

Rivista mensile - Anno VII, Numero 1

marzo
2017

MEDIA APPALTI

Decreto correttivo del codice degli appalti: focus sulla compatibilità del RUP con il ruolo di membro della commissione giudicatrice

Le novità in tema di pubblicazione di avvisi e bandi di gara

***Ius variandi* nel d.lgs. n. 50/2016**

“Guida pratica in materia di appalti pubblici”

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

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

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

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

**Media
Graphic**

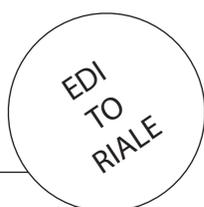




**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

**marzo
2017**



Le regole

Portati avanti con i compiti. Non aspettare l'ultimo momento. E' il consiglio che le nostre madri ci hanno sempre dato per evitare di trovarci in affanno. Era il ponte di chissà quale festività. Forse erano le ferie natalizie. Avevamo giorni e giorni per poter fare quei compiti, ma il consiglio era di farli il più presto possibile. Perché va a finire che ti ritrovi il giorno prima del rientro piegato su libri e quaderni a studiare fino a notte tarda. E rischi di tornare a scuola impreparato dopo intere giornate a disposizione per studiare. All'interrogazione arranchi perché hai studiato tutto in una volta e male, per la fretta. E se ti va bene eviti l'insufficienza. Portati avanti con i compiti. Non aspettare l'ultimo momento. E' lo stesso consiglio che probabilmente si saranno sentiti dire, tante volte, dalle loro madri, chi dovrebbe gestire l'organizzazione del G7 di maggio a Taormina. La data si avvicina inesorabilmente ma fino a questo momento nulla è stato ancora fatto per avviare quei lavori di cui il meraviglioso centro siciliano necessita per ospitare i "grandi" del mondo. Sei mesi fa l'annuncio, come afferma il sindaco Eligio Giardina. Poi il silenzio. Sono note le opere che dovrebbero essere compiute, ma non si interviene. E così i mesi passano. Si arriva a dicembre, il 29 dicembre, e il Consiglio dei Ministri approva un decreto. E' già troppo tardi. Non c'è tempo per seguire le normali procedure per l'assegnazione dei lavori. E infatti il decreto

va in deroga alle disposizioni del nuovo Codice degli Appalti e dispone che si proceda mediante ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Procedura che secondo il nuovo codice va applicata "in caso di necessità ed urgenza". Come, aspettate che il tempo passi, vi riducete all'ultimo momento e poi invocate la necessità e l'urgenza?

La vicenda non piace al Presidente dell'Anac Raffaele Cantone, non piace al Presidente di Legambiente Sicilia Gianfranco Zanna, non piace al Presidente dell'Ance Gabriele Buia, non piace al sindaco di Taormina. Non piace a nessuno. Non piace perché come afferma Zanna è "incomprensibile e di una gravità inaudita fare delle deroghe sulle gare d'appalto in un'area così sensibile a corruzione e infiltrazioni mafiose". Cantone in un intervento del 20 gennaio scorso ha ribadito come la strada presa non è in linea con lo sforzo compiuto con l'approvazione e l'applicazione del Codice che restringe in maniera consistente l'applicazione di procedure semplificate. Il disappunto di Buia tocca anche l'aspetto emotivo-istituzionale. Cosa suscita negli amministratori più piccoli il comportamento dell'amministrazione di vertice? Confusione, incertezza, irritazione. Costretti a rispettare delle regole che non sono rispettate da chi le ha fatte. E alla fine sentirsi giustificati a procedere allo stesso modo. Si crea un precedente. E l'Italia è gestita sui precedenti. Su quelli virtuosi

e su quelli viziosi. "Che esempio si dà, anche alle piccole amministrazioni, se chi governa ha bisogno di una deroga per appaltare i lavori necessari a gestire un evento internazionale?", dice Buia. "Si fanno le regole per gli altri, e delle eccezioni per sé stessi" affermava Charles Lemesle, politico francese vissuto tra il '700 e l'800.

Come scrive Mauro Salerno su ILSOLE24ORE le deroghe non si devono "utilizzare per coprire le carenze di programmazione". La storia si ripete a breve tempo. Dopo l'Expo di Milano, il G7 di Taormina. Le stesse dinamiche a poca distanza di tempo. Attardarsi con l'avvio dei lavori e poi procedere con i meccanismi della deroga e dell'assegnazione senza bando.

"Il ragazzo è intelligente ma non si applica, potrebbe fare di più, commette sempre gli stessi errori" ci sentiremmo dire ai colloqui con i professori.

di Enzo de Gennaro

sommario

Editoriale

Le regole

4

In evidenza

Decreto correttivo del codice degli appalti: focus sulla compatibilità del RUP con il ruolo di membro della commissione giudicatrice

7

Sotto la lente

Il Durc on line al tagliando. La Circolare INPS n. 17 del 2017 ed una prima analisi giurisprudenziale del requisito di regolarità contributiva alla luce del nuovo Codice

14

Il Punto

Le novità in tema di pubblicazione di avvisi e bandi di gara

21

L'accesso nel nuovo codice degli appalti, la competenza, l'istruttoria e la questione dell'ostensione degli atti intermedi

30

Ius variandi nel d.lgs. n. 50/2016

38

La responsabilità solidale negli appalti pubblici e privati

46

L'art. 80 del nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 50/2016): prime riflessioni in ordine ai motivi di esclusione

53

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Ing. Pier Luigi Gianforte
Specialista in materia di lavori pubblici

Avv. Rinaldo Alvisi
Avv. Penalista

Avv. Mariarosaria di Canio
Esperta in contrattualistica pubblica

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

Progetto Grafico
Federica Damato

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

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

Decreto correttivo del codice degli appalti: focus sulla compatibilità del RUP con il ruolo di membro della commissione giudicatrice

di Adriana Presti

IN
EVI
DENZA

Premessa

L'articolo 1, comma 8, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, dispone che il Governo, entro un anno dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 50/2016 (d'ora in poi, anche, Codice) può emanare disposizioni integrative e correttive al codice stesso, con la medesima procedura prevista per l'adozione del provvedimento principale.

A tal fine, in attuazione di quanto previsto dal comma 2 del richiamato articolo 1 della legge delega, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha avviato una consultazione (conclusasi il

22.02.2017), di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, con i principali *stakeholders* e, cioè, con le principali categorie di soggetti destinatari del provvedimento correttivo, di prossima adozione.

Con comunicato del 23 febbraio 2017, la Presidenza del Consiglio ha reso noto che, nella seduta del Consiglio dei Ministri tenutasi lo stesso giorno, è stato approvato, in via preliminare, lo schema del decreto correttivo del Codice dei contratti.

Lo schema dovrà ora proseguire l'*iter* disegnato dalla legge delega, che prevede il passaggio al Consiglio di Stato, alla Conferenza unificata e alle Commissioni parlamentari per i relativi pareri, per poi tornare all'esame in Consiglio dei Ministri. Ai sensi dell'art. 1, comma 8, della l. n. 11 del 2016, il suddetto *iter* dovrà concludersi, pena lo spirare della delega, entro il 19 aprile 2017.

1. Ambito e portata delle modifiche dello schema di decreto

Lo schema del correttivo in sintesi apporta modifiche e integrazioni al Codice, "volte a perfezionarne l'impianto normativo confermandone i pilastri fondamentali" secondo **tre linee direttrici**:

1. sono state apportate al codice tutte le modifiche di coordinamento ai fini di una più agevole lettura;
2. sono state introdotte integrazioni che migliorano l'efficacia e chiariscono la portata di alcuni istituti, sulla base anche di quanto suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva e dalle associazioni o dagli operatori di settore;
3. sono state apportate limitate modifiche ad alcuni istituti rilevanti, conseguenti alle criticità evidenziate nella prima fase attuativa del codice.

Tra le modifiche quelle più rilevanti concernono:

- i. **l'appalto integrato**: si introduce un periodo transitorio che prevede che l'appalto integrato sia possibile per gli appalti i cui progetti preliminari o definitivi siano stati già approvati alla data di entrata in vigore del codice e nei casi di urgenza;
- ii. **la progettazione**: si introduce l'obbligatorietà dell'uso dei parametri per calcolare i compensi a base di gara;
- iii. **le concessioni 80/20**: si chiarisce che il limite dell'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000, che i concessionari sono obbligati ad affidare mediante procedura ad evidenza pubblica non riguarda i lavori eseguiti direttamente né quelli relativi alla manutenzione ordinaria;
- iv. **il subappalto**: si supera la rigidità della disciplina attualmente prevista, anche alla

luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, chiarendo tra l'altro che il limite del 30% è da riferirsi alla categoria prevalente per i lavori e, solo nel caso di servizi e forniture, all'importo complessivo del contratto; quanto invece all'indicazione della terna dei subappaltatori, si prevede che la stazione appaltante potrà indicare quando ritiene necessaria l'indicazione della terna in sede di offerta;

- v. **il contraente generale**: si prevede una soglia minima pari a 150 milioni di euro per il ricorso all'istituto del contraente generale, per evitare che il ricorso all'istituto per soglie minimali concretizzi una elusione del divieto di appalto integrato;
- vi. **le varianti**: si integra la disciplina della variante per errore progettuale, specificando che essa è consentita solo entro i limiti quantitativi del *deminimis*;
- vii. **le semplificazioni procedurali**: in caso di nuovo appalto basato su progetti per i quali risultino scaduti i pareri acquisiti, ma non sono intervenute variazioni, vengono confermati i pareri, le autorizzazioni e le intese già rese dalle amministrazioni.

Di particolare **rilevanza hanno, inoltre, le modifiche previste per il Responsabile unico del procedimento (d'ora in poi RUP) ed in ordine alla *vexata quaestio* della compatibilità della partecipazione del RUP nella commissione di gara.**

2. Il quadro normativo

L'attuale art. 77 del Codice stabilisce che "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

La norma rappresenta un'evoluzione di quanto previsto dal comma 4 dell'art. 84, del previgente

codice di cui al D.lgs. n. 163/2006 in quanto estende al Presidente della commissione la causa di incompatibilità dello svolgimento di altro incarico o funzione in relazione al contratto oggetto della gara, che il vecchio Codice prevedeva nei soli confronti dei commissari diversi dal Presidente.

Il RUP di regola ricadrebbe nell'ipotesi di incompatibilità prevista dal comma 4 dell'art. 77, ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza. In tal senso si sono espresse le Linee guida ANAC n. 3 "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", 26 ottobre 2016, nonché il Parere 18 febbraio 2007, n. 27.

A tal proposito, il Consiglio di Stato nel parere 2 agosto 2016 n. 1767 ha, tuttavia, osservato che: "il terzo periodo del paragrafo 1.1. stabilisce, fra l'altro, che *"il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice)"*. Si osserva al riguardo che la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto *ex multis*: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali".

La posizione del Consiglio di Stato riguarda gli appalti sotto soglia comunitari mentre negli appalti sopra soglia, come meglio si dirà nel prosieguo, la

commissione deve essere esterna.

3. La modifica prevista in tema di RUP

Ebbene lo schema di decreto correttivo (art. 27, comma 2) prevede l'inserimento di un periodo nel comma 4 dell'articolo 77 del Codice del seguente tenore: "**La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura**".

Sicché verrebbe meno l'automatismo tratteggiato dall'ANAC – e da un filone giurisprudenziale – secondo cui il RUP, per ciò stesso, è incompatibile a far parte dell'organo valutatore e questo per un principio di terzietà. Sul punto la giurisprudenza amministrativa¹ di recente ha statuito che l'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, posto a tutela dell'imparzialità, «per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione» e dell'oggettività dell'azione amministrativa per «evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse», **mira a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi** prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura.

Come evidenziato da ricorrente giurisprudenza, l'incompatibilità mira a garantire l'imparzialità dei commissari di gara che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di

1. TAR Puglia, Lecce, 23 gennaio 2017, n. 93; id. Sez. II, 27 giugno 2016, n. 1040.

progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (Consiglio di Stato, sez. VI, 29.12.2010, n. 9577; sez. V, 22.6.2012, n. 3682).

Mentre secondo un altro filone giurisprudenziale "nelle procedure di appalti pubblici non vi è una incompatibilità assoluta e insuperabile tra le funzioni di responsabile del procedimento e di quelle di componente di commissione di gara, poiché le prime non attengono a compiti di controllo, ma soltanto a verifica interna della correttezza del procedimento, di guisa che non vi è sovrapposizione né identità tra controllato e controllante e le due funzioni restano compatibili tra loro" (Cons. St. 5408/2012).

Sebbene non sia revocabile in dubbio che la disposizione dell'art. 84 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dettata a garanzia della trasparenza e dell'imparzialità dei procedimenti di gara, impedisce la presenza nelle commissioni di gara di coloro che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado cioè di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte potendo condizionarne l'esito (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191; 14 giugno 2013, n. 3316; sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438; 29 ottobre 2010, n. 9577), d'altra parte deve sottolinearsi, per un verso, che tale incompatibilità deve riguardare effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta e non può riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (Cons. St., sez. V, 25 luglio 2011, n. 4450; sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942) e, per altro verso, che di tale situazione di incompatibilità deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto

Nelle procedure di appalti pubblici non vi è una incompatibilità assoluta e insuperabile tra le funzioni di RUP e di quelle di componente di commissione di gara, poiché le prime non attengono a compiti di controllo, ma soltanto a verifica interna della correttezza del procedimento, di guisa che non vi è sovrapposizione né identità tra controllato e controllante e le due funzioni restano compatibili tra loro.



di una possibile situazione di incompatibilità (dovendo la disposizione in questione, in quanto limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione, essere interpretata in senso restrittivo), (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565). D'altra parte "al fine della sussistenza della incompatibilità (...), non è neppure sufficiente la mera predisposizione materiale del capitolato speciale, occorrendo invero non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante

per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario, fattispecie che non ricorre nel caso di specie in cui il capitolato tecnico in questione risulta approvato da altro dirigente (che poi ha svolto le funzioni di presidente della commissione di gara)"

(Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565).

Per il che non v'è dubbio che l'appaltatore è tenuto ad una vera e propria *probatio diabolica* in ordine alla contestata situazione di incompatibilità, non essendo sufficiente in tal senso la mera allegazione di una possibile situazione di incompatibilità. Per superare tale aspetto, tutt'altro che secondario, ci si sarebbe auspicato una previsione e/o una modifica che prevedesse il divieto per il RUP di far parte della commissione, salva l'ipotesi di coincidenza con le funzioni di responsabile del servizio.

Di tutt'altro tenore invece è la modifica in commento per effetto della quale spetterà dunque alla stazione appaltante valutare **caso per caso** le possibilità di condizionamento del RUP rispetto al procedimento.

La valutazione sulla eventuale incompatibilità del RUP con il ruolo di commissario non potrà poi che essere demandata al responsabile del servizio, non senza sovrapposizioni come meglio si dirà.

La predetta modifica, come si legge nella relazione illustrativa dello schema di decreto è il frutto dell'“*accoglimento di una osservazione del Consiglio di Stato (parere 2 agosto 2016 n. 1767) che ha chiarito che la norma va interpretata in modo meno restrittivo non prevedendo una esclusione automatica del RUP dalle commissioni di gara*”.

D'altra parte, va evidenziato che anche nel vigore del Nuovo Codice degli appalti, il RUP potrà essere nominato presidente della commissione di gara, fino a quando non sarà stato creato l'albo dei commissari di cui all'art. 77, prima parte, del Codice, e che al presente ancora non esiste. Sul punto il TAR Lombardia, Brescia con la sentenza 19 dicembre 2016, n. 1757 ha chiarito la corretta interpretazione dell'articolo 77 del d.lgs. 50/2016 che disciplina la formazione e l'attività delle commissioni di gara. Tale disposizione, come si è detto, si applicherà solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari.

Sino a quel momento, “la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.

Tuttavia, anche a regime, il cumulo delle funzioni di RUP e di presidente della commissione di gara non viola le regole di imparzialità, come ritenuto dal consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza del d.lgs. 163/2006.

Al riguardo si osserva che la problematica interpretativa sorge dal fatto che la precedente

disciplina contenuta nell'articolo 84, comma 4, del d.lgs. 163/2006 eccettuava espressamente il presidente consentendo, quindi, la possibilità di individuare il presidente della commissione nel responsabile unico del procedimento o nel dirigente della stazione appaltante.

Al contrario, la disciplina contenuta nell'articolo 77, comma 4, (nella versione attuale) non riporta più la distinzione tra commissari e presidente ma si limita a precisare che “i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”.

Tuttavia, come chiarito dai giudici amministrativi, deve ritenersi estensibile alla nuova normativa il principio secondo cui non sussiste un rigido divieto di partecipazione del RUP alle commissioni di gara (Consiglio di Stato, parere n. 1767/2016; Consiglio di Stato, sentenza n. 5299/2015 e n. 4938/2002).

Spetterà alla stazione appaltante (rectius al responsabile del servizio) valutare caso per caso il ricorrere o meno di un'ipotesi di incompatibilità e/o di condizionamento del RUP rispetto al procedimento.



La questione dei rapporti tra RUP e presidenza della commissione si potrà però porre unicamente nell'ambito degli appalti sotto soglia comunitaria considerato che in quelli sopra soglia e negli appalti complessi la commissione - a cui è demandata la valutazione dell'offerta - deve essere esterna e scelta dall'Albo che verrà costituito e gestito dall'ANAC.

Va d'altra parte evidenziata un'ulteriore modifica prevista nel decreto correttivo: si tratta della previsione di cui al comma 2 dell'art. 27 dello schema secondo cui negli appalti sottosoglia il responsabile del servizio potrà individuare dei commissari interni ad eccezione del presidente della commissione (e, cioè, di se stesso).

Per effetto di tale modifica il comma 3, quarto periodo, dell'art. 77 del Codice verrà così modificato “La stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo

35 per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare alcuni componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione **escluso il Presidente**".

Di seguito si riporta il confronto tra l'attuale tenore letterale della disposizione e la disposizione come modificata dallo schema di decreto correttivo:

| | |
|--|---|
| <p>Articolo 77, comma 3, quarto periodo (versione vigente)</p> | <p>Articolo 77, comma 3, quarto periodo (modifica prevista dallo schema di decreto correttivo)</p> |
| <p>(...) La stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione. (...)</p> | <p>La stazione appaltante può, in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 per i lavori di importo inferiore a un milione di euro o per quelli che non presentano particolare complessità, nominare alcuni componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione escluso il Presidente. (...)</p> |

D'altra parte, va sottolineato che la nomina del Presidente della commissione di gara dall'albo è funzionale ad assicurare trasparenza ed oggettività ma anche la professionalità - come evidenziato anche dall'ANAC - del procedimento. In ordine alla selezione dall'albo del Presidente della commissione il decreto correttivo (art. 28) prevede la modifica dell'articolo 78 con l'introduzione all'interno dell'albo dei commissari di sezioni regionali.

anche nel vigore del Nuovo Codice degli appalti, il RUP potrà essere nominato presidente della commissione di gara, fino a quando non sarà stato creato l'albo dei commissari che al momento ancora non esiste.



In tal quadro, alla luce di quanto finora esposto, sono dunque ipotizzabili diversi scenari:

1. il responsabile del servizio che svolga anche le funzioni di RUP potrà fare parte della commissione giudicatrice, con l'evidente rischio di inquinamento e condizionamento delle operazioni di gara;

2. il responsabile del servizio che svolga anche le funzioni di RUP potrà ritenersi incompatibile;

3. anche nel caso in cui il RUP sia un soggetto diverso dal responsabile del servizio, il RUP potrà far parte della commissione in quanto ritenuto non incompatibile per effetto di una valutazione ad hoc (anche se un RUP senza poteri gestionali non può presiedere la commissione di gara²);

4. o infine il caso del il RUP (non responsabile



2. S. USAI, Il RUP può far parte della Commissione, in Appalti e Contratti, 2015, p. e ss; S. USAI "L'orientamento giurisprudenziale che afferma l'incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara" in LexItalia, n. 1/2012.

del servizio) che si ritenga incompatibile.

4. Osservazioni

Il rigore espresso dall'ANAC anche nel recente parere 27/2017 oltre che nelle richiamate Linee guida, come si è visto, è stato di fatto smentito dalle modifiche apportate dal decreto correttivo sulla scorta di quanto osservato dal parere del Consiglio di Stato *infra* richiamato. Siffatta modifica sembrerebbe rafforzare l'idea che il RUP sia ritenuto responsabile dell'andamento della procedura.

Certo è che esclusa qualsiasi forma di automatismo circa l'incompatibilità del responsabile unico del procedimento, la *querelle* interpretativa sui casi di incompatibilità del RUP a far parte della commissione e nel suo ruolo di presidente non è destinata a sopirsi.

Ci si auspica che i pareri che dovranno essere acquisiti nei prossimi passaggi legislativi dal Consiglio di Stato, dalla Conferenza unificata e dalle Commissioni parlamentari possano contribuire ad ulteriormente chiarire le questioni ed a coniugare le opposte visioni in materia.

Il Durc on line al tagliando. La Circolare INPS n. 17 del 2017 ed una prima analisi giurisprudenziale del requisito di regolarità contributiva alla luce del nuovo Codice

di Giuseppe Totino



1. Premesse

Il Decreto del Ministero Del Lavoro e Delle Politiche Sociali emanato il 30 gennaio 2015 scorso in tema di "Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva" (nel prosieguo "**Decreto Ministeriale**") venne emanato in attuazione dell'art. 4 del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78, recante omonima rubrica a cagione della delega di delegificazione contenuta nel comma 2 del predetto art. 4 del D.L. 34/2014, con il fine di determinare «requisiti di regolarità, i contenuti e le modalità della verifica nonché le ipotesi di esclusione di cui al comma 1» del predetto art. 4, dando vita al c.d. Durc on line.

Al fine di esplicitare gli effetti e le novità contenute nel citato Decreto Ministeriale, lo stesso Ministero

del lavoro adottò poi una propria Circolare n. 19 del 6 giugno 2015, avente ad oggetto le prime indicazioni operative in tema di DURC on line, poi integrata con la Circolare n. 33 del 2/11/2016.

L'entrata in vigore del nuovo regime dal 1 luglio 2015 la nuova procedura di verifica del requisito di regolarità previdenziale sarà operativa, attraverso la completa informatizzazione del Durc che pertanto diventa, ai sensi dell'art. 7 del Decreto Ministeriale "un Documento in formato «pdf» non modificabile avente i seguenti contenuti minimi: a) la denominazione o ragione sociale, la sede legale e il codice fiscale del soggetto nei cui confronti e' effettuata la verifica; b) l'iscrizione all'INPS, all'INAIL e, ove previsto, alle Casse edili; c) la dichiarazione di regolarità; d) il numero identificativo, la data di effettuazione della verifica e quella di scadenza di validità del Documento".

