infine, configurabile la falsa dichiarazione se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero; la distinzione tra le tre fattispecie non risiede, dunque, nell'oggetto della dichiarazione che è sempre lo stesso (la pregresse vicende professionali dell'operatore economico), quanto, piuttosto, nella condotta di quest'ultimo; e ciò vale a meglio spiegare anche il regime giuridico: solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso" (Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Di conseguenza, la fattispecie di cui alla lettera f-bis) ha carattere residuale e si applica a tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste

dalla lettera c-bis) della medesima disposizione. Rientrerebbe in detta fattispecie 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 non sia finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, alla valutazione delle offerte o all'aggiudicazione della gara o comunque relativi al corretto svolgimento della procedura di gara.

A tal proposito, l'Autorità ha invece ritenuto che la differenza tra le due fattispecie dovrebbe essere individuata sulla base dei principi contenuti nella sentenza del Consiglio di Stato n. 6490 del 27 settembre 2019, secondo cui l'articolo 80, comma 5, lettera c-bis) si riferisce alle informazioni false o fuorvianti ovvero all'omissione di informazioni dovute nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso, mentre la causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera f-ter) si riferisce alla presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare ed esplica effetto ostativo con riferimento a gare successive soltanto se risultante dal casellario informatico, fintanto che perduri tale iscrizione. Sarebbe quindi auspicabile che la norma chiarisse tale distinzione.

In tale ottica, secondo l'Autorità, sarebbe, altresì, utile che venisse chiarito che i provvedimenti rilevanti ai fini dell'applicazione della normativa sui gravi illeciti sono quelli esecutivi e quindi l'adozione di misure di sospensione cautelare del provvedimento impedisce la rilevanza della causa ostativa.

2.2.2. L'ambito soggettivo

L'ambito soggettivo di applicazione delle fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lettere da c) a c-quarter) meriterebbe di essere maggiormente definito con un esplicito riferimento ai soggetti indicati al comma 3 del medesimo articolo. Se da un lato gli operatori economici auspicano una interpretazione restrittiva del comma 3, la giurisprudenza tende ad una applicazione estensiva attraverso l'elaborazione del principio del «contagio» e della figura del «socio sovrano». Il Consiglio di Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 6866 ha aderito all'impostazione secondo cui se la

persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un'investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni (tale impostazione è stata confermata in numerose sentenze successive, come Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107).

Il T.A.R. Puglia, Sez. III, del 24 marzo 2021, n. 495 ha, poi, affermato il principio di diritto secondo il quale, ai fini degli obblighi dichiarativi del concorrente ad una gara pubblica in caso di grave illecito professionale, considerata la centralità dell'assemblea e delle sue decisioni rispetto alle vicissitudini societarie, la titolarità della quota «sovrana» del capitale sociale risulta essere influente, specie nel caso in cui la quota di partecipazione sia di oltre 2/3 del capitale sociale. È facoltà della Stazione Appaltante, pertanto, desumere il compimento di gravi illeciti da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico, anche in conseguenza degli illeciti del socio sovrano, di cui sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa. Tale orientamento consente quindi di valutare la condotta del socio che possieda una quota rilevante del capitale sociale anche con riferimento alle società di capitali, travalicando le previsioni dell'articolo 80, comma 3, che prevede la verifica dei requisiti in capo al socio soltanto se questi rivesta la qualifica di socio accomandatario oppure di socio unico persona fisica, o di socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

A tal proposito, va evidenziato che secondo l'orientamento di una parte di giurisprudenza, non è dovuta, ai sensi dell'art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016, la dichiarazione sulla mancanza di cause d'esclusione da parte del socio unico persona giuridica, prevedendo la disposizione che siffatta dichiarazione sia resa dal solo socio unico persona fisica (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 306, nonché, tra le altre, Cons. Stato, 26 ottobre 2020, n. 6530; 2 ottobre 2020, n. 5782; 7 settembre 2020, n. 5370; 20 novembre 2019, n. 7922; TAR Palermo, 17 luglio 2021, n. 612; T.A.R. Firenze,

sez. III, 05/03/2020, n. 279; T.A.R. Roma, sez. I, 16/01/2020, n. 509; TAR Roma, sez. II-ter, 17 giugno 2019, n. 7836).

Mentre, a favore dell'orientamento "estensivo", depongono ordini di ragioni volte ad assicurare una parità di trattamento a situazioni ritenute uguali in funzione della garanzia di tutela della S.A. (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2016, n. 2813 e Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n.3178, richiamate da Banca d'Italia; cfr. anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 05/ dicembre 2019, n. 2598).

Si tratta di un obbligo dichiarativo non esattamente delineato nella sua portata. Sicché appare coerente una lettura restrittiva della norma dalla quale l'obbligo dichiarativo è fatto derivare (Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2022, n. 2629).

Tale situazione crea incertezze interpretative che espongono le imprese a involontarie omissioni o incompletezze dichiarative, con il rischio di esclusione per false dichiarazioni.

2.2.3 La rilevanza delle condotte nell'ambito di gare successive

Con riferimento alle fattispecie di cui alla lettera c-bis), altro tema dibattuto e se le stesse rilevino soltanto nell'ambito della gara in cui sono poste in essere oppure anche nelle procedure future.

Secondo un orientamento del Consiglio di Stato - che propende per la prima ipotesi - «il partecipante ad una gara di appalto **non è tenuto a dichiarare** le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce - e si conclude- all'interno della procedura di gara in cui è maturata» (Cons. Stato, n. 1000/2021). In sostanza, si afferma che l'articolo 80, comma 5, lett. c) del Codice non è riferito alle false dichiarazioni

rese in procedure concorsuali non in corso e, quindi, già svoltesi, ma al contrario, anche se non detto espressamente, si riferisce alle "informazioni false o fuorvianti" ovvero all'omissione di "informazioni dovute" nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso: ne consegue che

il rilievo ostativo alla partecipazione non è certo l'aver reso "false dichiarazioni in precedenti gare" [...], ma il rendere, nella gara in corso, dichiarazioni false o fuorvianti, ovvero l'omettere dichiarazioni dovute» (Cons. di Stato, n. 6490/2019; n. 6576/2018).

Tali considerazioni fanno sorgere, tuttavia, alcuni dubbi. In primo luogo, riguardo al parallelismo tra la causa ostativa di cui al comma 5, lettera c-bis) e quella di cui alla lettera f-ter) del medesimo comma. L'ANAC ritiene, infatti, che un parallelismo possa esistere e si giustifichi tra la richiamata lettera c-bis) e la lettera f-bis) dell'articolo 80, comma 5.

Le due fattispecie prevedono infatti un ambito oggettivo parzialmente coincidente: entrambe disciplinano le false dichiarazioni, ma la lettera c-bis), ha un ambito più ampio, ricomprendendo anche le omesse dichiarazioni e i tentativi di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio. Inoltre, soltanto nella lettera c- bis) è individuato lo scopo che anima i comportamenti descritti. La lettera f-ter) disciplina invece la rilevanza delle false dichiarazioni e della falsa documentazione presentate in precedenti procedure di gara, subordinandola all'accertamento, da parte dell'Autorità, dell'imputabilità soggettiva del comportamento all'operatore economico. Quindi la presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione resa nell'ambito di precedenti procedure di affidamento rileva quale causa di esclusione automatica fino a due anni, soltanto se l'Autorità accerta che sia avvenuta con dolo o colpa grave.

Tale meccanismo è espressamente previsto soltanto per le «false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti», utilizzando un'espressione che sembra indubbiamente riferita alla fattispecie di cui alla lettera f-bis). Analogamente, il comma 12 fa riferimento alla «presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto».

Il dato testuale sembrerebbe quindi escludere la possibilità di ritenere applicabile tali disposizioni alle false dichiarazioni di cui alla lettera c-bis).

Sarebbe, quindi, auspicabile che il legislatore chiarisse che le fattispecie di cui alla lettera c-bis) rilevano anche se verificatesi in precedenti procedure di gara e che in tali casi non si applicano l'articolo 80, comma 5, lettera f-ter) e l'articolo 80, comma 12, del codice dei contratti pubblici.

Diversamente, sarebbero pregiudicate esigenze di sistematicità e proporzionalità. Alcuni gravi illeciti, quali le risoluzioni contrattuali e le penali, rilevarebbero anche se posti in essere nei confronti di altre stazioni appaltanti, mentre altri, quali l'omissione di informazioni rilevanti o i tentativi di influenzare le decisioni della stazione appaltante, avrebbero rilevanza limitata alla procedura in corso di svolgimento, pur essendo evidentemente connotati da un maggior disvalore sociale e da una maggiore gravità. Anche in questo caso, l'incertezza interpretativa è stata segnalata dagli operatori economici come difficoltà nell'individuare le dichiarazioni da rendere ai fini della partecipazione alle gare, con conseguente rischio di involontarie omissioni.

2.2.4 La risoluzione contrattuale per inadempimento e le sanzioni comparabili alla condanna al risarcimento del danno

Fra le disposizioni maggiormente discusse vi è quella che stabilisce la possibile rilevanza ostativa della risoluzione contrattuale per inadempimento e delle sanzioni comparabili al risarcimento del danno.

Il legislatore europeo ha previsto che non è rilevante qualunque risoluzione contrattuale, ma solo quella che abbia inficiato nella sostanza l'opera, compromettendone aspetti essenziali o non rendendola fruibile per l'amministrazione.

La direttiva 2014/24/UE, al considerando 101, stabilisce che le stazioni appaltanti «dovrebbero poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali», mentre «lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali». La norma richiede che l'inadempimento sia significativo o persistente e prevede la rilevanza della condanna al risarcimento dei danni o l'applicazione di altre sanzioni equiparabili. Tra le sanzioni equiparabili possono rientrare l'applicazione di penali e

l'escussione della garanzia definitiva.

Su tale aspetto gli operatori economici che hanno partecipato alla consultazione ANAC hanno affermato che l'inadempimento cui non consegue una condanna al risarcimento del danno non può considerarsi significativo e che l'applicazione di penali inferiori al dieci per cento del valore del contratto non possono considerarsi rilevanti.

Da ciò la necessità di:

- una esemplificazione dettagliata delle ipotesi astrattamente rilevanti,
- una limitazione dell'ambito di applicazione della normativa alle carenze significative correlate ad adempimenti sostanziali,
- escludere dall'ambito di rilevanza le penali riferite ad episodi isolati e di modesta entità che hanno natura fisiologica nella complessiva economia ed esecuzione dell'appalto.

2.2.5 La durata del periodo di rilevanza della causa ostativa

L'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 24/2014 stabilisce che «in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In specie, essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4».

La direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di determinare il periodo massimo di esclusione stabilendo che lo stesso, se non è fissato con sentenza definitiva, non possa superare i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi ivi indicati. **Il legislatore nazionale ha scelto di determinare il periodo di esclusione nella massima quantificazione possibile.** Il comma 10-bis dell'articolo 80 prevede, infatti, che, nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla

data di passaggio in giudicato della sentenza. L'ANAC, a tale riguardo, ha ritenuto opportuno sollecitare il legislatore a valutare la possibilità di ridurre tale periodo o, quanto meno, di graduarlo in ragione della gravità delle condotte ostantive, anche nell'ottica di ricondurre la previsione a proporzionalità rispetto ad altre cause di esclusione connotate da maggiore gravità o disvalore sociale. Si consideri, infatti, che la presentazione di false dichiarazioni in sede di gara o di attestazione comporta l'interdizione automatica dalla partecipazione alle gare fino a due anni, mentre la condanna al risarcimento del danno comporta la possibile esclusione per tre anni.

La formulazione del citato comma 10 bis comporta, inoltre, dubbi interpretativi.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 20 gennaio 2021, n. 632, ha interpretato il comma in esame, nella parte in cui richiama «i casi di cui al comma 5» come riferito alle ipotesi di esclusione ivi contemplate e, pertanto, ai soli casi cui consegue l'esclusione del concorrente.

Per l'effetto, è stato affermato che dal comma 5 **non deriva un limite temporale di rilevanza del grave illecito.**

Tale limite generale dovrebbe quindi essere fatto derivare direttamente dall'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, appunto in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientra la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali [lettera c) non può essere superiore a «tre anni dalla data del fatto in questione»).

In senso diverso, lo stesso Consiglio di Stato, Sez. III, 01 giugno 2021, n. 4201, il quale, diversamente da quanto statuito con la sentenza n. 632/2021, ha chiarito che «laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio».

Si tratta, dunque, di disposizione che dà adito a possibili dubbi interpretativi, pertanto, in ogni caso, sarebbe auspicabile l'adozione di una formulazione più chiara che individui esattamente la durata della rilevanza ostantiva.

2.2.6 La decorrenza del periodo di rilevanza

Quanto al *dies a quo*, il comma 10-bis dell'articolo 80 del Codice stabilisce che «la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza».

Tale previsione appare, però, in contrasto con l'ultimo periodo del comma in esame, secondo cui «Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso». Ai sensi di detta norma, infatti, una violazione può rilevare quale causa ostantiva anche se impugnata e se il giudizio è in corso di definizione, quindi ben prima del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio.

Pertanto, soltanto nel caso di sospensione cautelare del provvedimento impugnato, potrebbe esserne esclusa la rilevanza. Da ciò, la necessità di riformulare il secondo periodo del comma 10-bis e di individuare chiaramente il *dies a quo* per ciascuna ipotesi di provvedimento rilevante.

Secondo l'ANAC, sarebbe utile precisare che il triennio decorre, a seconda dei casi, dalla data di adozione del provvedimento di:

- esclusione da una procedura di affidamento;
- risoluzione contrattuale per inadempimento;
- applicazione delle penali; escussione della garanzia;
- accertamento del grave inadempimento nei confronti del subappaltatore;
- condanna per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
- applicazione della sanzione comminata dall'ANAC ai sensi dell'articolo 213, comma 13, del Codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità

Altro aspetto che bisognerebbe chiarire è se:

- nel caso delle sentenze di condanna non definitive per reati incidenti sull'integrità o sulla moralità del concorrente, il periodo di esclusione decorra dalla data della sentenza

- di condanna;
- nel caso di rinvio a giudizio o di adozione di provvedimenti cautelari per reati di cui al periodo precedente, il periodo di esclusione decorra dal provvedimento che dispone il rinvio a giudizio o la misura cautelare;
 - nonché se nel caso in cui il provvedimento di cui sopra sia impugnato in giudizio, nelle more della definizione dello stesso, la stazione appaltante debba tenere conto della violazione commessa ai fini delle proprie valutazioni, fatti salvi gli effetti sospensivi di eventuali provvedimenti di natura cautelare.

2.2.7 La doppia valutazione della medesima violazione

Il comma 10 - bis dell'articolo 80, del Codice, come noto, prevede che, nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante debba tenere conto di tale fatto ai fini della valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura.

La decorrenza dell'interdizione, quindi, **non è più collegata** al momento del compimento del fatto o del suo accertamento, anche non definitivo, ma al momento dell'esclusione dalla gara che consegue all'accertamento del fatto da parte della stazione appaltante.

La previsione in esame è stata inserita per superare le contestazioni operate sul punto dalla Corte di Giustizia europea nella causa C-41/18, secondo cui «l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce».

La Corte ha chiarito che, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, «le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza» e che ciò costituisce un indizio ulteriore della «volontà del legislatore dell'Unione di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o omesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto».

Sta di fatto che la previsione della rilevanza delle fattispecie ostative anche nelle more dell'accertamento definitivo del fatto potrebbe comportare un prolungamento del periodo interdittivo, dal momento che il medesimo fatto può rilevare quale causa ostativa, dapprima, durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio e, successivamente, al momento del passaggio in giudicato della sentenza.

Allo scopo di evitare che lo stesso comportamento sia valutato per un periodo eccedente i tre anni, occorrerebbe, quindi, prevedere che il periodo interdittivo si compia al raggiungimento del triennio dal provvedimento di esclusione, anche se ciò interviene prima del passaggio in giudicato della sentenza.

Di conseguenza, il legislatore dovrebbe chiarire che il successivo passaggio in giudicato della sentenza può rilevare come causa ostativa soltanto se il periodo di interdizione triennale non si è ancora compiuto e, in questo caso, rileverà soltanto per il periodo residuo.

Tale soluzione, prospettata nello schema di atto di regolazione, ha incontrato la resistenza di alcuni Stakeholder che vi ravvisano problemi applicativi. Ad esempio, taluni hanno ritenuto che la previsione che impone alle stazioni appaltanti di valutare la circostanza ostativa nelle more del relativo accertamento debba essere interpretata nel senso che se il giudizio dura oltre il triennio di rilevanza, la condotta deve essere valutata anche oltre tale periodo. Per tali motivi, è auspicabile che i necessari chiarimenti intervengano da fonte primaria e che sia inserito un meccanismo che consenta di escludere la rilevanza della medesima fattispecie per periodi eccedenti il triennio.

3. Conclusioni

ANAC, come si è riferito, ha individuato una serie di criticità con cui gli operatori economici e giuridici devono fare i conti pressoché quotidianamente.

La riscrittura del nuovo Codice degli appalti rappresenta l'occasione per revisionarne l'impianto e superare le incertezze interpretative e i dubbi applicativi emersi e mappati dall'Autorità che incidono negativamente, sia sull'attività delle stazioni appaltanti, esponendole al rischio di contenzioso, che sull'operato degli operatori economici, esponendoli al pericolo di dichiarazioni erranee o addirittura false sul possesso dei requisiti di partecipazione.

Del resto, nel vigore sia del precedente che dell'attuale Codice l'impianto normativo in questione ha generato un notevole contenzioso proprio a causa dell'indeterminatezza dei casi che portano all'esclusione e dell'elevata discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti nelle valutazioni di competenza.

La necessità di chiarire quanto sopra si rende tanto più evidente se si considera che le problematiche rappresentate non hanno trovato un'armonica soluzione nemmeno ad opera della giurisprudenza amministrativa.

Il meccanismo premiale incrementale di qualificazione delle imprese ex art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, nell'ipotesi di raggruppamenti temporanei d'impresa di tipo "misto".

Note a margine dell'Ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 agosto 2022 n. 7310, di rimessione all'Adunanza Plenaria.

di Giuseppe Totino e Aldo Cimmino

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Il beneficio del cosiddetto incremento del quinto, previsto dall'art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, ha posto numerosi dubbi interpretativi, specialmente per quanto attiene alla sua applicabilità ai raggruppamenti temporanei di impresa cosiddetti "misti".

In particolare, ci si è chiesti se l'incremento del quinto per la qualificazione dei singoli aderenti al raggruppamento misto debba essere calcolato sull'intero importo posto a base di gara, così come delineato espressamente dal legislatore, ovvero vada riferito alla specifica categoria che la singola

impresa raggruppata dichiara di voler eseguire, proprio in ragione di quella posseduta.

Mentre, infatti, per i raggruppamenti "orizzontali" tale questione non si pone in ragione dell'omogeneità delle prestazioni svolte da ciascun operatore nell'ambito del medesimo raggruppamento, diversa è l'ipotesi del raggruppamento "misto", ove il calcolo per la determinazione dell'incremento del quinto deve operarsi in relazione ai singoli partecipanti al R.T.I. "misto", nei quali *"I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale"*¹.

1. Art. 48, comma 6, D. lgs. n. 50/2016.

Giova premettere che tanto l'istituto del beneficio incrementale, quanto quello del raggruppamento temporaneo di imprese, mirano, da un lato, a dare attuazione ed effettività ai principi del *favor participationis* e della libera concorrenza, dall'altro, a garantire maggiormente le stazioni appaltanti dal rischio di inadempimento nella realizzazione dell'opera pubblica, mediante la partecipazione e l'organizzazione afferenti a più soggetti.

Al contempo, una parte della giurisprudenza ha pure evidenziato come una più elastica valutazione della reale qualificazione del R.T.I. potrebbe tradursi in un *surplus* di qualificazione "virtuale", comportando un eccessivo frazionamento del requisito tecnico specificamente richiesto dalla legge per l'esecuzione di determinati lavori, ciò che invece comporterebbe un più alto rischio per le stazioni appaltanti, in termini di incapacità degli operatori di assicurare la corretta realizzazione dell'opera pubblica.

Tale preoccupazione, però, si giustifica soprattutto in una prospettiva "sicuritaria" dell'appalto pubblico, volta a scongiurare ogni potenziale impedimento al compimento delle commesse pubbliche, ma non appare ragionevole nell'ottica di un sistema di raggruppamento di imprese – come quello "misto" – che mira proprio a valorizzare il possesso di specifici requisiti speciali di qualificazioni posseduti da ciascun componente il R.T.I., e non già a determinarne la frammentazione.

Al riguardo, tanto la giurisprudenza, quanto l'Autorità Nazionale Anticorruzione, hanno affrontato il tema con determinazioni non univoche sul punto, facendo emergere la necessità di un indirizzo interpretativo chiaro e che, a ben vedere, tradisce una più profonda esigenza, cioè, che sia il legislatore a predeterminare la regola in merito a questioni

che non certo attengono alla categoria del merito amministrativo o dell'interpretazione giurisdizionale.

Muovendo da questo assunto, il presente contributo mira ad emarginare l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, adottata dal Consiglio di Stato, Sez. V, 19 agosto 2022 n. 7310.

1. La vicenda processuale

L'occasione è offerta da un ricorso promosso da un raggruppamento temporaneo di imprese di tipo "misto" per l'annullamento del provvedimento di ritiro in autotutela dell'aggiudicazione di lavori di "sistemazione impalcato del Ponte del Fiume Mella in Comune di Concesio (BS)".

In particolare, nell'ambito di una procedura evidenziale aperta, la seconda graduata aveva sollecitato la Stazione appaltante ad avviare una procedura di riesame in autotutela del contestato provvedimento di aggiudicazione, in quanto sarebbe stato adottato in violazione dei criteri normativi di qualificazione di cui all'art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010.

Trattandosi di raggruppamento di tipo "misto", infatti, la Stazione appaltante non avrebbe tenuto in debito conto la circostanza per la quale il R.T.I. non risultava qualificato, giacché la mandante – che aveva dichiarato di svolgere le prestazioni inerenti alla categoria prevalente in misura pari al 30% – risultava in possesso di certificazione S.O.A. per la categoria prevalente in classifica II e, dunque, non qualificata per la parte di lavori che aveva dichiarato di voler eseguire.

Conseguentemente, non avrebbe potuto trovare applicazione il criterio premiale dell'incremento

La preoccupazione di un eccessivo frazionamento del requisito di qualificazione si giustifica in una prospettiva "sicuritaria" dell'appalto pubblico, volta a scongiurare ogni potenziale impedimento al compimento delle commesse pubbliche, ma non appare ragionevole nell'ottica di un sistema di raggruppamento di imprese – come quello "misto" – che mira proprio a valorizzare il possesso di specifici requisiti speciali di qualificazioni posseduti da ciascun componente il R.T.I., e non già a determinarne la frammentazione



del quinto di cui all'art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, non ricorrendo la condizione prevista dal legislatore per cui la società che intende avvalersi del suddetto meccanismo premiale di qualificazione deve risultare qualificata per un importo pari ad un quinto dei lavori a base di gara. Ne seguiva l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione nei confronti del RTI "misto" e il conseguente ricorso promosso da quest'ultimo dinanzi il Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente, per la complessiva illegittimità ed erroneità dell'atto censurato e impugnato.

L'adito T.A.R., tuttavia, respingeva il ricorso promosso dal R.T.I., con il quale si prospettava una interpretazione "adeguatrice" del dato normativo controverso, evidenziando come l'art. 61, comma 2, del Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti fosse chiaro nel disporre che la regola per la quantificazione dell'aumento del quinto, ai fini della partecipazione dei raggruppamenti temporanei in forma mista, andasse parametrata all'importo complessivo posto a base di gara e non alle singole categorie possedute da ciascun componente il raggruppamento.

Con tempestivo atto di appello, il R.T.I. impugnava la sentenza di prime cure, imputandole il sostanziale *error in iudicando*, relativamente alla violazione e falsa applicazione degli artt. 61 e ss., D.P.R. n. 207/2010, 48 e ss., D. lgs. n. 50/2016.

Il Consiglio di Stato, anzitutto, premette il dissidio interpretativo esistente in merito alla corretta applicazione della norma contenuta nell'art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, la quale prevede – in virtù dell'ultrattività sancita dall'art. 83, comma 2, del Codice dei Contratti – i vigenti criteri di qualificazione delle imprese per categorie di opere generali e specializzate.

In sostanza, il Collegio, ritenuta pacifica l'applicazione del suddetto criterio quanto all'ipotesi di raggruppamenti temporanei di impresa di tipo "orizzontale" – in cui la prestazione destinata ad essere eseguita è oggettivamente unitaria e qualitativamente omogenea – rimarca la specificità della norma in ordine alle altre forme di partecipazione aggregata (verticali e miste).

Sicché, in considerazione dell'attualità del contrasto giurisprudenziale in materia, il Collegio deferisce

il ricorso all'Adunanza Plenaria, formulando il seguente quesito: "se l'art. 61, comma 2 del D.P.R. n. 207/2010 – nella parte in cui prevede, quale condizione per l'attribuzione, ai fini della qualificazione per la categoria di lavori richiesta dalla documentazione di gara, del beneficio dell'incremento del quinto, che ciascuna delle imprese concorrenti in forma di raggruppamento temporaneo, il presupposto della sussistenza, per ciascuna delle imprese aggregate, di una qualificazione 'per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara' – si interpreti, nella specifica ipotesi di partecipazione come raggruppamento c.d. misto, nel senso che tale importo a base di gara debba, in ogni caso, essere riferito al valore complessivo del contratto ovvero debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara".

2. Il criterio premiale incrementale di qualificazione. Il quadro normativo

La questione controversa attiene non tanto all'applicazione generalizzata dell'art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, la cui ultrattività ha consentito il pacifico perpetrarsi del meccanismo premiale relativo ai raggruppamenti cosiddetti "orizzontali", quanto, piuttosto, alla corretta interpretazione della regola generale in caso di raggruppamenti diversi da quello orizzontale e – segnatamente – di raggruppamenti cosiddetti "misti".

Come noto, l'art. 83, comma 2, del vigente Codice dei Contratti, statuisce che fino all'adozione del regolamento di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, D. lgs. n. 50/2016, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (*articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese*), del Decreto del Presidente della Repubblica, 5 ottobre 2010, n. 207.

A sua volta, l'art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010 stabilisce che "La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base

di gara nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2.".

Infine, l'art. 48, comma 6, D. lgs. n. 50/2016 definisce i raggruppamenti "misti", statuendo che essi consistono in una associazione verticale al cui interno sono presenti – in ragione della eterogeneità dei lavori oggetto dell'affidamento, in cui vengono in rilievo una pluralità di diverse categorie di lavorazioni oltre alla prevalente – sub-raggruppamenti orizzontali.

Riepilogate le coordinate regolatrici del fenomeno giuridico in esame, appare evidente che tutte le su richiamate disposizioni debbono coordinarsi tra loro in ragione di un collegamento sistematico che non può non tenere in debita considerazione l'aspetto diacronico dell'evoluzione normativa, con particolare riferimento alla disciplina dei raggruppamenti temporanei di impresa di tipo misto.

In altri termini, l'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010 si è limitato a riprodurre, invariata, la identica previsione del previgente art. 3, comma 2, del D.P.R. n. 34 del 2000 (approvata, per l'appunto, quando l'ipotesi dei raggruppamenti di impresa di tipo misto non era contemplata), continuando tralattivamente ad operare, immutata nel tempo, senza essere integrata o novellata per adeguare la tipologia dei raggruppamenti temporanei di imprese al modello di tipo misto².

Al riguardo, è appena il caso di sottolineare come la previsione dei raggruppamenti temporanei di impresa, soprattutto di tipo misto, mira ad attuare principi di matrice unionale, oltre che costituzionale,

Interpretare la condizione legittimante la premialità del quinto nel senso di richiedere il possesso, da parte di ciascuna impresa partecipante al raggruppamento, del 20% dell'importo totale dell'appalto nella stessa categoria per la quale si chiede di beneficiare dell'aumento, risulta quantomeno sproporzionata



garantendo la partecipazione di imprese che singolarmente rappresentate non avrebbero la capacità tecnica ed economica di presentare offerte concorrenziali in tutte quelle procedure di gara inerenti grandi opere e comportanti notevoli investimenti finanziari. Non a caso, infatti, l'art. 19 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce che i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto e,

ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive³.

Nondimeno, anche il sistema premiale incrementale di qualificazione delle imprese, come delineato dal legislatore fin dall'entrata in vigore del D.P.R. n. 34/2000, mira a garantire l'effettività del principio euro-unitario di concorrenza e del corollario del *favor participationis*.

Sicché, interpretare la condizione legittimante la premialità del quinto nel senso di richiedere il possesso, da parte di ciascuna impresa partecipante al raggruppamento, del 20% dell'importo totale dell'appalto nella stessa categoria per la quale si chiede di beneficiare dell'aumento risulta quantomeno sproporzionata, implicando la dimostrazione, per ciascuna impresa del raggruppamento, del possesso di una qualificazione addirittura superiore, nella categoria interessata, a quella richiesta dalla stazione appaltante con riferimento al singolo raggruppamento⁴.

2. Cons. Stato, Sez. V, Ord., 19 agosto 2022 n. 7310

3. In tal senso, art. 19, par. 2, Direttiva 2014/24/UE.

4. C.G.A.R.S., Sez. giur., 11 aprile 2022, n. 450.

Tale interpretazione, peraltro, è stata avversata anche da una recente deliberazione dell'ANAC, con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha specificato come *"l'interpretazione della disposizione controversa non può essere disgiunta da una lettura della norma che tenga conto della struttura lessicale del comma 2 dell'art. 61 e del rapporto tra le due parti che lo compongono, per cui la seconda parte declina, con riferimento alle singole imprese raggruppate, quanto disciplinato dalla prima, prevedendo che a ciascuna impresa raggruppata si applichi "la medesima disposizione" dettata per le imprese singole, ovvero «La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto», che deve dunque ritenersi riprodotta anche con riferimento a ciascuna impresa raggruppata; ne consegue che la qualificazione pari almeno ad un quinto dell'importo dei lavori (che deve essere posseduta per beneficiare dell'istituto de quo) non può che essere riferita all'unica categoria di cui il comma fa espressa menzione, ovvero la categoria di lavori per la quale occorre dimostrare di essere qualificati e per la quale si invoca l'estensione della portata abilitante dell'attestazione SOA⁵.*

In tal senso, peraltro, l'ANAC si era già espressa con riferimento alla previgente disciplina, interpretando analogamente la previgente disposizione di cui all'art. 3, comma 2, D.P.R. 34/2000⁶.

3. Il dibattito giurisprudenziale

Chiarita la natura giuridica e la funzione del meccanismo premiale di qualificazione incrementale ex art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, occorre soffermarsi sul dibattito giurisprudenziale formatosi sul punto e riassunto dall'ordinanza in commento.

Sul punto, un primo orientamento si è limitato a valorizzare il dato letterale della disposizione controversa, assecondando una interpretazione restrittiva dell'applicazione del beneficio dell'incremento del quinto.

In tal senso, parte della giurisprudenza ha escluso l'applicazione del beneficio dell'incremento del quinto per tutte quelle imprese che – anche se in raggruppamento – non dimostrino singolarmente il possesso della qualificazione pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

A sostegno di tale interpretazione militerebbero sia elementi testuali, che non potrebbero legittimare una interpretazione diversa, sia elementi sistematici.

Su tale ultimo versante, infatti, l'orientamento in parole chiarisce che la *ratio* della norma è quella di non esasperare gli effetti della qualificazione "virtuale" quando le imprese esecutrici siano una pluralità e il requisito di qualificazione risulti, di conseguenza, molto frazionato.

Essa persegue, dunque, tale fine attraverso il "blocco" della premialità nel caso di raggruppamenti il cui partecipante ha una qualificazione inferiore ad un quinto del monte lavori, così da eliminare l'incentivo al frazionamento eccessivo.

Il citato orientamento, inoltre, esclude finanche la sussistenza di vizi che possano giustificare la disapplicazione della disciplina in questione per contrasto con la normativa primaria, trattandosi, a ben vedere, *"non di una penalizzazione irrazionale o sproporzionata, ma di un temperamento in ordine all'applicazione di una norma di pari rango, di carattere premiale. Temperamento operato, com'anzi detto, per ragioni plausibili e con modalità misurate e attente al principio di proporzionalità"*⁷.

In prospettiva diametralmente opposta si pone un diverso indirizzo pretorio, fondandosi su una applicazione estensiva dei criteri di qualificazione delle imprese in R.T.I. misto, nell'ottica della valorizzazione di una interpretazione sistematica e coerente con la *ratio* della norma.

A tal proposito, è stato osservato che l'art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, se interpretato nel senso restrittivo anzidetto, presenterebbe un'antinomia interna che non consentirebbe di applicarlo tutte le volte in cui il 20% dell'importo dei lavori a base d'asta risulta superiore all'importo

5. Sul punto, ANAC, Delibera n. 45/2020.

6. Al riguardo, cfr. ANAC, Delibera n. 377/2001.

7. Cons. Stato, Sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040.

dei lavori della categoria per la quale si chiede di usufruire dell'aumento del quinto.

Tale esito – paradossale – oltre a rendere la norma irragionevole, la porrebbe anche in contrasto con la *ratio* stessa sia del beneficio, sia dell'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese.

Peraltro, una tale interpretazione restrittiva non sarebbe neppure coerente – da un punto di vista sistematico – con il consolidato insegnamento formatosi in materia di requisiti minimi per la composizione dei raggruppamenti, per cui l'art. 92, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, è ormai univocamente interpretato nel senso che “*la verifica delle situazione 'maggioritaria', in caso di raggruppamento misto, [debba] avvenire avendo riferimento alle singole categorie scorporabili (della specifica gara), e non all'intero raggruppamento*”⁸.

Sicché, in virtù dei principi fondamentali di libera concorrenza e di *favor participationis*, l'orientamento in parola ritiene che sia da preferire l'indirizzo ermeneutico per il quale il meccanismo premiale incrementale di qualificazione ex art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010 operi anche in favore delle imprese che partecipano alla gara in raggruppamenti di tipo misto, nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, purché siano qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo della categoria di lavori – e non già dell'intero importo a base di gara – cui le stesse imprese hanno dichiarato di partecipare⁹.

4. Conclusioni

Dalle superiori considerazioni, sembrerebbe emergere in maniera sufficientemente chiara quale orientamento possa considerarsi il più aderente ai principi euro-unitari, orientati verso la supremazia del *favor participationis* rispetto al confliggente e vetusto interesse di autoconservazione dell'ordinamento nazionale, attraverso una anacronistica applicazione della *littera legis*.

Appare in effetti evidente, alla luce della disamina condotta dal giudice remittente, come una interpretazione eccessivamente prona al rispetto del dettato letterale della legge, possa configurare distorsioni in ordine alla corretta applicazione sistematica del meccanismo premiale, in ipotesi di partecipazione a gare di operatori economici riuniti in strutture più articolate, quale è un raggruppamento di tipo misto. La giurisprudenza amministrativa aveva tracciato la linea da tempo di quale dovesse essere l'interpretazione evolutiva della norma in parola, tralasciando a sparuti arresti minoritari, la tutela pedissequa del dettato del legislatore nazionale.

Pertanto, in un quadro ermeneutico ben indirizzato a favore di una interpretazione razionale del meccanismo premiale, sorprende che il Consiglio di Stato abbia avallato la richiesta emersa, in

via incidentale, di rimettere all'Adunanza Plenaria la corretta applicazione dell'articolo 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010.

Pertanto, per tale indirizzo, proprio nell'ottica della libera concorrenza e del favor participationis, è da preferire l'indirizzo ermeneutico per il quale il meccanismo premiale incrementale di qualificazione ex art. 61, comma 2, D.P.R. n. 207/2010 opera anche in favore delle imprese che partecipano alla gara in raggruppamenti di tipo misto, nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, purché siano qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo della categoria di lavori – e non già dell'intero importo a base di gara – cui le stesse imprese hanno dichiarato di partecipare



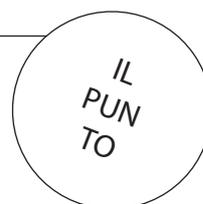
8. Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751.

9. C.G.A.R.S., Sez. giur., 11 aprile 2022, n. 450

Da osservatori ed operatori del diritto, non ci resta che attendere che il più alto Consesso amministrativo si esprima sul tema, conferendo, auspicabilmente, all'approccio ermeneutico evolutivo anzi tratteggiato, quell'imprimatur nomofilattico che consenta l'avverarsi in via pretoria e di prassi dello *stare decisis*, quella certezza del diritto, principio alieno ad ordinamenti codificatori come quelli continentali, ma tanto anelato dal mercato per consentire cospicui investimenti economici di lunga durata.

Suddivisione in lotti: quando la discrezionalità dell'amministrazione incontra il limite del principio della massima partecipazione.

di Ilenia Paziani



1. Il principio della suddivisione della gara in lotti

L'articolo 51 del Codice dei Contratti pubblici, al fine di favorire l'accesso alle microimprese, piccole e medie imprese (di seguito, per brevità MPMI) al mercato degli appalti pubblici, stabilisce il principio generale secondo cui le stazioni appaltanti – di regola e qualora possibile- devono suddividere gli appalti in lotti, motivando nella *lex specialis* di gara l'eventuale scelta di non procedere alla suddivisione.

Ed infatti, la norma stabilisce che "1. *Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere*

adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti".

Il legislatore specifica, quindi, che

- (i) il valore di ciascun lotto deve essere calibrato in maniera tale da garantire effettivamente la possibilità di partecipazione delle MPMI;
- (ii) la suddivisione in lotti non può essere disposta al fine di eludere la doverosa applicazione della disciplina codicistica (ed euro-unitaria).

La disposizione in commento rappresenta uno degli strumenti che il legislatore ha inteso introdurre al fine di fare un uso strategico della disciplina degli appalti pubblici, con lo scopo di raggiungere obiettivi di politica economica che incidono non solo nell'ambito della contrattualistica pubblica, ma in generale sul piano economico del paese.

Nel caso di specie è evidente che l'obiettivo del legislatore (europeo prima che) nazionale sia quello di garantire alle MPMI maggiori possibilità di

La regola generale è che le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti motivando nella *lex specialis* di gara l'eventuale scelta di non procedere alla suddivisione



accesso al mercato delle commesse pubbliche.

In quest'ottica l'articolo 51 sopra riportato risulta palesemente finalizzato "a plasmare i profili organizzativi dell'amministrazione committente in modo servente rispetto ad un fine che esula dallo stretto tema dell'evidenza pubblica, per collocarsi nella più ampia prospettiva dello sviluppo pro-concorrenziale del mercato" (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 7962/2020 e n. 8440/2020).

Tuttavia, generalmente la giurisprudenza accorda alle stazioni appaltanti un'ampia discrezionalità nella scelta di suddividere o meno la gara in lotti, ed in fatti la norma, come visto, specifica che è consentito alle stazioni appaltanti di non procedere alla suddivisione in lotti, a patto che motivino espressamente "la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139".

I principi espressi in tema di suddivisione in lotti, ormai consolidati, possono essere così riassunti (cfr. cit. Cons. Stato n. 844/2020):

- "sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n.123; sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076) e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669, sez III, 12 febbraio 2020n. 1076);

- è principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie

imprese; tale principio, come recepito all'art. 51 D.Lgs. n. 50 del 2016, non costituisce peraltro una regola inderogabile: la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per **giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, essendo il precetto della ripartizione in lotti funzionale alla tutela della concorrenza** (es. Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973; 26 giugno 2017, n. 3110; sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857);

- la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione

normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a **valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza** (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 02 gennaio 2020, n.25; Cons. St., sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224), **sicché non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2018 n. 5534) ove tale scelta risponda all'esigenza di tutelare l'interesse pubblico;**

- secondo il costante orientamento della giurisprudenza la suddivisione in lotti è espressione di una valutazione discrezionale dell'amministrazione sindacabile in sede giurisdizionale sotto l'aspetto della ragionevolezza e proporzionalità e dell'adeguatezza dell'istruttoria (ex multis, cfr. Cons. St., sez. III n., 21 marzo 2019, n. 1857; Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044;); **in ogni caso l'ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito non è suscettibile di essere censurato in base a meri criteri di opportunità** (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138).".

L'articolo 51 è finalizzato a plasmare i profili organizzativi dell'amministrazione committente in una ampia prospettiva dello sviluppo pro-concorrenziale del mercato



L'orientamento giurisprudenziale dominante evidenzia dunque che è legittima e non in contrasto con l'art. 51 d.lgs. 50/2016, la scelta della P.A. di non suddividere una gara in lotti, bensì di esperire la procedura concorrenziale in un lotto unico (o in più lotti, ma ciascuno di valore considerevolmente elevato), laddove (a titolo esemplificativo) nel paragrafo del relativo bando, rubricato "Informazioni complementari", vi sia la esternazione della motivazione della mancata suddivisione in lotti. È dunque ammesso l'accorpamento in un unico lotto per esigenze proprie della stazione appaltante, come ad esempio quello di garantire economie di scala o al fine di ottimizzare i costi di esercizio e di manutenzione.

Certamente la suddivisione in lotti rappresenta uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare; tuttavia, tale principio non costituisce un precetto inviolabile, né può comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V del 21 giugno 2022 n. 5119).

Il principio della suddivisione in lotti può, dunque, essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata: tale scelta di carattere strettamente discrezionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081) è stata ritenuta sindacabile nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti".

2. Il parere precontenzioso ANAC del 20 luglio 2022

Di recente, con il parere precontenzioso n. 350 del 20 luglio 2022, ANAC si è pronunciata sull'applicazione dell'articolo 51 del Codice dei Contratti pubblici delineando i limiti che le stazioni appaltanti devono tenere in considerazione con

Alle stazioni appaltanti è riconosciuta un'ampia discrezionalità sulla suddivisione o meno della gara in lotti a patto che motivino espressamente la scelta di non suddividere, ad esempio al fine di garantire economie di scala o di ottimizzare i costi



riferimento alle modalità di suddivisione dei lotti di gara.

La presa di posizione di ANAC pare tuttavia porsi su un piano più garantista dei principi di massima partecipazione e *par condicio*, piuttosto che enfatizzare la discrezionalità di cui godono le amministrazioni nella redazione della *lex specialis*.

Prima di analizzare la decisione dell'Autorità, pare opportuno rilevare che il principio di *favor* per le MPMI a cui tende l'articolo 51 non può ritenersi garantito a fronte della mera suddivisione della gara in lotti.

Ed infatti possono ravvisarsi dei casi in cui, anche a fronte di una gara suddivisa in lotti, sia comunque fortemente limitata o addirittura esclusa la possibilità per le MPMI di partecipare alla gara.

Sul punto, si rammenta che la norma stabilisce espressamente che "*Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*".

Si tratta del caso di cui si è occupato il Consiglio di Stato nella pronuncia sopra richiamata (n. 8440/2020).

In tale occasione, è stata riconosciuta come rispondente ai detti criteri di ragionevolezza e proporzionalità la scelta della stazione di appaltante di aggregazione della gara (concernente un "multiservizio tecnologico integrato" in ambito sanitario che chiedeva all'aggiudicatario di fornire energia e acqua, di governare tutte le attività di gestione e di conduzione degli impianti tecnologici, di climatizzazione e di ricambio dell'aria e di realizzare interventi di manutenzione straordinaria sugli impianti e sulle apparecchiature, finalizzati all'efficientamento energetico) in un numero ridotto di lotti di importo considerevole, a scapito delle PMI, in quanto la stazione appaltante aveva interesse ad interfacciarsi con un interlocutore unico, e soltanto un'impresa o un RTI di grandi dimensioni è in grado di garantire il corretto svolgimento di un servizio, quale quello in questione.

Ne consegue che per contestare la legittimità della suddivisione in lotti di importo molto elevato è necessario **dimostrare che l'assetto organizzativo della gara compromette in concreto il principio di concorrenza tra più operatori.**

In particolare è stato giudicato che *"A tali fini, il singolo operatore deve comprovare, in concreto, l'incidenza lesiva che l'impostazione della gara ha determinato nella propria sfera giuridica, rendendo obiettivamente percepibile la compressione che questa ha, in via di tesi, subito rispetto alle possibilità di un'utile e proficua partecipazione alla competizione"* (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 25 giugno 2021 n. 1559; Consiglio di Stato, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7962; idem 30 settembre 2020 n. 5746).

Sul punto si rileva che l'impossibilità alla partecipazione al lotto fondata sulla carenza dei requisiti di capacità economica-finanziaria potrebbe essere considerata non sufficiente a ritenere illegittima la mancata suddivisione in lotti (o una suddivisione in lotti di importo molto elevato), laddove in concreto fosse possibile presentare offerta in RTI con altri soggetti.

In tal caso sarebbe infatti necessario dimostrare ad esempio che esistono sul mercato pochissimi operatori economici in grado di partecipare e che dunque risulterebbe altamente difficile anche la ricerca di un *partner* per la presentazione di un'offerta in RTI, con la conseguenza che la mancata suddivisione in lotti, o una suddivisione in lotti di importo troppo elevato, non sarebbe in grado di garantire un più ampio confronto concorrenziale.

Ad una decisione radicalmente opposta è invece giunta ANAC con il parere n. 350 del 20 luglio 2022.

Il caso sottoposto all'attenzione di ANAC riguarda una gara che era, sì, stata suddivisa in lotti, ma per

la quale era stato anche previsto un **obbligo per l'operatore economico a presentare offerta per tutti i lotti.**

In questo modo l'amministrazione ha creato un'aggregazione artificiosa dei lotti così vanificando, di fatto, la *ratio* della suddivisione in lotti stessa.