Il suddetto Decreto Ministeriale aveva avuto il pregio di modificare le modalità di estrazione dagli archivi degli enti previdenziali, rendendo l'accesso alle notizie ivi contenute semplice, veloce e sempre più aderente all'effettivo stato dei pagamenti riferibili all'operatore economico di cui si è richiesto il Durc, al fine di poter dare maggiore certezza, da un lato, al concetto di definitività delle violazioni previsto dalla norma pubblicistica,

e, dall'altro, al fine di conferire certezza alla sussistenza del requisito di regolarità contributiva in capo ai soggetti partecipanti alle gare, a partire dal momento della partecipazione alla procedura sino alla eventuale stipula del contratto in caso di aggiudicazione.

Col Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 23 febbraio 2016, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016, si è proceduto alla modifica di due articoli del suddetto Decreto Ministeriale. La novella, in particolare, ha riguardato l'articolo 2, circa la determinazione dell'ambito

soggettivo della verifica e l'articolo 5 in relazione al caso di soggetti sottoposti a procedure concorsuali.

Prendendo spunto da tale modifiche e dalla sua esplicitazione nella Circolare INPS n. 17

del 30/01/2017, il presente contributo mira ad esaminare lo stato dell'arte in materia di regolarità previdenziale quale requisito generale per la partecipazione alle gare pubbliche.

2. Il requisito della regolarità contributiva ed il DURC alla luce del nuovo Codice. Nuove tracce giurisprudenziali

Pertanto, prima di procedere alla disamina delle novità contenute nei provvedimenti sopra citati, appare utile, seppur in via del tutto ricognitiva dei principali aspetti che lo riguardano, ricordare cosa sia il DURC ed in che modo esso si renda utile per il mercato delle gare pubbliche.

Come noto, l'elencazione delle cause ostative

di cui all'art. 80 del Nuovo Codice, costituisce l'enumerazione dei cd. requisiti di ordine generale: il loro non possesso, prim'ancora della verifica della sussistenza delle capacità tecniche per l'esecuzione di un dato contratto pubblico in capo ad un operatore economico, determina l'esclusione da una data procedura ad evidenza pubblica ed in generale il mancato accesso al mercato delle commesse pubbliche.

Il legislatore, *inter alia*, ha inteso stabilire la necessità di un rapporto contributivo e previdenziale leale quale requisito di ammissione agli incanti pubblici.

L'art. 80 comma 4 del Nuovo Codice, stabilisce che "Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate,

rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai

Grazie alla nuova procedura, che sarà operativa a partire dal prossimo 1° luglio del 2015, basterà un semplice clic per ottenere, in tempo reale, una certificazione di regolarità contributiva che, peraltro, avrà una validità di 120 giorni e potrà essere utilizzata per ogni finalità richiesta dalla legge (erogazione di sovvenzioni, contributi ecc., nell'ambito delle procedure di appalto e nei lavori privati dell'edilizia, rilascio attestazione SOA) senza bisogno di richiederne ogni volta una nuova. Sarà inoltre possibile utilizzare un DURC ancora valido, sebbene richiesto da altri soggetti, scaricabile liberamente da internet.

suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande".

L'articolo va letto in combinato disposto con l'art. 86 c. 2 lett. b) del Nuovo Codice, rubricato "Mezzi di prova" a mente del quale "Le stazioni appaltanti accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80: b) per quanto riguarda il comma 4 di detto articolo, tramite apposita certificazione rilasciata dalla amministrazione fiscale competente e, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il Documento Unico della Regolarità Contributiva rilasciato dagli Istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente ovvero tramite analogo certificazione rilasciata dalle autorità competenti di altri Stati".

In ordine al nuovo assetto normativo anzi ricordato, in parte rimaneggiato rispetto al precedente dettato di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/06, abbastanza di recente è stato emesso un Parere da parte del Consiglio Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia 19/10/2016 n. 1063, che ha il pregio di tentare di ritrovare il bandolo della matassa in tema di requisiti generali di ordine previdenziale, in parte intricatasi a seguito dell'emanazione del nuovo dettato normativo.

IL CGA ricorda che "sul piano sistematico, l'ordinamento mira a conseguire l'obiettivo del pagamento effettivo dei contributi previdenziali, e che le recenti riforme consentono ampiamente la regolarizzazione e hanno ridotto la possibilità di esclusione dei concorrenti dalle procedure.

Negli stessi pubblici appalti, alla luce del sopravvenuto d.lgs. n. 50/2016:

- in fase di esecuzione del contratto, la regolarità contributiva è verificata d'ufficio da parte della stazione appaltante prima del pagamento del prezzo dell'appalto, ma in caso di DURC negativo non consegue la risoluzione del contratto di

appalto, bensì il pagamento diretto dei contributi previdenziali da parte della stazione appaltante, con trattenuta dal prezzo dovuto per l'appalto (artt.30, c.5 e 105, c.9, d.lgs. n. 50/2016);

- in fase di gara, il DURC non è più acquisito d'ufficio per verificare l'autodichiarazione in gara, ma va chiesto ai concorrenti (art. 86, c.2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016);

- in fase di gara, è causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura la commissione di "violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento (...) dei contributi previdenziali" (art. 80, c.4, d.lgs. n. 50/2016). Ma costituiscono "violazioni gravi" non più quelle ostantive al rilascio del DURC ai sensi dell'art. 8 d.m. 24 ottobre 2007 (vale a dire gli omessi versamenti con scostamenti superiori al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento superiore ad euro 100,00), bensì "quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui all'art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e della politiche sociali 30 gennaio 2015" (art. 80, c.4, d.lgs. n. 50/2016), vale a dire le violazioni anche di natura penale elencate nell'allegato A al d.m 30 gennaio 2015; non vi è infatti coincidenza di contenuto tra il previgente art.8, d.m 24 ottobre 2007 e l'art. 8 d.m 30 gennaio 2015 ora richiamato dall'art. 80, c.4 d.lgs. n. 50/2016 (l'art. 8, d.m 24 ottobre 2007 corrisponde invece all'art. 3, d.m 30 gennaio 2015, che non è richiamato dall'art. 80, c.4, d.lgs. n. 50 /2016)."

Ad ogni modo, non mutano invece i principi generali chiariti dalla giurisprudenza in tema di regolarità contributiva.

Il requisito della regolarità dei versamenti contributivi – come chiarito dalla giurisprudenza - costituisce un presupposto legittimante per la presentazione della domanda di partecipazione e per la successiva aggiudicazione, che deve permanere per tutta la durata della procedura di gara, nonché nel corso del successivo svolgimento del rapporto contrattuale con l'Amministrazione, senza alcuna soluzione di continuità, risultando

irrilevanti eventuali successive regolarizzazioni (cfr., ex multis, CdS, VI, 4.5.2015 n. 2219; V, 16.2.2015 n. 781; IV, 22.12.2014 n. 6296; TAR Veneto, I, 28.4.2014 n. 548).

La regolarità contributiva, afferma di recente il Consiglio di Stato con la sentenza della sez. V **18/1/2017 n. 184** che nell'economia del bando di gara mutuante la disciplina normativa, è un requisito necessario di partecipazione che deve essere posseduto dall'impresa partecipante alla procedura non solo al momento di scadenza del termine di

presentazione dell'offerta ma per tutto l'arco temporale in cui s'articola il procedimento di gara (cfr., da ultimo, C.G.A. 8 febbraio 2016 n. 33). In caso contrario, la regolarizzazione postuma in corso di gara pregiudicherebbe la par condicio (cfr., Tar Lazio, Roma, 15 settembre 2015): dalla scansione temporale delle fasi del procedimento dipenderebbe il rilievo o meno del possesso del requisito. La posizione soggettiva dell'offerente

diverrebbe variabile dipendente del decorso (contingente) del tempo con cui si svolgono le operazioni di gara: un esito affatto antitetico ai

principi di trasparenza e parità di trattamento che conformano *ab imis* le procedure concorrenziali pubbliche.

Consiglio di Stato sez. III 1/4/2015 n. 1733. Qualora (come nel caso in esame) in pendenza del termine assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione, ai sensi dell'art. 31, comma 8, del d.l. 69/2013, conv. nella legge 98/2013, venga presentata la domanda di partecipazione alla gara e venga effettuato il pagamento di quanto dovuto o comunque la situazione di irregolarità venga altrimenti estinta, la situazione di irregolarità dell'impresa non può dirsi definitivamente accertata. (...) In tali casi, la stazione appaltante deve tener conto di detta qualificazione giuridica, che discende direttamente dalla norma, e dell'effetto di regolarizzazione verificatosi in corso di gara, ai fini del giudizio definitivo sull'ammissione dell'offerta e dell'eventuale aggiudicazione.



Tanto, integrando i modelli di dichiarazione a corredo della domanda di partecipazione, al fine di considerare l'eventuale esistenza di una fase di regolarizzazione; e, comunque (anche qualora ciò emerga solo attraverso il contraddittorio con l'impresa in sede di verifica dei requisiti), acquisendo dall'ente previdenziale una attestazione riferita alla data di scadenza del termine assegnato per la regolarizzazione.



TAR Veneto, I, 8.4.2014 n. 486) e permanere, come si è detto, fino al compiuto espletamento del servizio da parte dell'aggiudicatario.

La norma stabilisce che, affinché possa precedersi all'esclusione del concorrente che non abbia effettuato tutti i versamenti previdenziali prescritti dalle norme vigenti in materia, tale omesso pagamento deve essere definitivamente accertato.

La giurisprudenza si è interrogata ampiamente sul concetto di definitività previsto dal Codice chiarendo che in conformità con quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa

In particolare è stato chiarito che il requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle gare pubbliche, deve sussistere al momento di scadenza del termine quindicennale assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva (cfr. CdS, V, 14.10.2014 n. 5064; TAR Napoli, II, 19.1.2015 n. 364;

(cfr., da ultimo, CdS, IV, 7.4.2015 n. 1769 cit.), il concetto di definitività di cui all'art. 38, I comma, lett. i) del D.Lgs n. 163 del 2006 non può essere inteso in astratto, nel senso che, a fronte di un obbligo contributivo non contestato, sarebbe comunque necessario, prima che la violazione possa essere considerata "definitiva", che l'ente preposto ponga in essere tutti gli adempimenti preordinati alla riscossione, anche coattiva, del credito e che, a sua volta, il contribuente abbia la possibilità di esperire, nei termini di legge, i rimedi amministrativi e giurisdizionali previsti dalla normativa vigente. Tale interpretazione del concetto di definitività, oltre ad incoraggiare pratiche dilatorie dei pagamenti da parte dei contribuenti, violerebbe il principio inderogabile, a cui devono ispirarsi le gare ad evidenza pubblica, della tutela della *par condicio* tra i partecipanti: principio che ha come corollario inderogabile il fatto che, al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, tutti i concorrenti devono essere in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla normativa vigente, senza possibilità di regolarizzazioni successive (con la sola eccezione di quanto previsto dalla novella introdotta con l'art 31, VIII comma del DL n. 69 del 2013, a valere nei confronti dei concorrenti ignari del debito), e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara. In altri termini, il concetto di "definitività" nell'ambito della gare pubbliche va fotografato al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, nel senso che a quella data deve risultare accolta una istanza di rateizzazione (cfr. CdS, V, 22.5.2015 n. 2570; Ap 5.6.2013 n. 15, in punto di obbligo tributario) ovvero deve essere stato presentato, e risultare ancora pendente, un ricorso amministrativo e/o giurisdizionale (cfr. CdS, IV, 7.4.2015 n. 1769 cit.), senza peraltro che successivamente, nel corso della procedura concorsuale (e nello svolgimento del rapporto contrattuale), possa emergere una situazione di inadempimento¹.

Da quale documento una stazione appaltante può evincere tutto ciò?

Il Documento Unico di Regolarità Contributiva ha appunto la funzione di verificare se l'aspirante concorrente ad una gara pubblica sia o meno in regola con i versamenti previdenziali ed assistenziali che in capo ad esso gravano in quanto operatore economico ai sensi della normativa vigente².

Il Durc è infatti un certificato unico che attesta la regolarità di un'impresa nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali e assicurativi nonché in tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente nei confronti di INPS, INAIL e Casse Edili, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

3. La Circolare INPS n. 17 del 30/01/2017. Semplificazioni in materia di documento unico di regolarità contributiva (DURC). Modifiche al decreto interministeriale 30 gennaio 2015

Con la Circolare INPS n. 17 l'Istituto previdenziale ha inteso enucleare alcuni chiarimenti circa le due principali modifiche intervenute a mezzo di atto di medesimo rango al Decreto Ministeriale del 2015 con cui veniva istituito il Durc *on line*.

In particolare i due interventi normativi hanno avuto ad oggetto il "tagliando" di due specifiche fattispecie: da un lato la verifica della regolarità contributiva per le imprese del settore dell'edilizia (articolo 2 del D.M. 30 gennaio 2015), e, dall'altro, la verifica della regolarità contributiva per le imprese soggette a procedure concorsuali (articolo 5 del D.M. 30 gennaio 2015).

Per quanto concerne il primo profilo il testo previgente stabiliva semplicemente che "i soggetti



1. Cfr. TAR Campania Napoli sez. II 1/6/2015 n. 3010

2. Per una più ampia disamina vedasi: Lo stato dell'arte sul DURC di C. Nesci su Rivista Mediappalti, Maggio 2015

di cui all'art. 1 possono verificare in tempo reale, con le modalità di cui all'art. 6, la regolarità contributiva nei confronti dell'INPS, dell'INAIL e, per le imprese classificate o classificabili ai fini previdenziali nel settore industria o artigianato per le attività dell'edilizia, delle Casse edili."

Il D.M. 23 febbraio 2016 con il comma 1 lett. a) ha modificato il primo periodo dell'art. 2 comma 1 del D.M. 30 gennaio 2015 ampliando l'ambito d'applicazione della nuova procedura informatizzata, prevedendo che *"I soggetti di cui all'art.1 possono verificare in tempo reale, con le modalità di cui all'art.6, la regolarità contributiva nei confronti dell'INPS, dell'INAIL e, per le imprese classificate o classificabili ai fini previdenziali nel settore industria o artigianato per le attività dell'edilizia, nonché, ai soli fini DURC, per le imprese che applicano il relativo contratto collettivo nazionale sottoscritto dalle organizzazioni, per ciascuna parte, comparativamente più rappresentative, dalle Casse edili."*

Come spiega l'istituto previdenziale, rispetto alla nuova formulazione, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con la circolare n. 33 del 2 novembre 2016 ha sottolineato che con tale modifica il legislatore, sul presupposto che l'iscrizione presso le Casse edili ed il relativo obbligo di versamento contributivo spetta a tutte le imprese che applicano il CCNL dell'edilizia, ha inteso estendere la verifica della regolarità contributiva oltre che alle imprese classificate, ai sensi dell'art. 49 della legge 9 marzo 1989, n. 88, ai fini previdenziali nel settore edile anche a quelle che, benché classificate in settore diverso dall'edilizia, applicano il relativo contratto.

Il secondo intervento legislativo muove invece da una esigenza di carattere generale, di cui l'ordinamento giuridico mostra sempre maggiormente di ritenere meritevole di tutela, cioè consentire la continuità aziendale di imprese in stato di crisi.

Infatti, il decreto in esame ha sostituito i commi 2 e 3 dell'art. 5 del D.M. 30 gennaio 2015 con il quale erano state disciplinate le ipotesi di verifica della regolarità in presenza di procedure concorsuali.

Il nuovo testo integra le fattispecie già in precedenza considerate del fallimento con esercizio provvisorio e dell'amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 con quelle della liquidazione coatta amministrativa con esercizio provvisorio e dell'amministrazione straordinaria, di cui al decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito nella legge 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche e integrazioni, prevista per il risanamento delle grandi imprese in crisi.

Il legislatore, nel confermare per le imprese interessate da queste procedure il riconoscimento della condizione di regolarità con riguardo alle esposizioni debitorie maturate anteriormente all'autorizzazione all'esercizio provvisorio o alla dichiarazione di apertura della procedura, ha ritenuto, tuttavia, che tale attestazione non sia più sottoposta alla condizione dell'avvenuta insinuazione al passivo da parte degli Enti previdenziali.

Come infatti chiarito nella circolare ministeriale n. 33 del 2016, la modifica normativa, escludendo la pregressa condizione, risulta, pertanto, preordinata proprio alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, anche nella prospettiva di un possibile ritorno *in bonis* dell'impresa. In caso contrario, infatti, l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa sarebbe verosimilmente vanificata, in quanto l'impresa non sarebbe nelle condizioni di ottenere il DURC a causa di una condizione di irregolarità che è *in re ipsa*, in quanto insita nella stessa condizione di insolvenza.

In ragione delle modifiche illustrate, ai fini dell'attestazione di regolarità, in base a quanto disposto al comma 5 dell'art. 5 del D.M. 30 gennaio 2015, l'impresa deve essere regolare con riguardo agli obblighi contributivi riferiti ai periodi decorrenti dalla data di autorizzazione all'esercizio provvisorio o dalla data di apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

4. Conclusioni

Ad avviso di chi scrive il Durc *on line*, seppur abbia necessitato dal giorno della sua implementazione

ad oggi un paio di fisiologiche modifiche, è un chiaro esempio di buona amministrazione di concreta attuazione dei principi di semplificazione ed efficientamento della burocrazia italiana, ormai diventato un mantra da dover applicare ad ogni ganglio dell'agire amministrativo.

Ovviamente il valore aggiunto, in concreto, di tutto ciò sta per l'appunto nell'interrogazione "in tempo reale" (così espressamente la norma) di detti archivi e quindi il superamento delle tempistiche necessarie per il rilascio del Durc (nonché, obiettivamente, la semplificazione di tutto il processo)³.

Scriveva l'Ufficio stampa del Ministero delle Politiche Sociali "A quattro mesi dall'avvio dell'operatività, scattata il 1° luglio, sono state 1.241.220 le richieste della certificazione pervenute ai tre enti gestori della procedura (Inps, Inail e Casse Edili). Per 1.050.648, pari all'84,65%, c'è stato il rilascio in tempo reale del Durc che, è opportuno

ricordarlo, ha validità di quattro mesi e può essere utilizzato per ogni finalità richiesta dalla legge senza bisogno di richiederne uno nuovo ogni volta. Un dato positivo, che attesta un'elevata percentuale di conformità ai requisiti di legge da parte delle imprese, migliorando ulteriormente il dato di regolarità riscontrato dopo un mese dall'avvio (l'80,7%).

Questi dati confermano l'utilità della nuova procedura di rilascio del Durc che riduce i tempi per l'ottenimento della certificazione e, di conseguenza, consente risparmi significativi, in termini di impiego di ore di lavoro, per le imprese, le pubbliche amministrazioni ed i soggetti tenuti al rilascio."

Appare auspicabile che tale anelito sia d'ispirazione per l'implementazione di simili strumenti informatizzati per la verifica della sussistenza dei requisiti relativi all'intera rosa dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice, al fine di venire incontro alla domanda di semplificazione sempre crescente proveniente dal mercato.

3. Dal Durc al Pdf, in www.appaltiecontratti.it, 2/6/2015

Le novità in tema di pubblicazione di avvisi e bandi di gara

di Alessandra Verde

IL
PUN
TO

1. Considerazioni generali

La disciplina in tema di pubblicazione dei bandi di gara e degli avvisi è stata oggetto, nel tempo, di molteplici interventi legislativi che ne hanno oltremodo complicato la comprensibilità e che hanno in un certo senso minato la coerenza del quadro normativo nel suo complesso.

La tendenza del legislatore è stata quella di abbandonare gradualmente le forme di pubblicazione cartacea a favore di quelle telematiche. Tale orientamento, in linea con la galoppante diffusione dell'uso della rete, ha tuttavia subito una serie di rallentamenti e marce indietro, probabilmente a causa di pressioni esercitate dal mondo della carta stampata.

La legge delega¹ che ha preceduto l'emanazione del

nuovo Codice degli appalti pubblici prevedeva, tra i criteri direttivi, <<la revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, in modo da fare ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico>>. Ciononostante, il nuovo Codice, in modo un po' schizofrenico, se da un lato sembra confermare la tendenza ad utilizzare per la pubblicazione strumenti telematici sempre più avanzati e interconnessi tra loro, dall'altro prevede di lasciare tra le forme obbligatorie di pubblicità anche quella mediante i quotidiani.

Se si esamina l'*excursus* normativo in tema di pubblicazioni, possono essere individuate alcune date spartiacque, in corrispondenza delle quali il legislatore ha modificato in modo anche incisivo la disciplina sul tema ed ha reso più difficile per gli operatori del diritto comprendere quali adempimenti fossero ancora in vigore e quali no. Ricordiamo il 24 aprile 2014, momento dell'entrata in vigore del D.L. n. 66/2014, che ha parzialmente stravolto, come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, il preesistente regime codicistico in tema di pubblicazioni; il 23 giugno 2014, data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 66 citato, che ha introdotto modifiche a quanto disposto con il decreto ed ha quindi dato vita ad un periodo intermedio in cui era

1. L. n. 11/2006.

vigente una disciplina in realtà poi non confermata dalla legge di conversione ma fatta salva dalla stessa.

L'ultima importante modifica al regime delle pubblicazioni è stata introdotta, come detto, dal nuovo Codice. Il d.lgs. n. 50/2016 ha innovato la disciplina delle pubblicazioni, rinviando tuttavia la concreta applicabilità di tale regime ad un momento successivo, ovvero quello della pubblicazione di un Decreto del Ministero delle Infrastrutture contenente indirizzi generali sul tema. Tale decreto è stato infine emanato il 2 dicembre scorso, con entrata in vigore dal 1° gennaio 2017². Come si avrà modo di vedere, in applicazione di quanto prescrive il nuovo Codice, tale decreto "riesuma" la pubblicazione obbligatoria sui quotidiani e fa, per così dire, un passo indietro rispetto all'orientamento tenuto dal legislatore - pur se con molti tentennamenti - sino a quel momento.

Il decreto ministeriale ha infatti previsto che, nelle more del pieno funzionamento della futura piattaforma telematica ANAC, per il quale occorrerà attendere l'emanazione di un apposito Atto, è da considerarsi forma obbligatoria di pubblicità la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale Italiana. Non solo: è prevista nuovamente in via generale la pubblicazione obbligatoria sui quotidiani.

Un'altra importante questione sulla quale il legislatore è più volte intervenuto è l'individuazione del soggetto su cui gravano i costi delle

pubblicazioni. Nel 2012³ è stata infatti operata la scelta di far gravare sull'aggiudicatario il peso dei costi relativi alle pubblicazioni sui quotidiani⁴, con tutto ciò che questo significa, per le imprese concorrenti, in termini di riduzione ulteriore del già risicato margine di guadagno sugli appalti.

Il Decreto ministeriale del dicembre scorso non ha migliorato nulla in tal senso, anzi: tutte le spese connesse alle pubblicazioni obbligatorie sono poste in capo all'aggiudicatario.

Occorre dire che la disciplina delle pubblicazioni, lungi dall'essere una tematica di rilievo meramente formale, è di grande importanza per quanto attiene all'effettivo rispetto del principio della concorrenza e

del *favor participationis*, nonché è spesso causa di interminabili e dispendiosi contenziosi tra stazioni appaltanti e imprese concorrenti, certamente favoriti dalla poca chiarezza delle diverse norme susseguitesi nel tempo. Esaminiamo ora i differenti regimi normativi che si sono avvicendati fino a giungere alla disciplina

attualmente in vigore.