Ma andiamo per gradi.

La richiesta di parere riguardava una gara per la manutenzione straordinaria di un palazzetto, in particolare due società di costruzioni avevano contestato la violazione dell'articolo 51 del Codice e la limitazione della concorrenza in quanto i potenziali concorrenti erano, di fatto, costretti dalla *lex specialis* a partecipare ad entrambi i lotti in cui la gara era stata suddivisa.

I due lotti riguardavano, uno, l'esecuzione dei lavori per il rifacimento della copertura del palazzetto; l'altro, l'esecuzione dei lavori per la rimozione della copertura in eternit nello stesso edificio.

Nel bando di gara era stato previsto che *"l'operatore economico partecipante dovrà possedere i requisiti specificati per ciascuno dei lotti"* e nella richiesta di chiarimenti, la stazione appaltante ha chiarito che *"non è possibile partecipare ad un solo lotto. L'appalto prevede l'aggiudicazione dei due lotti ad un unico operatore economico"*.

A quanto è possibile ricavare dalla delibera di ANAC, l'Amministrazione aveva motivato, da un lato, la scelta di suddividere l'appalto in due lotti, in quanto il primo era finanziato sulla base di un Progetto di Sviluppo Territoriale, mentre il

secondo lotto era finanziato da un fondo regionale destinato esclusivamente ai lavori di bonifica dell'amianto.

Tale scelta era quindi riconducibile esclusivamente al fatto che due diversi soggetti erano preposti

È stata ritenuta legittima la suddivisione di una gara in un numero ridotto di lotti di importo considerevole, in quanto la stazione appaltante ha motivato il proprio interesse, in relazione allo specifico appalto, ad interfacciarsi con un interlocutore unico, in grado di garantire il corretto svolgimento di un servizio



alla gestione della relativa prestazione nei confronti degli enti finanziatori (un progetto di sviluppo e un fondo regionale); ne consegue che la suddivisione in due lotti non era riconducibile alla diversità delle prestazioni richieste, bensì a mere esigenze di gestione della gara da un punto di vista finanziario.

Dall'altro lato, la stazione appaltante aveva precisato che l'affidamento congiunto dei due lotti sarebbe stato invece giustificato dalla natura unitaria della gara rivolta alla esecuzione di opere su uno stesso edificio e sulla stessa parte dell'edificio, che prelude a un sistema di gestione unitario della commessa, con conseguente ottimizzazione dei tempi di realizzazione dell'opera.

In tale contesto, l'Autorità ha ripercorso le disposizioni alla base del principio generale della suddivisione in lotti.

Partendo dalla Direttiva 2014/24/UE, Considerando 79, è possibile constatare che *"Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la **facoltà di limitare numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente**"*.

Ebbene, la *ratio* pro-concorrenziale della citata disciplina caratterizza tutta la normativa europea in materia di appalti pubblici nonché il d.lgs. 50/2016, e **mira a garantire la massima partecipazione possibile alle gare ed una più elevata possibilità che le imprese di piccole e medie dimensioni possano risultare aggiudicatrici, grazie anche alla possibilità di inserire il c.d. vincolo di aggiudicazione, dato dalla facoltà della stazione appaltante di limitare il numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente.**

Il vincolo di aggiudicazione si pone quindi

ANAC ha rilevato che l'obbligo per l'operatore economico a presentare offerta per tutti i lotti determina un'aggregazione artificiosa dei lotti così vanificando la ratio della suddivisione in lotti stessa



esattamente all'estremo opposto rispetto all'obbligo di presentare offerta per tutti i lotti di gara.

Sul punto, l'Autorità si era già pronunciata (Delibera n. 1338 del 20 dicembre 2017) stabilendo che *"la prescrizione dell'obbligo, posto nella legge di gara, di presentare offerta per tutti i lotti, è in contrasto quindi con la normativa di settore e con la ratio della suddivisione in lotti, che ha la funzione di consentire una più ampia partecipazione anche di imprese medio-piccole"*.

Nel caso di specie, ANAC ha dunque ritenuto che, sulla scorta dell'esame della documentazione prodotta e di quanto previamente evidenziato, *"le scelte così operate dall'Amministrazione aggiudicatrice, **sebbene ampiamente discrezionali, stante il tenore del richiamato art. 51 e della giurisprudenza di riferimento appaiono in contrasto con la disciplina di riferimento**"*.

L'Autorità ha dunque ritenuto che l'operato della stazione appaltante non risulta conforme alla normativa di settore in quanto la *ratio* della suddivisione in lotti, ha la funzione di consentire una più ampia partecipazione anche di imprese medio-piccole che però risulta vanificata, laddove la legge di gara preveda l'obbligo di presentare offerta per tutti i lotti, così tramutando una gara suddivisa in lotti, in una gara unica.

Con questa pronuncia ANAC ha dunque, seppure indirettamente, statuito che risulta illegittimo aggiudicare un'intera opera -che invece risulta in concreto suddivisibile in più lotti prestazionali- ad un solo soggetto, solamente sulla base di mere esigenze interne di gestione, in quanto questo provoca un ingiustificato ostacolo alla partecipazione delle MPMI che si pone in contrasto con la disciplina di settore.

3. La sentenza del TAR Marche n. 465 del 12 agosto 2022

Un'altra pronuncia interessante in tema di suddivisione in lotti è quella del TAR Marche, il quale si è pronunciato sulla modalità di suddivisione in

lotti di una gara avente ad oggetto il servizio c.d. di lavanolo (ossia noleggio, lavaggio, disinfezione, sterilizzazione, stireria, gestione del guardaroba, distribuzione della biancheria e degli indumenti da lavoro).

La gara era suddivisa in dieci lotti, corrispondenti alle singole aziende ospedaliere e istituti coinvolti nella gara.

La *lex specialis*, al paragrafo "PARTECIPAZIONE A PIU' LOTTI", prevedeva un doppio limite di aggiudicazione, così sintetizzabile:

- massimo cinque lotti al medesimo operatore;
- non più del 50% dell'intero importo allo stesso operatore.

Il ricorso è stato proposto dall'operatore economico che, pur risultando il migliore per sette lotti su dieci, in virtù del doppio limite di aggiudicazione, ha potuto aggiudicarsi solamente quattro lotti; i restanti tre lotti sono stati quindi aggiudicati alle imprese classificatesi al secondo posto.

Il ricorrente ha contestato la modalità in cui il doppio limite di aggiudicazione è stato applicato, in quanto la stazione appaltante per il calcolo del limite del 50% avrebbe considerato non l'importo effettivamente offerto in gara dai concorrenti, bensì l'importo a base d'asta.

In questo modo, al ricorrente sono stati affidati "solo" quattro lotti e non cinque; qualora la stazione appaltante avesse invece tenuto conto delle offerte economiche presentate in gara, pur rispettando il doppio limite di aggiudicazione, la ricorrente avrebbe conseguito l'aggiudicazione anche dei lotti n. 4 e n. 7 (dovendo però lasciare al secondo graduato il lotto n. 10), conseguendo cinque lotti il cui valore complessivo sarebbe stato pari al 48,24% dell'importo complessivo dell'appalto.

Secondo il ricorrente, ciò avrebbe implicato un duplice effetto positivo: da un lato, si sarebbe garantito il rispetto della concorrenzialità e del legittimo affidamento, avendo le imprese accorrenti presentato la migliore offerta possibile per rapporto qualità/prezzo nell'intendimento di "portare a casa" il numero massimo di lotti previsto ed un importo economico non superiore alla metà del valore a base d'asta; dall'altro lato, si sarebbe garantito l'interesse della stazione appaltante a conseguire un risparmio di spesa (a

dire del ricorrente, di almeno €. 1.821.568,89 nel quinquennio, salvo rinnovi, proroghe ed estensioni contrattuali).

Sempre a parere della ricorrente, il *modus operandi* seguito dall'amministrazione avrebbe invece determinato: la violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; la lesione dell'interesse della stazione appaltante a conseguire un risparmio di spesa; la violazione del principio di *favor* per le PMI e di massima partecipazione (visto che i lotti sono stati aggiudicati solo a tre operatori economici, mentre, applicando il criterio suggerito in ricorso, il lotto n. 10 sarebbe aggiudicato ad un quarto operatore).

Ciò premesso, il TAR ha ritenuto che il doppio limite di aggiudicazione previsto nella *lex specialis* sia finalizzato unicamente ad **evitare l'accaparramento di tutti i lotti da parte dello stesso operatore economico, per cui l'obiettivo è conseguito se i lotti vengono aggiudicati ad almeno due operatori.**

A parere del TAR, il richiamo della ricorrente al principio di *favor* per la massima partecipazione, in particolare delle PMI, alle procedure ad evidenza pubblica sarebbe improprio.

Ed infatti, tale principio, "***opera solo con riguardo all'ammissione dei concorrenti e alla teorica possibilità che ciascuno di essi possa aggiudicarsi i lotti che corrispondono alla rispettiva capacità tecnico-economica, ma esso non implica alcuna "garanzia" di aggiudicazione.***"

Le modalità attraverso cui la stazione appaltante ha disciplinato il limite di aggiudicazione, secondo il TAR, avrebbero potuto senz'altro essere diverse e volte ad assicurare una maggiore ripartizione dell'appalto; tuttavia, si tratta di scelte di merito insindacabili dal giudice.

Come emerge da alcune importanti decisioni del Consiglio di Stato relative a gare di appalto di importo molto elevato (*ex multis*, Cons. Stato n. 1491/2019), l'elusione dei principi fondamentali dell'ordinamento di settore si può avere in sostanza:

- o quando la stazione appaltante non prevede, senza giustificato motivo, la suddivisione in lotti di un appalto che tecnicamente si presta a ciò;

- oppure quando, pur essendo prevista la suddivisione in lotti, essa sia congegnata in modo tale che la gran parte degli operatori economici potenzialmente interessati venga dissuasa dalla partecipazione e/o non riesca oggettivamente a presentare offerte competitive (cfr. il caso di cui si è occupata ANAC nel parere n. 350 sopra commentato).

In entrambi tali scenari la finalità elusiva può anche non emergere *ex ante* e la partecipazione alla gara di pochi (o addirittura solo uno) operatori economici

In una gara suddivisa in lotti, la previsione di un limite di aggiudicazione è finalizzata unicamente ad evitare l'accaparramento di tutti i lotti da parte dello stesso operatore economico, per cui l'obiettivo è conseguito se i lotti vengono aggiudicati ad almeno due operatori



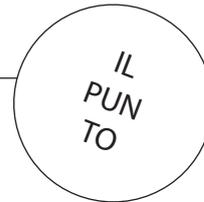
costituisce uno degli indizi principali idonei a comprovare lo sviamento di potere.

Con riguardo al doppio limite di aggiudicazione, invece, non si può parlare di finalità elusiva, né in assoluto (e ciò per quanto detto in precedenza circa l'obiettivo della clausola), né con riguardo al caso di specie (non essendo emersa alcuna valida ragione per la quale la stazione appaltante abbia voluto favorire una delle due imprese).

Il TAR ha dunque respinto il ricorso ritenendo corretta l'applicazione che la stazione appaltante ha fatto delle pertinenti (e legittime) clausole della *lex specialis*.

Contenuti e finalità delle spese sostenute da un ente pubblico: la distinzione tra spese di funzionamento e di rappresentanza ai fini della loro legittimità.

di Beatrice Corradi



1. Natura delle spese di rappresentanza ed alcuni esempi di spese da qualificarsi o meno di rappresentanza, al fine della relativa legittimità (omaggi, spese per manifesti, spese per necrologi, biglietti da visita)

La giurisprudenza della Corte dei Conti ha affermato più volte negli anni che le spese di rappresentanza si sostanziano in quelle spese le quali si pongono in stretta correlazione con le finalità istituzionali dell'ente, soddisfano l'obiettivo di mantenere ed accrescere il prestigio del medesimo nel contesto sociale in cui si colloca (carattere dell'inerenza); nonché nell'interesse di ambienti e soggetti qualificati all'essere apprezzati nella propria attività rivolta al perseguimento del pubblico interesse (carattere dell'ufficialità). La violazione di tali criteri comporta l'illegittimità della spesa sostenuta dall'ente per finalità diverse dalla rappresentanza.

Le spese di rappresentanza devono assolvere al preciso scopo di consentire all'ente di intrattenere rapporti istituzionali e di manifestarsi all'esterno in modo confacente ai propri fini pubblici: l'attività di rappresentanza ricorre in ogni manifestazione ufficiale nella quale gli organi interessati siano muniti, per legge o per statuto, del potere di rappresentare la pubblica amministrazione di riferimento.

È esclusa la qualificazione della spesa come di rappresentanza se pur riguardando rapporti intrattenuti con soggetti estranei all'amministrazione, si riferisca a rapporti istituzionali di servizio, rientrando nell'ambito quindi dei rapporti e delle relazioni istituzionali che negli enti si verificano costantemente, quali rapporti di collaborazione tra gli organi. Le spese di rappresentanza hanno quindi per l'Amministrazione lo scopo di far perseguire, nell'ambito dei propri fini istituzionali,

un'adeguata proiezione all'esterno della propria immagine, di mantenere ed accrescere il proprio prestigio, di valorizzare il ruolo di rappresentanza, per fare conoscere, apprezzare e seguire la propria attività istituzionale. Non possono essere quindi sostenute, come spese di rappresentanza, le spese estranee alle esigenze inerenti alla carica rivestita e comunque non attinenti alle funzioni istituzionali dell'Ente e non volte, contestualmente, alla valorizzazione esterna del medesimo.

Si evidenzia, come la giurisprudenza, peraltro della Cassazione (ud. 23/02/2017) 03-04-2017, n. 16529, ha affermato che sono legittimamente e propriamente qualificabili come "spese di rappresentanza" solo quelle che soddisfino un duplice ordine di requisiti, uno strutturale, l'altro funzionale, rappresentati, da un lato, dal fatto di corrispondere esse ad un fine istituzionale proprio dell'Ente che le sostiene e, dall'altro, di essere perciò funzionali all'immagine esterna e pubblica dell'Ente stesso in termini di maggiore prestigio, di maggiore immagine e di maggiore diffusione delle relative attività istituzionali nell'ambito territoriale di operatività.

Sotto il profilo gestionale, l'economicità e l'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione impongono il carattere della sobrietà e della congruità della spesa di rappresentanza sia rispetto al singolo evento finanziato, sia rispetto alle dimensioni e ai vincoli di bilancio dell'ente che le sostiene. A tal fine ciascun ente deve inserire, nell'ambito della programmazione di bilancio, un apposito capitolo in cui vengono individuate le risorse destinate all'attività di rappresentanza, anche nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica fissati dal legislatore. Tale capitolo di bilancio deve essere reso autonomo rispetto ad altri al fine di evitare commistioni contabili.

Le spese di rappresentanza, secondo ormai consolidata giurisprudenza:

– sono strettamente finalizzate a mantenere o accrescere il prestigio

dell'ente verso l'esterno nel rispetto della diretta inerenza ai propri fini istituzionali; – non devono porsi in contrasto con i principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 della Costituzione.

Non costituiscono pertanto spese di rappresentanza:

- gli atti di mera liberalità;
- le spese di ospitalità effettuate in occasione di visite di soggetti in veste informale o non ufficiale;
- l'acquisto di generi di conforto in occasione di riunioni della Giunta o del Consiglio Comunale;
- omaggi, pranzi o rinfreschi offerti ad Amministratori o dipendenti;
- ospitalità e/o pasti a favore di fornitori dell'ente o di soggetti legati all'ente da rapporti di tipo professionale o commerciale (affidatari di incarichi, consulenze, collaborazioni, ecc.);
- spese connesse con l'attività politica volte a promuovere l'immagine degli amministratori e non l'attività o i servizi offerti alla cittadinanza (cfr. deliberazione n. 166/2021, la Corte dei Conti Sez. Piemonte).

La giurisprudenza contabile afferma che non esistono nel mondo giuridico 'spese di rappresentanza', per così dire, 'per definizione', derivate dalla sola mera appartenenza ad una qualifica rappresentativa (come espresso dalla Corte dei conti Emilia Romagna già nell'anno 2011, a seguito dell'esame delle spese di rappresentanza sostenute dagli enti locali dell'Emilia Romagna).

L'orientamento costante della giurisprudenza contabile presuppone la dimostrazione probatoria in capo all'autore della spesa pubblica. Le cosiddette 'spese di rappresentanza' possono essere ritenute lecite solo se siano rigorosamente giustificate e documentate

Le spese di rappresentanza hanno quindi per l'Amministrazione lo scopo di far perseguire, nell'ambito dei propri fini istituzionali, un'adeguata proiezione all'esterno della propria immagine, di mantenere ed accrescere il proprio prestigio, di valorizzare il ruolo di rappresentanza, per fare conoscere, apprezzare e seguire la propria attività istituzionale.



con l'esposizione, caso per caso, dell'interesse istituzionale perseguito e della dimostrazione del rapporto tra l'attività dell'ente e la spesa stessa, tenuto conto della qualificazione del soggetto destinatario e dell'occasione della spesa stessa. Esse inoltre devono essere rendicontate in modo analitico, con dimostrazione delle circostanze che le hanno originate (Cfr., Corte dei Conti, Prima Sezione Centrale di Appello, sentenza n. 341 del 14 settembre 2018 la I[^] Sezione centrale d'appello, n. 183 del 2016 e la II[^] sezione centrale d'appello, n. 64 del 20 marzo 2007, a conferma di orientamento consolidato). L'orientamento costante della giurisprudenza contabile presuppone la dimostrazione probatoria in capo all'autore della spesa pubblica.

Sono riconducibili, pertanto, alla funzione di rappresentanza le attività:

- in occasione di incontri ufficiali con personalità o rappresentanti di altre istituzioni o enti di rilievo sociale ed economico;
- in concomitanza di eventi la cui importanza sia tale da far emergere l'esigenza di valorizzare le qualità e specificità del territorio, ovvero l'immagine pubblica dell'ente e il suo ruolo, così da accrescerne il prestigio;
- che garantiscono una proiezione esterna dell'amministrazione verso la collettività amministrata e sono finalizzate ad apportare i vantaggi che l'ente trae dall'essere conosciuto.

Affinché, ad esempio, omaggi possano essere legittimamente considerati spese di rappresentanza, normalmente, è necessario che i destinatari siano soggetti esterni particolarmente qualificati e rappresentativi del relativo ente/autorità (in caso contrario, si configurano quali mere liberalità ed integrano un danno all'erario).

La giurisprudenza contabile afferma che non esistono nel mondo giuridico 'spese di rappresentanza', per così dire, 'per definizione', derivate dalla sola mera appartenenza ad una qualifica rappresentativa (come espresso dalla Corte dei conti Emilia Romagna già nell'anno 2011, a seguito dell'esame delle spese di rappresentanza sostenute dagli enti locali dell'Emilia Romagna).



A fronte di quanto sopra sono considerate illegittime le spese, anche se d'importo modesto, operate a beneficio dei dipendenti o degli amministratori dell'ente (es. spesa per libri).

In alcuni casi, tra le spese di rappresentanza, gli enti inseriscono le spese relative a biglietti da visita ordinati in favore di sindaco e assessori (non trattandosi di spese di funzionamento).

La pubblicazione di opuscoli finalizzati a far conoscere le nuove modalità di erogazione delle prestazioni offerte dal soggetto pubblico, possono essere considerate legittime se tali pubblicazioni non siano finalizzate a propagandare

l'immagine dei vertici politici o l'attività ordinaria dell'ente (in quanto in tali casi non costituiscono legittime spese di rappresentanza integrando il danno all'erario).

Come emerge dalla relazione della Corte dei Conti Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia-Romagna - Esame delle spese di rappresentanza sostenute dagli enti locali dell'Emilia Romagna nell'anno 2011, alcuni enti inseriscono impropriamente nei prospetti inviati alla Sezione di Controllo, le spese inerenti manifesti per la convocazione del consiglio comunale, nonché alle spese concernenti la stampa di manifesti pubblicizzanti la devoluzione 5 per mille al comune.

Le spese per telegrammi e necrologi, spese gestite generalmente dall'economista dell'ente, non possono essere legittimamente considerate di rappresentanza nei casi in cui siano effettuate in favore di dipendenti, ex dipendenti, o ex amministratori dell'ente locale, o delle loro famiglie, in quanto quest'ultima circostanza impedisce di considerarle come finalizzate a promuovere l'immagine dell'ente (su tale tema la giurisprudenza contabile si è più volte espressa). Sorgono diversi dubbi inoltre in merito alla possibilità di ricondurle legittimamente alla categoria in argomento anche nel caso in cui siano eseguite a vantaggio di soggetti di vertice di altri enti.

Secondo l'indirizzo del giudice contabile le spese inerenti i seguenti oggetti devono essere pertanto considerate illegittime:

- i telegrammi di condoglianze per decessi di parenti di amministratori e dipendenti;
- i manifesti di lutto per ex dipendenti o amministratori;
- i manifesti funebri per "lutto ex sindaco".

Le spese per telegrammi e necrologi non possono essere legittimamente considerate di rappresentanza nei casi in cui siano effettuate in favore di dipendenti, ex dipendenti, o ex amministratori dell'ente locale, o delle loro famiglie, in quanto quest'ultima circostanza impedisce di considerarle come finalizzate a promuovere l'immagine dell'ente.

Ai sensi dell'art. 1, comma 173 della legge n. 266/2005, i provvedimenti aventi la finalità di accrescimento del prestigio istituzionale dell'Ente unitamente agli eventuali separati atti di spesa, che superino i 5.000 euro (al netto dell'iva) e siano relativi a spese di rappresentanza, devono essere trasmessi alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti di riferimento ai fini del controllo successivo sulla gestione.

Ai fini del controllo successivo della Sezione di controllo, occorre inviare il provvedimento di spesa da cui si desuma:

1. pertinenza tra attività istituzionale e spesa sostenuta;
2. oggetto della spesa (bene e/o servizio), specificato nel dettaglio;
3. evento e/o circostanza in occasione della quale si è manifestata la spesa, specificata in dettaglio;
4. specifica esigenza che ha reso necessaria la spesa;
5. identità del fornitore del bene e/o servizio oggetto della spesa e modalità di acquisizione

- del bene e/o servizio in esame;
6. eventuali destinatari del bene e/o servizio acquistato, indicando in dettaglio: identità/ veste/funzione del destinatario, nonché congruità della spesa in relazione al ruolo rivestito dal destinatario ed alla specifica esigenza che ha dato origine alla spesa;
7. per spese di ospitalità e di tipo conviviale andrà specificata identità, veste e funzioni dei partecipanti, nonché congruità della spesa in relazione a ruolo rivestito dagli stessi e alla specifica esigenza perseguita dalla spesa;
8. congruità della spesa in relazione alle dimensioni e caratteristiche dell'ente, all'importo complessivo delle risorse destinate a tali finalità e ai vincoli di bilancio dell'ente;
9. conformità spesa sostenuta in relazione ai prezzi di mercato;
10. ogni altra documentazione utile per la verifica della legittimità e regolarità della spesa.

Quanto sopra è utile per identificare correttamente la spesa di rappresentanza, avendo la medesima particolari requisiti, presupposti, finalità e destinatari (diversi sono invece gli elementi e contenuti che compongono la spesa di funzionamento).

Le attività di rappresentanza garantiscono una proiezione esterna dell'amministrazione verso la collettività amministrata e sono finalizzate ad apportare vantaggi che l'ente trae dall'essere conosciuto. Gli omaggi, ad esempio, possono essere legittimamente considerati spese di rappresentanza, se i soggetti esterni sono particolarmente qualificati in "rappresentanza" del relativo ente/autorità.



2. Il particolare caso delle spese di ristoro a beneficio dei consiglieri

Il criterio di base per individuare se la spesa per un pranzo o, in alcuni casi, per il servizio bar possa essere correttamente ricondotta ad una spesa di rappresentanza, è quello di individuare i destinatari, allo scopo di rilevare se siano soggetti esterni particolarmente qualificati in quanto istituzionalmente rappresentativi dell'ente al quale appartengono. Pertanto, non possono essere considerate spese di rappresentanza, i pranzi tra

autorità che s'incontrano per adempiere alla loro attività istituzionale.

Con riferimento alle spese per l'acquisto di acqua, caffè finalizzati al ristoro dei consiglieri, un importante principio è stato in passato reso dalla Sezione giurisdizionale per la Regione Emilia-Romagna con sentenza 5 giugno 1997, n. 326 - poi confermato - secondo la quale: *"le spese per l'acquisto di generi alimentari o di bar per il ristoro dei consiglieri comunali durante le sedute consiliari non possono essere considerate spese di rappresentanza, ma semmai spese di funzionamento che trovano una loro eccezionale ammissibilità unicamente nell'ordine di importi molto modesti e per esigenze assolutamente essenziali connesse al dibattito in corso"*. (C. Conti Emilia Romagna, contr. N. 5/2107 e n. 62/2015).

Il criterio di base per individuare se la spesa per il servizio bar possa essere correttamente ricondotta ad una spesa di rappresentanza, è quello di individuare i destinatari, allo scopo di rilevare se siano soggetti esterni particolarmente qualificati, in quanto istituzionalmente rappresentativi dell'ente al quale appartengono.

Non possono essere considerate spese di rappresentanza, i pranzi tra autorità che s'incontrano per adempiere, come detto, alla loro attività istituzionale (un incontro tra il Sindaco del Comune e gli assessori regionali, ad esempio). Qualora il servizio di ristoro sia destinato invece ad autorità esterne all'ente, istituzionalmente rappresentative degli enti ai quali appartengono, la spesa è legittima: l'eventuale partecipazione anche di soggetti interni però non preclude la possibilità di considerare legittima la spesa. A tal fine la Corte dei Conti della Liguria (sent. n. 167/2021, Liguria) ha considerato irregolare il rimborso delle spese

sostenute per cene, pranzi e colazioni di lavoro svoltesi tra docenti universitari interni e docenti esterni invitati per lezioni di dottorato, nonché di quelle per buffet e coffee break relativi in occasione di riunioni interne tra professori.

3. Le spese di funzionamento negli enti pubblici

Le spese di funzionamento sono sostenute dall'ente, su base continuativa, nell'esercizio delle proprie finalità istituzionali, esse costituiscono quindi le spese adottate durante l'esecuzione della propria attività principale (rappresentando le spese sostenute dall'amministrazione per il funzionamento e l'erogazione di servizi).

Le spese di funzionamento rappresentano le spese assolutamente essenziali all'esercizio e conseguimento delle finalità dell'ente: le medesime corrispondono a quanto l'amministrazione ha programmato essere il proprio fabbisogno necessario.

La spesa di funzionamento è riconducibile alle esigenze funzionali di ciascuna Amministrazione in relazione alle scelte organizzative e gestionali poste in essere dall'Amministrazione stessa in funzione del relativo contesto anche sociale (le spese di funzionamento sono infatti connesse alle dimensioni ed alla tipologia dell'ente che può ad esempio avere natura locale, territoriale, essere una autorità indipendente).

Diversamente dalle spese di rappresentanza, le spese di funzionamento rispondono all'ordinaria gestione dell'ente di fornire servizi alla collettività ed a differenza delle spese di rappresentanza, non hanno natura facoltativa e sono necessarie. Tale qualificazione di spesa (come spesa di funzionamento) comporta di includere le attività tipiche

Alla spesa di funzionamento corrispondono certamente dei limiti connessi alla razionale gestione della spesa pubblica, sempre soggetta ad accertamento (ed ogni anno di legiferazione al fine del contenimento) tuttavia soprattutto per la propria finalità (che è di per sé generale) la spesa di funzionamento non è sottoposta ai limiti tipici della spesa di rappresentanza (la spesa di funzionamento è necessaria, la spesa di rappresentanza non ha il carattere della necessità/essenzialità).



delle competenze dell'ente, espressione, infatti, di estrinsecazione dell'attività amministrativa in un determinato settore in conformità agli obiettivi programmati.

Individuare correttamente le spese di funzionamento, rispetto a spese aventi natura diversa, è importante per una corretta qualificazione e quindi per la conseguente legittimità della spesa. Nella fase istruttoria è quindi necessario inquadrare adeguatamente la spesa, in quanto affermare che una spesa è di funzionamento, non essendola, ha come effetto quello sottoporre la medesima ad una gestione amministrativa-contabile non corretta (in corrispondenza alla possibilità o meno di sostenerla, ai relativi limiti di spesa, agli adempimenti di comunicazione alla Corte dei Conti e di regolamentazione).

Alla spesa di funzionamento corrispondono certamente dei limiti connessi alla razionale gestione della spesa pubblica, sempre soggetta ad accertamento (ed ogni anno di legiferazione al fine del contenimento) tuttavia soprattutto per la

propria finalità (che è di per sé generale) la spesa di funzionamento non è sottoposta ai limiti tipici della spesa di rappresentanza (la spesa di funzionamento è necessaria, la spesa di rappresentanza non ha il carattere della necessità/essenzialità).

Pertanto, è sempre opportuno che sia verificato che anche la spesa di funzionamento sia realmente da qualificarsi come tale al fine di non permettere, in realtà, una spesa di rappresentanza che non sarebbe possibile adottare.

Nelle spese di funzionamento sono comprese le spese per acquisti di servizi atti a garantire quindi l'ordinaria attività dell'ente (ad esempio, spese per utenze e canoni, manutenzione

ordinaria e riparazioni, per pulizia, assicurazioni, informatizzazione, postali, global service) e le attività di supporto ai compiti assegnati istituzionalmente all'ente (ad esempio, spese per incarichi professionali, lavoro interinale, collaborazioni coordinate e continuative, formazione del personale).

Nelle spese di funzionamento sono comprese le spese per acquisti di servizi atti a garantire l'attività dell'ente. Diversamente dalle spese di rappresentanza, le spese di funzionamento rispondono all'ordinaria gestione dell'ente e corrispondono a servizi da fornire alla collettività. A differenza delle spese di rappresentanza, non hanno natura facoltativa e non necessaria.



Avvalimento esperienziale ed operativo riguardo ai titoli professionali

di Riccardo Gai

IL
PUN
TO

1. Principi generali ed elaborazioni giurisprudenziali in tema di avvalimento

L'avvalimento è un istituto di matrice comunitaria volto ad agevolare la concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici, poiché consente anche alle imprese non munite di specifici requisiti partecipativi di sfruttare le capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Esso trova ad oggi disciplina nell'art. 89 del D.Lgs. 50/2016, a norma del quale l'operatore economico, singolo o in raggruppamento, per partecipare ad una gara d'appalto può soddisfare i richiesti requisiti di carattere economico, finanziario e tecnico e professionale avvalendosi delle capacità di altri soggetti.

L'obiettivo è l'apertura delle gare alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici (per facilitare tra l'altro l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici), ma allo stesso tempo delle Stazioni appaltanti,

consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in grado di esprimere tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

Dal punto di vista pratico, la problematica maggiormente dibattuta in seno alla giurisprudenza amministrativa concerne la dimostrazione del possesso dei mezzi e dell'effettività e della serietà della loro messa a disposizione.

È onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (cfr. *ex multis* Cons. di Stato, sez. V - 30/11/2015 n. 5396), e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in

L'obiettivo dell'avvalimento è l'apertura delle gare alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici (per facilitare tra l'altro l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici), ma allo stesso tempo delle Stazioni appaltanti, consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in grado di esprimere tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'avvalimento del requisito mancante non deve tuttavia risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.



relazione all'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294).

Pertanto, l'avvalimento del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.

È pertanto insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V – 22/1/2015 n. 257): è stata infatti ritenuta legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che l'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di contratto, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V- 19/5/2015 n. 2547).

La giurisprudenza, pertanto, ha finito per elaborare una distinzione ontologica tra avvalimento c.d. operativo avvalimento c.d. di garanzia, a seconda che il bando di gara richieda un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria, precisando che, nel secondo caso, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale (Consiglio di Stato, sez. V – 15/3/2016).

Si ravvisa quindi una vera e propria dicotomia tra "avvalimento di garanzia" ed "avvalimento operativo". A differenza di quest'ultimo,

l'avvalimento di garanzia non comporterebbe la materiale messa a disposizione di mezzi e risorse da parte dell'impresa ausiliaria, ma si risolverebbe appunto in una garanzia aggiuntiva prestata dall'impresa ausiliaria all'ente appaltante in merito alla corretta esecuzione delle prestazioni da parte dell'impresa principale.

Di conseguenza, anche l'oggetto del relativo contratto potrebbe avere un minore grado di determinatezza, non essendo quindi necessario che specifichi in maniera puntuale i mezzi e le risorse messi a disposizione. Ciò in quanto il fine ultimo dell'avvalimento non sarebbe quello di supportare l'impresa principale nella materiale esecuzione delle prestazioni, quanto piuttosto quello di offrire un'adeguata garanzia in merito alla responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'ente appaltante.

L'avvalimento di garanzia ricorre dunque nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento. È tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico – finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico.

L'avvalimento operativo ricorre invece quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto. È tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico – professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria.

2. L'avvalimento "esperienziale" dei titoli professionali: questioni applicative

Lo stesso art. 89 del Codice dei contratti prevede che, per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia

autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Il citato articolo sembrerebbe ricalcare pedissequamente l'art. 63, paragrafo 1, della Direttiva n. 24/2014/UE, atteso che – per sua espressa prescrizione – «[...] Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste».

Nella medesima direzione si è orientata la Corte di Giustizia Europea (con la Sentenza del 7.4.2016, n. C-324/14) secondo cui «non si può escludere che, in circostanze particolari, tenuto conto della natura e degli obiettivi di un determinato appalto, le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di un determinato appalto, non siano trasmissibili all'offerente. Di conseguenza, in simili circostanze, l'offerente può fare affidamento su dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione dell'appalto in questione».

Non può essere ignorato, peraltro, che sotto la vigenza

del precedente Codice degli appalti pubblici, la possibilità di utilizzare, a titolo di avvalimento, i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del D.lgs. n. 163/2006 era stata al centro di un ampio dibattito giurisprudenziale.

Sotto la vigenza del precedente Codice degli appalti pubblici, la possibilità di utilizzare, a titolo di avvalimento, i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del D.lgs. n. 163/2006 era stata al centro di un ampio dibattito giurisprudenziale.



La prima interpretazione era di taglio restrittivo, secondo la quale «l'art. 49 del Codice appalti non pone alcuna limitazione all'avvalimento, stabilendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di

altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché vi sia, in positivo, un'adeguata prova della disponibilità dei requisiti prestati, dimostrando all'amministrazione aggiudicatrice che l'impresa concorrente disporrà dei mezzi necessari; fanno peraltro eccezione a questa portata generale dell'istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale dell'art. 38 del cit. Codice appalti (c.d. requisiti di idoneità morale), così come quelli

La prima interpretazione era di taglio restrittivo, secondo la quale non ci si poteva avvalere dei requisiti professionali in quanto «non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettivo qualità dell'adempimento; essi, invece, sono relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente – e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore – a partecipare alla gara e ad essere, quindi, contraente con la p.a.» (cfr., Cons. St., Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595).



soggettivi di carattere personale, individuati nell'art. 39 del medesimo Codice (c.d. requisiti professionali). Tali requisiti, infatti, non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettivo qualità dell'adempimento; essi, invece, sono relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente – e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore – a partecipare alla gara e ad essere, quindi, contraente con la p.a.» (cfr., Cons. St., Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595).

Si era poi venuta consolidando quella diversa interpretazione per la quale

«l'avvalimento può riguardare anche i requisiti soggettivi di qualità, ma in questo caso l'impresa ausiliaria deve assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante» (cfr. Cons. St. Sez. V, 31 luglio 2014, n. 4056).

È allora evidente che la scelta compiuta dal legislatore nazionale, in sede di redazione del nuovo Codice dei contratti, sia stata quella di accordare prevalenza alla seconda delle due descritti orientamenti interpretativi; non c'è dubbio, infatti, che, in forza del D.lgs. n. 50/2016, l'impresa ausiliata potrà avvalersi, al fine di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, anche dell'idoneità professionale dell'impresa ausiliaria: ossia, del complesso aziendale e del personale di quest'ultima. A quest'ultimo riguardo, infatti, il primo comma prevede che, in questi casi, sarà necessario che gli operatori che prestino i loro requisiti professionali si impegnino ad eseguire direttamente i lavori o i servizi messi a bando.

3. Gli approdi della giurisprudenza

Il TAR del Lazio, con la Sentenza n. 155 del 5 gennaio 2021, ha avuto modo di ribadire e rimarcare la differenza fra l'ordinario istituto dell'avvalimento cosiddetto "operativo" e quello dell'avvalimento dei "requisiti esperienziali" di cui trattasi.

Invero, il TAR ha esplicitato che se nell'avvalimento ordinario (cosiddetto operativo) l'operatore economico partecipante alla gara è obbligato a fornire tutte le necessarie e adeguate garanzie atte a dimostrare l'effettivo impiego e l'effettiva disponibilità – in fase di esecuzione contrattuale – delle risorse / strumenti / materiali idonei a tale svolgimento (in tal senso trova giustificazione

l'espressa previsione di nullità dei contratti di avvalimento privi della «specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria» – art. 89 Codice Appalti), nell'avvalimento riguardante le "esperienze professionali pertinenti" (ovverosia l'avvalimento dei requisiti esperienziali, di cui trattasi), tale «messa a disposizione di mezzi, personale e professionalità non è sufficiente al fine di garantire la validità del contratto, essendo necessaria l'ineludibile assunzione dell'obbligo, da parte dell'ausiliaria, di eseguire personalmente e direttamente le prestazioni dedotte in contratto».

Ed infatti, secondo il TAR, «la garanzia ricollegabile al possesso di uno specifico bagaglio esperienziale pertinente può essere realisticamente assicurata soltanto in caso di esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'operatore economico che siffatta esperienza professionale ha, in concreto, maturato, non potendo sortire lo stesso effetto la mera messa a disposizione di risorse, strumento e professionalità».

Si era poi venuta consolidando quella diversa interpretazione per la quale «l'avvalimento può riguardare anche i requisiti soggettivi di qualità, ma in questo caso l'impresa ausiliaria deve assumere l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante» (cfr. Cons. St. Sez. V, 31 luglio 2014, n. 4056).

Nella vicenda oggetto del giudizio, dunque, il TAR ha inteso annullare e, dunque, dichiarare inidoneo, il contratto di avvalimento stipulato fra l'operatore economico in gara e la Società fornitrice di siffatti requisiti, scaturendo la consequenziale illegittimità dell'ammissione alla gara dell'operatore economico privo dei requisiti richiesti.

Il contratto, invero, deve necessariamente contenere l'inequivocabile impegno – da parte della società ausiliaria – allo svolgimento diretto delle prestazioni professionali in parola, non bastando il semplice riferimento ad una mera messa a disposizione di risorse umane e strumentali, know-how e singole figure professionali singolarmente e specificatamente ivi indicate.

Ed infatti, un contratto del genere, pur indicando

dettagliatamente le prestazioni sopra elencate, mai potrebbe risolversi (per espresso giudizio del TAR) <<nel sostanziale affidamento [...] di un effettivo e concreto ruolo esecutivo [...] delle prestazioni dedotte nel contratto trattandosi, viceversa, di generiche e ricorrenti disposizioni contrattuali coerenti con la più generale previsione di nullità dei contratti di avvalimento privi della specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria>>.

in via di interpretazione letterale, deve ritenersi che la norma abbia richiesto l'esecuzione diretta dell'ausiliaria nei casi in cui l'operatore sia privo di titoli professionali o di studio (indicati dall'allegato XVII parte II lett. f) che non possono essere trasferiti ad altri poiché evidentemente strettamente personali al soggetto che li abbia acquisiti.

In tale ottica, il riferimento aggiuntivo alle "esperienze professionali pertinenti" si spiega tenendo conto dell'eventualità che la stazione appaltante richieda, sempre quale requisito di partecipazione esperienziale, esperienze professionali maturate in virtù della spendita di titoli di studio o professionali, che risultano anch'esse, all'evidenza, espressione di capacità personali intrasmissibili ad altri. Sotto altro punto di vista, il giudice amministrativo ha rilevato che la prescrizione dell'esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliaria non può che essere di stretta interpretazione, come si desume dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 aprile 2016, C-324/14, che rimanda al giudice nazionale la verifica dei presupposti per ritenere integrato il ricorso all'ordinario avvalimento o per esigere l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria, e, soprattutto, la necessità di evitare il sovvertimento della natura del contratto di avvalimento, che consiste non nell'associare altri a sé nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito risorse altrui per svolgere, in proprio, la prestazione a favore della

stazione appaltante.

Le stesse conclusioni sono state subito dopo ribadite dal Consiglio di Stato (Cons. di Stato, V, n. 6271/2021), osservandosi come l'esecuzione diretta dell'appalto da parte dell'operatore economico ausiliario è fattispecie eccezionale, laddove la regola desumibile dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, è quella per cui "il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara", in correlazione con il successivo comma 9, per la quale l'impresa ausiliata esegue il contratto mediante "l'effettivo impiego ... nell'esecuzione dell'appalto" dei requisiti e delle risorse "oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria", vale a dire utilizzando le risorse, materiali e immateriali, che l'ausiliaria ha messo a sua disposizione (regola cui fa eccezione, come detto, l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, riguardante i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali equivalenti). (Cons. di Stato, Sez. V, n. 7370/2021).

I richiamati principi sono stati ancor più recentemente ribaditi dallo stesso Consiglio di Stato con sentenza n. 7438 del 24.08.2022, la quale ha anch'essa affrontato la tematica del c.d. "avvalimento esperienziale", in riferimento alla forma di avvalimento operativo previsto dall'art. 89, comma, 1 D.Lgs. n. 50/2016, in conformità con l'art. 63 della Direttiva n. 24/2014/UE, concernente "i titoli di studio e professionali" e le "esperienze professionali pertinenti".

Ad avviso del massimo consesso amministrativo, la richiamata normativa condiziona la possibilità di tale forma di avvalimento all'effettiva e diretta esecuzione da parte dell'ausiliaria, non essendo sufficiente il mero impegno alla "messa a disposizione", per la durata dell'appalto,

delle relative risorse necessarie di cui l'operatore economico non abbia disponibilità.

Con la citata sentenza, i giudici di Palazzo Spada hanno svolto una sintetica, quanto

Stando ad un'interpretazione quanto più aderente possibile al testo normativo, nonché alla luce della giurisprudenza amministrativa, il contratto di avvalimento "professionale" deve prevedere che l'impegno promesso dall'ausiliaria riguardi effettivamente l'esecuzione delle prestazioni previste per la gara di appalto in questione.



esaustiva ricognizione delle norme e dei principi sul tema, affermando che <<Con la sintetica formula linguistica di "avvalimento esperienziale" si fa riferimento alla forma di avvalimento (necessariamente) operativo che – giusta la previsione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, in coerenza con l'art. 63, § 1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne "i titoli di studio e professionali" e le "esperienze professionali pertinenti", in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa "delle capacità di altri soggetti" postula, in termini condizionanti, che "questi ultimi esegu[a]no direttamente" (e, per l'effetto, si impegnano effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera "messa a disposizione", per la durata dell'appalto, delle relative "risorse necessarie", di cui il concorrente ausiliato fosse carente) "i lavori o i servizi per cui tali capacità s[ia]no richieste". La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale.

D'altra parte, trattandosi di apprezzare l'idoneità del contratto di avvalimento nella prospettiva a priori della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale, è chiaro che il tratto testuale della condizione posta dall'art. 84 ("se [...] eseguono direttamente") va acquisito (palesandosi altrimenti illogico) nei sensi prospettici e programmatici della idoneità dell'assunzione, in parte qua, dell'impegno divisato: sicché – ad integrazione del generico canone dell'obbligo "a mettere a disposizione" le risorse, reali o personali – il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più specifico) impegno o promessa ad "eseguire direttamente", sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante>> (Cons. di Stato, sentenza n. 7438 del 24.08.2022).

Tale assetto interpretativo discende altresì dal fatto che, dovendo la Stazione Appaltante valutare l'idoneità del contratto di avvalimento nell'ottica della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura, il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, lo specifico impegno o promessa ad eseguire direttamente ed effettivamente le prestazioni e non la mera attività ordinaria di messa a disposizione di risorse umane e strumentali.



Nel caso di specie il contratto di avvalimento aveva previsto che l'ausiliaria si obbligasse "incondizionatamente e irrevocabilmente", nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante, "ai fini della partecipazione alla gara, nonché per l'esecuzione delle relative prestazioni di appalto", a "fornire e a mettere a disposizione" per tutta la durata dell'appalto e comunque per tutto il tempo previsto dal bando di gara, "nei modi stabiliti dall'art. 89 del D.lgs. 50/2016 e dalla lex specialis di gara", i requisiti e le risorse espressamente richiesti.

Stando ad un'interpretazione quanto più aderente possibile al testo normativo, nonché alla luce della giurisprudenza amministrativa, il contratto di avvalimento "professionale" avrebbe dovuto prevedere che l'impegno promesso dall'ausiliaria riguardasse effettivamente l'esecuzione delle prestazioni previste per la gara di appalto in questione.

Tale assetto interpretativo discende altresì dal fatto che, dovendo la Stazione Appaltante valutare l'idoneità del contratto di avvalimento nell'ottica della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura, il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, lo specifico impegno o promessa ad eseguire direttamente ed effettivamente le prestazioni e non la mera attività ordinaria di messa a disposizione di risorse umane e strumentali.