2. La disciplina delle pubblicazioni sotto il vecchio Codice. I dubbi interpretativi sulla obbligatorietà della pubblicità sui quotidiani

Il vecchio d.lgs. n. 163/2006 prevedeva in origine differenti oneri di pubblicità per le procedure sopra e sotto soglia comunitaria.

Il nuovo Codice degli appalti pubblici ha innovato in tema di pubblicazioni di bandi di gara, rinviando però l'entrata in vigore delle modifiche all'adozione di un decreto ministeriale contenente gli indirizzi generali sul tema. Il decreto, approvato il 2 dicembre 2016, introduce esso stesso un ulteriore regime transitorio.

2. Si badi che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del Decreto ministeriale in esame è del 25 gennaio 2017 (G.U. n. 25). Ciò significa che il decreto è entrato in vigore 25 giorni prima della sua pubblicazione (sic!).

3. Con l'art. 34, comma 35 del D.L. n. 179/2012.

4. Il D.L. n. 66/214 citato ha poi previsto tale onere in capo all'aggiudicatario con riferimento ai costi di pubblicazione dei bandi e degli avvisi in Gazzetta Ufficiale.

Per le procedure sopra soglia, l'art. 66 del Codice prevedeva che i bandi di gara e gli altri avvisi dovessero essere pubblicati in primo luogo sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, con spese a carico della stessa Comunità. I bandi e gli avvisi dovevano poi essere inviati per la pubblicazione alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. I bandi e gli avvisi dovevano essere pubblicati altresì per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo di esecuzione del relativo contratto. Infine, era obbligatoria la loro pubblicazione sul «profilo di committente» della stazione appaltante, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sul sito informatico presso l'Osservatorio.

La norma prevedeva infine che le stazioni appaltanti potessero prevedere forme aggiuntive di pubblicità diverse da quelle ivi previste. Tuttavia gli effetti giuridici che il codice o le norme processuali vigenti

annettevano alla data di pubblicazione al fine della decorrenza di termini, derivavano solo dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle relative date in cui la pubblicità obbligatoria aveva luogo.

Per quanto concerne invece le procedure sotto soglia, la disposizione di riferimento era l'art. 122 del vecchio Codice per quanto attiene agli appalti di lavori e l'art. 124 per gli altri tipi di appalto. Restavano fermi per tutti i tipi di appalto gli obblighi di pubblicità sulla GURI e sui siti informatici,

mentre, come è ovvio, venivano meno tutti gli obblighi di pubblicità in ambito sovranazionale. Per quanto attiene ai bandi di lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro era prevista la forma di pubblicità ulteriore della pubblicazione, per estratto, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale ovvero su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguivano i lavori. I bandi afferenti a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro dovevano invece essere pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguivano i lavori e nell'albo della stazione appaltante.

Tuttavia, dal 2009 ha cominciato a farsi strada un orientamento legislativo teso ad eliminare gradualmente tutti gli obblighi di pubblicazione in forma cartacea, a favore dell'impiego degli strumenti informatici.

L'art. 32 della L. n. 69/2009, infatti, introduceva l'obbligo di affiancare alla pubblicità obbligatoria in forma cartacea quella sui siti informatici istituzionali, nell'ottica di un

progressivo superamento dell'utilizzo della forma cartacea⁵. Non solo: il comma 5 del medesimo art. 32 prevedeva altresì che «dal 1° gennaio 2013, le pubblicazioni effettuate in forma cartacea non hanno effetto di pubblicità legale, ferma restando la possibilità per le amministrazioni e gli enti pubblici, in via integrativa, di effettuare la pubblicità sui quotidiani a scopo di maggiore diffusione, nei limiti degli ordinari stanziamenti di bilancio».

E' intervenuto poi il Decreto legge n. 179/2012

Dal 2009 il legislatore ha teso ad eliminare gradualmente tutti gli obblighi di pubblicazione in forma cartacea, a favore dell'impiego degli strumenti informatici, introducendo l'obbligo di affiancare alla pubblicità obbligatoria in forma cartacea quella sui siti informatici istituzionali.

5. Art. 32, comma 2, L. n. 69/2009: «<Dalla stessa data del 1° gennaio 2010, al fine di promuovere il progressivo superamento della pubblicazione in forma cartacea, le amministrazioni e gli enti pubblici tenuti a pubblicare sulla stampa quotidiana atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica o i propri bilanci, oltre all'adempimento di tale obbligo con le stesse modalità previste dalla legislazione vigente alla data di entrata in vigore della presente legge, ivi compreso il richiamo all'indirizzo elettronico, provvedono altresì alla pubblicazione nei siti informatici, secondo modalità stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti per le materie di propria competenza»>>.

che, come accennato in premessa, ha introdotto importanti novità in tema di spese per le pubblicazioni: con riferimento ai bandi e gli avvisi pubblicati dal 1° gennaio 2013, le spese per la pubblicazione dovevano essere rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione⁶. Da ciò nasceva l'esigenza che ciascuna stazione appaltante esplicitasse nella documentazione di gara l'importo sostenuto o da sostenersi per la pubblicazione del bando e del successivo avviso di post informazione, perché dette spese costituivano un costo diretto per la relativa commessa, di cui i concorrenti dovevano tener conto al momento della formulazione dell'offerta economica.

Ancora, l'art. 1 della L. n. 190/2012, in materia di anticorruzione, ai commi 15 e 16, ha introdotto gli obblighi di pubblicità sui siti delle pubbliche amministrazioni degli atti relativi ad alcuni procedimenti amministrativi, inclusi quelli di «scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». D'altro canto, il successivo comma 31 del medesimo articolo espressamente stabiliva che «restano ferme le disposizioni in materia di pubblicità previste dal codice» dei contratti. Il susseguirsi di norme in apparente contrasto tra

loro ha posto il problema di capire quale fosse la normativa in concreto vigente con riferimento alla perdurante sussistenza o meno dell'obbligo di pubblicazione dei bandi e degli avvisi sui quotidiani. Sul punto è intervenuta anche l'ANAC⁷ che ha dato conto delle due ipotesi interpretative astrattamente percorribili. Secondo la prima interpretazione, <<la clausola di salvezza delle disposizioni del Codice contenuta nel citato art. 1, comma 31, della L. n. 190/2012 ed il richiamo al comma 7 dell'articolo 66 e al comma 5 dell'art. 122 del Codice, operato dall'art. 34, comma 35, del D.L. n. 179/2012, sarebbero espressivi di una *voluntas legis* abrogativa dell'art. 32, comma 5, **con conseguente**

Il D.L. n. 66/2014 ha abrogato l'obbligo di pubblicità mediante pubblicazione per estratto sui quotidiani e reso obbligatoria la sola pubblicazione sulla GURI, con spese a carico dell'aggiudicatario. Tale nuovo regime, tuttavia, non è mai entrato in vigore a causa di ripetuti rinvii operati dalla legislazione successiva.

piena reviviscenza delle disposizioni in tema di obbligatoria pubblicazione sui giornali degli estratti di bandi e avvisi di gara sancita dai richiamati articoli>>.

Secondo l'altra possibile interpretazione invece, <<l'antinomia tra l'art. 66, comma 7 del Codice ed il più volte richiamato art. 32 andrebbe risolta facendo

applicazione degli ordinari canoni ermeneutici in tema di successione delle leggi nel tempo, **con conseguente abrogazione implicita della disposizione anteriore da parte della legge speciale successiva>>.**

Secondo questa seconda tesi, ritenuta sostanzialmente la più plausibile dall'Autorità⁸, che sollecitava un intervento chiarificatore sul

6. Vedi nota 3.

7. Con l'Atto di segnalazione n. 1 del 2013.

8. Si legge infatti nel citato Atto di segnalazione n. 1/2013: <<Dalla lettura congiunta delle norme in esame, non sembrano emergere profili di incompatibilità logico-giuridica tra la facoltatività della pubblicazione sui quotidiani, da un lato, e le successive disposizioni della legge anticorruzione ed in tema di spese di pubblicazione, dall'altro. Ciò in quanto la L. n. 190/2012 non effettua alcun riferimento esplicito alla pubblicazione sui quotidiani, limitandosi dunque a fare salva la disciplina generale sulla pubblicazione dei bandi e degli avvisi dettata dal Codice; parimenti, potrebbe sostenersi che l'obbligo per l'aggiudicatario di rimborsare alla stazione appaltante le spese sostenute per la pubblicazione sui quotidiani operi esclusivamente nel caso in cui la stazione appaltante abbia scelto di ricorrere a detta forma di pubblicità in via integrativa, al fine di assicurare una maggiore diffusione della notizia dell'avvio e della conclusione della procedura di gara>>. L'ANAC conclude sollecitando <<un intervento normativo, atto a

punto da parte del legislatore, l'art. 32, comma 5, della L. n. 69/2009, avrebbe prodotto l'effetto di rendere **meramente integrativa la pubblicità sui quotidiani** a decorrere dal 1° gennaio 2013, ciò in coerenza con la *ratio* della norma, tesa al progressivo superamento della pubblicazione in forma cartacea degli atti e dei provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica.

3. Le novità introdotte dal D.L. n. 66/2014

L'intervento normativo auspicato dall'ANAC vi è effettivamente stato con il D.L. n. 66/2014, il quale ha, come detto, introdotto importanti novità sul tema, almeno sulla carta, visto che poi l'effettiva entrata in vigore delle modifiche dallo stesso introdotte è stata ripetutamente rinviata sino all'entrata in vigore del nuovo Codice.

Il D.L. n. 66 citato, modificando il comma 7 dell'art. 66 del vecchio Codice dei contratti, ha abrogato l'obbligo di pubblicità mediante pubblicazione per estratto sui quotidiani e lasciato come obbligatoria la sola pubblicazione sulla GURI, le cui spese venivano addossate all'aggiudicatario, alla stessa stregua di quanto previsto in precedenza per la pubblicazione sui quotidiani.

Tale intervento sull'art. 66 è stato interpretato come un implicito accoglimento da parte del legislatore della prima tra le ipotesi interpretative sopra descritte. Infatti, se il legislatore ha sentito la necessità di intervenire abrogando esplicitamente la previsione dell'obbligo di pubblicità sui quotidiani previsto dall'art. 66 del Codice è perché, evidentemente, riteneva tale obbligo ancora vigente.

La situazione si è però ulteriormente complicata con l'emanazione della legge di conversione del citato D.L. n. 66/2014. La legge di conversione⁹, in vigore dal 23 giugno dello stesso anno, ha infatti posticipato l'entrata in vigore di questa importante novità, probabilmente cedendo alle pressanti proteste degli editori che sulla pubblicità legale concentravano importanti fette di guadagno. Il primo rinvio è stato fissato al 1° gennaio 2016, poi ulteriormente rinviato al 1° gennaio 2017 dall'art. 7, comma 7 del D.L. n. 210/2015, convertito, con modificazioni, dalla L. 21/2016.

Si è pertanto creata la curiosa e assai problematica situazione per cui dal 24 aprile al 23 giugno 2014 l'obbligo di pubblicazione dei bandi e degli avvisi

sui quotidiani è venuto meno; dal 23 giugno 2014 questo obbligo rivive a causa del posticipo dell'entrata in vigore della modifica normativa, ma sono stati fatti salvi gli effetti derivanti dall'applicazione delle disposizioni modificate prodottisi fino alla data di entrata in vigore della

legge di conversione del decreto, con tutto ciò che ne è disceso, come è facile intuire, in termini di difficoltà interpretative nel periodo intermedio e di conseguenti contenziosi.

In concreto, poi, il 19 aprile 2016 è entrato in vigore il nuovo Codice che ha ulteriormente mutato il quadro normativo di riferimento, pur se solo in teoria. Il regime transitorio era infatti, fino al 31 dicembre 2016, quello previsto originariamente dalla prima versione del vecchio Codice, ovvero quella che prevedeva la pubblicità obbligatoria sia sulla GURI che sui quotidiani, attribuendo l'onere di rimborso delle spese della pubblicità su questi ultimi all'aggiudicatario.

Il nuovo Codice prevede che i bandi dovranno essere pubblicati sulla piattaforma digitale dell'ANAC, in via di attivazione. Nel frattempo, resta temporaneamente in vita l'obbligo di pubblicazione dei bandi sulla GURI. E' inoltre inaspettatamente riesumato l'obbligo di pubblicazione sui quotidiani.

coordinare le diverse disposizioni succedutesi nel tempo, in linea con le misure di modernizzazione, semplificazione e digitalizzazione dell'attività amministrativa>>.

9. la L. n. 89/2014.

4. La disciplina introdotta dal nuovo Codice degli appalti pubblici

Il D. Lgs. n. 50/2016 contiene la disciplina relativa agli obblighi di pubblicazione dei bandi e degli avvisi negli artt. 72 e 73. Dalla lettura di tali norme emerge che resta, in primo luogo, obbligatoria, per quanto attiene alle procedure sopra soglia, la pubblicazione sulla GUCE, che precede tutte le altre forme di pubblicità. Ovviamente tale forma di pubblicità non è invece prescritta per le procedure sotto soglia.

In secondo luogo, per le pubblicazioni a livello nazionale sono introdotte a regime importanti novità.

Il comma 4 dell'art. 73 citato prevede infatti che <<gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e **sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC**, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement>>.

Viene quindi introdotta una nuova modalità di pubblicazione, totalmente informatizzata, costituita appunto dalla piattaforma digitale ANAC dedicata ai bandi. Tale piattaforma tuttavia è ben lungi dall'essere stata attivata¹⁰.

La norma *de qua* rinvia l'entrata in vigore del suddetto regime all'approvazione di un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del Codice, nel quale devono

essere definiti gli indirizzi generali di pubblicazione <<**al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata**>>.

Tale decreto deve individuare inoltre la data fino alla quale gli avvisi e i bandi dovranno anche essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

A regime, gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorreranno dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso

l'ANAC. Tuttavia, fino alla data fino alla quale gli avvisi e i bandi dovranno anche essere pubblicati nella GURI, che il decreto ministeriale citato dall'art. 73, comma 4 deve indicare, continua a trovare applicazione l'articolo 216, comma 11 del Codice.

Detta norma transitoria stabilisce, a sua volta, che <<fino alla data indicata nel decreto di

cui all'articolo 73, comma 4, gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana (...). Fino alla medesima data, le spese per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione e gli effetti giuridici di cui al comma 5, del citato articolo 73 continuano a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 73, comma 4¹¹, si applica

La piattaforma ANAC attende, per l'avvio della sua operatività, l'adozione di un Atto dell'Autorità che definisca le soglie d'importo, le modalità operative e i tempi per il funzionamento della piattaforma in cooperazione applicativa con la piattaforma informatica del MIT e con gli altri sistemi informatizzati regionali.



10. A dire il vero, forse in attesa di tale generale rinnovamento, l'attuale sistema di monitoraggio gare (SIMOG) presente sul sito ANAC non è stato neppure adeguato alla nuova normativa sugli appalti! Lo stesso riporta tuttora i riferimenti al vecchio codice, con tutte le conseguenti possibili confusioni che tale mancato aggiornamento può ingenerare negli operatori del settore.

11. Periodo così modificato dall'art. 9, comma 4 del D.L. n. 244/2016. La disposizione previgente prevedeva: <<fino al 31 dicembre 2016>>.

altresì il regime di cui all'articolo 66, comma 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, **nel testo applicabile fino alla predetta data, ai sensi dell'articolo 26 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, come modificato dall'articolo 7, comma 7, del decreto-legge 30 dicembre 2015, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 febbraio 2016, n. 21**>>.

In questo gioco di rinvii, di rimandi a precedenti modifiche e di proroghe in avanti di termini, che rende l'individuazione della norma applicabile in un dato momento un vero rompicapo, sembra di potersi individuare un'altra data spartiacque: il 31 dicembre 2016.

Infatti, il decreto di cui all'art. 73, comma 4, intanto, è stato adottato, come detto, in data 2 dicembre 2016, con effetti dal 1° gennaio 2017 (anche se curiosamente lo stesso è stato pubblicato quasi un mese dopo la data di entrata in vigore). Fino al 31 dicembre 2016, era applicabile il previgente regime di cui all'art. 66, comma 7 del vecchio Codice, ovvero quello che considerava ancora obbligatoria la pubblicità sui quotidiani. In teoria, dal 1° gennaio 2017 tale forma di pubblicità sarebbe dovuta definitivamente sparire, sostituita dalla pubblicazione sulla sola GURI. In concreto, ciò non è avvenuto in quanto il nuovo Codice ha riesumato l'obbligo di pubblicità cartacea, disciplinato poi dal decreto ministeriale entrato in vigore appunto dal 1° gennaio.

Come visto sopra, è lo stesso art. 73 del nuovo codice che afferma che si debbano garantire adeguati livelli di trasparenza e conoscibilità anche mediante <<utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata>>, in ciò facendo un evidente passo indietro rispetto alla tendenza al superamento di qualsiasi forma di pubblicità cartacea a favore dell'impiego dei soli strumenti telematici che il legislatore pareva aver seguito negli ultimi otto anni.

Il decreto ministeriale, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, ripropone come obbligatoria la pubblicità su uno o due quotidiani a seconda dei casi, e pertanto, il regime previsto dall'art. 66, comma 7 del vecchio Codice nel testo applicabile **dopo** il 31 dicembre 2016 non avrà mai applicazione.

Si tratta adesso di capire che cosa prevede nel

dettaglio il decreto ministeriale approvato il 2 dicembre scorso e quale altra disciplina transitoria gli operatori del settore saranno costretti ad applicare, nelle more dell'entrata in funzione della piattaforma ANAC prevista dall'art. 73 del D. Lgs. n. 50/2016.

5. Il Decreto del Ministero delle Infrastrutture del 2 dicembre 2016 contenente gli indirizzi generali di pubblicazione

Il Decreto approvato il 2 dicembre scorso, adottato ai sensi dell'art. 73, comma 4 del nuovo Codice degli appalti, prevede, quale forma di pubblicità obbligatoria a regime dei bandi e degli avvisi, la pubblicazione sulla piattaforma ANAC, la quale dovrà essere effettuata entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte della stessa Autorità e dovrà riportare la data di pubblicazione dalla quale decorrono i termini per la presentazione delle offerte.

Non oltre due giorni lavorativi dopo la pubblicazione sulla piattaforma ANAC, gli avvisi e i bandi dovranno inoltre essere pubblicati sul profilo di committente con l'indicazione della data e degli estremi di pubblicazione sulla stessa piattaforma. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice, potrà avvenire esclusivamente in via telematica, sul profilo del committente, e non dovrà comportare oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti.

I bandi e gli avvisi dovranno essere inoltre pubblicati sulla piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, anche tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa.

Invero, come già detto, la piattaforma ANAC, lungi dall'essere già funzionante, attende, per l'avvio della sua operatività, l'adozione di un ulteriore Atto dell'Autorità, con cui si definiranno <<le soglie d'importo, le modalità operative e i tempi per il funzionamento della piattaforma in cooperazione applicativa con la piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme

regionali di e-procurement>>.

Fino alla data di funzionamento della piattaforma ANAC, da indicarsi appunto nel suddetto Atto dell'Autorità, gli avvisi e i bandi di gara devono essere ancora pubblicati sulla GURI. Fanno eccezione gli avvisi e bandi di gara relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro, per i quali è sufficiente, fino all'attivazione della piattaforma, la pubblicazione nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori.

Fino a che la piattaforma non funzionerà regolarmente, farà fede a tutti gli effetti la data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, per gli appalti di lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro, quella di pubblicazione nell'albo pretorio.

Infine, sempre fintanto che non entrerà in funzione la piattaforma, resta altresì obbligatoria la pubblicazione dei bandi e degli avvisi sulla piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e trasporti, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni ad essa collegati.

Accanto alla pubblicità obbligatoria sulla piattaforma ANAC, a decorrere dal 1° gennaio 2017, viene ripristinata come obbligatoria la pubblicazione dei bandi e degli avvisi sui quotidiani. Ciò, al dichiarato scopo <<di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità delle procedure di gara e di favorire la concorrenza attraverso la più ampia partecipazione delle imprese interessate, anche nelle realtà territoriali locali>>.

In particolare: per gli avvisi ed i bandi relativi ad appalti pubblici di lavori o di concessioni di importo compreso tra cinquecentomila euro e la soglia comunitaria, la pubblicità dovrà avvenire per estratto su **almeno uno** dei principali quotidiani a **diffusione nazionale** e su **almeno uno** a maggiore **diffusione locale** nel luogo ove si eseguono i contratti; per gli avvisi ed i bandi relativi ad appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo superiore alle soglie comunitarie, dovrà invece

avvenire – sempre per estratto - su **almeno due** dei principali quotidiani a **diffusione nazionale** e su **almeno due** a maggiore **diffusione locale** nel luogo ove si eseguono i contratti.

Intanto, non è chiaro se, con riferimento alle concessioni di importo compreso tra i cinquecentomila euro e la soglia comunitaria, l'obbligo di pubblicazione sui quotidiani sussista per le sole concessioni di lavori o anche per quelle afferenti a servizi. In secondo luogo, non è dato comprendere perché, per i contratti sopra soglia, la disposizione citi i soli appalti e non anche le concessioni.

La portata dell'obbligo di pubblicazione cartacea è stata peraltro inaspettatamente e inspiegabilmente estesa rispetto al passato. La norma ministeriale infatti, per ragioni a dire il vero incomprensibili, aggrava gli obblighi di pubblicità relativi agli avvisi di post informazione: gli avvisi di post-informazione di lavori sopra soglia comunitaria devono essere pubblicati, oltre che sulla GUCE, sulla

**Il decreto ministeriale
regolamenta le spese per la
pubblicazione obbligatoria
degli avvisi e dei bandi di gara,
prevedendo che le stesse
siano rimborsate alla stazione
appaltante dall'aggiudicatario
entro il termine di sessanta giorni
dall'aggiudicazione.**



piattaforma ANAC e nella GURI, anche per estratto su almeno due quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due quotidiani a diffusione locale; gli avvisi di post-informazione di lavori sotto soglia ma di importo maggiore o uguale a cinquecentomila euro, devono invece essere pubblicati sulla piattaforma ANAC, nella GURI e, per estratto, su almeno un quotidiano a diffusione nazionale e su almeno un quotidiano a diffusione locale nel luogo dove si esegue il contratto.

Infine, per gli avvisi di post-informazione di lavori sotto soglia comunitaria di importo inferiore a cinquecentomila euro sussiste il solo obbligo di pubblicazione sull'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori.

Per quanto concerne invece gli appalti di lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro e di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, si fa rinvio ad un futuro decreto del

MIT. Nel frattempo, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 36, comma 9 del Codice¹². Il decreto ministeriale regolamenta altresì le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara, prevedendo che le stesse siano rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione. Ciò significa che tutti gli oneri relativi alle pubblicazioni obbligatorie attualmente stabiliti – sulla GURI fino all'attivazione della piattaforma ANAC e sui quotidiani - ricadranno sull'aggiudicatario, con tutto ciò che tale scelta, di dubbia condivisibilità, comporta. I concorrenti si vedranno in tal modo costretti a formulare le proprie offerte tenendo conto di tali onerosi costi aggiuntivi o, in alternativa, a ridurre il loro già risicato margine di utile sulla commessa¹³.