4. Conclusioni

Come si vede, l'istituto dell'avvalimento ha rappresentato un costante motivo di dibattito giurisprudenziale negli ultimi anni, anche alla luce del fatto che le imprese, sempre più spesso, vi fanno ricorso al fine di soddisfare i requisiti economici e/o tecnici e professionali, sempre più

peculiari e specifici, richiesti nelle pubbliche gare d'appalto.

Si è visto, infatti, come per il prestito del requisito di partecipazione del fatturato specifico per servizi analoghi a quelli oggetto del bando, la qualificazione dell'avvalimento – se avvalimento c.d. operativo o c.d. di garanzia – è stato oggetto di contrasti in giurisprudenza: a fronte di pronunce che non esitano a qualificarlo come requisito economico-patrimoniale, con conseguente acquisizione mediante avvalimento c.d. di garanzia, altre pronunce ritengono invece indispensabile esaminare il bando di gara per stabilire se la stazione appaltante intendesse farne richiesta alla stregua di un requisito tecnico-esperienziale ovvero economico-finanziario.

La prescrizione dell'esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliaria va ritenuta di stretta interpretazione, pena il sovvertimento della natura del contratto di avvalimento, che non consiste nell'associare a sé altri nell'esecuzione del contratto in affidamento, ma di acquisire in prestito le risorse altrui per svolgere in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante.



Ciò che ormai pare acquisito, è che solo in caso di avvalimento c.d. di garanzia non è richiesta la precisa indicazione delle risorse poste a disposizione dell'impresa partecipante, ma solo l'impegno dell'ausiliaria a garantire la stazione appaltante in caso di inesatta esecuzione, da parte dell'aggiudicataria, delle prestazioni affidate;

Con riguardo all'art. 89, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella parte ove è precisato che: *"Per quanto riguarda i criteri relativi ai titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle specifiche esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i*

servizi per cui tali capacità sono richieste", prevale ora nella giurisprudenza un'interpretazione per la quale per *"esperienze professionali pertinenti"*

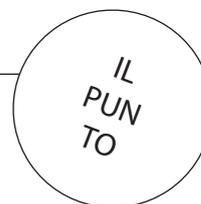
debbono considerarsi le esperienze professionali di carattere "infungibile", proprie e pertinenti, appunto, ai soggetti ausiliari ed al proprio bagaglio professionale ed esperienziale.

Ancora dalla giurisprudenza sopra citata, tuttavia, si trae che la prescrizione dell'esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliaria va ritenuta di stretta interpretazione, pena il sovvertimento della natura del contratto di avvalimento, che non consiste nell'associare a sé altri nell'esecuzione del contratto in affidamento, ma di acquisire in prestito le risorse altrui per svolgere in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante.

Il legislatore, infatti, ha richiesto l'esecuzione diretta dell'ausiliaria nei casi in cui l'operatore sia privo di titoli professionali o di studio (indicati dall'allegato XVII parte II lett. f) che non possono essere trasferiti ad altri poiché evidentemente strettamente personali al soggetto che li abbia acquisiti ovvero – e in ciò v'è spiegazione del riferimento alle esperienze professionali pertinenti – qualora la stazione appaltante abbia richiesto, quale requisito di partecipazione esperienziale, esperienze professionali maturate proprio in virtù della spendita dei predetti titoli di studio o professionali, all'evidenza, anch'essi espressione di capacità personali, non trasmissibili ad altri.

I chiarimenti in sede di gara

di Paola Cartolano



Premesse

L'art. 74 del D.Lgs. n. 50/2016 (di seguito "**Codice Appalti**") dispone espressamente che «4. *Sempre che siano state richieste in tempo utile, le ulteriori informazioni sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari sono comunicate dalle stazioni appaltanti a tutti gli offerenti che partecipano alla procedura d'appalto almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte. In caso di procedura accelerata, ai sensi degli articoli 60, comma 3, 61, comma 6 il termine è di quattro giorni*».

Si tratta dei cd. **chiarimenti in sede di gara** che la stazione appaltante può fornire ai concorrenti a seguito di loro formale richiesta, chiarimento che – come vedremo meglio nel

prosieguo - devono avere natura esclusivamente interpretativa, non modificativa della *lex specialis* di gara.

In termini generali, infatti, i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, aventi ad oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati, sono ammissibili solo se e nei limiti in cui non modificano la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, che viene cristallizzata nella *lex specialis*, avendo gli stessi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara.

Ai sensi dell'art. 74, c. 4 del Codice Appalti è possibile che la SA, generalmente a seguito di quesiti formulati da parte dei concorrenti, renda dei chiarimenti aventi a oggetto il contenuto del bando



Altra cosa – come vedremo – sono le **modifiche alla *lex specialis***.

1. L'interpretazione della *lex specialis* di gara

Per ragioni di certezza dello svolgimento delle procedure concorsuali, le clausole del bando di gara sono di stretta interpretazione: sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei concorrenti destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni.

È ormai consolidato il principio secondo cui «...*l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando "de quo", soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss.*

*c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative". Pertanto, la dovuta **prevalenza da attribuire alle espressioni letterali**, se chiare, contenute nel bando esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori e preclude ogni un'estensione analogica intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione; mentre invece le ragioni immanenti, di matrice eurounitaria, di garanzia della concorrenza che presiedono al settore delle commesse pubbliche vogliono favorire la massima partecipazione delle imprese alla selezione, perché attraverso la massima partecipazione è raggiungibile il miglior risultato non solo per il mercato in sé, ma per la stessa amministrazione appaltante (cfr. Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3811)» (**Consiglio di Stato, Sez. V, 12 settembre 2017 n. 4307**).*

Nell'ambito delle gare d'appalto, nella possibile alternativa tra due interpretazioni deve essere

Nell'ambito delle gare d'appalto, nella possibile alternativa tra due interpretazioni deve essere privilegiata l'interpretazione più coerente con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante

privilegiata l'interpretazione più coerente con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante nell'affidamento. Questi vanno desunti, oltre che dall'oggetto dell'appalto, dai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, con i quali si valorizzano gli aspetti di questa ritenuti indispensabili o utili, secondo l'insindacabile giudizio della stazione appaltante (**cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2019 n. 434**).

Nel caso in cui vi siano più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da

consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (**cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607**).

Oltre alle comuni regole ermeneutiche, è comunque possibile che sia la stessa stazione appaltante, generalmente a seguito di quesiti formulati da parte dei concorrenti interessati, a rendere dei chiarimenti aventi a oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati.

2. I chiarimenti

Rispetto agli atti di gara pubblicati, con successivi interventi in autotutela da parte della stazione appaltante sono ammessi degli interventi che introducano formali modifiche alla *lex specialis* di gara, ovvero:

- modifiche cd. «sostanziali», che si sostanziano in quelle in grado di incidere sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura in modo tale da determinare un potenziale ampliamento della platea dei concorrenti; rientrano in queste casistiche, ad esempio, le modifiche che prevedono l'eliminazione o le modifiche di alcuni dei requisiti di capacità originariamente

prescritti per la partecipazione alla procedura. Per tali ipotesi è necessario che la stazione appaltante proceda alla revoca in autotutela e alla successiva ripubblicazione del bando di gara, con riapertura dei termini per le offerte in ragione delle mutate condizioni di gara;

- modifiche «significative» ma non sostanziali ai documenti di gara, per le quali è necessario che la stazione appaltante conceda una proroga del termine di presentazione delle offerte¹.

La possibilità di integrare la disciplina di gara è implicitamente riconosciuta dall'**art. 79 del Codice Appalti**² che detta precise disposizioni applicabili ogni qual volta si sia in presenza di "modifiche significative ai documenti di gara" prevedendo, a tutela dell'interesse dei concorrenti ad elaborare una ponderata offerta, il differimento del termine di presentazione delle domande.

L'art. 79 del Codice Appalti prevede sul punto che venga disposta una proroga sia nel caso in cui il chiarimento richiesto venga fornito oltre i 6 giorni precedenti la scadenza del termine per le offerte, sia nel caso di "modifiche significative". Anche in giurisprudenza

I chiarimenti formulati dalla SA, per essere legittimi, non devono comportare alcuna modifica alla lex specialis di gara



è ormai confermato l'orientamento secondo cui la stazione appaltante non può modificare/integrare la *lex specialis* di gara se non attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara; nelle ipotesi di modifiche sostanziali della *lex specialis* è poi richiesta dal giudice amministrativo la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

I chiarimenti, per essere legittimi, non devono quindi comportare alcuna modifica alla lex specialis di gara nei termini sopra indicati, nei quali casi la stazione appaltante dovrebbe operare con successivi adempimenti quali la proroga o la ripubblicazione del bando.

I chiarimenti – ammissibili purché non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, che deve essere cristallizzata nella *lex specialis* sin dall'avvio – hanno la mera funzione di illustrare le regole già formate.

In particolare, i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non

quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e

1. Sul punto si richiama quanto osservato in giurisprudenza «*le modifiche alla lex specialis di una gara indetta da Pubbliche Amministrazioni devono seguire la regola del contrarius actus: "tale principio si applica a maggior ragione qualora non si tratti di mere rettifiche formali della lex specialis di gara, ma di modifiche di natura sostanziale che incidono sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura, tali da poter determinare un ampliamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento dell'appalto; - le modifiche sostanziali alle regole di gara, in quanto comportano una estensione dei possibili concorrenti, richiedono altresì una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio"* (T.A.R. Campania, Napoli, III, 13 marzo 2017, n. 1445)» (cfr. **TAR Puglia-Lecce, 1 agosto 2017 n. 1351 – non appellata**).

2. Letteralmente l'art. 79 al comma 3 del Codice Appalti dispone che «3. Le stazioni appaltanti prorogano i termini per la ricezione delle offerte in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte nei casi seguenti: a) se, per qualunque motivo, le informazioni supplementari significative ai fini della preparazione di offerte adeguate, seppur richieste in tempo utile dall'operatore economico, non sono fornite al più tardi sei giorni prima del termine stabilito per la ricezione delle offerte. In caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 60, comma 3, e 61, comma 6, il termine è di quattro giorni; b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara».

maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. **ex multis Consiglio di Stato, Sez. III, 20 aprile 2015, n. 1993**).

Come è stato recentissimamente osservato, «*Il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto di interpretazione (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e par condicio nelle gare di appalto quali presidi di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento) impone che il chiarimento non possa forzare e andare oltre il possibile ambito semantico della clausola secondo uno dei suoi possibili significati, a cui si perviene proprio all'esito dell'attività interpretativa correttamente svolta*» (TAR Campania-Napoli, Sez. III, 30 settembre 2022 n. 6022).

Circa il valore dei chiarimenti resi dalla Stazione appaltante nel corso della procedura, in ambito giurisprudenziale diverse sono le pronunce intervenute per delimitare la portata degli stessi. In particolare, costituisce un principio ormai consolidato quello secondo cui i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto «**non hanno alcun contenuto provvedimentale**, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis*» (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2022 n. 7793): i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64).

Ancora, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato «*Alla stazione appaltante, la quale in via generale non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate, è ammesso intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri, per così dire, di neutralità rispetto ai contenuti del bando e alla partecipazione alla gara o meglio quando l'attività posta in essere non costituisca un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta di interpretazione autentica con cui la S.A. chiarisce la propria volontà provvedimentale in*

*un primo momento poco intellegibile, precisando o meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*. In tal senso i chiarimenti apportati o le eventuali correzioni eseguite operano a beneficio di tutti e — laddove trasparenti, tempestive, ispirate al principio del favor participationis e, rese pubbliche — non comportano, se giustificate da un'oggettiva incertezza della legge di gara, alcun pregiudizio per gli altri partecipanti» (TAR Bolzano, Sez. I, 20 gennaio 2021, n. 14 – non appellata).*

Il chiarimento deve in sostanza mantenersi entro un ben definito spazio logico e argomentativo, senza incidere sulla legge di gara, la quale rimane disciplinata solo dalla *lex specialis* di gara a cui i concorrenti devono attenersi per potervi partecipare in condizioni di parità.

È stato anche chiarito che i chiarimenti resi dalla stazione appaltante non possono in nessun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la Commissione aggiudicatrice: «*... Nelle gare solo nelle ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni dalla stessa fornite e il tenore delle clausole chiarite, le relative precisazioni costituiscono una sorta di interpretazione autentica (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1898), ma esse non possono in nessun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la Commissione aggiudicatrice*» (Consiglio di Stato, Sez. V, 23 settembre 2015 n. 4441).

Circa la portata operativa dei chiarimenti da rilasciarsi in fase di gara, questi operano specialmente nella materia dei requisiti di partecipazione: è pacifico che i requisiti devono essere correttamente individuati nella *lex specialis* fin dall'avvio della procedura e che i chiarimenti non sono idonei ad introdurre requisiti di partecipazione ulteriori o diversi o motivi di esclusione.

Come è stato osservato, «*In virtù della superiore esigenza, il chiarimento reso dalla stazione appaltante può spingersi fino al limite della interpretazione autentica di una clausola del bando di gara, allo scopo di rendere noto inequivocabilmente il modo di intendere la sussistenza di un requisito partecipativo previsto a pena di esclusione. Quando, invece, il chiarimento incide sull'essenza stessa di un requisito di partecipazione alla gara esso dà vita ad una modifica non consentita delle regole del gioco, trattandosi di attività che si pone in contrasto con*

la par condicio» (TAR Puglia-Bari, Sez. Unite, 10 settembre 2021 n. 1348 – non appellata). Con particolare riferimento alla casistica dell'errore materiale, è stato rilevato in ambito giurisprudenziale che lo stesso non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, l'errore materiale o l'omissione commessa nella *lex specialis* richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento (cfr. TAR Lazio, Sez. III-quater, 6 dicembre 2018 n. 11828 – non appellata; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 novembre 2017 n. 5162).

Circa la **valenza giuridica dei chiarimenti che in sostanza determinano una modifica della documentazione di gara**, qualora agli stessi

non segua una ripubblicazione degli atti, la giurisprudenza ha rilevato che «Qualora il chiarimento non abbia valenza interpretativa, ma comporti la modifica della disciplina di gara, richiedendosi requisiti di ammissione alla gara ulteriori e/o diversi rispetto a quelli prescritti con la *lex specialis*, non può configurarsi alcun onere di immediata impugnazione, poiché un siffatto chiarimento non è vincolante, né per la stazione appaltante, né – a maggior ragione – per il privato, non risultando come tale preclusivo della partecipazione alla gara» (Consiglio di Stato, Sez. III, 1 febbraio 2017 n. 431).

3. Il caso delle FAQ

Nell'ambito del parere n. 1275 del 20 luglio 2021 la Sezione I del Consiglio di Stato si è espressa sull'uso che le Amministrazioni Pubbliche fanno delle cd. **FAQ** (Frequently Asked Questions), anche in ragione dei principi consolidati in ambito giurisprudenziale sui chiarimenti nel caso degli appalti pubblici.

La pronuncia del Consiglio di Stato, nel prendere atto della funzione chiarificatrice delle FAQ il cui ricorso è da intendersi collegato a esigenze di trasparenza

e economicità dell'attività delle Pubbliche Amministrazioni, riconosce che esse hanno una indubbia utilità nell'orientare i comportamenti degli interessati, che altrimenti si potrebbe porre non poche domande in riferimento a vari argomenti e situazioni pratiche. Ciò nonostante, ad avviso del Consiglio di Stato, le FAQ hanno un mero valore pratico ma non giuridico.

Il Consiglio di Stato ha infatti rilevato che «*occorre prendere atto del sempre maggiore ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni alle Frequently Asked Questions (FAQ), già note, in precedenza, nell'ambito dell'e-commerce e dei servizi sul web. Si tratta di una serie di risposte alle domande che sono state poste (o potrebbero essere poste) più frequentemente dagli utilizzatori di un certo servizio. In tal modo viene data risposta pubblica, su un sito web, a interrogativi ricorrenti, si da*

chiarire erga omnes e pubblicamente le questioni poste con maggiore frequenza. Il ricorso alle FAQ, evidentemente, è normalmente da ricondurre a esigenze di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e di economicità della medesima. Sotto questo secondo aspetto, il carattere ricorrente di taluni temi o interrogativi induce il titolare del sito (in questo caso: l'amministrazione) a soddisfare in via preventiva le esigenze di chiarimento dei destinatari principali dell'attività. Nello stesso periodo contrassegnato dalle limitazioni dovute alla diffusione del COVID 19, le risposte alle FAQ da parte della pubblica amministrazione hanno conosciuto un rilievo e una notorietà in precedenza sconosciute, con l'obiettivo di offrire elementi di chiarezza ai fini interpretativi e applicativi di disposizioni che si potevano, in astratto, prestare a diversi esiti finali».

Con riferimento all'operatività delle FAQ nell'ambito del nostro ordinamento, il Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevare che «*non si può neppure dimenticare che **le FAQ sono sconosciute all'ordinamento giuridico**, in particolare all'art. 1 delle preleggi al codice civile. Esse svolgono una funzione eminentemente pratica né, in genere, indicano elementi utili circa la loro elaborazione, la procedura o i soggetti che ne sono i curatori o i*

I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio delle clausole del bando



responsabili. Non sono pubblicate a conclusione di un procedimento predefinito dalla legge. È quindi da escludere che le risposte alle FAQ possano essere assimilate a una fonte del diritto, né primaria, né secondaria. Neppure possono essere considerate affini alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi. In difetto dei necessari presupposti legali, esse non possono costituire neppure atti di interpretazione autentica».

I giudici di Palazzo Spada si sono tuttavia soffermati sull'effetto che le risposte alle FAQ producono sui destinatari, per giungere a ritenere che «*le risposte alle FAQ, pur nella loro atipicità, si pongono a metà strada tra le disposizioni di carattere normativo, per loro natura (almeno di regola) generali e astratte e inidonee quindi a prevedere ogni loro possibile applicazione concreta, e il singolo esercizio della funzione amministrativa da parte di una pubblica amministrazione. Essenziali criteri di affidamento del cittadino nella pubblica amministrazione richiedono tuttavia di tenere conto dell'attività svolta dall'amministrazione stessa con la pubblicazione delle FAQ sul proprio sito istituzionale*».

Sulla base di detta ricostruzione, il Consiglio di Stato ha affermato che «**si può agevolmente riconoscere che vale per le risposte alle FAQ quanto enucleato dal Consiglio di Stato con riferimento alle gare di appalto**: "chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della lex di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis (Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; Sez. III, n. 290/2014). **Per quanto non vincolanti, le FAQ orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate tamquam non essent**».

4. Conclusioni

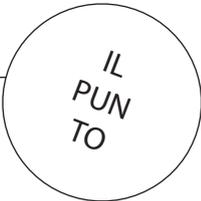
In via conclusiva, passando in rassegna i diversi precedenti giurisprudenziali sul tema, i chiarimenti come anche le FAQ devono assumere una funzione neutrale e meramente esplicativa di un contenuto implicito della clausola a cui si riferiscono: i chiarimenti devono avere l'effetto di esplicitare il significato (qualora oscuro o non univoco) della *lex specialis*, e non l'effetto di modificare l'oggetto della prescrizione, mutandone strutturalmente il contenuto e il senso. Si tratta, in sostanza, di una mera interpretazione, con cui l'amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, precisando le previsioni della *lex specialis*: quel che non prescrive la *lex specialis*, non possono indicare i chiarimenti resi dall'Amministrazione.

Le FAQ, con indubbia utilità nell'orientare i comportamenti degli interessati hanno un mero valore pratico ma non giuridico: tuttavia, per quanto non vincolanti, non possono essere considerate tamquam non essent



PNRR, variazioni di bilancio e modifica degli atti di programmazione

di Stefano Usai



IL
PUN
TO

Premesse

Gli interventi del PNRR/PNC, in tempi recenti, sono stati interessati non solo da precise disposizioni in tema di appalti ma anche da una serie di semplificazioni sulla contabilizzazione e da una serie di indicazioni in tema di rendicontazione.

Disposizioni, soprattutto le semplificazioni di tipo contabile, che dovrebbero consentire una gestione maggiormente tempestiva in modo da velocizzare i vari atti per giungere al completamento previsto, in via generale, per il 2026.

1. Le variazioni di bilancio

La contabilizzazione dei finanziamenti PNRR/PNC è consentita anche attraverso delle variazioni di bilancio – oltre i classici termini previsti dal Decreto legislativo 267/2000 – possibili fino al 31 dicembre anche per enti che si trovassero in gestione provvisoria e quindi dopo la scadenza del 31 dicembre se non risultasse posposto il termine di approvazione del bilancio o dopo la scadenza del termine di proroga (o anche in esercizio provvisorio ipotizzando l'allungamento dei termini di approvazione dei bilanci praticamente

fisiologico anche per le recenti problematiche, si pensi ad esempio alla questione del "caro energia").

Sulla possibilità di adottare variazioni di bilancio secondo questi termini dilatati già il DL 77/2021 (convertito con legge n. 108/2021) c.d. secondo decreto semplificazioni che segue il primo decreto semplificazioni – finalizzato a consentire la gestione della ripresa post pandemica.

In questo senso l'articolo 15, comma 4-bis del decreto legge 77/2021 prevede che gli enti locali che si trovassero "in esercizio provvisorio o gestione provvisoria" risultano autorizzati per un quinquennio ovvero nel periodo dal 2021 al 2026 "a iscrivere in bilancio i relativi finanziamenti di derivazione statale ed europea per investimenti mediante apposita variazione, in deroga a quanto previsto dall'articolo 163 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e dall'allegato 4/2 annesso al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118".

Questa previsione viene affiancata alle semplificazioni previste in tema di accertamento. Questione che riguarda in particolare il responsabile del procedimento di spesa (che potrebbe non coincidere con il RUP).

A differenza delle regole ordinarie in materia di accertamento che richiedono una verifica certosa (ai sensi dell'articolo 179, primo comma, del decreto legislativo 267/2000) delle ragioni del credito e della sussistenza del titolo giuridico che consente di accertare (ad esempio la determinazione di impegno dell'ente finanziatore), in questo caso, o meglio in relazione ai finanziamenti PNRR/PNC, è possibile effettuare il c.d. accertamento semplificato ovvero sulla base di una semplice delibera di riparto e/o di assegnazione del contributo senza che sia necessario, da parte dell'ente che finanzia, il formale impegno di spesa. In questo senso, l'articolo 15 del DL 77/2021, ma al comma 4, puntualizza che gli enti attuatori degli interventi PNRR/PNC (e quindi i beneficiari dei finanziamenti) possono procedere all'accertamento

La contabilizzazione dei finanziamenti PNRR/PNC è consentita anche attraverso delle variazioni di bilancio – oltre i classici termini previsti dal Decreto legislativo 267/2000 – possibili fino al 31 dicembre.