Ciò che sopra ogni altra cosa non convince, però, è la scelta compiuta dal legislatore di fare un deciso passo indietro sulla strada, fino ad ora intrapresa, di favorire in modo sempre più accentuato la pubblicità telematica a discapito di quella cartacea. Ciò, tanto più che, come la stessa Unione Europea ha riconosciuto, l'ampia diffusione e disponibilità di Internet rende gli avvisi pubblicitari dei bandi di gara pubblicati in rete molto più accessibili e conoscibili rispetto a quelli che appaiono sulla carta stampata.

Nell'era digitale che stiamo ormai vivendo, l'efficacia della pubblicità dei bandi sui quotidiani, fatta peraltro per solo estratto, è destinata inesorabilmente a ridursi sempre di più. Evidentemente, però, il legislatore italiano non se ne è accorto.



12. Art. 36, comma 9 D. Lgs. n. 50/2016: <<I bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5, del citato articolo. Fino alla data di cui all'articolo 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori>>.

13. L'OICE, l'associazione delle organizzazioni di ingegneria e architettura, ha fortemente contestato tale disposizione, che penalizza in particolar modo i prestatori di servizi di ingegneria e architettura, che non ricevono alcun anticipo sui contratti e per i quali il rimborso delle spese di pubblicazione costituirebbe un esborso anticipato e insostenibile.

L'accesso nel nuovo codice degli appalti, la competenza, l'istruttoria e la questione dell'ostensione degli atti intermedi

di Stefano Usai

Premessa

Gli aspetti relativi all'accesso agli atti, divulgazione e/o riservatezza vengono declinati nell'articolo 53 del decreto legislativo 50/2016 (mentre nel pregresso codice, come noto, l'accesso veniva disciplinato nell'articolo 13).

Come evidenziato anche dal Consiglio di Stato, nel parere 855/2016 espresso sullo schema di decreto, il contenuto dell'articolo 13 è stato sostanzialmente ribadito ad eccezione dei commi 7 e 7 bis relativamente all'accesso alle specifiche tecniche.

In particolare, i commi in argomento – dell'articolo 13 – prevedevano che *"Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono"*; e il comma 7-bis stabiliva che *"Gli*

enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti.

Nella relazione tecnica, di accompagnamento del codice, rilevato che l'articolo 53 - *Accesso agli atti e riservatezza* - recepisce gli articoli 21 della direttiva 2014/24/UE, 39 della direttiva 2014/25/UE, e 28 della direttiva 2014/23/UE, si evidenzia che la norma (nel primo comma) rimanda, facendo salvo quanto previsto nel presente codice, all'articolo 22 – e segg. – della legge n. 241/1990. Quanto a differenza di quanto accadeva con il pregresso codice in cui il richiamo veniva effettuato con un più generico riferimento alla legge sul procedimento amministrativo (in questo senso il comma 1, articolo 13 del decreto legislativo 163/2006).

Sempre nel primo comma della nuova disposizione, si legge la precisazione per cui il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione

delle registrazioni del sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio oppure, evidentemente, attraverso la messa a disposizione di copia autentica degli atti.

Per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza – ai sensi del secondo comma -, la disposizione prevede, al netto delle prescrizioni di tipo generale, che il diritto di accesso al fine di tutelare la regolarità della procedura, venga differito in specifici casi e, al fine di assicurare la par condicio, si dispone che fino alla scadenza dei termini gli stessi non possano essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

In particolare, l'accesso deve essere differito (secondo prescrizioni già note) e non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

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

c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;

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

L'eventuale violazione delle disposizioni appena sintetizzate determina – per i pubblici ufficiali e per gli incaricati di pubblici servizi - il reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio di cui dell'articolo 326 del codice penale (comma 4

come già l'omologo dell'articolo 13 del pregresso codice).

Sempre fatta salva la disciplina prevista dal decreto per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, si prevede, altresì, che sono esclusi il diritto di accesso ed ogni forma di divulgazione inerenti le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali (per tale ipotesi, si prevede, comunque, che sia consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto); i pareri legali acquisiti

per la soluzione di liti relative ai contratti pubblici; le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; le soluzioni tecniche ed i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti

da privativa intellettuale. Rispetto al precedente Codice, come detto, viene inserita inoltre la disposizione che consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere il carattere di riservatezza delle informazioni rese disponibili durante tutta la procedura di appalto.

Le disposizioni di riferimento dell' accesso nel nuovo codice degli appalti sono chiaramente esplicitate nella norma con il richiamo dell'articolo 22 e segg. della legge 241/90

1. Il confronto con la pregressa disposizione

Il primo comma, come si evidenziava in premessa, ribadisce i riferimenti normativi del diritto di accesso. Con la nuova norma viene modificata la rubrica ed il legislatore predilige un riferimento alla riservatezza in luogo di un divieto di divulgazione. Infatti, la rubrica dell'articolo 13 del pregresso codice recitava "Accesso agli atti e divieti di divulgazione" mentre la nuova rubrica, in modo forse maggiormente adeguato, prevede "Accesso agli atti e riservatezza". Le disposizioni di riferimento, pertanto, nel nuovo codice sono gli

artt. 22 e segg. della legge 241/90 (mentre nel pregresso regime il riferimento era asettico alla legge sul procedimento amministrativo). Oltre all'inciso predetto, il comma si arricchisce di un nuovo periodo - il secondo - relativo al diritto di accesso nel caso di aste elettroniche. La definizione del diritto di accesso quindi, viene esplicitata con riferimento diretto al primo comma, art. 22, della legge 241/1990 che configura l'accesso come il diritto del soggetto interessato a prendere visione (e/o copia) di atti/documenti amministrativi di un procedimento che lo riguardano. Ciò che determina il sostanzarsi del diritto - per semplificare - è l'interesse concreto all'accesso da intendersi come elemento indispensabile per tutelare proprie prerogative ottenute o potenziali (fatta salva, ovviamente, l'insistenza di situazioni giuridiche di pubblico interesse che limitano l'esercizio della prerogativa). **C i r c o s t a n z a** che quest'ultima che distingue la fattispecie in commento dalla nuova fattispecie di accesso civico e di accesso "generalizzato" - per usare l'espressione utilizzata dall'ANAC nella linea guida adottata con determinazione n. 1309/2016 rubricata linea guida contenente "*indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*" - che prescinde da una specifica posizione di interesse.

2. Il differimento del diritto di accesso

Il comma 2 dell'articolo 53 riproduce con semplici adeguamenti il comma 2 dell'articolo 13 del pregresso codice. La norma prevede, come noto, che il diritto di accesso al fine di tutelare la regolarità della procedura, sia differito in specifici casi descritti che non sono suscettibili di estensione analogica considerato che l'accesso si pone come principio prevalente rispetto al diniego. Le ragioni, semplificando, dei differenti limiti si impongono, per assicurare la *par condicio*, la necessità della

"riservatezza" su certi dati/atti fino alla scadenza di specifiche fasi del procedimento di gara. Nell'ambito di questi momenti/termini, come si vedrà, gli atti/informazioni non possono essere divulgati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti. In particolare, il differimento riguarda, per le procedure aperte, l'elenco dei soggetti che hanno presentato una propria offerta. Il documento in parola non può essere "visibile" o comunicato fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime e quindi fino alla scadenza del termine per poter correttamente partecipare alla competizione. Le ragioni del differimento sono piuttosto ovvie e non appare complessa l'individuazione dell'interesse superiore che il RUP deve presidiare. E' del tutto ovvio che una conoscenza "anticipata" dei

Le ragioni del differimento del diritto di accesso sono piuttosto ovvie risultando fondate sulla necessità di tutela del superiore interesse pubblico che tende ad evitare conoscenze anticipate di dati che possono condizionare l'intero procedimento di gara

concorrenti potrebbe favorire la collusione e partecipazioni concertate e/o divulgazione di dati in grado di condizionare pesantemente la conduzione imparziale del procedimento. Per queste circostanze - nella gara

"tradizionale" con l'invio dei plichi (risultando la tutela della riservatezza ovviamente più semplice nelle procedure "telematiche" condotte utilizzando le piattaforme) - i soggetti coinvolti nei processi di ricevimento delle proposte, a titolo esemplificativo, l'ufficio del protocollo della stazione appaltante, il RUP, e/o responsabili di procedimento incaricati e lo stesso dirigente/responsabile del servizio interessato dall'appalto devono prestare cura massima nell'evitare divulgazione di notizie e conservazione adeguata dei plichi. Per quanto riguarda le procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali (sostanzialmente ad inviti), il differimento insiste in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime;

Valgono anche in questo caso, evidentemente, le

considerazioni appena svolte sopra.

Più contenute ipotesi di accessibilità sono ammesse per i soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta. In questo caso, il RUP può consentire l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare.

3. L'accesso alle offerte e sui dati del processo di valutazione della potenziale anomalia

Naturalmente rimangono fermi i tradizionali differimenti ovvero quelli relativi all'offerta che può essere "divulgata" solo post aggiudicazione ed in relazione al procedimento di verifica della potenziale anomalia per cui occorre attendere l'assegnazione dell'appalto. Questi tradizionali differimenti devono tener conto, però, dell'innovazione profonda intervenuta rispetto al pregresso codice che distingueva tra aggiudicazione provvisoria - dichiarata dall'organo di gara fosse commissione o seggio di gara nel caso, quest'ultimo, di offerta da aggiudicarsi al ribasso - ed aggiudicazione definitiva, per lasciar posto (con l'articolo 32 del nuovo codice) alla proposta di aggiudicazione e, successiva, aggiudicazione vera e propria pur condizionata, quanto agli effetti, alla previa verifica sul possesso dei requisiti dichiarati dall'appaltatore e richiesti dalla stazione appaltante.

Non v'è dubbio - a parere di chi scrive - che l'aggiudicazione a cui si riferisce il legislatore sia quella pur condizionata.

Appare determinante il fatto che tale aggiudicazione è quella che deve essere esternalizzata attraverso una specifica determinazione del dirigente/responsabile del servizio che fa propria, con la firma, o con modifica, la proposta di aggiudicazione presentata dal RUP.

In sostanza, una volta intervenuta l'aggiudicazione e quindi l'esito della gara viene "socializzato" e reso noto non ha più senso differire l'accesso all'offerta e/o a dati specifici del processo di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Il terzo comma rimane immutato rispetto a quanto già previsto nel decreto legislativo 163/2006 e

pertanto gli atti di cui si è detto sopra, *"fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti"*.

Il comma 4) ribadisce - come già il suo omologo dell'articolo 13 - che l'inosservanza di tali disposizioni per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini del reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio di cui dell'articolo 326 del codice penale.

4. Il presidio del procedimento

La norma non "illumina" su alcune fasi salienti del procedimento di accesso agli atti che riguardano, in primo luogo, la competenza sulla gestione/presidio della procedura; in secondo luogo non si sofferma sugli atti cc.dd. intermedi del procedimento di gara, si pensi ai verbali di gara di ammissione alle fasi successive delle imprese, al momento eventuale del soccorso istruttorio integrativo (ora comma 9 articolo 83 del nuovo codice).

In relazione al primo aspetto relativo alla competenza, occorre distinguere da un punto di vista pratico tra procedimento amministrativo di accesso agli atti e l'adozione dei provvedimenti di assenso, differimento o diniego dell'ostensione richiesta.

Si tratta, in definitiva, di chiarire se al RUP - che non coincida con il responsabile del servizio - competa già per norma la sola istruttoria della procedura con competenza sull'adozione dell'atto finale, da comunicare al richiedente, del dirigente/responsabile del servizio o se il RUP possa considerarsi autonomo e quindi con una competenza non limitata alla sola istruttoria del procedimento ma anche a riscontrare materialmente la richiesta (ad adottare il provvedimento finale di riscontro). Anche in questo caso, la norma può consentire letture differenti.

Secondo il comma 3 dell'articolo 31 del nuovo codice, il RUP - ai sensi della legge 241/90 - *"svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti"*.

Del riferimento appena riportato almeno due sono

i dati sostanziali che possono aiutare l'interprete a chiarire il ciclo della responsabilità e delle competenze.

Il primo, evidentemente, è il richiamo alla legge 241/90, l'altro elemento è che al RUP competerebbero tutti i compiti – relativi alla fase della procedura – che non risultano attribuiti ad altri soggetti.

I due dati appena sintetizzati appaiono perfettamente coerenti in quanto, dalla legge 241/90 (in particolare dall'articolo 6) emerge chiaramente la differenza tra competenza ad istruire la procedura (il procedimento amministrativo) e la competenza ad adottare gli atti finali.

Non v'è dubbio che la richiesta di accesso agli atti innesti l'avvio di un procedimento amministrativo a tutti gli effetti (e tra l'altro tra i più delicati).

Il secondo riferimento esclude dallo spettro di competenze del RUP gli specifici compiti attribuiti ad altri soggetti od organi.

Ora, se è vero che l'articolo 6 esige una specifica competenza gestionale ad adottare gli atti conclusivi del procedimento

amministrativo in generale non può che concludersi che mentre la procedura – sollecitata dalla richiesta di ostensione di dati/atti - deve essere istruita dal RUP il quale pertanto è tenuto, come obbligo d'ufficio, a verificare le condizioni di ammissibilità e/o differimento e/o diniego della richiesta, il provvedimento finale (su proposta del RUP) non può che ritenersi di competenza del soggetto con poteri gestionali che, poi, ha il compito di assegnare l'appalto adottando la specifica determinazione di aggiudicazione.

L'aspetto che deve essere chiarito è se l'intero procedimento, compresa l'adozione delle risposte all'istante possono o meno essere attribuite dal dirigente/responsabile del servizio al RUP privo di poteri gestionali ad esempio con il disciplinare di gara o con il provvedimento di nomina del responsabile unico del procedimento.

A parere di chi scrive, l'intera procedura può essere effettivamente attribuita con il provvedimento di nomina del RUP ma è chiaro che questo tipo di

decisione è foriera di questioni che possono risultare di difficile presidio da parte di chi ha comunque la complessiva responsabilità del procedimento di gara ovvero del dirigente/responsabile del servizio. E' necessario, a sommosso parere, trovare un momento di concerto ed appare preferibile una soluzione diversa dall'ultima ipotizzata ovvero che si dimandi al RUP il compito di istruire l'istanza sottoponendo al proprio responsabile del servizio la proposta che ammette l'accesso, lo ammette parzialmente, lo differisce e/o lo nega. Senza, quindi, attribuire anche la prerogativa sull'adozione del provvedimento finale che rimane di competenza del responsabile del servizio.

Se questa fase procedurale non viene disciplinata in questo modo, il rischio è che il dirigente/responsabile del servizio possa essere chiamato – in un eventuale ricorso – su decisioni/atti su cui non

ha un preciso presidio. Non si può dubitare infatti che in caso di diniego dell'accesso – viste le potenziali implicanze – l'eventuale opposizione/ricorso non possa che riguardare il soggetto gestionale del procedimento di gara e

non il RUP che non ha un potere di firma esterna. Ovvero, pur con una chiamata in giudizio del RUP, è del tutto evidente che il dirigente/responsabile del servizio non si può ritenere esente dal dare impulso al relativo conseguente procedimento. Si pensi solamente alla stessa decisione di resistere in giudizio, alla scelta e nomina del legale, al relativo impegno di spesa e via discorrendo.

Pertanto, in ultima analisi, sembra più appropriato che con il decreto di nomina del RUP, il dirigente/responsabile del servizio specifichi quali fasi – in relazione al procedimento dell'accesso – questi debba presidiare riservandosi la competenza sull'adozione del provvedimento finale di riscontro al richiedente.

5. Aspetti specifici dell'istruttoria

Uno degli aspetti dell'istruttoria del RUP, probabilmente, di maggior rilievo attiene alla

La norma non "illumina" su alcune fasi salienti del procedimento di accesso agli atti che riguardano, in primo luogo, la competenza sulla gestione/presidio della procedura



fase del contraddittorio che deve sempre essere assicurato nel caso di richiesta dei documenti relativi all' offerta (in particolare di quella tecnica). Il RUP, già in fase di predisposizione della legge di gara, deve richiedere la dichiarazione dell'appaltatore circa le parti dell'offerta – per motivi afferenti eventuali segreti commerciali – che si ritenga non possano essere oggetto di ostensione (al netto dell'ipotesi in cui l'accesso sia motivato per il ricorso in giudizio vero e proprio). La richiesta non può avvenire, ovviamente, a pena di esclusione ma, nel caso in cui l'appaltatore non si sia pronunciato, deve emergere chiaramente che la stazione appaltante potrà arguire, dal silenzio, che nessuna parte dell'offerta debba ritenersi esclusa dall'accesso. Questo non libera comunque il RUP, nel caso di richiesta, dall'esigenza di comunicare preventivamente all'appaltatore "controinteressato" la necessità del proprio benessere. Eventuali obiezioni, ad esempio un generico riferimento a ragioni commerciali,

Il RUP, già in fase di predisposizione della legge di gara, deve richiedere la dichiarazione dell'appaltatore circa le parti dell'offerta – per motivi afferenti i segreti commerciali – che ritiene non possano essere oggetto di ostensione (al netto dell'ipotesi in cui l'accesso sia motivato per il ricorso in giudizio vero e proprio)

dovrà essere oggetto di attenta istruttoria da parte del responsabile unico del procedimento che, in ogni caso, deve proporre (o assumere direttamente) una decisione sull'istanza. Non è superfluo annotare che l'articolo 53 conteneva uno specifico comma 7 che prevedeva che "le stazioni appaltanti" avrebbero potuto "imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere il carattere di riservatezza delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto". Il comma, però, è stato espunto con l'avviso di rettifica pubblicato in G. U. n. 162 del 15 luglio 2016. La circostanza che sia stato abrogato - in modo sicuramente irrituale - non impedisce comunque al RUP di prevedere la richiesta dichiarazione su eventuali segreti commerciali nel bando o nel disciplinare come già detto.

6. L'accesso agli "atti" delle fasi intermedie

della procedura (i verbali di gara)

Una delle questioni pratiche che spesso si pongono in tema di accesso attengono agli atti intermedi che durante il procedimento di gara vengono adottati. Tra tutti, in particolare, i verbali di gara – ad esempio in relazione alla fase di ammissione (e simmetricamente di esclusione) dei concorrenti circa la prosecuzione alle fasi successive – e la questione del soccorso istruttorio sia nella fattispecie specificativa sia nella fattispecie integrativa (ora disciplinate nell'articolo 83, comma 9 del nuovo codice). Non appare superfluo rilevare che le problematiche, a ben vedere, sono solo apparenti considerato l'obbligo della comunicazione delle informazioni che il RUP deve fornire ai candidati ed offerenti ai sensi dell'articolo 76 del nuovo codice (e art. 79 del pregresso codice degli appalti). E' chiaro che le fasi del riscontro sulle dichiarazioni e quella di eventuali soccorsi sono per eccellenza pubbliche pertanto non

vi è ragione per ritenere che si sia in presenza di elementi segregati e/o tali da motivare il differimento su eventuali richieste di accesso. Si pensi proprio alla richiesta del verbale o dei verbali limitati alla prima fase pubblicitaria.

E' bene annotare in tema di verbalizzazioni quanto statuito dalla recente sentenza del Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, del 2 gennaio 2017 n. 2.

Nel caso di specie il giudice affrontava le censure per il comportamento della stazione appaltante – prassi piuttosto diffusa – che aveva predisposto i verbali di gara "cumulativamente" ed a distanza di tempo dai fatti da verbalizzare. Il giudice puntualizza che pur vero che un simile modus operandi, si legge in sentenza, certo "non risponde alla migliore prassi amministrativa, (si) deve tuttavia rilevare che tale inappropriata verbalizzazione non ha inciso sulla legittimità della procedura". Del resto, il pregresso articolo 78 del decreto legislativo 163/2006 "non prevede né la necessità, né l'obbligatorietà della verbalizzazione analitica di ogni singola seduta,

ma si limita a prevedere che le stazioni appaltanti devono provvedere alla redazione del verbale". Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale si "limita" a statuire, infatti, che il principio di analiticità e tempestività delle verbalizzazioni non può significare anche contestualità di esternalizzazione dell'attività svolta dalla commissione. In questo senso, ancora in pronuncia si rileva che, "la verbalizzazione consiste nella redazione di un documento che riassume taluni fatti accaduti, ciò non significa che, al termine di ogni seduta, esso debba essere redatto, approvato e indi sottoscritto. In sintesi, la giurisprudenza, (...), ritiene che, sebbene la confezione di separati atti, ossia, un verbale per ciascuna seduta, sia il metodo da preferire, in mancanza di norme, anche della *lex specialis*, che prescrivano la documentazione distinta di ogni riunione, nulla impedisce ad una commissione di gara di redigere un unico verbale di tutte o di parte delle operazioni compiute, ancorché relativo a più giornate".

E' evidente l'utilità dell'indicazione per il RUP che, nella redazione della legge di gara, deve evitare prescrizioni eccessivamente formali e stringenti dell'operato della commissione di gara (o del seggio di gara) pur assicurando trasparenza e correttezza del procedimento. La verbalizzazione successiva, e quindi non contestuale alle sedute di gara, è si ammessa conferma il giudice ma deve comunque sopravvenire "in tempi idonei ad evitare l'insorgenza di errori od omissioni nella ricostruzione sia dei fatti che dell'iter valutativo percorso dalla Commissione (ex multis: Cons. Stato, sez. V, 2.9.2005, n. 4463; T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 28-09-2011, n. 1332)". Pertanto, la prassi corretta è quella delle verbalizzazione praticamente contestuale con la conseguente possibilità degli interessati di formulare istanza di accesso – almeno in relazione ai verbali che danno conto dell'esito delle fasi pubblicistiche - che, salvo specifiche motivazioni, non può che essere ammessa.

La verbalizzazione successiva, e quindi non contestuale alle sedute di gara, è si ammessa conferma il giudice ma deve comunque sopravvenire "in tempi idonei ad evitare l'insorgenza di errori od omissioni nella ricostruzione sia dei fatti"



7. I casi di esclusione dal diritto di accesso

Sempre fatti salvi i principi di tipo generale desumibili dalla norma in commento, per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, si prevede, altresì, che sono esclusi il diritto di accesso ed ogni forma di divulgazione inerenti le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali (per tale ipotesi, si prevede, comunque, che sia consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto); i pareri legali acquisiti per la

soluzione di liti relative ai contratti pubblici; le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; le soluzioni tecniche ed i programmi per elaboratore utilizzati

dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da privativa intellettuale.

Rispetto al pregresso comma non è stata riportata, naturalmente, la lett. a) secondo cui l'accesso era escluso in relazione ad "eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento".

8. Le eccezioni alle esclusioni

Il nuovo comma 6 dell'articolo 53 conferma le possibilità di accesso in caso di difesa in giudizio dei propri interessi, nonostante i limiti predetti, rispetto alla formulazione della pregressa norma (comma 6, art. 13 del decreto legislativo 163/2006). Tale riduzione è determinata dal fatto che dal comma 5 risulta espunta – come appena detto – l'ipotesi di cui alla lettera b). In questo senso, il comma 6 puntualizza che "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a), è consentito l'accesso al

concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto". Pertanto, il RUP dovrà consentire e/o istruire il riscontro all'accesso nel caso specificato alle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta

o a giustificazione della medesima anche se costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Ius variandi nel d.lgs. n. 50/2016

di Paola Cartolano

1. Premesse

Con l'emanazione del **Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50** (di seguito "**Nuovo Codice**"), il sistema delle "varianti" nel nostro ordinamento ha subito profonde modifiche in ragione dell'introduzione di una disciplina di derivazione europea dedicata alle

L'entrata in vigore del Nuovo Codice ha apportato profonde modifiche al sistema delle "varianti"

modifiche apportate alle originarie previsioni contrattuali.

Le Direttive Europee 2014/24/UE (sugli appalti pubblici) e 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto nei settori speciali), recepite nel Nuovo Codice Appalti, hanno infatti fatto proprio l'orientamento maggioritario della Corte di Giustizia¹ formatasi negli ultimi anni in ordine al regime di ammissibilità delle "varianti"

del contratto prima non disciplinato: la previgente normativa europea sugli appalti era, infatti, finalizzata a disciplinare la fase dell'aggiudicazione, così come confermato anche nel titolo della Direttiva 2004/18/CE (relativa "*al coordinamento*

1. Corte di Giustizia, sentenza 19 giugno 2008, n. C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH contro Republik Österreich Bund e altri «... 35 La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata. 36 Del pari, una modifica dell'appalto originario può considerarsi come sostanziale allorché essa estende l'appalto, in modo considerevole, a servizi inizialmente non previsti. Tale ultima interpretazione è corroborata dall'art. 11, n. 3, lett. e) ed f), della direttiva 92/50, il quale stabilisce, per gli appalti pubblici di servizi aventi ad oggetto, esclusivamente o principalmente, servizi elencati all'allegato I A di tale direttiva, talune restrizioni rispetto alla misura in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere alla procedura negoziata per attribuire servizi complementari a quelli oggetto di un appalto inizialmente aggiudicato. 37 Una modifica può altresì considerarsi sostanziale allorché altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario».

delle *procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*”).

Conformemente all'art. 72 della Direttiva n. 2014/24/UE e all'art. 89 della Direttiva n. 2014/25/UE, la disciplina delle varianti è oggi considerata nel Nuovo Codice nell'ambito delle "modifiche di contratti durante il periodo di validità".

È l'**art. 106 del Nuovo Codice** la disposizione che reca la disciplina delle **modifiche (oggettive e soggettive) del contratto in corso di esecuzione**, sia per i **settori ordinari** che per i **settori speciali**, in attuazione dei principi e criteri direttivi dettati dalla legge 28 gennaio 2016 n. 11 (delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, di seguito "Legge Delega").

In particolare, occorre considerare l'art. 1 lettera ee) della Legge Delega il quale dispone l' «*introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera, distinguendo in modo dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali, in particolare*

nella fase esecutiva e con specifico riferimento agli insediamenti produttivi strategici e alle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale di cui al comma 1 dell'articolo 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 443, e successive modificazioni; previsione che ogni variazione in corso d'opera debba essere adeguatamente motivata e giustificata unicamente da condizioni impreviste e imprevedibili e, comunque, sia debitamente autorizzata dal responsabile unico del procedimento, con particolare riguardo all'effetto sostitutivo dell'approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati e assicurando sempre la possibilità, per l'amministrazione committente, di procedere alla risoluzione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie rispetto all'importo originario, garantendo al contempo la qualità progettuale e la responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione e

prevedendo, altresì, l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria».

In sintesi, dunque, in base ai principi e criteri direttivi della Legge Delega, il Nuovo Codice contiene:

- (i) misure per limitare il ricorso alle varianti progettuali in corso d'opera;
- (ii) la distinzione tra **variazioni sostanziali e non sostanziali**;
- (iii) la necessaria **preventiva approvazione** da parte del responsabile del procedimento ("**RUP**");
- (iv) la facoltà della stazione appaltante di risolvere il contratto quando siano superate determinate soglie rispetto all'importo originario;
- (v) la necessità di assicurare la **qualità della progettazione**, con la connessa responsabilità del progettista per errori progettuali;
- (vi) l'**obbligo** delle stazioni appaltanti **di comunicare all'ANAC l'approvazione di varianti**, con la conseguente

applicazione di **sanzioni in caso di tardiva o mancata ottemperanza al medesimo obbligo**.

Si rileva, in via preliminare, che le disposizioni del Nuovo Codice, si applicano agli affidamenti i cui bandi o avvisi sono stati pubblicati **a decorrere dal 20 aprile 2016** (cfr. da ultimo il Comunicato del Presidente ANAC dell'11 maggio 2016).

La previgente disciplina sulle varianti prevista dal D.Lgs. 163/2006 e dal D.P.R. 207/2010 continua, invece, a trovare applicazione solo agli affidamenti **aggiudicati prima dell'entrata in vigore del Nuovo Codice**, così come **a quelli i cui bandi o avvisi sono stati pubblicati entro il 19 aprile 2016**, con una delle forme di pubblicità obbligatorie già previste dal D.Lgs. 163/2006 (Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o, laddove previsto, dell'albo pretorio o del profilo del committente).

L'art. 106 del Nuovo Codice (rubricato "Modifica

L'art. 106 del Nuovo Codice contiene alcune disposizione innovative rispetto alla previgente normativa: talune derivano direttamente dal recepimento delle direttive comunitarie, altre dalle ulteriori previsioni della Legge Delega



di contratti durante il periodo di efficacia”), disposizione unica che aggrega fattispecie diverse in precedenza da più disposizioni, contiene la disciplina della modifica dei contratti ancora in corso di esecuzione, senza il ricorso a una nuova procedura di gara per il relativo affidamento. È il comma 1 dell’art. 106 a definire l’ambito oggettivo di applicazione della disciplina ivi contenuta ovvero i «*contratti di appalto in corso di validità*».

Si rileva che nell’art. 106 del Nuovo Codice manca il riferimento ai soggetti competenti ad introdurre modifiche ai contratti in corso di validità, riferimenti che debbono quindi essere tratti dai principi generali ovvero da altri articoli del Nuovo Codice. In linea generale, anche nella nuova disciplina i soggetti competenti ad introdurre le varianti sono gli stessi che intervengono al momento della stipula del contratto. Peraltro, per le varianti nei lavori, assume rilievo preminente la figura del RUP: l’art. 1 lettera ee) della Legge Delega prevede, infatti, un effetto sostitutivo dell’approvazione della variante da parte del RUP rispetto a tutte le autorizzazioni e agli atti di assenso. Ed ancora, ai sensi dell’art. 101, comma 1 del Nuovo Codice l’esecuzione dei contratti è diretta dal RUP e come ai sensi del comma 8 dell’art. 106 il RUP, in caso di mancata comunicazione all’ANAC di modificazione al contratto, sia assoggettato a sanzioni pecuniarie per ogni giorno di ritardo.

L’art. 106 del Nuovo Codice individua in termini di eccezionalità e tassatività le modifiche al contratto ammissibili durante il periodo di efficacia.

2. Le modifiche ai contratti ammissibili ai sensi dell’art. 106 del Nuovo Codice

In attuazione dei richiamati principi e criteri direttivi della Legge Delega e in recepimento delle direttive comunitarie, l’art. 106 del Nuovo Codice individua le ipotesi ed i limiti entro cui si può procedere alla modifica (oggettiva o soggettiva) in corso di esecuzione di un contratto, senza dover risolvere lo stesso ed esperire una nuova procedura di gara. Coerentemente con quanto disponeva l’art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006, con l’art. 106 del Nuovo Codice sono individuate in termini di **eccezionalità e tassatività** le modifiche al contratto durante il

periodo di efficacia da ritenersi ammissibili, come autorizzate dal RUP con le modalità previste dall’ordinamento della stazione appaltante.

In particolare:

1) modifiche (a prescindere dal loro importo) **già previste nei documenti di gara** in clausole chiare, precise e inequivocabili, in maniera tale da essere conoscibili da parte di tutti i concorrenti nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento (**art. 106 comma 1, lettera a**).

Ciò avviene, come previsto dalla norma stessa e superando il divieto di cui all’art. 133 comma 2 del D.Lgs n. 163/2006, per le clausole di revisione prezzi, che negli appalti di lavori è ammissibile (in aumento o diminuzione) per variazioni superiori al 10% rispetto ai prezzi adottati per la stima;

in tal caso, la revisione è consentita in misura pari alla metà di tale eccedenza.

La norma prescrive che «*Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all’articolo 23, comma 7, solo*

per l’eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà»: si evidenzia, tuttavia, come non sia sufficientemente chiaro a cosa si riferisca la “metà”, se al prezzo originario o al valore eccedente il 10%. Viene specificato inoltre che «*Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all’articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208*».

La norma, tuttavia, lascia intendere che, al di là di clausole che abbiano ad oggetto la revisione prezzi («*se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi*»), sono ammissibili anche altre clausole modificative del contratto. La norma, tuttavia, non chiarisce quale possa essere il loro contenuto. A tal fine si segnala l’art. 72 della Direttiva n. 2014/24/UE il quale prevede che sono ammesse le modifiche contrattuali, a prescindere dal loro valore monetario, se «*sono state previste*

nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni». Dunque, in via interpretativa, è possibile ritenere che le clausole modificative del contratto possono avere ad oggetto sia la "revisione prezzi" sia le "opzioni" delle quali sarà la stazione appaltante a decidere se avvalersene in fase di esecuzione del contratto. A tale riguardo, l'art. 106 comma 11 disciplina una particolare ipotesi di opzione, ovvero la "proroga" del contratto. Testualmente «11. La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».

Oltre ai limiti di prezzo, resta fermo il limite costituito dalla natura generale del contratto, che non può comunque essere alterata per effetto delle modifiche in esame;

2) lavori, servizi o forniture **supplementari** che si rendano necessari in corso di esecuzione e che non erano previsti nell'oggetto dell'appalto iniziale (**art. 106 comma 1, lettera b**). Si può procedere ad affidamento al contraente originario quando il cambiamento di contraente non sia possibile a causa di motivi economici o tecnici (per la necessità di rispettare i requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale) e comportamenti, altresì, per la stazione appaltante notevoli disguidi o un consistente aumento di costi.

Per i settori ordinari sussiste anche un limite di importo: la modifica dovuta all'affidamento di lavori, servizi o forniture supplementari non può superare il 50% dell'importo originario del contratto (art. 106, comma 7 del Nuovo Codice).

La norma testualmente dispone che «*Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice*»

Anche in questo caso si rileva come non sia stato sufficientemente chiarito come debba essere interpretata la previsione secondo cui «*tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica*». A riguardo sono state già avanzate delle interpretazioni dottrinarie – a cui pare possibile aderire – secondo cui il predetto limite sia da intendersi "elastico" in quanto il detto limite del 50% debba applicarsi al valore determinato da ciascuna modifica².

Come detto, il limite del 50 % trova applicazione solo nei settori "ordinari", lasciando intendere che per i "settori speciali" non vi è alcun limite. Si evidenzia, tuttavia, che l'art. 108 del Nuovo Codice (che si applica anche ai "settori speciali") prevede «1. Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;

b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate

2. Arrigo Varlaro Sinisi "Contratti pubblici: varianti in corso d'opera e modifiche contrattuali (commento all'art. 106 del D.Lgs n. 50/2016)" in "Il nuovo Codice dei Contratti pubblici", ed. DIKE Giuridica, settembre 2016, pag. 429 e segg. «Una possibile opzione interpretativa potrebbe essere nel senso che la percentuale in questione si calcola, la prima volta sul valore del contratto iniziale, la seconda volta – e le eventuali successive - sulla somma del valore del contratto iniziale, come modificato per effetto dell'affidamento di precedenti prestazioni supplementari. Un tale possibilità sembrerebbe avvalorata dall'ultimo capoverso della norma, secondo cui le modifiche in questione non devono evidentemente essere frazionate allo scopo di eludere il divieto di affidamento di prestazioni superiori al 50 per cento del valore del contratto iniziale».

le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b)».

Con riferimento a questa tipologia di varianti si precisa che si tratta di lavori, servizi e forniture che il Nuovo Codice si limita a definire come "supplementari", senza chiarire la nozione di tale supplementarietà. Inoltre non è chiaro cosa si intenda né per impraticabilità economica, né per impraticabilità tecnica idonei a giustificarne il ricorso.

La medesima fattispecie era disciplinata dall'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006 che nell'ambito della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, prevedeva

- (comma 3) per le forniture, la possibilità di ricorrere a consegne complementari effettuate dal fornitore originario, solo se esse fossero state destinate al rinnovo parziale di forniture ed impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture ed impianti esistenti qualora il cambiamento di fornitore avrebbe obbligato la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione avrebbero comportato incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;

- (comma 5) per i lavori o i servizi, la possibilità di ricorrere a lavori o servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, erano divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: «a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi

complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale».

A differenza che nel D.Lgs. n. 163/2006, nel Nuovo Codice si tratta di lavori, servizi o forniture supplementari anziché complementari.

Con riferimento alla definizione di "lavori supplementari" l'AVCP (ora ANAC) con deliberazione del 23 febbraio 2011 n. 26 ha precisato che si trattava di opere «che da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino un'integrazione dell'opera principale, saldandosi inscindibilmente con essa, giustificavano l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore».

Si auspica, dunque, un intervento interpretativo dell'ANAC anche con riferimento alla definizione di lavori supplementari oltretutto (i) alla nozione "notevoli disagi" che, data la sua genericità, appare eccessivamente esposta ad interpretazioni varie, anche in ragione del fatto che non è chiaro se tale nozione si riferisca a disagi relativi all'esecuzione delle prestazioni, a disagi della stazione appaltante o a disagi della collettività di utenti (ii) alla dizione "notevole duplicazione dei costi" di cui non è precisato se si riferisca ad un incremento oggettivo, consistente in un aumento notevole o in una letterale duplicazione, oppure un incremento soggettivamente valutabile dalla stazione appaltante;

3) varianti in corso d'opera determinate da circostanze sopravvenute impreviste e imprevedibili per la stazione appaltante, costituite ad esempio da sopravvenute disposizioni di legge, regolamento ovvero di provvedimenti dell'autorità (**art. 106, comma 1, lettera c**).

L'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006 – oggi abrogato – si occupava delle varianti progettuali con una disciplina che enumerava i motivi per cui le varianti in corso d'opera fossero ammissibili (così come nell'art. 106 del Nuovo Codice Appalti), ma includendo anche: a) intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione e che possono determinare – senza aumento di costo – significativi miglioramenti qualitativi dell'opera, senza alterare l'impostazione progettuale; b) verificarsi eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi o rinvenimenti imprevisti o imprevedibili; c) onerosità o difficoltà nell'esecuzione; d) bonifica e/o messa in sicurezza

di siti contaminati.

Nel caso di concessioni la modifica è ammessa solo quando le circostanze sopravvenute abbiano il carattere dell'imprevedibilità per la stazione appaltante (art. 175 del Nuovo Codice), non anche quando siano impreviste.

Anche per le varianti in corso d'opera resta fermo il limite costituito dalla natura generale del contratto, che non può comunque essere alterata per effetto delle modifiche in esame, nonché – per quanto riguarda i settori ordinari – l'ulteriore limite quantitativo rappresentato dal 50% dell'importo originario del contratto (art. 106, comma 7 del Nuovo Codice), che non può essere superato. A tale riguardo si rimanda alle osservazioni formulate sopra con riferimento al punto 2 (lavori, servizi o forniture supplementari).

4) modifiche sotto il profilo soggettivo (art. 106 comma 1, lettera d), con la sostituzione del contraente originario nei seguenti casi:

a) quando ciò sia previsto sin dall'inizio in clausole (chiare, precise e inequivocabili) contenute nei documenti di gara;

b) la sostituzione sia dovuta ad operazioni societarie (fusioni, scissioni, cessioni etc.), ovvero a causa di morte o ad insolvenza o sia disposta per contratto. Ricorrendo tali situazioni, il contraente originario è sostituito da un altro operatore economico, in possesso dei requisiti inizialmente stabiliti, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere l'applicazione del Nuovo Codice (si rileva un difetto di coordinamento della disposizione in esame con l'art. 48, ult. comma del Nuovo Codice, che ammette il recesso di una o più imprese dal raggruppamento temporaneo di imprese, a condizione, per quanto qui di interesse, che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione necessari per i lavori, servizi e forniture ancora da eseguire e non quelli originariamente statuiti);

c) la stazione appaltante assume essa stessa gli obblighi del contraente principale nei confronti dei subappaltatori dello stesso.

5) modifiche non rientranti nella definizione di modifiche sostanziali contemplata dall'art. 106, comma 4 del Nuovo Codice (**art. 106 comma 1, lettera e**), secondo cui una modifica (del contratto o dell'accordo quadro) è sostanziale

quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti (rinviando quindi all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante).

In ogni caso, in base al citato comma 4, che recepisce la definizione di modifiche non sostanziali contenuta sia nell'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006 che nell'art. 311 comma 6 del DPR n. 207/2010, la **MODIFICA È SOSTANZIALE** qualora:

a) introduce (nel contratto o accordo quadro) delle condizioni che, se fossero state previste sin dall'attivazione della procedura, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi (o ulteriori) rispetto a quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata (ad es. quando per effetto della variante sia modificata la categoria prevalente originariamente indicata nel bando di gara);

b) modifica l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale (ad es. riconoscendo maggiori importi per le modifiche progettuali presentate in sede di offerta tecnica dall'aggiudicatario);

c) estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto (oltre i limiti e le condizioni già previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 106);

d) sostituisce il contraente originario fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 106 (comma 1, lett. d) del Nuovo Codice.

Le stazioni appaltanti possono anche stabilire nei documenti di gara le soglie degli importi entro i quali consentire le modifiche, fermi restando i limiti e condizioni già stabiliti dai commi 1 e 2 dello stesso art. 106.

6) modifiche determinate da errori progettuali che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, a condizione che l'importo della modifica sia al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie stabilite dall'art. 35 e b) il 15% dell'importo iniziale del contratto in caso di lavori e del 10% per i contratti aventi ad oggetto servizi e forniture (**art. 106, comma 2**).

In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Così come già previsto dall'art. 132 del D.Lgs. 163/2006, il Nuovo Codice reca una definizione di errore progettuale: ai sensi dell'art. 106

comma 10, si considerano errore o omissione di progettazione:

- l'inadeguata valutazione dello stato di fatto
- la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione
- il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta
- la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

7) varianti (in aumento o in diminuzione) nel limite del quinto (art. 106, comma 12):

resta fermo anche nel Nuovo Codice il diritto della stazione appaltante di disporre, ove necessario, un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto (c.d. quinto d'obbligo), che l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire alle stesse condizioni previste nel contratto originario, senza potersi sottrarre all'esecuzione, facendo valere la risoluzione del contratto (comma 12 dell'art. 106 «La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni

fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto».

L'unico limite, al di là del quinto, è che la variante in questione sia richiesta in corso di esecuzione e, quindi, prima del verbale di ultimazione dei lavori. Si rileva che il Nuovo Codice ha abrogato l'art. 161 del DPR n. 207/2010 che stabiliva la modalità per il calcolo del quinto prevedendo

- al comma 14 che «Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 239 e 240 del codice. La disposizione non si applica nel caso di variante disposta ai sensi dell'articolo 132,

comma 1, lettera e) del codice [n.d.r. errori del progetto esecutivo]»;

- al comma 15) che «Nel calcolo di cui al comma 14 non sono tenuti in conto gli aumenti, rispetto alle previsioni contrattuali, delle opere relative a fondazioni. Tuttavia, ove tali variazioni rispetto alle quantità previste superino il quinto dell'importo totale del contratto e non dipendano da errore progettuale ai sensi dell'articolo 132, comma 1, lettera e), del codice, l'esecutore può chiedere un equo compenso per la parte eccedente».

In assenza di indicazioni precise circa il calcolo del quinto, al fine di evitare dubbi e dibattuti, si auspica un intervento interpretativo da parte dell'ANAC.

Fuori dei casi tassativamente indicati dall'art. 106 del Nuovo Codice Appalti, la stazione appaltante non può procedere a modifiche del contratto o accordo quadro e deve attivare un nuova procedura di affidamento.

3. Approvazione e obblighi di comunicazione delle varianti

Fermi restando gli obblighi di pubblicità in ambito europeo, per le modifiche determinate dalla necessità di eseguire prestazioni supplementari ovvero determinate da cause impreviste ed imprevedibili, i commi 5 e 8 dell'art. 106

del Nuovo Codice ribadiscono gli obblighi di comunicazione all'ANAC, stabiliti dalla normativa previgente. Testualmente, «5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) [n.d.r. lavori, servizi o forniture supplementari] e c) [n.d.r. varianti in corso d'opera], pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinarie e all'articolo 130 per i settori speciali ... 8. La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) [n.d.r. lavori, servizi o forniture supplementari] e al comma 2 [n.d.r. modifiche per errori o di omissioni del progetto esecutivo], entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante

di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatario, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica ».

La variante deve essere trasmessa all'ANAC dal RUP, entro 30 giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad un'apposita relazione del RUP illustrativa delle motivazioni che hanno determinato la variante.

Si segnala l'art. 213 comma 6 del Nuovo Codice «Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'Autorità trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, alle competenti Procure della Repubblica. Qualora accerti che dalla esecuzione dei

contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla Procura generale della Corte dei conti».

In caso di inadempimento al detto obbligo di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera, è altresì prevista l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13 (da 250,00 a 25.000,00 € per il rifiuto od omissione e da 500,00 a 50.000,00 qualora siano forniti dati o informazioni non veritieri).

Per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture **sottosoglia**, ai sensi dell'art. 106, comma 14 del Nuovo codice la stazione appaltante comunica la variante, sempre nel termine di 30 giorni dall'approvazione, all'Osservatorio (tramite le sezioni regionali) per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza.

Per le modifiche determinate dalla necessità di eseguire prestazioni supplementari ovvero determinate da cause impreviste ed imprevedibili, valgono gli obblighi di comunicazione all'ANAC stabiliti dalla normativa previgente.



La responsabilità solidale negli appalti pubblici e privati

di Pier Luigi Gianforte

1. Inquadramento

Chi come me opera quotidianamente nel settore degli appalti ora più che mai in un momento di perdurante crisi economica si trova a dover affrontare nuovi contenziosi scaturenti dall'obbligo imposto dalla cosiddetta responsabilità solidale.

L'argomento della responsabilità solidale posta a carico del committente imprenditore o datore di lavoro in merito a determinati obblighi gravanti sull'appaltatore e sugli eventuali subappaltatori è stata oggetto di svariati interventi da parte del legislatore e non risulta di chiara ed immediata lettura.