– con atto adottato dal responsabile del procedimento di spesa – "le entrate derivanti dal trasferimento delle risorse del PNRR e del PNC sulla base **della formale deliberazione di riparto o assegnazione del contributo a proprio favore**, senza dover attendere l'impegno dell'amministrazione erogante, con imputazione agli esercizi di esigibilità ivi previsti". L'ultimo inciso, sulla esigibilità, implica la predisposizione di

un cronoprogramma da parte di chi predispone l'atto di accertamento che distingua il tempo di erogazione effettiva.

2. La programmazione del PNRR/PNC

Le variazioni di bilancio, evidentemente, andranno di pari passo con la variazione, per semplificare anche altri documenti di programmazione in particolare del DUP e del piano esecutivo di gestione (e se del caso anche del piano dettagliato degli obiettivi e quindi del piano performance).

In primo luogo andrà modificata la programmazione dei lavori pubblici (in caso di nuovi interventi per importi pari o superiori ai 100mila euro) e il programma biennale beni/servizi in caso di nuovi interventi, sempre al netto dell'IVA, di importo pari o superiore ai 40mila.

La questione della modifica dei programmi in parola, e del DUP, risulta particolarmente importante – come in altre circostanze si è segnalato – per i comuni non capoluogo.

È ampiamente noto che i comuni non capoluogo, ai sensi dell'articolo 52 del DL 77/2021 non possono direttamente procedere per l'aggiudicazione di appalti finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC.

Sul tema è intervenuto anche il Ministero dell'Interno chiarendo che detti comuni possono operare solo nell'ambito dei 40mila euro per beni e servizi e infra 150 mila euro in caso di lavori. Solo se in possesso della qualificazione – sistema non ancora operante nel nostro Paese – le stazioni appaltanti possono procedere con aggiudicazione di appalti

beni/servizi finanziati anche solo in parte dal PNNR/PNC infra il sottosoglia comunitario (215mila euro e 750mila per servizi sociali) e per lavori di manutenzione ordinaria infra 1 milione di euro, per lavori solo infra 150mila euro.

Su questo aspetto, e su quali siano le dinamiche corrette per procedere non esiste ancora una posizione ufficiale (es. il Ministero del Lavoro con una faq ha evidenziato che nel regime transitorio la qualificazione si desume dalla sola iscrizione AUSA mentre IFEL ha negato questa possibilità). La seconda posizione sembra, evidentemente maggiormente aderente al dato normativo.

In ogni caso, in assenza di posizione ufficiale al di sopra delle somme sopra indicate (40/000/150mila) sembra quanto meno opportuno seguire le indicazioni della norma (art. 52 DL 77/2021).

Per effetto di quanto il comune non capoluogo deve rivolgersi ad un ente sovracomunale ovvero alla stazione appaltante anche non qualificata dell'unione dei comuni, della provincia, della città metropolitana o del comune capoluogo.

Questa doverosa puntualizzazione è fondamentale perché gli enti (comuni non capoluogo) che ancora non avessero provveduto devono necessariamente procedere con l'approvazione di una apposita convenzione o con l'unione dei comuni, o con la provincia, città metropolitana o comune non capoluogo in cui si concerta la procedura di aggiudicazione. Il riferimento, quindi, su come andrà (e da chi) espletata la competizione dovrà essere indicato anche nei programmi di cui si è detto.

3. In tema di rendicontazione (annotazioni utili per il RUP)

Espletate le operazioni di "contabilizzazione" e le gare, uno dei passaggi più delicati che maggiormente interessa il RUP (o comunque il responsabile del servizio titolare dei procedimenti la spesa) è quello relativo alla rendicontazione

Si impone la modifica della programmazione dei lavori pubblici (in caso di nuovi interventi per importi pari o superiori ai 100mila euro) e il programma biennale beni/servizi in caso di nuovi interventi, sempre al netto dell'IVA, di importo pari o superiore ai 40mila.



(in tema dispone, tra le altre, in particolare la circolare n. 9/2022, punto 7.3 dell'allegato rubricato "Procedure di rendicontazione".

Secondo la struttura verticistica delineata, la struttura tecnica dell'amministrazione centrale raccoglierà le varie istanze dei soggetti attuatori che hanno beneficiato dei finanziamenti.

Questi, pertanto, procederanno con le varie richieste quali, a titolo esemplificativo, il

rimborso delle spese che siano già state sostenute.

Il soggetto attuatore provvederà a trasmettere all'amministrazione titolare degli interventi i pagamenti sostenuti e le spese maturate per realizzare le prestazioni (lavori/servizi/forniture) secondo il cronoprogramma stabilito; istanze a titolo di anticipazione. In questo caso il soggetto attuatore produrrà - all'amministrazione titolare degli interventi -, i vari giustificativi di spesa e quindi atti di liquidazione, fatture etc).

Atti/dati che verranno anche utilizzati in fase di rendicontazione successiva da predisporre non oltre la successiva richiesta di erogazione; istanze a saldo.

Le richieste devono essere riscontrate previa raccolta periodica dell'insieme "di spese inserite nelle domande di rimborso presentate dai vari Soggetti attuatori e provvedere alle opportune attività di verifica e controllo formale poste in capo all'Amministrazione centrale titolare dell'intervento".

Le domande di rimborso vengono trasmesse all'Unità di missione "ai fini della trasmissione da parte di quest'ultimo della richiesta di pagamento al Servizio centrale per il PNRR".

Periodicamente poi verranno avviati i trasferimenti con inclusione delle spese sostenute per l'attuazione degli interventi del Piano, attestandone la regolarità".

La rendicontazione, come prospettato nell'allegato sopra richiamato, dovrà essere corredata (secondo una elencazione tassativa) e comprendere:

1. l'elenco dei progetti compresi nella rendicontazione, con indicazione del relativo CUP e delle procedure attivate (CIG);
2. l'indicazione dei relativi pagamenti e/o costi esposti (in caso di OCS) che vengono rendicontati;
3. l'attestazione da parte dell'Amministrazione centrale titolare d'intervento sull'affidabilità e ammissibilità delle spese presentate, con indicazione dell'esito positivo dei controlli effettuati;
4. la dichiarazione che tutte le spese concorrono al rispetto dei principi trasversali *DNSH, tagging clima e digitale, gender equality*, valorizzazione dei giovani e riduzione dei divari territoriali (ove pertinente);
5. le check-list che attestino la verifica delle spese sostenute, con indicazione di eventuali carenze/non conformità/errori/irregolarità/presunte frodi rilevate ed eventuali azioni correttive messe in atto.

Una volta effettuate le verifiche sulla regolarità della rendicontazione, e quindi in caso di esito positivo, il responsabile dell'Unità di missione dell'Amministrazione centrale, presenterà al Servizio centrale per il PNRR anche la rendicontazione del conseguimento di milestone e target (quindi degli obiettivi e standard qualitativi).

4. Gli strumenti del monitoraggio

Il nostro Paese ha creato apposita struttura per il monitoraggio degli interventi collegati al PNRR/PNC.

Il sistema in parola è denominato ReGiS, (come si legge sul sito "Italiadomani") ed è lo strumento unico con cui le Amministrazioni centrali e territoriali interessate dai finanziamenti in parola devono

Espletate le operazioni di "contabilizzazione" e le gare, uno dei passaggi più delicati che maggiormente interessa il RUP (o comunque il responsabile del servizio titolare dei procedimenti la spesa) è quello relativo alla rendicontazione (in tema dispone, tra le altre, in particolare la circolare n. 9/2022, punto 7.3 dell'allegato rubricato "Procedure di rendicontazione").



Le Amministrazioni centrali titolari delle misure sono tenute a validare i dati di monitoraggio almeno con cadenza mensile trasmettendoli al Servizio centrale per il PNRR per il tramite di ReGiS.



adempiere agli obblighi di monitoraggio, rendicontazione e controllo delle misure e dei progetti attuativi del PNRR/PNC.

Il sistema risulta composto **da tre sezioni:**

1. Misure (riforme e investimenti del PNRR),
2. Milestone e Target;
3. Progetti.

Le Amministrazioni centrali titolari delle misure sono tenute a validare i dati di monitoraggio almeno con cadenza mensile trasmettendoli al Servizio centrale per il PNRR per il tramite di ReGiS.

Il sistema in parola può essere utilizzato, praticamente, o come il proprio sistema gestionale o consentendo l'acquisizione automatica delle informazioni necessarie per il monitoraggio.

Per illustrare circa l'approccio corretto al sistema ReGiS sono state pubblicate varie FAQ.

Tra queste particolare rilievo riveste quelle sul funzionamento del sistema (n. 4) in cui al quesito se "Il caricamento dei dati sul sistema ReGiS sostituisce tutti gli obblighi di caricamento dati per il monitoraggio verso gli altri portali", viene fornita la risposta per cui "il monitoraggio dei dati del PNRR, il Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato

ha sviluppato il sistema ReGiS, specificamente rivolto alla rilevazione e diffusione dei dati di monitoraggio del PNRR, nonché a supportare gli adempimenti di rendicontazione e controllo previsti dalla normativa vigente.

Il sistema ReGiS garantisce l'assolvimento degli obblighi previsti dal decreto legislativo del 29 dicembre 2011, n. 229 in merito al monitoraggio degli investimenti pubblici".

Il sistema informativo in parola viene analizzato, tra le altre, nella circolare MEF n. 27 del mese 21 giugno 2022.

La circolare individua alcuni aspetti chiave che si sostanziano:

1. nei soggetti coinvolti nel processo di monitoraggio;
2. nelle aree coperte dal sistema ReGiS;
3. nelle tempistiche di aggiornamento dei dati;
4. nelle modalità di accesso al sistema e supporto tecnico.

Il sistema, quindi, in tema di PNRR, consente di operare su un unico ambiente. Ed in questo senso, sempre nel documento in commento si legge che "il processo di monitoraggio del PNRR, supportato dal sistema informatico ReGiS, è rivolto a dare contezza del grado di raggiungimento degli obiettivi del Piano e dell'utilizzo delle relative risorse finanziarie, oltre che della messa in opera delle riforme dallo stesso previste. In tale ottica, il processo di monitoraggio riguarda tutte le fasi attraverso cui il PNRR consegue i propri obiettivi e realizza attività e spese, rilevando informazioni e dati che attengono sia alla fase di programmazione delle misure e dei progetti (obiettivi, costi, procedure, tempi e relativi indicatori di misurazione), sia alla loro fase di attuazione (iter procedurali di attivazione di misura e progetti, relative tempistiche, impegni assunti e spesa effettuata)".

BOX: Il sistema ReGiS risulta articolato in tre sezioni collegate



Evidentemente si tratta di un sistema di monitoraggio che deve essere costantemente alimentato da parte dei responsabili dei soggetti attuatori.

In particolare, nella circolare si legge che i soggetti attuatori devono provvedere "con cadenza mensile, ad aggiornare i dati registrati sul sistema e renderli disponibili per le Amministrazioni titolari delle misure ai fini delle operazioni di controllo e validazione di competenza".

La stessa circolare precisa che "relativamente all'aggiornamento dei dati sul sistema ReGiS, le Amministrazioni titolari delle misure sono tenute ad assicurare la registrazione e la validazione delle informazioni con cadenza mensile, nel termine

massimo di 20 giorni successivi all'ultimo giorno di ciascun mese di riferimento dei dati (es. i dati di attuazione al 30 giugno devono essere registrati sul sistema ReGiS e resi disponibili per il MEF SC PNRR entro il 20 luglio). I dati oggetto di aggiornamento sono quelli relativi alle fasi di programmazione ed esecuzione finanziaria, fisica e procedurale delle misure e dei sottostanti progetti".

5. Le sezioni del sistema

Il sistema ReGiS risulta articolato in tre sezioni collegate, in specie:

1. La sezione relativa alle Misure (interventi).

Si tratta di una sezione di "competenza" delle amministrazioni centrali titolari delle misure (come la seconda che si vedrà più avanti). La sezione contiene, per semplificare, tutti gli atti propedeutici da cui "scaturisce" il finanziamento e quindi conterrà l'indicazione di "tutte le informazioni relative alle misure/sub-misure di rispettiva competenza, sia a livello di programmazione (classificazione per missioni/componenti, risorse finanziarie, cronoprogrammi di spesa, milestone e target di riferimento, tagging climatico e digitale, indicatori comuni UE, ecc.), sia a livello di attuazione procedurale, fisica e finanziaria". Inoltre, dovrà contenere i vari atti (es. decreto di concessione del finanziamento) relativi all'esecuzione della misura, realizzazione fisica (che conterrà "i dati quantitativi (numerici) e qualitativi (se pertinenti) relativi alle fasi procedurali espletate, ad esempio, per le procedure di assegnazione delle risorse/selezione dei progetti, quante richieste sono pervenute, quante sono state approvate, la destinazione territoriale delle risorse, ecc.) e l'avanzamento finanziario (es. le richieste di anticipazione etc).

2. La sezione "Milestone e Target".

In questa sezione "le Amministrazioni centrali titolari delle misure del PNRR devono registrare i dati relativi agli obiettivi previsti per le misure di loro competenza (Milestone e Target previsti nella Decisione di approvazione del PNRR) sia a livello di pianificazione (descrizione analitica degli obiettivi, tenuto conto anche delle prescrizioni contenute

negli Operational Arrangements, scadenze previste), sia a livello di attuazione”.

3. La sezione **Progetti**: in questa sezione i soggetti attuatori devono registrare tutte le informazioni rilevanti che riguardano i progetti di propria competenza.

Per quanto concerne le informazioni che devono rendere i **RUP** dei soggetti attuatori, queste attengono evidentemente all'esecuzione procedurale e tra questi gli step procedurali, l'esito delle procedure e, in ogni caso, *“ogni altra informazione rilevante che riguarda la fase procedurale propedeutica alla messa in opera del progetto, ivi compresi i controlli effettuati dai Soggetti attuatori con i relativi esiti”*; la realizzazione fisica (e quindi le *“informazioni riguardano il materiale avanzamento dei singoli progetti misurati attraverso gli indicatori specifici appositamente definiti per gli stessi e censiti sul sistema ReGIS”*); ed infine l'esecuzione finanziaria.

Sull'esecuzione finanziaria, in particolare i dati da registrare a livello finanziario attengono sostanzialmente a tre livelli:

- a) I trasferimenti ricevuti a fronte delle assegnazioni delle risorse/selezione dei progetti di propria competenza (tale dato sarà proposto dal sistema sulla base delle registrazioni effettuate a monte dall'Amministrazione titolare di misura PNRR cui concorre il progetto);
- b) I trasferimenti effettuati dai soggetti attuatori in favore di eventuali soggetti intermediari (nel caso ad esempio di società in house incaricate di aggiudicare i lavori per la realizzazione di investimenti, oppure nel caso di conferimento di risorse in strumenti finanziari/Fondi);
- c) Gli impegni assunti e spesa effettuata per la realizzazione del progetto, in corrispondenza dell'approvazione degli Stati di avanzamento lavori (SAL – ove pertinenti - ovvero negli altri documenti formali attestanti l'esecuzione dei progetti (Relazioni periodiche, collaudi, ecc).

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 21/9/2022, n. 8123

Soluzioni migliorative e varianti: differenze

“Secondo l’indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa: “in sede di gara d’appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalla varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall’Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l’individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l’opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, sez. V, 18 febbraio 2018, n. 1097; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2021, n. 4754).

La proposta migliorativa consiste in una soluzione tecnica che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investe singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell’opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.”

TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 15/9/2022, n. 1407

Nel contrasto tra le disposizioni del bando di gara e quelle del capitolato speciale prevalgono le disposizioni del bando di gara

“avuto riguardo alla prescrizione di cui all’art. 11 del Capitolato Speciale di Appalto (in virtù della quale «... il concorrente dovrà presentare una “relazione” suddivisa in 4 capitoli», che «non dovrà superare le 20 (venti) facciate, prevedendo un massimo di 30 righe per ogni pagina...»), si richiama il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui “quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della lex specialis ed alla loro risoluzione, [...] sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id. 23 giugno 2010, n. 3963), laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime” (Cons. Stato, Sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439);”

Consiglio di Stato, Sez. V, 15/9/2022, n. 8012

Nel subprocedimento di verifica di congruità del costo del personale non rientrano le figure professionali che svolgono servizi di coordinamento o di staff in quanto non direttamente coinvolte nella commessa

“Come è stato sottolineato dalla giurisprudenza, le figure professionali che svolgono servizi di coordinamento o di staff non sono direttamente coinvolte nella commessa ma solo in maniera occasionale e per soddisfare esigenze non prevedibili; conseguentemente si dovrebbe escludere che detti costi debbano essere oggetto delle giustificazioni in sede di verifica di anomalia, pur se dette figure professionali e i servizi da queste prestati siano stati inseriti nell’offerta tecnica (nei predetti termini si veda Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786). Né si può porre un tema di congruità o di affidabilità dell’offerta, considerato che in queste ipotesi si tratta di costi già sopportati dall’intera struttura aziendale, e che a carico di questa rimarrebbero indipendentemente dalla acquisizione dell’appalto ...”

Consiglio di Stato, Sez. V, 15/09/2022, n. 8011

Sul principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica

Il “principio, che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale, trae fondamento dall’obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali: costituisce, con ciò, presidio all’attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell’iter che si conclude con il giudizio sull’offerta tecnica e l’attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

Il principio si declina in una triplice regola, per cui:

- a) la componente tecnica dell’offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la ridetta commistione;
- b) è precluso ai concorrenti l’inserimento di elementi economico-quantitativi all’interno della documentazione che compone l’offerta tecnica (qualitativa);
- c) l’apertura della busta contenente l’offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell’offerta tecnica.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 09/09/2022, n. 7882

La difformità dell'offerta tecnica rispetto ai requisiti minimi previsti legittima l'esclusione dalla gara. Impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

"Si rammenta, in uno alla costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (bene illustrata da III, 19 agosto 2020, n. 5144), che le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva (ex multis, Cons. Stato, V, 25 luglio 2019, n. 5260). È principio pacifico, invero, che le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (Cons. Stato, III, 26 febbraio 2019, n. 1333; 26 aprile 2017, n. 1926).

Ciò anche in ossequio alla pacifica giurisprudenza per la quale nelle gare pubbliche le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare alla pubblica amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri e obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara (C.G.A.R.S., 18 gennaio 2017, n. 23).

E nemmeno è possibile ovviare alle divise carenze strutturali dell'offerta tecnica ricorrendo a un approfondimento istruttorio, dal momento che le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto (Cons. Stato, V, 13 febbraio 2019, n. 1030."

Consiglio di Stato, Sez. V, 07/09/2022, n. 7794

Principio per cui si consente, in una procedura semplificata, "... ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza dell'esistenza di una procedura, di presentare la propria offerta..."

"In concreto, la prefigurata sequenza procedimentale della procedura semplificata ex art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che prevede l'"affidamento diretto" previa valutazione "di almeno cinque operatori", individuati o "sulla base di indagini di mercato" ovvero, come nella specie, "tramite elenco di operatori economici" e "nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti" – è stata superata dalla scelta, proconcorrenziale, di accettare richieste di invito provenienti da altri operatori economici: di fatto ampliando, senza potenziali limiti, la partecipazione, previo invito, a tutti gli operatori economici che ne avessero fatto richiesta.

In tale prospettiva, la circostanza che solo "omissis" abbia inteso approfittare della apertura della selezione è un dato non rilevante, sia perché frutto di una mera contingenza, sia perché ciò che rileva, nella logica di una "sostanziale" apertura concorrenziale, è la potenzialità della partecipazione non ristretta, non potendo la stazione appaltante (avendovi, di fatto, rinunciato con comportamento autovincolante) impedire la eventuale partecipazione di un numero indefinito di operatori.

Deve, per tal via, ribadirsi, anche in relazione alla vicenda in esame, il principio per cui "consentire [...] ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza [...] dell'esistenza di una procedura, di presentare la propria offerta significa [...] ripristinare l'ordinarietà", sicché, in tal modo, "il numero degli operatori presenti in gara" è "destinato ad aumentare, teoricamente senza limiti, poiché non è preventivamente immaginabile quanti operatori possano venire a conoscenza della procedura ed avere interesse a prendervi parte" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160; C.G.R.S., 30 gennaio 2020, n. 83)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 07/09/2022, n. 7793

I chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non possono costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis

"... è sufficiente ricordare che i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso (Consiglio di Stato sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64)."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 330 del 13 luglio 2022****PREC 50/2022/F**

"Appalto pubblico – Forniture – Scelta del contraente – Requisiti – Esclusione – Motivi – Grave illecito professionale – Omissione di informazioni dovute – Procedimento di accertamento della non conformità di prodotti – Obbligo dichiarativo – Non sussiste"

"Appalto pubblico – Forniture – Scelta del contraente – Requisiti – Esclusione – Motivi – Grave illecito professionale – Obbligo dichiarativo – Condizioni"

"Non configura la fattispecie dell'omissione di informazioni dovute, di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del Codice, la mancata dichiarazione di un procedimento pendente dinanzi al Ministero dello sviluppo economico per l'accertamento della non conformità formale di alcuni prodotti commercializzati dalla Società aggiudicataria.

Sebbene l'operatore economico sia tenuto a dichiarare tutte le situazioni e/o i provvedimenti astrattamente idonei ad incidere sulla valutazione di affidabilità professionale che compete alla stazione appaltante, deve trattarsi di circostanze che sono con evidenza idonee ad incidere sul giudizio di moralità e affidabilità dell'operatore, cioè di circostanze che, ove dichiarate, avrebbero potuto assumere effettiva rilevanza ai fini del giudizio dell'Amministrazione"

"... nel caso di specie, non sussistono gli estremi per configurare una omissione di informazioni dovute da parte della Società aggiudicataria "omissis", in quanto la mancata dichiarazione, in sede di DGUE, dell'esistenza di un procedimento pendente dinanzi al MISE non costituisce violazione di un obbligo dichiarativo previsto a livello normativo o dalla lex specialis di gara. Sebbene l'operatore sia tenuto a dichiarare tutte le situazioni e/o i provvedimenti astrattamente idonei ad incidere sulla valutazione di affidabilità professionale che compete alla SA, deve trattarsi di circostanze che sono con evidenza idonee ad incidere sul giudizio di moralità e affidabilità dell'operatore; in altri termini, si deve trattare di circostanze che, ove dichiarate, avrebbero potuto assumere effettiva rilevanza ai fini del giudizio dell'Amministrazione."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 348 del 20 luglio 2022
PREC 87/2022/S**

"Appalto di servizi – criteri di aggiudicazione - punteggi – certificazioni di qualità – percentuale di raccolta differenziata"

"La scelta di introdurre criteri di aggiudicazione collegati al possesso di una o più certificazioni di qualità non appare manifestamente illogica o irragionevole alla luce dell'art. 95, co. 6 del Codice, nella misura in cui il possesso di standard di qualità non sia richiesto anche quale requisito di partecipazione alla gara. Il criterio relativo ai risultati ottenuti in termini di percentuali di raccolta differenziata, significativo di un certo know how aziendale, può essere ritenuto indicativo della qualità della prestazione, qualora non previsto quale requisito di partecipazione. Le Linee guida Anac n. 2 suggeriscono di assegnare ai criteri soggettivi un punteggio, in ipotesi, non superiore a 10 punti. Tale scelta rientra nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica della S.A., che è chiamata a valutare l'incidenza dei criteri soggettivi prescelti sulla scelta del contraente"

"Appalto di servizi – criteri di aggiudicazione - avvalimento premiale"

"Il concorrente non può avvantaggiarsi, tramite avvalimento, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria al solo fine di ottenere un punteggio premiale qualora egli posseda già, in proprio, i requisiti per la partecipazione alla gara."