La "ratio" delle predette modifiche è la chiamata in causa del committente, in qualità di garante, pur avendo riguardo agli obblighi in capo all'appaltatore e all'eventuale subappaltatore.

È quindi necessario, per le figure dell'imprenditore e del committente in generale, avere contezza piena e consapevole della normativa e della giurisprudenza prevalente, per avere piena consapevolezza delle proprie responsabilità.

Pur avendo il presente articolo un taglio necessariamente tecnico amministrativo è opportuno soffermarsi preliminarmente sul concetto di "responsabilità solidale" partendo dalla

normativa codicistica con un linguaggio, me ne scuso con i giuristi, scevro dai tecnicismi giuridici ma di agevole e comune comprensione.

2. Premessa normativa

L'art. 1292 del codice civile stabilisce che <<L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori>>.

Più semplicemente, l'espressione codicistica prevede che due o più soggetti possano risultare entrambi obbligati al pagamento di un debito o comunque all'esecuzione di una prestazione in favore di un creditore.

In tale situazione il creditore ha diritto di pretendere il pagamento dell'intero suo credito (o l'esecuzione dell'intera prestazione dovuta) indifferentemente da uno dei soggetti solidalmente responsabili, e l'adempimento effettuato da uno di essi libera anche gli altri.

Un esempio, molto consueto ed usuale, di responsabilità solidale regolata dalla legge potrebbe farsi risalire al danneggiato nell'ambito di un incidente stradale.

Il danneggiato, infatti, ha diritto (a sua insindacabile valutazione) di chiedere il risarcimento del danno subito al conducente dell'autoveicolo danneggiante, al proprietario dello stesso o alla compagnia che obbligatoriamente assicura il veicolo; tali soggetti, quindi, sono "solidalmente responsabili" per il risarcimento dovuto al danneggiato.

(E' evidente che tale principio è escluso dall'ambito del diritto penale, ove vige il principio della responsabilità personale, per cui è bene precisarlo, la responsabilità solidale trova applicazione solamente in ambito civile e amministrativo).

In questi ambiti, addirittura l'art. 1294 del codice civile prevede che <<i>condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente>> ovvero sia il caso della responsabilità solidale viene presunta ogni qualvolta vi sia una pluralità di debitori per una stessa obbligazione e la lettera della legge o il titolo non dispongono diversamente.

Il fine cui tende la norma della responsabilità solidale va pertanto individuata in una generale protezione che il legislatore accorda al creditore.

Questi, senza necessità di agire verso tutti i debitori, può ottenere totale soddisfazione da uno solo di essi (presumibilmente quello con maggiore capacità economica) con maggiori probabilità di essere pagato.

Particolari, per ciò che concerne gli appalti, sono le disposizioni dell'art. 1676 del codice civile:

<<Diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente.: Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda>>.

Il successivo art. 1677 chiarisce che tale disciplina è applicabile anche agli appalti periodici di servizi. In buona sostanza, già dal Codice Civile discende il diritto del dipendente nei confronti dell'appaltatore di ottenere il pagamento del proprio credito retributivo direttamente dal committente, ma con un duplice ed importante limite a tutela di quest'ultimo: il committente è tenuto a pagare solo i dipendenti dell'appaltatore (ciò sembra escludere la sussistenza dell'obbligo nei confronti di altri

ausiliari dell'appaltatore non dipendenti, come ad esempio il subappaltatore) e solo nei limiti delle somme di cui egli è ancora debitore nei confronti dell'appaltatore al momento in cui il dipendente chiedeva il pagamento.

In considerazione di ciò, qualora gli ausiliari dell'appaltatore si rivolgano, anche in via stragiudiziale, al committente per ottenere il pagamento di quanto ad essi dovuto, per l'attività lavorativa svolta nell'esecuzione dell'opera appaltata o per la prestazione dei servizi, il committente diviene, ai sensi dell'art. 1676 codice civile, diretto debitore nei confronti degli stessi ausiliari, con la conseguenza che è tenuto, solidalmente con l'appaltatore, fino alla concorrenza del debito per il prezzo dell'appalto e non può più pagare all'appaltatore stesso e, se paga, non è liberato dall'obbligazione verso i suddetti ausiliari.

Il meccanismo così delineato opera anche nei rapporti fra appaltatore e subappaltatore, posto che in tale rapporto l'appaltatore altro non è che il committente del subappaltatore.

In tal senso si veda Cass. civ., Sez. lavoro, 09/08/2003, n. 12048, ove si afferma che "La previsione contenuta nell'art. 1676 c.c., in base alla quale i lavoratori dipendenti dell'appaltatore hanno, nei confronti del committente, un'azione diretta allo scopo di conseguire quanto è loro dovuto con riferimento all'attività lavorativa prestata per eseguire l'opera appaltata, si applica anche ai dipendenti del subappaltatore nei confronti del sub-committente o subappaltante, sia in base al criterio di interpretazione letterale in quanto il contratto di subappalto altro non è che un vero e proprio appalto che si caratterizza rispetto al contratto tipo solo per essere un contratto derivato da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto, sia in considerazione della ratio della norma, che è ravvisabile nell'esigenza di assicurare una particolare tutela in favore dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a preservarli dal rischio dell'inadempimento di questi, esigenza che ricorre identica nell'appalto e nel subappalto".

La norma del codice civile non consentirebbe invece, secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, l'azione diretta dei lavoratori dipendenti del subappaltatore nei confronti del

committente "principale" (così T. Torino, 01-04-2000).

Il quadro così delineato ha subito una profonda modifica con l'introduzione del D.Lgs. 276/2003 (c.d. "**Legge Biagi**"), che all'articolo 29 ha introdotto una più ampia responsabilità solidale del committente; responsabilità ulteriormente ampliata da successivi interventi normativi del 2004 e del 2006 e solo parzialmente ridimensionata dai successivi interventi del 2012 e del 2014.

Per evidenziare l'evoluzione normativa si riportano a seguire i testi del comma 2 anzidetto nella formulazione iniziale e quella in vigore oggi:

Testo in vigore dal 24 ottobre 2003 al 25 ottobre 2004: <<2. **In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.**>>

A seguire il testo vigente: <<2. *Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento.* Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità

solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.>>.

Il cambiamento rispetto ai principi che regolavano l'impianto del codice civile è significativo:

- l'obbligazione solidale del committente riguarda sia i debiti retributivi che contributivi maturati dall'appaltatore che quelli maturati dagli eventuali subappaltatori;
- viene eliminato il limite del debito che il committente ha nei confronti dell'appaltatore: in base alla nuova disciplina, quindi, il committente risponde in solido con l'appaltatore e/o il subappaltatore senza limite di importo, a prescindere dal fatto se egli sia debitore o meno dell'appaltatore e/o del subappaltatore per crediti da questi ultimi maturati in forza del contratto d'appalto, posto che l'unico limite posto dalla norma è quello temporale (due anni dalla cessazione dell'appalto);
- la norma fa riferimento genericamente ai "lavoratori" e non più ai "dipendenti", consentendo con ciò un'interpretazione estensiva che ricomprende nell'ambito dei soggetti tutelati anche i collaboratori non dipendenti, come i lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa o a progetto;
- la responsabilità solidale riguarda non solo i crediti retributivi del lavoratore, ma anche gli oneri contributivi maturati a favore degli enti previdenziali sulle retribuzioni dovute ai lavoratori.

Con riferimento all'individuazione dei crediti tutelati dalla norma, l'orientamento prevalente (che trova il suo fondamento nel fatto che la norma stessa parla di crediti "retributivi") è nel senso di limitare la responsabilità solidale ai crediti

del lavoratore che assuma appunto carattere "retributivo", escludendo con ciò i crediti che tale natura non hanno (ad esempio, quelli con natura indennitaria o risarcitoria); in tal senso la norma si premura di specificare che l'obbligazione solidale si estende alle quote di trattamento di fine rapporto ed è invece esclusa con riferimento alle eventuali sanzioni amministrative irrogate all'appaltatore e/o al subappaltatore per illeciti da questi commessi, ed altresì di prevedere espressamente **che la responsabilità solidale del committente è limitata agli obblighi retributivi e contributivi maturati in dipendenza dell'attività prestata dal lavoratore in esecuzione del contratto d'appalto** presso il committente stesso.

Gli interventi legislativi più recenti (quelli del 2012 e del 2014) hanno da un lato disciplinato la facoltà per la contrattazione collettiva nazionale di derogare alle previsioni normative in materia di solidarietà (con la specificazione giurisprudenziale, peraltro, secondo la quale la deroga può riguardare solo gli aspetti retributivi, non quelli contributivi), dall'altro previsto un meccanismo processuale (tutt'altro che inequivocabile) che consente al committente di invocare il beneficio della preventiva escussione del debitore principale, e cioè di pretendere che il creditore (lavoratore o ente previdenziale) per ottenere soddisfazione del proprio credito debba aggredire preventivamente il patrimonio del debitore principale (appaltatore o subappaltatore), e solo ove questo risulti incapiente possa aggredire il patrimonio del committente.

Una notazione particolare riguarda **l'applicabilità dell'art. 29 ai soli appalti privati**. Depone in tal senso il chiaro tenore letterale dell'art. 1, comma 2 del D.Lgs. 276 del 2003, ai sensi del quale il decreto legislativo in questione non si applica alle pubbliche amministrazioni. Infatti, nonostante una delle prime pronunce in materia (T. Pavia, 29-04-2006) abbia al contrario affermato l'applicabilità di tale regola anche al caso in cui committente sia una Pubblica Amministrazione, non pare possibile superare il dettato dell'art. 1, comma 2 del D.Lgs. 276 del 2003 in via meramente interpretativa. A dirimere la questione è intervenuto ancora una volta il Legislatore che, con il 1° comma dell'art. 9 D.L. 76/2013 sopra citato, ha espressamente dichiarato che la disciplina della solidarietà di cui all'art. 29 comma 2° D. Lgs. 276/2003 non si

applica agli appalti delle pubbliche amministrazioni. La Corte di Cassazione con sentenza n. 15432 del 7 luglio 2014 ha affermato che *"In materia di appalti pubblici, in caso di ritardo nel pagamento di retribuzioni o contributi ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore o subappaltatore, non trovando applicazione la previsione di cui all'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, i lavoratori devono avvalersi degli speciali strumenti di tutela previsti dagli artt. 4 e 5 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), oppure, in via residuale, della tutela prevista dall'art. 1676 cod. civ."*

Merita inoltre di essere evidenziato il fatto che il predetto articolo 9, comma 1° del D.L. 76/2013 ha esteso espressamente l'applicazione della disciplina posta dall'art. 29, comma 2°, D.Lgs. 276/2003 anche ai lavoratori che prestano la loro attività in forza di lavoro autonomo:

*<<1. Le disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, trovano applicazione anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo. **Le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni** di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Le disposizioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, hanno effetto esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi.>>.*

È opportuno ricordare, per concludere su questi aspetti, che l'articolo 28 del D.Lgs. 175/2014 ha abrogato i commi da 28 a 28 ter dell'art. 35 del D.L. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani), già più volte assoggettato a modifiche ed integrazioni nel corso degli anni, che stabiliva la responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore in merito al versamento delle ritenute fiscali dovute

sulle retribuzioni corrisposte ai lavoratori in esecuzione dell'appalto e pesanti sanzioni a carico del committente che avesse saldato il proprio appaltatore senza acquisire prova documentale dell'avvenuto versamento di tali ritenute.

Il Legislatore è intervenuto ancora una volta in questa materia con il D.Lgs. 81/2008 (Testo Unico della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), "recuperando" con qualche modifica una norma già introdotta nel corpus della legge 626/1994 con la Finanziaria del 2007.

Afferma infatti l'art. 26, comma 4° del D.Lgs. 81/2008 che <<Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSE-MA). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici>>. Alle previsioni contenute nelle disposizioni di legge sopra menzionate, quindi, si aggiunge un'ulteriore profilo di responsabilità solidale: quello relativo al risarcimento dei danni subiti dal dipendente dell'appaltatore o del subappaltatore a seguito di infortunio sul lavoro o malattia professionale, per la parte che non risulti già oggetto di indennizzo ad opera degli istituti assicurativi obbligatori per legge.

Si tratta, in sostanza, del c.d. "danno differenziale" al quale ha diritto (secondo l'orientamento maggioritario, ma non incontrastato, di dottrina e giurisprudenza) il lavoratore in caso di infortunio sul lavoro o malattia professionale, che si determina detraendo dal complessivo danno patrimoniale e non patrimoniale quantificato secondo i criteri "civilistici" ciò che viene complessivamente erogato dall'ente assicuratore obbligatorio.

Trattasi, con tutta evidenza, di un profilo di responsabilità solidale di **notevole delicatezza**, attesa l'entità potenzialmente elevatissima dell'importo da corrispondere: basti pensare

all'ipotesi di infortunio che comporti un'invaldità permanente totale e di contestuale insolvenza del datore di lavoro/appaltatore: il committente è tenuto in solido con quest'ultimo al risarcimento dell'intero "danno differenziale".

Riepilogando nella forma della più ampia responsabilità solidale si può sinteticamente affermare che:

- **il committente è responsabile:** a) in solido con l'appaltatore, ai sensi dell'art. 1676 c.c., per quanto è dovuto ai dipendenti dell'appaltatore per l'attività eseguita nell'appalto (retribuzioni, indennità, rimborsi, etc.), nei limiti del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda, ma senza limiti di tempo; b) in solido con l'appaltatore ed il subappaltatore, ai sensi dell'art. 29 comma 2° D.Lgs. 276/2003, per il pagamento dei trattamenti retributivi e per il versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi, con il limite temporale di due anni dalla cessazione dell'appalto, ma senza limitazione di importo; c) in solido con l'appaltatore ed il subappaltatore, ai sensi dell'art. 26 comma 4° D.Lgs. 81/2008, per il risarcimento dei danni subiti dal dipendente dell'appaltatore o del subappaltatore in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, per la parte non oggetto di indennizzo da parte degli enti assicuratori obbligatori.
- **L'appaltatore assume nei confronti del subappaltatore la stessa posizione giuridica assunta dal committente nei confronti dell'appaltatore, con le conseguenze ora descritte.**

3. Responsabilità solidale nelle Ati

Sempre per esperienza professionale si ritiene opportuno segnalare ulteriori aspetti pratici ed operativi legati alla responsabilità solidale nel caso in cui ad operare sia un associazione temporanea di imprese (ATI).

Si tralasciano gli aspetti legati alla responsabilità dell'ATI nei confronti della stazione appaltante nella diversa configurazione di ATI orizzontale, verticale o di tipo misto così come contemplata all'art..

48 del d.lgs. 50/2016. Ci si limita a ricordare che la capogruppo e le singole imprese mandanti rispondono in solido delle obbligazioni assunte nei confronti della stazione appaltante; questo sempre per garantire massimamente il soggetto pubblico dall'eventuale inadempimento di una delle imprese riunite (Consiglio di Stato n. 1260/2002).

Viceversa appare importante, perché aspetto trascurato dai più, è quella relativa alla responsabilità dell'ATI nei confronti di terzi come espressamente previsto dal comma 5 del già citato art. 48:

*<<L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, **nonchè nei confronti del subappaltatore e dei fornitori.** >>.*

Tale forma di responsabilità solidale viene gravemente trascurata da molte imprese nella loro qualità di mandataria con evidenti conseguenze nei rapporti con i terzi.

A titolo di esempio si riportano alcune sentenze esplicative.

Cass. civ. Sez. lavoro, 25-11-2015, n. 24063 (rv. 637756):*<<L'impresa mandataria dell'associazione temporanea di imprese (ATI) è responsabile per i crediti di lavoro vantati dal singolo dipendente di una delle imprese associate ai fini della realizzazione di lavori pubblici, dovendosi interpretare estensivamente la nozione di "fornitori" responsabili ex art. 13, comma 2, della legge n. 109 del 1994, poiché la prestazione lavorativa costituisce oggetto della "fornitura" ed elemento indispensabile ai fini dell'esecuzione delle opere appaltate. (Rigetta, Trib. Lecce, 13/03/2009)>>*

Cass. civ. Sez. V, Sent., 20-03-2009, n. 6791:*<<Nella disciplina successiva (L. 8 agosto 1977, n. 584, art. 23 bis) le imprese riunite possono costituire tra loro una società per l'esecuzione unitaria dei lavori appaltati (L. 8 agosto 1977, n. 584, art. 23 bis, comma 1), ma le nuove disposizioni sono dettate per regolare solo i rapporti con l'ente committente e, se esse si preoccupano di mantener ferme le responsabilità delle singole imprese associate previste dalla L. 8 agosto 1977, n. 584, art. 21, u.c., che regola la loro responsabilità solidale nei confronti dell'appaltante, a maggior ragione non devono considerarsi modificati i*

rapporti con i soggetti terzi regolati dalla L. 8 agosto 1977, n. 584, art. 22, comma 3, che sono le autorità tributarie e le autorità previdenziali sociali. In ogni caso, anche a voler ipotizzare che la società costituita L. 8 agosto 1977, n. 584, ex art. 23-bis, sia un soggetto anche tributariamente autonomo, la norma così configurata non potrebbe essere applicata all'attuale ricorrente, perchè non risulta che il soggetto costituito dalle società associate temporaneamente Messina Carmelo e Ferreri Emanuele sia una società della specie minuziosamente regolata, anche proceduralmente, dalla L. 8 agosto 1977, n. 584, art. 23-bis:>>

Commento sulla sentenza Trib. Milano 1° luglio 2010, n. 8645:*<<I raggruppamenti (od associazioni) temporanei di imprese sono gruppi di operatori economici che partecipano unitariamente alle gare d'appalto per l'affidamento di lavori, servizi o forniture da parte della p. a. L'attuale disciplina è dettata dall'art. 37 d. lg. n. 163/2006 (codice contratti pubblici).*

Secondo l'art. 29 d. lg. 10 settembre 2003, n. 276, il committente è solidalmente responsabile con l'appaltatore qualora l'appaltatore non adempia gli obblighi retributivi e contributivi nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore medesimo («clausola sociale»).

La polizza fideiussoria, stipulata dall'impresa mandataria del raggruppamento temporaneo, copre le inadempienze dell'impresa stessa e di tutte le mandanti. Pertanto la Compagnia assicuratrice garante è legittimata ad agire contro ogni appartenente al raggruppamento temporaneo per l'intero importo corrisposto al beneficiario della polizza fideiussoria (art. 1951 c.c.)>>.

Un ulteriore aspetto che si vuole segnalare è la criticità del principio della responsabilità solidale come applicabile ai lavori del sisma posto la differenza già accennata avuto riguardo ai lavori eseguiti in un ambito privatistico o pubblicistico.

4. La Responsabilità solidale nei lavori del sisma

E' oramai acclarata la natura privatistica dei rapporti contrattuali nella ricostruzione privata post-sisma

soprattutto per la natura della sovvenzione dello stato stante la riconducibilità della sovvenzione/provvigione/indennizzo/finanziamento di cui all'art. 3 DL 39/2009 nell'alveo della categoria degli "aiuti di stato" ammissibili (ossia compatibili con l'ordinamento comunitario).

Da ciò emerge che il committente dei lavori per la ricostruzione post-sisma è da considerarsi come committente privato con tutto ciò che ne consegue anche relativamente alla responsabilità solidale.

Dal punto di vista soggettivo, tuttavia, va valutata se i consorzi costituiti da privati siano da considerarsi ai fini dell'applicabilità del d.lgs. 276/2003 quali *committenti imprenditori o datori di lavoro*.

L'Articolo 2 del decreto n. 12 del Commissario Delegato per la Ricostruzione Presidente della Regione Abruzzo esplicita la natura e composizione dei consorzi: *"I consorzi sono figure soggettive di diritto privato che agiscono in regime di diritto privato e che hanno natura assimilabile alle associazioni senza scopo di lucro."*

A parere di chi scrive, i Consorzi non possono essere considerati come *committenti imprenditori o datori di lavoro*; di tal che parrebbe evidente che i lavori relativi al sisma 2009 non rientrerebbero nel novero di cui all'art. 29, comma 2°, del D.Lgs. 276/2003.

5. Spunti critici e conclusioni

È bene segnalare che nell'attuale formulazione dei contratti d'appalto e di subappalto gli aspetti della responsabilità solidale sono trattati molto superficialmente tramite l'indicazione di documentazione da richiedere all'appaltatore e con l'ammonizione che la mancata consegna della documentazione legittima la sospensione dei pagamenti.

Tale generica previsione comporta nella pratica operativa la paralisi dei pagamenti degli stati di avanzamento e comunque genera contenziosi e rivendicazioni a posteriori.

Si ritiene opportuno che nei contratti venga posta la necessaria attenzione all'aspetto della

responsabilità solidale ed a seguire si forniscono delle clausole operative da prevedersi nell'ambito dei rapporti in ATI:

<<Stante la possibile contestazione del regime di solidarietà tra mandataria e mandante contestualmente all'emissione degli stati di avanzamento lavori da parte del Committente ogni impresa Mandante dovrà far pervenire alla Mandataria in occasione di ogni pagamento e comunque con cadenza trimestrale, la seguente documentazione:

- *fatture quietanzate dei fornitori e dei subappaltatori per le parti di competenza e per la quota parte dei lavori in capo alle mandanti*

- *DURC in corso di validità;*

- *copia libro unico del lavoro dell'Impresa (ex libro matricola) o in alternativa elenco timbrato e firmato dal Datore di Lavoro dei lavoratori assunti dell'Impresa;*

- *buste paga sottoscritte per quietanza dai dipendenti relativamente al periodo di riferimento del corrispettivo pagato;*

.....

Ove in sede di verifica della documentazione presentata dalle mandanti venga accertato il mancato pagamento da parte delle mandanti in favore dei lavoratori, dei subappaltatori o dei fornitori, le parti autorizzano sin d'ora la mandataria a sottrarre dall'importo del SAL - per la quota in favore della mandante - le somme corrispondenti a detto mancato pagamento

Ove l'impresa Mandante non ottemperi a quanto richiesto al precedente punto, la Mandataria è sin d'ora autorizzata a comunicare detta circostanza al Committente e interloquire con terzi al fine di definire compiutamente eventuali somme di loro spettanza trattenendo le stesse dall'importo maturato dalla mandante a garanzia del corretto adempimento agli obblighi di legge potendo di procedere al pagamento diretto in favore del creditore. >>

Il tutto ovviamente presuppone che il pagamento da parte del Committente, in forza del mandato irrevocabile, avvenga a favore della sola mandataria.

L'art. 80 del nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 50/2016): prime riflessioni in ordine ai motivi di esclusione

di Rinaldo Alvisi

Con l'articolo in esame, il Legislatore persegue in via principale l'obiettivo di governare il rapporto fiduciario tra l'amministrazione che bandisce la procedura di gara e le imprese che, in vista dell'aggiudicazione finale, vi prendono parte come concorrenti. Rispetto alla vecchia disciplina contenuta nell'art. 38 del D.lgs. n.163 del 2006, la finalità centrale non è mutata, ma si è inteso dare specifiche indicazioni con riguardo ai motivi di estromissione dei soggetti che partecipano alla gara, in modo da evitare che contestazioni meramente formali possano condizionare la scelta della Pubblica Amministrazione quanto al migliore offerente. Stabilendo "ostacoli" netti e chiari alla partecipazione alle gare di appalto da

parte di soggetti che rivestano specifici requisiti negativi, è vero, si sono facilitati i compiti della Pubblica Amministrazione, ma se ne è limitato il potere di valutare l'effettiva e sostanziale "qualità professionale" delle imprese concorrenti.

I requisiti generali di partecipazione alle procedure di gara: confronto tra vecchia e nuova disciplina

Anche nella vecchia disciplina dell'art. 38 esisteva una elencazione di cause di esclusione, tuttavia era lasciata un'ampia discrezionalità alla stazione appaltante nella scelta di chi escludere dalla partecipazione alle gare. A tal riguardo, esemplificativa è la formulazione della lettera c) dell'articolo citato, la quale stabiliva di escludere dalla procedura di assegnazione di un appalto coloro *"nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura*

penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale [...]". Dalla lettura del passo normativo trascritto emerge chiara l'assenza di un qualunque profilo di specificità con riguardo ai "gravi reati in danno dello Stato o della Comunità" cui la stazione appaltante doveva guardare ai fini della estromissione di un operatore economico.

In mancanza di parametri e di indicazioni, la valutazione in ordine alla gravità dei reati, incidente sulla moralità professionale dei partecipanti alla gara pubblica, era ancorata alla "libera" scelta della Pubblica Amministrazione. Conseguentemente ricorreva la ovvia probabilità che fossero adottate decisioni difformi rispetto a situazioni identiche, generando una oggettiva sperequazione: ciò che era "grave reato" agli occhi di una stazione appaltante, non lo era agli occhi di un'altra. A tutto ciò il Legislatore ha ritenuto di porre rimedio con la formulazione dell'attuale art. 80, che, nel corpo del I comma, ai motivi di esclusione (sostanzianti dalla "... condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale...") ancora una **precisa e dettagliata elencazione di reati:**

a) *delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;*

b) *delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;*

c) *frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle*

Comunità europee;

d) *delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;*

e) *delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni;*

f) *sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;*

g) *ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione;*

È evidente il netto cambio di rotta del Legislatore, il quale, recependo la direttiva 2014/24/UE, ha ritenuto necessario fornire agli operatori precisi e inequivoci paradigmi di valutazione, sì da non consentire "libere" interpretazioni da parte della stazione appaltante. Quest'ultima, in sostanza, dovrà limitarsi a verificare - cartolarmente - se in capo a un operatore economico partecipante alla gara esista o meno una condanna penale per uno dei reati tassativamente indicati dalla norma in esame.

È assolutamente pacifico che, sulla base di un siffatto impianto normativo e fattuale, sarà oggettivamente difficile (se non impossibile) che contestazioni meramente formali o strumentali possano generare impedimenti al corretto espletamento della gara. Inoltre, in questa maniera, si dovrebbero proprio impedire partecipazioni destinate al fallimento. Però, è altresì vero che, limitando i compiti della Pubblica Amministrazione al mero sindacato dei requisiti emergenti dai documenti, si è al contempo limitata la possibilità della stessa Pubblica Amministrazione di verificare, **nella sostanza dei fatti**, l'intrinseca qualità professionale delle imprese che prendono parte alle gare, rappresentata, per esempio, da una capacità di conseguire eccellenti risultati sul piano proprio dell'oggetto del contratto. A volte, siffatta qualità potrebbe essere del tutto svincolata dai requisiti negativi legati ai precedenti penali. Chi non si rivolgerebbe al chirurgo pregiudicato se questi, attraverso la propria opera professionale, fosse l'unico capace di salvare la vita? Al di

là del paradosso, posto ovviamente in chiave provocatoria, sarebbe forse auspicabile che si instauri un dibattito di carattere squisitamente culturale al fine di rimeditare l'intera materia, valutandone efficacia e riflessi sia sul piano normativo sia su quello pratico.

Altra importantissima differenza tra la vecchia e la nuova disciplina risiede nell'ampia discrezionalità di cui godeva prima la Pubblica Amministrazione nel valutare i "soggetti sani" (quelli privi di precedenti penali) che intendevano partecipare alle gare. Infatti, al **comma 1, lettera f) l'art. 38** stabiliva che *"sono esclusi [...] i soggetti [...] che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*.

E' evidente che la cornice del vecchio codice dei contratti comprendeva due ipotesi rilevanti che avrebbero potuto portare alla esclusione di un'impresa: una, di carattere generale, che guardava alla storia professionale dell'impresa nella sua interezza (anche al di fuori degli appalti pubblici); l'altra, di carattere più specifico, che faceva riferimento ai pregressi rapporti tra l'amministrazione banditrice della gara e l'impresa interessata.

La nuova disciplina si discosta in modo netto dalla precedente normativa e pone evidenti paletti alla Pubblica Amministrazione.

L'art. 80, comma 5, lettera c), prevede l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto di un operatore economico qualora: *"[...] 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. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o*

di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Dunque, non ricorrono più presupposti di stampo chiaramente soggettivo - negligenza o malafede; o avulsi dallo specifico rapporto contrattuale - errore grave nell'ambito dell'intera attività professionale. Tra l'altro, con la sentenza del 21.01.2011, n. 409, lo stesso Consiglio di Stato aveva chiaramente affermato il carattere soggettivo dei presupposti di esclusione di cui al vecchio art. 38, comma 1, lett. f): *"[...] Ne consegue che la gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, ex ante, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale. Quindi, la valutazione assume un aspetto più soggettivo (di affidabilità) che oggettivo (il pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione inadempita). Non a caso, l'art. 38, lett. f), include presupposti espressamente soggettivi (la malafede), ma comunque idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa privata [...]"*.

Oggi, l'operatore economico è escluso qualora si sia "reso colpevole di gravi illeciti professionali", esemplificativamente indicati dalla norma, tali da rendere dubbia la sua "integrità o affidabilità". E gli illeciti dovranno essere dimostrati dalla stazione appaltante **"con mezzi adeguati"**, non più, come un tempo, **con qualsiasi mezzo di prova**: è chiaro il restringimento dei poteri adottato dal Legislatore a carico della stazione appaltante quanto alle possibilità di quest'ultima nell'ambito del regime probatorio.

In conclusione, comparando le due discipline in esame, non bisogna dimenticare che, da un lato, grazie all'ampiezza di poteri di cui godeva un tempo, la Pubblica Amministrazione poteva sindacare con maggior profondità, su di un piano pratico, il merito della capacità professionale delle imprese; dall'altro, era più facile e probabile che, a seguito di accordi illeciti tra uomini della stazione appaltante e l'imprenditore, si verificassero

fenomeni di corruzione e collusione. Non esistendo parametri fissi e immutabili, così come enucleati dalla nuova normativa per la valutazione dei requisiti necessari a partecipare a una gara pubblica, la qualità intrinseca di una impresa la si sarebbe potuta costruire *ad hoc*.

In buona sostanza, l' articolo 80 del d.lgs. 50/2016 sorge nell'ambito della tendenza legislativa volta ad evitare la consumazione di quella particolare tipologia di illeciti che, a più riprese, la Magistratura ha dovuto combattere e, attraverso l'ANAC, si tenta di ostacolare anche in via amministrativa.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 1/3/2017, n. 932

"...la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti..."

"Deve essere al riguardo richiamato il condiviso orientamento secondo cui la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto – il che, per le ragioni appena esposte, è avvenuto (ex multis, Cons. Stato, V, 12 maggio 2016, n. 1901; Cons. St., III, 10 febbraio 2016, n. 589). Né è da considerarsi anomala l'offerta quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto da essa applicato al proprio personale rispetto a quello applicato da altra impresa se nella lex specialis di gara si richiede l'indicazione non di un contratto specifico ma – come, nel caso di specie, per i lavoratori diversi da quelli riassorbiti – semplicemente di quale sia il contratto applicato e, peraltro, le mansioni richieste per l'esecuzione del servizio sono riconducibili a più figure professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali (Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2010, n. 1754)..."

TAR Liguria, Sez. II, 28/02/2017, n. 145

Inapplicabilità del soccorso istruttorio in ordine agli elementi afferenti l'offerta

"...Si deve rilevare come la commissione abbia escluso la possibilità di consentire l'ingresso della documentazione prodotta dalla ricorrente sulla base del rilievo che la stessa afferirebbe all'offerta tecnica e come tale esulerebbe dall'ambito dell'istituto del soccorso istruttorio come ristrutturato dal d.lgs. 50/16. A tal riguardo occorre rilevare come l'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16 abbia escluso la sanabilità mediante il soccorso istruttorio degli elementi dell'offerta tecnica e economica.

In particolare l'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16 per quanto di interesse in questa sede stabilisce: " Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di

soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica",

La norma è significativamente differente da quella omologa di cui all'art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06 previgente secondo cui: "1-ter. Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara"

La norma previgente, infatti, ammetteva il soccorso istruttorio anche rispetto all'offerta con l'unico limite costituito dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1 – bis laddove, facendo riferimento all'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, escludeva la possibilità di sanare ex post mediante il soccorso istruttorio quelle mancanze, incompletezze o irregolarità dell'offerta che avessero determinato incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta.

La nuova norma esclude in radice la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l'offerta...."

TAR Reggio Calabria, 25/02/2017, n. 166

Nella scelta dell'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo l'Amministrazione deve "dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta"

"... la generalizzata applicabilità del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa – di cui al comma 3 – la percorribilità della diversa opzione di cui al successivo comma 4 potrà intervenire soltanto all'interno delle fattispecie in esso tassativamente delineate: altrimenti potendo venire in considerazione una generalizzata derogabilità che, evidentemente, non trova fondamento alcuno nella lettera e nella ratio legis.

Ribadita pertanto (coerentemente con quanto dalla Sezione già affermato con sentenza 30 novembre 2016 n. 1186) la valenza palesemente derogatoria assunta dalla previsione di cui al comma 4, va rimarcato come l'utilizzazione del criterio del minor prezzo formi oggetto (sempre al ricorrere delle fattispecie indicate nella medesima previsione di legge) di una facoltà, in capo alla Stazione appaltante, e giammai di un obbligo.

Conseguentemente, laddove la fattispecie contrattuale sia sussumibile all'interno della declaratoria di che trattasi, l'Amministrazione potrà – ma non dovrà – procedere all'aggiudicazione della gara con il criterio del minor prezzo: ma, in tale ipotesi – come ribadito anche da ANAC (Linee-guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n.1005 del 21 settembre 2016) – su di essa incomberà l'obbligo di "dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta (si pensi all'utilizzo di criteri di efficacia nel caso di approccio costo/efficacia anche con riferimento al costo del ciclo di vita). Nella motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall'insieme delle imprese presenti sul mercato"..."

TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20/2/2017 n. 1020

"...il rito camerale "superaccelerato" è circoscritto esclusivamente ai provvedimenti di esclusione e ammissione emessi "all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-

professionali”...

“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11...”; il rito camerale “superaccelerato” è circoscritto esclusivamente ai provvedimenti di esclusione e ammissione emessi “all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”; pertanto, non si applica in caso di esclusione fondata su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell’offerta tecnica prescritti dalla lex specialis di gara, come è accaduto nella fattispecie in esame. Neppure può ipotizzarsi una estensione in via analogica delle nuove disposizioni processuali al di fuori delle ipotesi espressamente previste, ostandovi la natura eccezionale del rito (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 5852/2016; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2011, sulla eccezionalità del rito abbreviato ex art. 23 bis della L. n. 1034/1971)..”

TAR Toscana, Sez. II, 14/2/2017, n. 239

Provvedimento ex art. 29, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016, e regime delle impugnazioni

“... deve rilevarsi che, pur essendo la gara in esame soggetta alle norme di cui al d.lgs. n. 50/2016 poiché indetto con bando pubblicato il 29 settembre 2016, la stazione appaltante ha ommesso di adottare il provvedimento che determina ammissioni ed esclusioni previsto dall’art. 29, comma 1, secondo periodo del medesimo d.lgs. n. 50/2016 ed ha invece riunito ammissioni ed aggiudicazione in un unico verbale, tra l’altro concluso non con la “proposta di aggiudicazione” ma con l’aggiudicazione provvisoria. Essendo mancata tale fase procedurale, inevitabilmente l’impugnazione proposta ha dovuto essere rivolta simultaneamente contro l’ammissione della controinteressata e l’aggiudicazione disposta a suo favore.

Il neonato rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni costituisce eccezione al regime “ordinario” del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, perciò, deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto (T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367), e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all’art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l’impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l’ammissione dell’aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia, come dedotto nel primo motivo, conseguenza del primo. ...”

Consiglio di Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 590

“La c.d. cristallizzazione della soglia d’anomalia si traduce nell’impossibilità ex post d’individuare – per effetto di sopravvenienze maturate successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte – una nuova soglia di anomalia mediante il ricalcolo delle offerte”

“La c.d. cristallizzazione della soglia d’anomalia che trasposta sul piano pratico si traduce nell’impossibilità ex post d’individuare – per effetto di sopravvenienze maturate successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte – una nuova soglia di anomalia mediante il ricalcolo delle offerte, non è ex se preclusiva della possibilità di rimettere in discussione gli esiti della procedura di gara.

Specie laddove – come nel caso in esame – la soglia d’anomalia originariamente divisata sia direttamente conseguente all’illegittima ammissione disposta in danno dell’impresa partecipante che, prima

dell'aggiudicazione definitiva, solleciti la stazione appaltante all'esercizio del potere di autotutela, al fine di assicurare e garantire, oltre la correttezza del procedura concorrenziale, il buon andamento dell'azione amministrativa precettivamente disposto dall'art. 97 cost.

In caso contrario, ossia aderendo alla prospettazione dell'appellante, "il fatto compiuto" derivante dalla determinazione delle medie, quando a monte di questa si è consumata una illegittimità che abbia avuto rilievo decisivo in tale operazione aritmetica, assumerebbe un ruolo dirimente in grado di frustrare i principi che conformano l'azione amministrativa e, prima ancora, di sovvertite la gerarchia assiologica dei valori ad essi sottesi...".

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 27 DEL 18 gennaio 2017 PREC 111/16/S

"l'Amministrazione deve individuare criteri di selezione che siano collegati all'oggetto dell'appalto e che devono dunque essere elaborati con riferimento all'offerta e non all'azienda concorrente in quanto tale (Parere precontenzioso n. 46 del 26 febbraio 2014). Ciò anche a seguito del superamento, ad opera dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, della rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione"

"... secondo il costante orientamento giurisprudenziale, «le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (ex multis, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2015, n. 2198; 23 febbraio 2015, n. 882; 26 marzo 2014, n. 1468; sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409) ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (Cons. St., sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711)» (Consiglio di Stato, sentenza n. 4942 del 28 ottobre 2015).

Nel caso in esame, i criteri e i sub-criteri per l'attribuzione del punteggio tecnico (max 60 punti) sono individuati nel disciplinare nel modo seguente:

- a) progetto di massima della gestione: max 20 punti;
- b) esperienze in attività promozione sportiva-ricreativa-sociale: max 20 punti (di cui 5 in relazione alle attività sportive esercitate nell'ultimo anno; 5 all'attività formativa volta al settore giovanile; 5 all'attività indirizzata ad attività sociali; 5 alle manifestazioni sportive, culturali, ricreative organizzative dell'ultimo anno);
- c) rapporti che legano il proponente al territorio: max 10 punti (di cui 7 per gli anni consecutivi di presenza operativa sul territorio provinciale e 3 per il numero totale iscritti residenti nel Comune di Serravalle Pistoiese);
- d) esperienze gestionali pregresse: max 10 punti

Prima di prendere in esame l'attribuzione dei punteggi, non ci si può esimere dal rilevare incidentalmente che siffatta definizione dei criteri di valutazione, che riserva solo 20 punti al progetto della gestione della palestra e destina i rimanenti 40 a requisiti soggettivi dell'impresa (esperienze pregresse in attività promozione sportiva-ricreativa-sociale e gestionali e rapporti con il territorio) non è conforme al principio generale secondo cui l'Amministrazione deve individuare criteri di selezione che siano collegati all'oggetto dell'appalto e che devono dunque essere elaborati con riferimento all'offerta e non all'azienda concorrente in quanto tale (Parere precontenzioso n. 46 del 26 febbraio 2014). Ciò anche a seguito del superamento, ad opera dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, della rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione e della riconosciuta possibilità di valutare profili di carattere soggettivo qualora consentano di

apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta e riguardino comunque aspetti, quali quelli indicati dall'art. 95, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione, giacché il peso da attribuire ai criteri di natura soggettiva deve essere comunque limitato, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente, salvo il caso di servizi, quali quelli relativi all'ingegneria e all'architettura, nei quali, per la specificità degli stessi, è alta l'interrelazione tra la capacità dell'offerente e la qualità dell'offerta (cfr. Linee guida n. 2 "Offerta economicamente più vantaggiosa", 21 settembre 2016). In particolare, il criterio sub c) "rapporti che legano il proponente al territorio", accordando preferenza a favore di soggetti che hanno un peculiare radicamento organizzativo sul territorio interessato dalla gara, appare annoverabile tra le c.d. clausole territoriali, sulla cui illegittimità l'Autorità si è più volte espressa (cfr., ex multis, deliberazione n. 108/2012)...."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 26 DEL 18 gennaio 2017 PREC 116/16/L

Sono inammissibili le dichiarazioni integrative dell'offerente volte alla rettifica dell'offerta

"...VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plenaria 13 novembre 2015, n. 10) per cui, in linea generale, «nelle procedure ad evidenza pubblica, finalizzate alla stipulazione di un contratto, la commissione aggiudicatrice non può, a causa di dichiarazioni correttive dell'offerente o in esecuzione di un'indagine volta a delineare la reale volontà dello stesso, manipolare, modificare o adattare l'offerta in assenza di disposizioni in tal senso dirette, contenute nella lex specialis: diversamente, verrebbe leso il principio di par condicio fra i concorrenti, nonché quello di affidamento da essi riposto nelle regole di gara e nella predisposizione delle rispettive offerte economiche. Queste ragioni hanno condotto la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. Sez. III, sent. 17 luglio 2012 n. 4176; id. 26 marzo 2012 n. 1699) ad affermare il principio secondo cui non può consentirsi alle commissioni aggiudicatrici la modifica di una delle componenti dell'offerta sostituendosi, anche solo parzialmente, alla volontà dell'offerente e interpretando la sua stessa volontà frutto di scelte insindacabili. La rettifica dell'offerta, eseguita al fine di ricercare la effettiva volontà dell'offerente, è ammissibile, in adesione ai principi di conservazione degli atti giuridici e di massima partecipazione alle gare pubbliche, purché ad essa si possa pervenire con ragionevole certezza e senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né ad inammissibili dichiarazioni integrative dell'offerente (Cons. di Stato, Sez. III, 28 marzo 2014, n. 1487)»;..."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 3 DEL 11 gennaio 2017 PREC 138/16/S

Differenza tra "triennio precedente" e "ultimi tre esercizi finanziari"

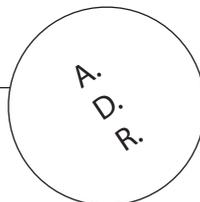
"... Con riferimento, invece, all'eccezione relativa al presunto mancato possesso dei requisiti di carattere tecnico-professionale, così come indicati nel disciplinare di gara (punto 1, pag. 5) e, in particolare al dubbio sollevato dalle parti istanti se debba farsi riferimento al "triennio precedente" ovvero "agli ultimi tre esercizi finanziari", occorre tenere presente quanto previsto dall'art. 86, comma 5 del d.lgs. 50/2016 in ordine alle capacità tecniche degli operatori economici che possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, delle quantità o dell'importanza e

dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi. Precisamente, la suddetta parte II, individua alla lettera: « ii) un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima».

Sull'argomento giova comunque ricordare, in generale, quanto già precisato dall'Autorità ad esempio nel Parere n. 201 del 18 dicembre 2013 laddove ha affermato che: "ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese partecipanti ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, l'art. 41, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mostra un evidente riferimento alla nozione di "esercizio", inteso come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare. Allo stesso modo, riguardo la capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006, nel caso in cui l'amministrazione richieda, per la dimostrazione del requisito, l'elenco dei principali servizi prestati, questi devono essere dimostrati con riferimento agli ultimi tre anni. Le stazioni appaltanti godono di ampi margini di autonomia nella fissazione di requisiti tecnico-economici per la partecipazione alle gare d'appalto, e la discrezionalità dell'Amministrazione fa salvo il solo limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto, e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito" (Parere di Precontenzioso n. 198/2012) ». Occorre, sul punto, richiamare quanto affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. 3, sentenza 2 luglio 2015, n. 3285) che ha stabilito che « solo per la dimostrazione della capacità economico finanziaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n.163/2006 il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto la norma fa riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 "il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico finanziaria" (Cons. Stato, VI, 6.5.2014 n.2306) »..."

A Domanda Rispondiamo

a cura di **Maria Teresa Colamorea**
e **Mariarosaria di Canio**



1

Quali sono le condizioni necessarie perché un contratto possa annoverarsi tra quelli di concessione?

Ai fini dell'inquadramento di un contratto come concessione è necessario che sia trasferito sul concessionario il rischio operativo, ovvero il rischio legato alla gestione del servizio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi. Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera zz) del d.lgs. n. 50/2016 si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto di concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Qualora tale trasferimento del rischio non sussista la fattispecie contrattuale va inquadrata nel novero degli appalti pubblici.

2

Ai fini della verifica di anomalia la stazione appaltante deve fare riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni o prima della riparametrazione?

Premesso che la riparametrazione risponde ad una scelta discrezionale della stazione appaltante che deve essere espressamente prevista nei documenti di gara stando alle linee guida ANAC sull'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione dell'anomalia con il metodo dei 4/5 deve farsi dopo la riparametrazione.

3

Qual'è il ruolo dell'impresa cooptata in un raggruppamento e quali sono i requisiti che questa è tenuta a dimostrare?

L'art. 92 comma 5 del DPR n. 207/2010 (ad oggi vigente) consente al concorrente singolo o raggruppato in possesso dei requisiti richiesti in una gara, di raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo

dei lavori che saranno ad essa affidati. Il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e contraente (dopo) e non presta garanzie; infine non può né subappaltare, né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori. All'impresa cooptata il legislatore ha riservato un ruolo nella sola fase esecutiva della gara, coerentemente con la finalità dell'istituto, al di fuori del vincolo associativo di partecipazione pertanto, è tenuta a dimostrare solo il possesso di requisiti prescritti dal comma 5 dell'art. 92 ovvero quelli di qualificazione nei lavori che gli saranno affidati.

4

E' legittima la previsione negli atti di gara del sopralluogo obbligatorio pena l'esclusione dalla procedura di gara?