Autorità Nazionale Anticorruzione

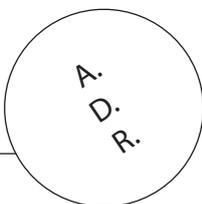
**DELIBERA N. 350 del 20 luglio 2022
PREC 84/2022/L**

"La prescrizione dell'obbligo, posto nella legge di gara, di presentare offerta per tutti i lotti, è in contrasto con la normativa di settore e con la ratio della suddivisione in lotti, che ha la funzione pro – concorrenziale di consentire una più ampia partecipazione anche di imprese medio-piccole"

"l'art. 51 del d.lgs. 50/2016 stabilisce che, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali, ovvero in lotti prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture, ed inoltre sono tenute a motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. È previsto il divieto per le stazioni appaltanti di ricorrere alla suddivisione in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del Codice dei Contratti, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti. ... secondo giurisprudenza consolidata "la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto", inoltre che "il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza; la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, deve dunque costituire una decisione che deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, da valutarsi nel quadro complessivo dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza" (così da

ultimo, Cons. Stato, III, 4 marzo 2019, n. 1491); su una questione analoga l’Autorità (Delibera n. 1338 del 20 dicembre 2017) ha stabilito che “la prescrizione dell’obbligo, posto nella legge di gara, di presentare offerta per tutti i lotti, è in contrasto quindi con la normativa di settore e con la ratio della suddivisione in lotti, che ha la funzione di consentire una più ampia partecipazione anche di imprese medio-piccole”

A Domanda Rispondiamo



1 **Il compenso del progettista va indicato anche nell'indagine di mercato?**

L'Anac, con Atto del Presidente del 20/07/22, osserva che non si può prescindere dal calcolo dei compensi che saranno posti a base d'asta nell'ottica di garantire la massima trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa.

In merito compensi fuori dai parametri previsti per legge, l'Anac ricorda che le stazioni appaltanti possono derogare all'obbligo di determinare il corrispettivo a base d'asta mediante applicazione delle tabelle del decreto "Parametri" se forniscono una motivazione adeguata. Per calcolare il compenso da riconoscere al progettista, la stazione appaltante deve tenere conto di tutte le prestazioni richieste per l'incarico oggetto dell'affidamento anche se riconducibili ai livelli di progettazione omessi e che la fusione dei livelli progettuali, infatti, non comporta il riassorbimento della remunerazione della prestazione.

2 **Il RUP nel procedimento di verifica dell'anomalia può avvalersi del supporto del progettista e direttore lavori?**

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, "nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia, che appartiene alla competenza del RUP, questi può avvalersi del supporto della stessa commissione giudicatrice o di una commissione o di un tecnico ad hoc, con la precisazione che l'affidamento di detto incarico non spogli il RUP della sua competenza, dovendo egli fare proprie le conclusioni alle quali è pervenuto il delegato". Pertanto, il responsabile unico del procedimento nelle valutazioni in ordine alla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta può legittimamente avvalersi del supporto tecnico dell'esperto esterno quindi anche del progettista o direttore dei lavori incaricato condividendo e quindi facendo propri gli esiti del giudizio formulato.

3 **L'anticipazione del prezzo concessa ai sensi dell'art. 35 comma 18 del D.lgs. 50/16, può essere rateizzata?**

Con la Delibera n. 325 del 13/07/2022, l'ANAC ha evidenziato che la stazione appaltante non può derogare al codice appalti prevedendo unilateralmente, nel bando di gara, la rateizzazione dell'anticipazione al di fuori dei casi, previsti dallo stesso codice dei contratti ultratriennali nel settore della difesa e sicurezza.

Pertanto, consentire la rateizzazione vanificherebbe di fatto l'incremento al 30% dell'anticipazione introdotto con il decreto rilancio.

Tuttavia, le parti potrebbero prevedere pattizamente una diversa regolamentazione del rapporto contrattuale, in ragione delle specificità del caso concreto convenendo ad esempio la rateizzazione dell'anticipazione nel corso delle diverse annualità di durata del contratto.

4

Nei servizi tecnici e di ingegneria la consulenza climatologa può essere affidata in subappalto ai sensi dell'art. 31 comma 8 del codice dei contratti pubblici?

L'art. 31 comma 8 del codice così come modificato dall'art. 10, comma 1 della Legge 238 /2021, prevede il divieto di subappaltare la relazione geologica, divieto che non comprende le prestazioni d'opera riguardanti le indagini geognostiche e prove geotecniche e le altre prestazioni specificamente indicate nella norma, ed indica che il progettista può affidare a terzi l'attività di consulenza specialistica inerenti anche i settori energetico, ambientale ed acustico. La "consulenza" di ausilio alla progettazione di opere pubbliche continua a non essere contemplata nel quadro normativo; ciò discende dal principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista. Pertanto, l'attività di consulenza specialistica inerente al settore energetico e ambientale, nel caso in cui non attenga alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per le quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, può essere affidata dal progettista a terzi non attraverso l'utilizzo dell'istituto del subappalto di cui all'art. 105 del D.Lgs 50/2016 e ss.mm.ii., rimanendo in questo modo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tale attività (Cfr. Parere MIMS n. 1351/2022).

5

Le clausole del disciplinare di gara che fissano i limiti dimensionali dell'offerta tecnica possono essere disapplicate dalla Commissione giudicatrice?

"La lex specialis di gara deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in essa contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella lex specialis medesima" (Cons. Stato, V, 8 aprile 2021, n. 2844). Ne consegue che la Commissione giudicatrice deve rigorosamente attenersi alle prescrizioni contenute nella legge di gara in quanto una disapplicazione delle stesse potrebbe determinare, la ripetizione della gara.

6

È legittima l'esclusione di un operatore economico per avere presentato un'offerta economica pari al prezzo a base di gara?

In tema di appalti pubblici vige un generale divieto di presentare offerte d'importo superiore rispetto all'importo a base d'asta fissato dalla stazione appaltante, a meno che non sia la stessa stazione appaltante a prevedere espressamente negli atti di gara la possibilità di presentare anche offerte in aumento. Il Codice non vieta a pena di esclusione la presentazione di offerte economiche pari alla base d'asta, limitandosi a sancire l'inammissibilità delle offerte il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara (art. 59, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50/2016) né altre disposizioni di legge prevedono una simile causa di esclusione.

In caso di offerta economicamente più vantaggiosa, il prezzo è uno degli elementi di natura quantitativa di cui si compone l'offerta, riguardo ai quali gli operatori economici possono fare offerte migliorative rispetto a quanto previsto nel bando di gara. L'offerta di un prezzo pari alla base d'asta, e quindi recante un ribasso pari a zero, è una delle offerte possibili, non è migliorativa ma è ammissibile e non determina l'esclusione dell'operatore economico. La giurisprudenza tra l'altro è anche giunta a ritenere ammissibile l'adozione di una formula per il calcolo del punteggio economico che collega il punteggio non al ribasso ma al valore assoluto dell'offerta economica, con il risultato di attribuire all'offerta che non offre alcuno sconto rispetto alla base d'asta un punteggio positivo anziché zero (Cfr. Cons. Stato, V, n. 6639/2018).

L'assenza di un divieto, sancito normativamente, di presentazione di offerte pari alla base d'asta, in uno con il principio di tassatività delle cause di esclusione che, in accordo con la giurisprudenza, è da ritenersi "insuperabile" («Diversamente opinando si finirebbe per compromettere l'esigenza di certezza e par condicio che ispira l'intero sistema degli appalti pubblici e, in particolare, la disciplina degli obblighi fissati a pena d'esclusione», Cons. Stato, III, n. 438/2017), porta a ritenere illegittima l'esclusione dalla gara di un operatore economico che presenti offerta economica pari alla base d'asta (**Delibera ANAC N. 602 28 luglio 2021**).

7

In caso di aggiudicazione di appalti finanziati con fondi PNRR il nuovo personale da inserire può essere assunto con tipologie di contratto diverse da quello di lavoro subordinato?

L'art 47 del decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito con modifiche dalla legge 29 luglio 2021 n. 108, contiene disposizioni volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionale nell'ambito delle procedure afferenti l'affidamento dei contratti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza, in termini di incremento occupazionale giovanile e di genere. Le assunzioni da destinare a occupazione giovanile e femminile si identificano solo con il perfezionamento di contratti di lavoro subordinato disciplinati dal decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81, e dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Pertanto, il nuovo personale da inserire non può essere assunto con un contratto diverso da quello di lavoro subordinato (Parere MIMS n. 1361/2022).

8

La ritenuta di garanzia trattenuta dal committente in fase di pagamento dello stato di avanzamento dei lavori (SAL) si applica a tutti gli affidamenti?

La ritenuta di garanzia è il valore trattenuto dal committente in fase di pagamento dello stato di avanzamento dei lavori (SAL). La ritenuta viene espressa in percentuale sul valore della commessa e viene calcolata ad ogni SAL come decurtazione dell'importo esigibile da parte dell'azienda o esecutore. La ritenuta di garanzia dello 0,5% va operata per tutti i contratti di servizi e fornitura in forma continuata. Infatti, ai sensi dell'art. 30 comma 5-bis del codice **"In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva"** Sono pertanto esclusi gli acquisti e servizi che si risolvono in unico adempimento.

9

È consentito l'accesso agli atti in pendenza di un procedimento amministrativo?

La pendenza del procedimento amministrativo sembra non giustificare il differimento dell'accesso agli atti, non solo perchè l'art. 24 della l. n. 241/1990 non contempla tra i casi di esclusione del diritto di accesso, la contemporanea detenzione del documento da parte di altra Amministrazione o autorità dello Stato (T.A.R. Lazio, sez. III, 7 giugno 2021, n. 6756), ma anche perchè l'art. 22 della medesima norma non subordina l'accesso alla circostanza che si tratti di procedimento concluso. Sicché l'avvenuta formazione del documento e la sua possibilità di impiego in sede amministrativa è in sé sufficiente a consentirne l'accesso a chi ha titolo a visionarlo ed estrarne copia, a prescindere dall'essere ancora in corso, o meno, il procedimento amministrativo in cui quel documento confluisce, purché già di per sé utilizzato o utilizzabile dall'Amministrazione. A ribadirlo è il TAR Lombardia, Sezione II, Sentenza 5 agosto 2021.

“Confronti ed approdi recenti sul concetto di illecito professionale nella previsione dell’art. 80 co. 5 del d.lgs. 50/2016”

IN
PIL
LOLE

Sapientemente e pazientemente occorre verificare a cadenza periodica, quali scenari va delineando la Giurisprudenza in merito a specifiche tematiche meritevoli di necessarie attenzioni, perché foriere di esclusioni, ovvero ammissioni, di taluni concorrenti in sede di gara.

Le indagini ci portano a constatare che in realtà, sovente, le questioni ruotano sulla corretta lettura delle lettere c, c-bis, c-ter, c-quater dell’art. 80 del Codice.

Interessante in tal senso il piano di schematizzazione delineato dal Consiglio di Stato, Sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336, il quale si affretta a ricordare che il piano di indagine nella valutazione delle dichiarazioni rese dai concorrenti si muove su due direttrici, la valenza di grave illecito professionale e la verifica che esso mini l’affidabilità dell’impresa in relazione all’oggetto dell’appalto in questione: *“In caso di omissioni dichiarative di precedenti vicende professionali suscettibili di integrare un “grave illecito professionale” ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, non è prevista l’automatica espulsione dell’operatore economico dalla procedura di gara, ma la stazione appaltante, venuta a conoscenza della pregressa vicenda, è tenuta a valutare se essa porti a dubitare dell’integrità dell’operatore economico e della sua affidabilità quanto all’esecuzione del contratto di appalto.*

In tal senso è consolidata la giurisprudenza amministrativa, che con la sentenza dell’Adunanza plenaria 28 agosto 2020, n. 16 ha precisato che l’omissione dichiarativa non è equiparabile alla falsità e non costituisce di per sé autonoma causa escludente, sufficiente a condurre all’estromissione

del concorrente a prescindere dalla concreta rilevanza dell’informazione taciuta (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2022, n. 4965: III, 10 marzo 2021, n. 2043; V, 22 febbraio 2021, n. 1542; V, 14 giugno 2021, n. 4574; V, 15 giugno 2021, 4641).

In altre pronunce è stato puntualmente definito il contenuto della valutazione cui è tenuta la stazione appaltante qualora sia venuta a conoscenza di una condotta suscettibile di integrare un “grave illecito professionale”; in sintesi (secondo Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307 e 27 ottobre 2021, n. 7223) la stazione appaltante è tenuta ad una duplice valutazione: dapprima se si tratti, in ogni aspetto, di un effettivo caso di pregresso “grave illecito professionale” e poi in che termini il fatto che lo integra risulti incongruo rispetto all’affidabilità dell’impresa in vista del particolare contratto per il quale è gara.”

Il filone schematico delineato dal Consiglio di Stato è ormai rodato; si pensi in tal senso alla pronuncia del Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige – Trento Sentenza n. 159 depositata in data 20 settembre 2022, la quale in continuità con la Corte di giustizia dell’Unione europea 20 dicembre 2017 nella causa C-178/16, statuisce che “... nel caso di specie, non viene in considerazione tanto l’integrità del concorrente sotto il profilo della moralità professionale, allo stato del giudizio penale, quanto la sua affidabilità intesa come reale capacità tecnico – professionale nello svolgimento dell’attività oggetto di affidamento.

Peraltro, nell’accertamento della sussistenza di illeciti professionali atti ad incrinare l’affidabilità

della società partecipante alla gara – a mente dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice è attribuita alla stazione appaltante un'elevata discrezionalità. In tale contesto il giudizio al quale è chiamato questo Giudice assume una valenza del tutto estrinseca in quanto inteso soltanto a verificare l'insussistenza di evidenti travisamenti della realtà ovvero macroscopici vizi di motivazione, in nessun caso potendo sostituirsi all'Amministrazione nella valutazione. Invero l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 28 agosto 2020, n. 16, in relazione all'interpretazione dell'art. 80 suindicato, ha concluso nel senso che è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante ogni valutazione sull'illecito professionale dell'operatore economico e sulla sua relativa gravità, dovendo l'Amministrazione stabilire se la pregressa condotta del partecipante possa minarne irrimediabilmente l'affidabilità e l'integrità, così da compromettere il necessario rapporto fiduciario che deve intercorrere fra la stazione appaltante ed il suo contraente. In relazione all'esercizio di tale discrezionalità operano pertanto i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente». Infine, va rilevato che la previsione dell'articolo 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti costituisce una clausola a contenuto indeterminato che definisce una fattispecie aperta, contenente un'elencazione avente natura esemplificativa e non tassativa, da circostanziarsi nel caso concreto. Ciò, ancora una volta, in stretta continuità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza n. 470, del 18 dicembre 2014) che ha puntualizzato come la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" attenga a "... qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operato".

O ancora, sempre nell'ambito del perimetro di indagine dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, circa l'esistenza di procedimento penale pendente per i reati ricadenti nelle fattispecie escludenti del comma 1 del predetto articolo 80 e cioè artt. 318, 319 e 353 c.p., interessante Tar Lazio, sez. III, ord., 16 settembre 2022, n. 5918, il quale così si esprime: "... Rammentato che per

giurisprudenza costante "L'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra Amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di condotta illecita storicamente maturata(...)" rimettendo "la qualificazione di una condotta come grave illecito professionale ad una valutazione discrezionale della Stazione appaltante, pertanto sindacabile solo nei consueti limiti della manifesta irragionevolezza, illogicità e erroneità." (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. IV, 14 gennaio 2022, n.299; analogamente, T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV, 9 dicembre 2020, n.2456) ...".

Proseguiamo la disamina richiamando una pronuncia recente del TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 03.10.2022, n. 2173, il quale rammenta che: "In presenza di una precedente risoluzione per inadempimento, non è configurabile una fattispecie di esclusione automatica dalla gara. Il comma 5 lettera c-ter) dell'art. 80 cit. rimette invero espressamente allo scrutinio discrezionale della stazione appaltante la valutazione circa le ripercussioni delle pregresse vicende contrattuali che hanno riguardato l'impresa, ciò ai fini dell'affidabilità attuale della stessa, stabilendo che: «5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: [...] c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa». Peraltro, la valutazione posta in essere dalla stazione appaltante può essere sindacata dal Giudice Amministrativo solo in presenza di vizi macroscopici quali la carenza di motivazione, l'irragionevolezza, l'illogicità manifesta e il travisamento del fatto decisivo. In tal senso si esprime del resto compatta la giurisprudenza amministrativa: «[...] con riferimento all'annotazione presente nel casellario ANAC relativo alla risoluzione comminata dagli Ospedali Riuniti di Ancona [...] tale evenienza è stata dichiarata [...] in sede di istanza di partecipazione alla gara, ma non è stata ritenuta rilevante dalla stazione appaltante ai fini dell'esclusione [...]. Si tratta di una decisione

afferente alla discrezionalità amministrativa della stazione appaltante, il cui giudizio può essere contestato solo se la motivazione adottata risulti altamente illogica ed irrazionale» (TAR Lazio, Roma, III, 21 marzo 2022 n. 3197); «La valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico in ragione di precedenti inadempimenti dai quali siano conseguiti provvedimenti di risoluzione è espressione di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante che può essere censurata per i consueti vizi di irragionevolezza, illogicità manifesta, arbitrarietà, travisamento dei fatti (oltre che, naturalmente, per carenza della motivazione)» (Consiglio di Stato, V, 12 aprile 2021 n. 2922); «La causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c-ter), d.lgs. n. 50/2016 non consegue automaticamente alla semplice constatazione dell'esistenza di una pregressa risoluzione contrattuale per inadempimento pronunciata nei confronti del concorrente, ma presuppone l'accertamento da parte della Stazione appaltante che tale risoluzione sia scaturita da "significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto", accertamento che la Stazione appaltante conduce secondo criteri di ampia discrezionalità attraverso valutazioni tendenzialmente insindacabili dal giudice se non in presenza di macroscopici profili di illogicità o di travisamento del fatto» (TAR Lombardia, Brescia, I, 10 febbraio 2021 n. 143; cfr: TAR Toscana, Firenze, I, 21 dicembre 2018 n. 1679)".

Ancora, indagando sull'interpretazione della lettera c-ter del comma 5 dell'art. 80, si richiama Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2022, n. 7709, il quale rammenta che: "L'art. 1372 c.c. prevede che il contratto ha forza di legge tra le parti e "non può essere sciolto che per mutuo consenso".

Il mutuo dissenso costituisce non un "contro-negozio" ma una forma di risoluzione contrattuale basata su una scelta di autonomia negoziale delle parti. La fattispecie in esame si caratterizza per il fatto che le parti possono decidere di caducare il vincolo contrattuale per qualunque ragione. Nell'ambito applicativo della disposizione può, pertanto, rientrare, tra l'altro, sia la libera volontà di non proseguire la fase esecutiva del rapporto negoziale sia la sussistenza di una causa di inadempimento del contratto.

Nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientra, pertanto, anche una precedente risoluzione

consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara quante volte la stessa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a fare dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto. Occorre aderire a una lettura sostanzialista delle cause di esclusione, che non sia circoscritta al mero nomen iuris.

Lo scioglimento dal contratto è certo frutto di un accordo – e non invece di un provvedimento unilaterale dell'amministrazione – ma potrebbe essere pur sempre dovuto ad un precedente inadempimento dell'appaltatore; tale inadempimento costituisce pregressa vicenda professionale della quale la stazione appaltante deve essere edotta poiché suscettibile di far dubitare dell'affidabilità ed integrità del concorrente (Cons. Stato, sez. V, n. 4708 del 2022)."

Merita sicuramente evidenza il Consiglio di Stato, Sez. V, 5 settembre 2022, n. 7729, il quale allargando l'ambito di indagine anche all'inquadramento formale delle dichiarazioni nell'ottica delle fattispecie di cui alle lettere c-bis e f-bis, sancisce: "Con un secondo motivo di censura, l'appellante si duole che l'omessa comprova del numero di lanci non sia stata apprezzata in termini di rilevante omissione (o falsità) dichiarativa, autonomamente rilevante quale causa di esclusione, ex art. 80, comma 5, lettere c bis (o, addirittura, f bis) d. lgs. n. 50/2016.

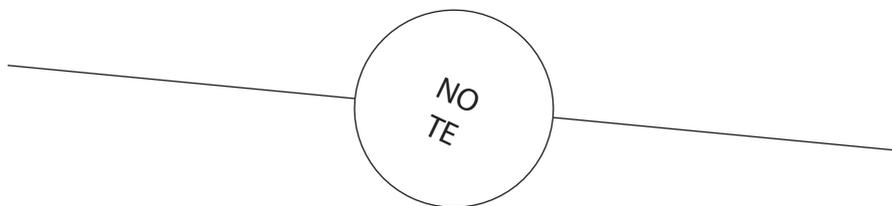
L'assunto è erroneo.

La mancata dimostrazione, in sede di verifica, di un elemento dell'offerta, pur rilevando – nei sensi chiariti – ai fini del riconoscimento del punteggio premiale, non concreta una informazione falsa o ingannevole, come tale preordinata, in senso decettivo, ad alterare la trasparenza e la correttezza della procedura evidenziale.

È noto, infatti, che sussiste una "dichiarazione omessa" quando l'operatore economico concorrente non evidenzia, strumentalmente, condotte pregresse rientranti nell'ambito dei "gravi illeciti professionali"; concreta, invece, una "dichiarazione reticente" allorché le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per potere compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; ricorre,

infine, una "dichiarazione falsa" allorché sia fornita una rilevante circostanza di fatto difforme dalla realtà effettuale (cfr., da ultimo, Cons., Stato, sez. V, 31 marzo 2021, n 2708): essendo evidente che alcuna di tali situazioni possa essere assimilata al caso di specie."

Una variazione al tema lettere c) e seguenti, è rappresentata dalla pronuncia del Tar Campania-Napoli, Sez. III, 26 settembre 2022, n. 5925, la quale allarga lo spettro di indagine alla lettera m) dell'art. 80: *"Come è stato "chiarito da un consolidato e condiviso indirizzo giurisprudenziale con riferimento alla causa di esclusione contemplata dall'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, al di fuori dei casi tipizzati dal legislatore all'art. 2359 c.c. (...), il giudizio presuntivo necessario per la dimostrazione dell'esistenza di un "unico centro decisionale" di provenienza delle offerte deve rispettare i canoni tipici della prova logica (in termini di gravità, precisione e concordanza degli elementi utilizzati) e superare l'eventuale controprova logica, essendo consentito alle imprese delle quali si ipotizza il collegamento sostanziale dimostrare che il rapporto di collegamento non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara. In sintesi, il motivo escludente previsto dalla citata disposizione normativa deve essere applicato con rigore ed equilibrio, così da scongiurare il rischio di incidere ingiustificatamente, oltre che sulla libertà di impresa delle concorrenti, sul canone di massima partecipazione alle gare pubbliche. Pertanto, in base alle regole di esperienza che possono dirsi sufficientemente attendibili sotto il profilo della ragionevolezza e della logica, esiste un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi sia intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, contiguità di sede, utenze in comune (c.d. indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, identiche modalità formali di redazione delle offerte, strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (c.d. indici oggettivi) (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 giugno 2022 n. 4625; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 luglio 2016 n. 3057; TAR Campania Napoli, Sez. I, 30 settembre 2021 n. 6116; TAR Campania Salerno, Sez. I, 18 settembre 2020 n. 1181; TAR Sicilia Catania, Sez. I, 5 maggio 2020 n. 950)".*



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

Publicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2022

SEMI
NARI

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

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

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

ottobre
2022

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Incentivi e in house providing (e rapporti con le spese del personale)

Premessa

1. Rapporti incentivi e spese del personale
2. Rapporti con l'in house providing
3. Il riscontro

3

In caso di concessione gli incentivi non sono erogabili

Premessa

1. L'esame della sezione
2. Gli incentivi hanno una disciplina speciale
3. Conclusione

6

Incentivi erogabili anche nel caso di approvazione postuma del regolamento (ma a certe condizioni)

Premessa

1. La giurisprudenza in materia
2. Il regolamento è un presupposto essenziale
3. La tardiva approvazione del regolamento
4. La conclusione

9

Incentivi e in house providing (e rapporti con le spese del personale)

Premessa

Con la recente deliberazione n. 119/2022 (Corte dei Conti sezione regionale Puglia) viene in esame la questione dei rapporti tra incentivi tecnici (collegati ad una concessione alla società *in house*) e i limiti (i contingentamenti) rispetto alle spese del personale (dell'*in house*). Nel quesito insiste il timore, in pratica, sulla possibilità di riconoscere gli incentivi (maturati sotto l'egida del pregresso codice) in relazione alle limitazioni in tema di spesa del personale.

Più nel dettaglio, con i quesiti il Sindaco, evidenziato che "fino all'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016", la società (nda *in house*) si è avvalsa della possibilità di prevedere compensi incentivanti in favore dei propri dipendenti coinvolti, a diverso titolo, nella progettazione e nell'esecuzione di opere e lavori e che il regolamento disciplinante tali compensi era stato adottato nel dicembre 2013 ai sensi dell'art. 92, co. 5 ult. per. Dlgs 163/2006".

Inoltre si specifica:

1. "che i lavoratori hanno inoltrato plurime richieste di riconoscimento di incentivi tecnici, riferite alle attività svolte durante la vigenza del d.lgs. 163/2006";
2. che "sussiste un profilo di incertezza sulla possibilità che le somme corrisposte a titolo di incentivi per funzioni tecniche concorrano al raggiungimento dei limiti di spesa del personale fissati dall'Ente socio con proprie direttive inserite nel DUP, ovvero se le stesse non concorrano al raggiungimento di detti limiti in ragione della previsione recata dall'art. 92, co. 5, ult. per., d.lgs. n. 163/2006" (il limite del 2%);

Oltre alle naturali implicazioni si chiede se l'erogazione possa essere legittimata come deroga ai parametri predetti o se, piuttosto, non si sia in presenza di spese del personale.

Il parere

Nella disamina la sezione rammenta, in primo luogo, la scelta effettuata dal legislatore del nuovo codice, della c.d. ultrattività ovvero, le norme dell'attuale codice, evidentemente, si applicano solamente ad "accadimenti" intervenuti dopo la sua entrata in vigore.

In pratica, si legge nella deliberazione il legislatore "ha scelto l'opzione dell'ultrattività, consentendo che il regime previgente continui ad operare in relazione alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016".

Pertanto, ed evidentemente, le nuove disposizioni si applicano alle procedure ed ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure ed ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte, (a decorrere dal 19 aprile 2016), fatte salve le disposizioni speciali e testuali di diverso tenore (Sez. Reg. controllo Lombardia/191/2017/PAR).

Rapporto incentivi e spese del personale

Il collegio rammenta che la Sezione delle Autonomie, già a partire dal 2009 (cfr.16/SEZAUT/2009/QMIG), si è già espressa nel senso di escludere gli incentivi tecnici (in origine limitati alla progettazione) dal computo della dinamica retributiva assoggettata ai vincoli di finanza pubblica. Ciò è avvenuto sulla base della considerazione che si trattasse di una spesa ancorata agli investimenti, non riconducibile, quindi alla spesa corrente di cui il personale costituisce una cospicua parte. Questa conclusione è stata condivisa dalle Sezioni riunite con deliberazione n. 51/CONTR/2011 che ha escluso dal limite di spesa posto dall'art. 9, comma 2-bis del d.l. n.78/2019 tutti quei compensi per prestazioni professionali specialistiche offerte da soggetti qualificati, tra i quali l'incentivo per la progettazione interna.

Detta impostazione ha però avuto una sorta di "capovolgimento con il nuovo codice dei contratti (decreto legislativo 50/2016) **almeno fino almeno fino all'intervento ufficiale di modifica dell'articolo 113 del medesimo codice**. Con la conclusione (anche delle Sezioni delle Autonomie n. 6/2018, secondo cui gli incentivi tecnici maturati nel periodo intertemporale anni 2016-2017 ovvero dalla data di entrata in vigore dell'art. 113, comma 2 del d.lgs. 50/2016, fino al giorno anteriore all'entrata in vigore del citato comma 5-bis (**1° gennaio 2018**) sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all'art. 1, comma 236, della l. 208/2015 successivamente modificato dall'art. 23 del d.lgs. 75/2017 pur se la provvista dei predetti incentivi sia stata predeterminata nei quadri economici del singoli appalti, servizi e forniture.

L'attuale conclusione, pertanto, è che gli incentivi non siano da cumulare con il trattamento accessorio né sono da ascrivere alla spesa del personale.

Le remunerazioni per funzioni tecniche, quindi, sono escluse dal tetto di spesa per le retribuzioni previsto dai vincoli di finanza pubblica, in quanto partecipano della stessa natura dei contratti cui accedono.

Rapporti con l'in house providing

Espletato l'importante riscontro, la sezione giunge ad analizzare i rapporti rispetto all'in house providing.

Più specificamente, si annota in deliberazione, il modello "in house providing" si caratterizza "per la mancanza di una concreta terzietà ed estraneità del soggetto affidatario dell'attività rispetto alla pubblica amministrazione affidante, per cui, diversamente da quanto si verifica sia nel caso dell'appalto pubblico che in quello della concessione, manca una reale relazione intersoggettiva e proprio tale circostanza fonda la deroga alla disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica, in quanto nella sostanza è come se il bene o il servizio fosse prodotto da un organo interno dell'amministrazione controllante".

Il riscontro

Per effetto di quanto riportato emerge che nell'acquisizione di lavori, servizi e forniture le società in house sono tenute ad attenersi alla disciplina del Codice dei contratti pubblici: l'affidamento diretto "a monte" dell'attività alla società in house, viene in parte bilanciato dall'obbligo per quest'ultima di seguire "a valle" le regole dell'evidenza pubblica per gli appalti da stipulare.

Il principio risulta, tra l'altro, positivizzato all'art. 16, d.lgs. n. 175/2016, avente ad oggetto le "società in house" che, al comma 7, statuisce: «le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016».

In conclusione, si sottolinea, è possibile fornire risposta al quesito nel senso che le somme da corrispondere per le attività incentivabili ai sensi dell'art. 92 co. 5. ult. per. del d.lgs. 163/2006 sono (ri)comprese nel quadro economico dell'appalto e non concorrono al raggiungimento dei limiti di spesa fissati dall'Ente socio (per l'in house).

In caso di concessione gli incentivi non sono erogabili

Premessa

Alla sezione Lombarda viene posta la questione della possibilità di erogare incentivi per funzioni tecniche nel caso di concessione di servizi. Problematica, già si anticipa risolta in senso negativo, esaminata con la recente deliberazione n. 125/2022.

In particolare, il sindaco di un comune lombardo chiede "se sia possibile in materia di concessioni e in regime di partenariato pubblico-privato (*project financing*), erogare degli incentivi per le funzioni tecniche previste nel quadro economico della concessione in parola, oppure se tale erogazione possa rappresentare un danno patrimoniale per l'ente. Ciò, tra altro, nella fattispecie in cui tale spesa trova adeguata copertura nel Bilancio del Comune".

L'esame della sezione

In deliberazione si precisa che, circa possibilità di applicare la disciplina dell'art.113 del D.lgs. 50/2016 alle forme di partenariato pubblico-privato, la problematica è già stata oggetto di copiosa giurisprudenza della Corte dei conti, anche di questa Sezione regionale di controllo (cfr. *ex multis*, deliberazioni Sezione regionale di controllo per la Lombardia numeri 311, 429 / 2019 /PAR, n. 110/2020/PAR e deliberazione Sezione regionale di controllo per il Veneto n. 20/2020/PAR).

In specie, con la predetta deliberazione n. 429/2019/PAR è stato sancito che "il principio enunciato dalla Sezione delle Autonomie - nda 15/2019 -, (che esclude l'applicazione degli incentivi alle concessioni) trova completa e totale applicazione non solo nell'ipotesi di concessione, ma anche nel caso in cui la questione attenga ad altre forme contrattuali come, per l'appunto, nel caso di forme di "Partenariato Pubblico Privato".

La Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, deliberazione 15/2019/QMIG, in effetti ha osservato come "una piana lettura di quest'ultima disposizione non può indurre invero a ritenere che anche l'art. 113 sia applicabile ai contratti di concessione", dovendosi piuttosto osservare che "il citato art. 113 è calibrato inequivocabilmente sulla tipologia dei contratti di appalto"; ciò in particolare alla luce dell'attuale disposto del comma 5-bis della stessa norma, da cui si desume univocamente che i compensi incentivanti "per chiara affermazione del legislatore costituiscono un "di cui" delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo in esame anche alle concessioni, non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture".

Gli incentivi hanno una disciplina "speciale"

Altresì si è segnalato che proprio la specialità/specificità del compenso incentivante "ha richiesto una disciplina espressa e compiuta, che è declinata nell'art. 113, con indicazione degli ambiti, delle modalità di finanziamento e delle relative procedure di quantificazione e individuazione delle destinazioni, nonché della natura degli emolumenti accessori (e per quest'ultimo profilo è stato necessario un ulteriore intervento legislativo). Non sembra praticabile, quindi, un'interpretazione estensiva ed analogica".

In conclusione, la Sezione delle Autonomie ha ritenuto che "per ritenere applicabile anche ai contratti di concessione gli incentivi per lo svolgimento di funzioni tecniche **si dovrebbe operare uno sforzo ermeneutico estensivo ed analogico tale da riscrivere, di fatto, il contenuto dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, che, come si è visto, è calibrato sui contratti di appalto (ai quali espressamente si riferisce) e non tiene conto di quelle sostanziali differenze che caratterizzano i contratti di concessione"**.

Conclusione

Alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, la Sezione, anche con deliberazione n.110/2020/PAR, ha ribadito **l'inapplicabilità** della disciplina degli incentivi tecnici, di cui all'art.113 D.lgs. 50/2016, alle forme di partenariato pubblico- privato e, in particolare, all'istituto del "*project financing*" e, con successiva deliberazione n.176/2020/PAR, ha precisato che "il principio espresso dalla Sezione delle Autonomie con la deliberazione 15/2019/QMIG, in base al quale gli incentivi di cui all'art. 113 **non sono riconoscibili ai contratti di concessione, sia da applicare anche quando l'amministrazione riconosca ai sensi delle disposizioni richiamate un prezzo (contributo pubblico) al concessionario**".

Tutto ciò posto, conclude la deliberazione, e rilevato che non risultano rinvenibili altre (e nuove) valide motivazioni per discostarsi dalla precedente e costante giurisprudenza di questa Sezione, la Corte dei conti – Sezione regionale di controllo per la Lombardia – il parere della sezione è che: "La vigente normativa in tema di incentivi tecnici, di cui all'art.113 del D.lgs. 50/2016, non trova applicazione né nell'ipotesi di contratti di concessione, né nelle diverse forme di Partenariato Pubblico Privato, anche nella fattispecie in cui le relative somme sono previste nel quadro economico e trovano adeguata copertura in bilancio".

Incentivi erogabili anche nel caso di approvazione postuma del regolamento (ma a certe condizioni)

Premessa

Con la deliberazione n. 131/2022, la sezione regionale, della Corte, lombarda affronta l'annosa (e spesso reiterata) questione della possibilità di riconoscere gli incentivi anche nel caso di adempimento "postumo" dei vari adempimenti amministrativi (es. mancata previsione nel quadro economico, mancata previsione nel fondo di sviluppo delle risorse umane, mancata adozione del regolamento correlato etc).

Più nel dettaglio con il quesito si chiede alla sezione se sia "possibile erogare i compensi incentivanti per le funzioni tecniche al personale, relativamente agli anni 2016-2020, evidenziando il parere contrario della rappresentanza sindacale, in quanto i relativi fondi sono stati accantonati nei bilanci dei rispettivi anni, ma non inseriti nella costituzione del fondo per ciascun esercizio di riferimento".

La giurisprudenza in materia

In deliberazione si riporta l'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi in materia (cfr. Sez. reg. Campania, n.21/2022), in cui si rammenta che nell'ordinamento è stato introdotto un compenso incentivante per l'esercizio di funzioni progettuali da parte del personale dipendente (cfr. art. 1 r.d. 422/1923, artt. 17 e 18 l. 190/1994, art. 7, c.6, d.lgs. 165/2001, art.93 d.lgs. 163/2006, come innovato ad opera del d.l. 90/2014, conv. con l. 114/2014).

Nell'attuale disciplina, contenuta nell'artt. 113, commi 2 e ss., d.lgs.50/16, l'istituto non è più correlato all'espletamento delle dette funzioni, ma è finalizzato ad incentivare la serie variegata di attività, di natura prevalentemente tecnica, espressamente indicate dalla norma, inerente agli appalti di lavori, di servizi e di forniture, da parte di più figure professionali interne all'amministrazione (cfr., Sez. reg. Lazio, n. 57/2018).

Ora, sulla base del modello normativo adottato dall'art.113 d.lgs. 50/2016 l'amministrazione può procedere alla corresponsione degli incentivi per funzioni tecniche al ricorrere di alcuni specifici presupposti di carattere soggettivo e oggettivo.

- a) Dal lato **soggettivo**, si legge, la norma individua "una platea ben circoscritta di possibili destinatari, accomunati dall'essere incaricati dello svolgimento di funzioni rilevanti nell'ambito di attività espressamente e tassativamente previste dalla legge" (Sez. autonomie n.6/2018; cfr., altresì, Sez. reg. Lombardia, n.73/2021 e Sez. autonomie, del. n.15/2019), ai quali possono complessivamente corrispondersi, nel corso dell'anno, incentivi - provenienti anche da diverse amministrazioni - nel limite del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo.
- b) Dal lato **oggettivo**, evidentemente, la norma richiede che l'amministrazione si doti di un apposito regolamento interno, che raggiunga un accordo in sede di contrattazione decentrata integrativa e che destini agli incentivi una quota parte delle risorse stanziare nel quadro economico dell'appalto, attraverso la costituzione di un fondo vincolato, della misura del 2% dell'importo posto a base della gara.

Il regolamento è un presupposto essenziale

Dal tenore della norma, il regolamento costituisce il presupposto logico per la fissazione in sede di contrattazione integrativa dei coefficienti per il calcolo dell'incentivo in funzione dei carichi di lavoro, dei differenti livelli di responsabilità e della complessità degli appalti (cfr., Sez. reg. Sardegna, n.1/2022, Cons. Stato, Sez. cons., n.145/2021).

Sul punto, è, peraltro, parere della giurisprudenza civile che il compimento dei predetti atti da parte dell'amministrazione (in particolare, la previa adozione del regolamento) **non siano costitutivi del diritto di credito del dipendente, ma ne integrino condizioni di esigibilità, con la conseguenza che, in caso di omissione dell'amministrazione, il dipendente può far valere solo una azione risarcitoria per inottemperanza agli obblighi (Cass. Civ., sez. lav., n.10222/2022; cfr., altresì, Sez. Autonomie n.16/2021).**

La tardiva approvazione del regolamento

In tema di tardiva approvazione del regolamento si è pronunciata, recentemente, la Sezione delle Autonomie con la deliberazione n.16/2021.

La sezione, dopo aver sottolineato che il principio del *tempus regit actum* possa trovare un contemperamento a tutela, peraltro, del legittimo affidamento, in particolare, qualora la fase liquidatoria non si sia conclusa, ha richiamato l'art.5, c.10, l. 121/2021, che, in ipotesi similare, ha riconosciuto **"che il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture in cui le procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 anche se gli stessi lavori sono stati eseguiti prima della entrata in vigore del predetto regolamento"**.

La Sezione delle Autonomie, in pratica, ha ammesso la possibilità di una adozione postuma del regolamento.

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

La previsione, ovviamente, nei quadri economici delle somme relative agli incentivi è condizione vincolante per poter liquidare gli incentivi (e su questo insiste opinione unanime in giurisprudenza in considerazione del chiaro tenore normativo e dei possibili riflessi sugli equilibri di bilancio dell'Ente (Sez. reg. Toscana n.93/2022, Sez. reg. Emilia-Romagna n.43/2021; Sez. reg. Lombardia n.64/2022, 73/2021, 304/2018; Sez. reg. Liguria n.58/2017).

Da ciò la necessaria previsione nel fondo sviluppo risorse umane con cui l'amministrazione vincola una quota parte delle risorse stanziare per l'appalto agli incentivi per il personale, le quali, in tal modo, entrano nella programmazione dell'appalto stesso, ricevendo copertura finanziaria.

Altro orientamento, oramai consolidato, è altresì propenso alla possibilità di un riconoscimento postumo ammettendo la possibilità di integrare successivamente un quadro economico (che risultasse sprovvisto di incentivi. In deliberazione, quindi, sul punto si legge che la giurisprudenza ha, tuttavia, riconosciuto come, in astratto e a priori, non possa escludersi "che degli incentivi non inizialmente previsti nel quadro economico (e quindi in fase di indizione del bando con relativa definizione dell'importo a base di gara) trovino copertura in bilancio", ammettendo, quindi, la possibilità della loro successiva inclusione nel nuovo quadro economico (così Sez. controllo Friuli Venezia Giulia, n. 43/2021/PAR citata; cfr. anche Sezione controllo Puglia, delibera n. 103/2021/PAR; Sezione controllo Emilia Romagna, delibera n. 56/2021)"(cfr. Sez. reg. Sardegna, n.1/2022), nel rispetto delle previsioni contenute nel d.lgs. 50/2016.

Ovviamente detta eventuale, successiva, inclusione nel quadro economico deve ammettersi **se giustificata da fatti sopravvenuti e non prevedibili utilizzando l'ordinaria diligenza, a fronte di una motivazione rafforzata, che dia conto della finalizzazione all'interesse pubblico e, al contempo, della complessità delle attività svolte (cfr. Sez. reg. Toscana, n. 93/2022,**

n. 11/2021; Sez. reg. Emilia-Romagna n. 56/2021), in quanto, diversamente, "appare sintomatica di un difetto di programmazione" (Sez. reg. Friuli Venezia Giulia n.43/2021). Ciò consente anche di incrementare il fondo predetto "qualora nel corso dell'esecuzione del contratto si renda necessario redigere una perizia di variante e suppletiva connotata da particolare complessità, con incremento dell'importo di gara (escludendo le varianti determinate da errori di progettazione) e previo accertamento dell'effettivo svolgimento delle maggiori attività tecniche svolte dai dipendenti (Sez. reg. Lombardia, n.65/2022)". In questo senso, ai fini di rideterminare il valore della percentuale di incentivi spettante ai dipendenti, anche la Sez. reg. Sardegna, n.1/2022.

La conclusione

Sulla base delle considerazioni esposte, in risposta al quesito sottoposto, la sezione conclude nel senso che il mancato accantonamento nel fondo previsto dal secondo comma dell'art.113 delle risorse destinate agli incentivi per funzioni tecniche e, dunque, la mancata previsione nel quadro economico del singolo appalto, **impedisce all'amministrazione di erogare gli stessi al personale dipendente, mancando la copertura della spesa.**

Però, la possibilità di riconoscere gli incentivi è ammessa una volta accantonate le risorse nel fondo ex art.113 (nel caso in via postuma, secondo quanto in precedenza esposto), sempre **che l'amministrazione abbia assunto il relativo impegno di spesa a valere sul detto fondo, vale a dire, sullo stanziamento previsto in bilancio per l'appalto e, al contempo, sul fondo per la contrattazione integrativa, previo accertamento in entrata sulle risorse accantonate al primo fondo, nel rispetto del principio contabile ex allegato 4.2 al d.lgs. 118/2011, onde evitare l'effetto duplicativo della spesa.**

Se questi presupposti, indefettibili, sono presenti, **l'erogazione degli incentivi è consentita** (con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale), a patto che, ovviamente, l'amministrazione abbia preventivamente approvato un apposito regolamento.

Pertanto, può ritenersi consentita l'erogazione anche in presenza di un regolamento approvato successivamente all'espletamento delle funzioni da parte dei dipendenti, purché prima della conclusione del procedimento di riparto e successiva liquidazione degli stessi.

Più nel dettaglio il riscontro ai pareri è:

1. "Gli incentivi per funzioni tecniche **possono essere erogati** dall'amministrazione al personale dipendente, previa approvazione dell'apposito regolamento, al ricorrere delle specifiche condizioni previste dai commi 2 e 3 dell'art.113 d.lgs. 50/2016 e, in particolare, qualora la stessa abbia vincolato la quota parte prevista di risorse a valere sullo stanziamento del singolo appalto, inserendo la voce nel relativo quadro, e l'abbia contabilizzata secondo le previsioni del principio contabile contenuto nell'allegato 4.2 al d.lgs. 118/2011, facendo confluire le risorse anche nel fondo per la contrattazione integrativa.
2. Non è da escludere che **gli incentivi non inizialmente previsti** nel quadro economico trovino copertura in bilancio e conseguentemente vengano accantonati al fondo ex art.113 e al fondo per la contrattazione integrativa, al ricorrere di specifiche condizioni, nel rispetto della disciplina di settore e ove la decisione sia supportata da un adeguato corredo motivazionale.