Nella previgente disciplina il sopralluogo trovava la sua fonte normativa nell'art. 106 del DPR n. 207/2010. Tale norma prevedeva il sopralluogo obbligatorio nei soli appalti di lavori. Per gli appalti di servizi e forniture mancava specifica prescrizione pertanto, nella documentazione di gara, poteva prevedersi il sopralluogo obbligatorio, solo in presenza di ragioni oggettive che potevano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta, se formulata in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione dell'appalto. L'art. 217, comma 1, lett. u), punto 2) ha espressamente abrogato il D.P.R. n. 207/2010 nonchè il succitato art. 106, né risulta annotata alcuna diversa disposizione, nel nuovo Codice, che imponga l'obbligo di sopralluogo né relativamente agli appalti di lavori, né tantomeno in quelli di servizi e forniture. L'art. 79 del D.Lgs. n. 50/2016 al comma 2, stabilisce semplicemente che "quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte".

Dal testo della norma emerge che non sussiste un obbligo indifferenziato di sopralluogo e, di più, che tale obbligo determina, semmai, un prolungamento del termine dell'offerta e non già l'esclusione delle partecipanti. Il TAR Catania, con sentenza n. 234 del 02.02.2017 ha rilevato "la nullità, ai sensi dell'art. 83 comma 8 del Codice, della clausola del bando di gara che, richiede a pena di esclusione, il sopralluogo obbligatorio se peraltro non si ravvisano ragioni oggettive e immediatamente percepibili, che possano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta".

5

Cosa deve intendersi per efficacia del contratto?

Per efficacia del contratto si intende la conclusione, nel termine di legge e con esito positivo, dei controlli circa la regolarità dell'approvazione del contratto, previsti dalle norme di ordinamento delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori, alla luce di quanto stabilito dall'art. 33. L'efficacia del contratto può intervenire anche per infruttuosa scadenza del termine di legge ex art. 33 comma 2.

6

Come si considera l'offerta con utile pari a zero?

Per giurisprudenza costante "non è possibile fissare una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante. Solo un utile pari a zero o l'offerta in perdita rendono ex se inattendibile l'offerta economica". Di fatti anche un utile apparentemente modesto può risultare vantaggioso, e quindi non indice di anomalia dell'offerta, se si considerano i benefici globali per l'impresa concorrente, derivanti dall'aggiudicazione finale dell'appalto. (Cfr. sentenza consiglio di stato n. 84/2015 sezione V).

7 Quali obblighi pubblicitari prevede l'utilizzo da parte delle Stazioni Appaltanti del Sistema dinamico di Acquisizione?

Il sistema dinamico di acquisizione è un processo di acquisizione interamente elettronico messo a disposizione da Consip o da altre amministrazioni aggiudicatrici che si articola in una procedura bifasica per la quale si osservano le disposizioni di cui all'art. 61 del codice in merito alla procedura ristretta. Le stazioni appaltanti che intendono acquistare beni o servizi tramite SDA creano un proprio bando semplificato, la cui pubblicazione prevede l'adempimento, di tutti gli obblighi di pubblicazione previsti dal Codice dei Contratti in base all'importo delle acquisizioni.

8 Nelle gare di importo inferiore alla soglia comunitaria è obbligatorio precedere alla verifica dell'anomalia?

Secondo la sentenza del TAR Campania, Sez. Napoli del 26/01/2017 n. 564 "non sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di attivare il procedimento di anomalia secondo la disciplina di cui all'articolo 97 del D.lgs. 50/2016 negli appalti sottosoglia. In tali situazioni, la stazione appaltante ha la facoltà di attivare una verifica più penetrante sulla congruità dell'offerta aggiudicataria solo in presenza di dubbi (fumus) sulla sostenibilità della proposta in rapporto alla esecuzione del contratto".

9 La mancata indicazione nell'offerta economica dei costi da rischio specifico o aziendali nel silenzio della lex specialis di gara determina automatica esclusione o è possibile attivare il soccorso istruttorio?

Con la Delibera n. 2 dell' 11 gennaio 2017 l'ANAC ha precisato che nei casi in cui l'amministrazione abbia ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza non prevedendolo negli atti di gara questa è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, nonché secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 novembre 2016, ovvero previa verifica della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri stessi. In particolare il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito qualora il concorrente abbia formulato l'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza da rischio specifico; viceversa laddove il concorrente abbia indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, senza tuttavia chiarirne l'importo, l'Amministrazione potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente.

Le clausole di adesione postuma

di Mariarosaria di Canio

IN
PIL
LOLE

Con Comunicato del 21/12/2016, l'ANAC congiuntamente con l'AGCM, si è espressa in merito all'applicazione delle clausole di adesione postuma a gare d'appalto bandite da altra stazione appaltante.

Intento delle succitate Autorità, è circoscrivere l'ambito di applicazione di tali clausole evitando che possano essere utilizzate per eludere la normativa degli appalti in materia di trasparenza, programmazione ed evidenza pubblica delle procedure di gara.

A tal fine il comunicato ritiene necessario che il bando di gara in questione debba contenere precisamente:

- sotto il profilo soggettivo, la perimetrazione delle stazioni appaltanti che potranno eventualmente aderire;
- sotto il profilo oggettivo, il valore economico complessivo massimo delle eventuali adesioni ed

estensioni consentite, ai fini sia del calcolo del valore stimato dell'affidamento ex art. 35 d.lgs. 50/2016 sia della determinazione dei requisiti speciali di cui all'art. 83 d.lgs. 50/2016 e degli importi cauzionali prescritti;

- l'oggetto dell'appalto e il contenuto delle offerte in modo tale che il confronto concorrenziale si estenda anche alle specifiche prestazioni contrattuali richieste dalle stazioni appaltanti che potrebbero aderire successivamente agli esiti della gara;

- l'adesione successivamente disposta avvenga senza alcuna rinegoziazione delle condizioni prestazionali ed economiche formulate in sede di offerta dal soggetto aggiudicatario e definite dalla lex specialis della gara originaria.

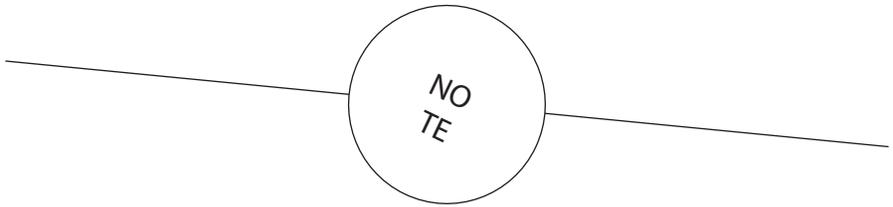
Al di fuori di tali previsioni, l'utilizzo della predetta clausola di adesione postuma, non sarebbe legittima. A tale considerazione giunge anche il Tar Lombardia nella sentenza n. 212/2017, laddove giustifica il ricorso a tale forma di adesione nelle gare a cosiddetto "oggetto multiplo", che diversamente richiederebbero una ripetizione di approvigionamento praticamente identico per tutte le amministrazioni interessate.

Il comunicato pone la dovuta attenzione all'utilizzo corretto dello strumento in questione, ricordando alle Pubbliche Amministrazioni di non dover prescindere dagli obblighi che la norma impone all'esecuzione della loro attività ordinaria. Solo in questi termini l'inserimento delle clausole di adesione conserva la propria legittimità, ossia quando sia preceduta da una corretta programmazione dei fabbisogni da soddisfare mediante l'affidamento e l'esatta determinazione del valore dell'appalto oggetto di gara, che deve includere anche gli eventuali rinnovi o adesioni successive.

Il ricorso a tali strumenti di adesione, rientrerebbe nella stessa ottica con cui il legislatore degli ultimi tempi ha inteso rafforzare l'utilizzo di convenzioni stipulate da Consip o da altre centrali di committenza, ad ulteriori categorie merceologiche e ad ulteriori soggetti a cui si estende l'obbligo di acquisto centralizzato. Il tutto nell'obiettivo di contenere la spesa pubblica e di garantire il buon andamento dell'Amministrazione pubblica.

I primi riferimenti normativi si rinvergono nella L. n. 296/2006 ("Legge Finanziaria 2007"), che per la prima volta ha imposto agli enti del SSN di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro stipulate dalle Centrali Regionali di Committenza previste dall'art. 33 d.lgs. 163/2006, trovando ora il loro corrispettivo nell'art. 37 del Nuovo Codice dei Contratti, rendendo così gli acquisti centralizzati, gli unici strumenti idonei a conseguire gli obiettivi di risparmio finanziario.

Una ulteriore conferma dell'attuale tendenza giurisprudenziale sulla legittimità di tali clausole, si legge nella sentenza del Tar Toscana n. 183/2017, la quale ultima considera illegittimo invece il provvedimento di adesione conseguente ad un contratto che non abbia disciplinato in modo specifico le parti della prestazione personalizzabili in relazione al concorrente che aderisce al contratto, censurando altresì, la condotta dell'amministrazione che non abbia determinato anche la durata dei contratti che scaturiscono dall'adesione alle clausole in questione.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines spaced evenly down the page.

SCHEDA DI ABBONAMENTO

MEDIAAPPALTI

Da compilare e spedire via fax al numero 0883.570189, accompagnata da una ricevuta di pagamento (per i privati) o da un determina/impegno di spesa (per le Pubbliche Amministrazioni).

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

- Scelgo l'abbonamento on-line a € 100,00 + IVA 22%
- Scelgo l'abbonamento cartaceo a € 160,00 (IVA assolta dall'editore)
- Scelgo l'abbonamento on-line+cartaceo a € 200,00 + IVA 22%

Il sottoscritto

| | | | |
|--|-------|---|--|
| Nome e cognome | | In nome del soggetto/ente (cui fatturare) | |
| Sede del soggetto/ente (cui fatturare) | | Partita Iva e C.F. (cui fatturare) | |
| Split Payment | SI NO | Codice Univoco Ufficio | |
| Recapito fax e telefono | | Recapito e-mail | |

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

| | | |
|-----|-------|-------|
| A: | | |
| Via | | N. |
| CAP | Città | Prov. |

MODALITA' DI PAGAMENTO:

- Bonifico bancario intestato a:** Mediagraphic srl, **IBAN:** IT44 R020 0841 3520 0001 0049 273, **causale:** abbonamento Rivista MediAppalti
- C/c postale n° 53970661 intestato a:** Mediagraphic srl, Via Palmitessa 40 - 76121 Barletta, **causale:** abbonamento Rivista MediAppalti.
- A ricevimento fattura:** Per le P.A. In tal caso la scheda di sottoscrizione deve essere accompagnata da determina o impegno di spesa firmati da un responsabile amministrativo o di settore.

Dichiaro di aver preso visione dell'informativa (consultabile tramite il link <http://www.mediappalti.it/privacy.php>) e di accettare le modalità di utilizzo dei dati per le finalità indicatemi nell'informativa stessa

Data ___/___/___

Firma _____

N.B. Il riepilogo dei seguenti dati sarà inviato tramite e-mail all'indirizzo su indicato.

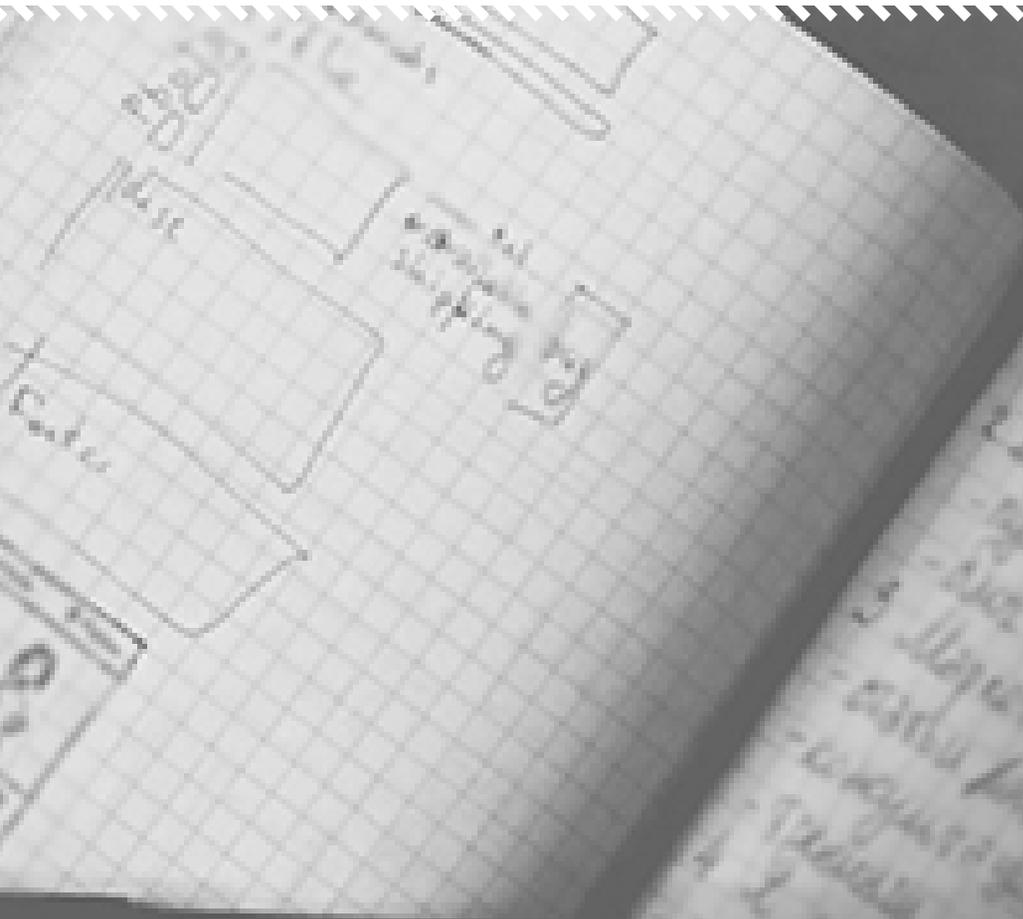
MEDIAAPPALTI

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

Mediagraphic

Redazione: Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189
redazione@mediappalti.it





Mediappalti

arrivederci
al prossimo numero

i seminari in programma

SEMINARI

APPALTI

Il nuovo codice dei contratti pubblici alla luce delle linee guida ANAC e della recente giurisprudenza

14 marzo 2017 Trieste, 16 marzo 2017 Napoli, 21 marzo 2017 Roma, 28 marzo 2017 Genova, 28 marzo 2017 Torino, 28 marzo 2017 Bari, 04 aprile 2017 Pescara, 04 aprile 2017 Potenza, 11 aprile 2017 Verona, 11 aprile 2017 Olbia, 11 aprile 2017 Trento, 20 aprile 2017 Palermo.

Il Responsabile Unico del Procedimento

09 marzo 2017 Torino, 14 marzo 2017 Pescara, 16 marzo 2017 Genova, 21 marzo 2017 Olbia, 23 marzo 2017 Ancona, 23 marzo 2017 Milano, 28 marzo 2017 Napoli, 30 marzo 2017 Bolzano, 06 aprile 2017 Roma, 06 aprile 2017 Trieste, 11 aprile 2017 Bologna, 13 aprile 2017 Cagliari.

Gli appalti sottosoglia alla luce delle Linee Guida n. 4 dell'ANAC

14 marzo 2017 Potenza, 14 marzo 2017 Trento, 16 marzo 2017 Torino, 21 marzo 2017 Bologna, 28 marzo 2017 Catania, 28 marzo 2017 Cagliari, 04 aprile 2017 Milano, 11 aprile 2017 Napoli, 11 aprile 2017 Firenze, 13 aprile 2017 Bari, 20 aprile 2017 Trieste, 30 maggio 2017 Palermo.

Le nuove procedure del MePA alla luce del d.lgs. 50/2016

14 marzo 2017 Roma, 27 aprile 2017 Napoli.

Gli adempimenti obbligatori post-aggiudicazione delle Stazioni Appaltanti nei confronti dell'ANAC e del MEF-RGS

16 marzo 2017 Milano, 09 maggio 2017 Pescara, 16 maggio 2017 Napoli, 25 maggio 2017 Roma.

Appalti nel Settore Energia e Energy Performance Contract

11 aprile 2017 Torino, 20 aprile 2017 Pescara, 27 aprile 2017 Bologna.

II DGUE

20 aprile 2017 Potenza.

CORSI ONLINE AREA APPALTI

IL MEPA alla luce del nuovo Codice degli Appalti VIII edizione in fad

07 aprile 2017, 13 aprile 2017 e 21 aprile 2017.

Contratti sotto soglia: la documentazione

24 marzo 2017, 31 marzo 2017.

TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE

La redazione del regolamento unico di accesso e la nuova Amministrazione Trasparente

28 marzo 2017 Bologna, 11 aprile 2017 Milano, 11 aprile 2017 Genova, 30 aprile 2017 Palermo, 20 aprile 2017 Torino.

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

L'Anticorruzione dopo la Legge Madia

03 aprile 2017, 10 aprile 2017, 19 aprile 2017.

PERSONALE

L'attribuzione degli incarichi esterni da parte delle PA nel 2017

30 marzo 2017 Pescara, 06 aprile 2017 Torino, 20 aprile 2017 Roma.

SOCIETA' PARTECIPATE

Le società a partecipazione pubblica nel d.lgs. n. 175 del 2016

28 marzo 2017 Trieste, 06 aprile 2017 Cagliari, 13 aprile 2017 Roma.

Da quest'anno 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.

Media
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

marzo
2017

allegato alla Rivista mensile
Mediappalti

sommario

Per l'incarico al legale è sempre necessaria la richiesta di un preventivo di spesa

(Sezione regionale di Controllo per il Veneto, deliberazione n. 375/2016)

1. Il quesito
2. La competenza
3. In tema di liquidazione della parcella del legale
4. Il limite "civilistico" dell'obbligazione

3

Sul passaggio dalla gestione in economia ad una gestione (con commistione) tramite appalto del servizio di raccolta, smaltimento rifiuti urbani

(Sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 47/216)

1. Il quesito
2. La ricostruzione delle competenze in materia ed i limiti rispetto al richiesto parere
3. Il riscontro alla richiesta
4. Costo del servizio e clausola sociale

6

La questione degli incentivi e delle attività di manutenzione

(Sezione regionale di controllo Liguria, con deliberazione n. 5/2017)

1. Premessa
2. La portata del nuovo articolo 113 del codice
3. Gli orientamenti in tema delle varie sezioni
4. L'incentivo e le manutenzioni

10

Sulla posizione del collaudatore e del progettista nella giurisdizione contabile

(dalle relazioni tenute in occasione del nuovo anno giudiziario)

1. Premessa
2. La giurisdizione contabile nei confronti del collaudatore
3. Non esiste giurisdizione contabile nei confronti del progettista
4. La casistica di intervento – in tema di appalti – delle procure contabili

13

Per l'incarico al legale è sempre necessaria la richiesta di un preventivo di spesa

1. Il quesito

Alla sezione regionale del Veneto, il sindaco di un comune chiede se sia legittimo procedere con la liquidazione (pagamento) "di un avvocato (...) incaricato con delibera di Giunta, senza aver preventivamente acquisito preventivo di spesa" ed, in caso di risposta affermativa, in che misura si debba procedere nel caso in cui la parcella superi effettivamente l'impegno assunto (risultati superiore) e se tale differenza debba essere "coperta" con il ricorso alla classica procedura del riconoscimento del debito fuori bilancio, tenuto conto di quanto affermato, "dalla Corte dei conti (tra l'altro, nella deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Campania n. 110/2015/PAR)".

2. La competenza

Per evitare indebite commistioni o interpretazioni scorrette, pare opportuno rammentare – nonostante recenti riflessioni – che l'affidamento dell'incarico debba avvenire non con atto giuntale ma con atto dirigenziale (o del responsabile del servizio) anche perché, con lo stesso deve essere assunto l'impegno di spesa. Impegno di spesa, come ampiamente noto, che costituisce forse la principale prerogativa dei dirigenti/responsabili di servizio in seguito anche alla riforma di fine anni 90 relativa alla separazione dei poteri. Poteri di indirizzo e controllo alla componente politica e poteri di gestione alla componente burocratica.

A conferma di quanto, del resto, deve essere letta anche la recente sentenza del Tar Sicilia, Palermo, sez.

III, del 6 febbraio 2017 n. 334 in cui si puntualizza che "il nuovo Codice ha chiarito, all'art. 17, l'esclusione della propria applicazione, sotto il profilo oggettivo, degli appalti e delle concessioni di servizi concernenti i servizi legali, pur essendo precisata la necessità del rispetto – tra gli altri – dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità".

Prescindendo – in quanto non appartiene all'oggetto del tema trattato – se l'incarico debba affidarsi con un procedimento competitivo più o meno formale, è indubbio che una procedura di derivazione codicistica non può che essere avviata e presidiata dal dirigente/responsabile del servizio e non con un atto di derivazione politica quale la deliberazione giuntaale.

Ovviamente il giudice, non rientrando nella domanda, non tratta la questione della competenza.

3. In tema di liquidazione della parcella del legale

La questione posta dal sindaco, a ben valutare, risultava ben più articolata di quanto sintetizzato nel quesito: nel caso di specie, l'impegno di spesa assunto, in realtà, risultava solo parziale e quindi inferiore "rispetto all'attività svolta e documentata da parcella professionale per la quale sono stati applicati i tariffari previsti dai decreti ministeriali in materia di onorari e diritti professionali".

In sostanza, l'ente chiedeva alla Sezione se l'assunzione dell'impegno di spesa dovesse essere considerato comunque come "un limite rispetto all'obbligazione civilistica sorta per effetto del conferimento dell'incarico al professionista ed, in caso di risposta negativa, quale sia la procedura corretta da seguire sotto il profilo contabile ai fini della liquidazione dell'importo eccedente la previsione".

Il riscontro viene fornito con precise considerazioni intorno alla necessità della richiesta di un preventivo e dell'obbligo – ora chiaramente specificato con la contabilità armonizzata (attuata con il decreto legislativo 126/2014 e succ. modifiche) - di controllare e, se del caso, adeguare costantemente l'impegno assunto.

Tale obbligo di controllo/monitoraggio sull'impegno assunto compete al responsabile del procedimento di spesa che ha adottato l'impegno ed effettuato l'affidamento dell'incarico.

L'esigenza del preventivo di spesa viene ben chiarita dalla delibera della sezione in cui si sottolinea che deve precisarsi, in merito, che la necessità di un preventivo di massima che indichi la misura del compenso, oltre ad essere oggetto di specifica previsione da parte della normativa che ha abrogato le tariffe professionali (art. 9, D.L. n. 1/2012, convertito dalla L. n. 27/2012) e che attualmente disciplina i compensi, tra l'altro, degli avvocati, **viene espressamente contemplata dal Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria (All. n. 4/2 al D.lgs. n. 118/2011), il quale, al paragrafo 5.2, lett. g), proprio "al fine di evitare la formazione di debiti fuori bilancio".**

In particolare, come sopra si anticipava, la contabilità armonizzata – lo stesso principio sopra richiamato – impone "altresì, all'ente di chiedere ogni anno al legale di confermare o meno il preventivo di spesa sulla scorta del quale è stato assunto l'impegno originario (ciò in considerazione della probabile reimputazione ad altro esercizio, ossia quello nel quale l'obbligazione viene effettivamente a scadenza, del residuo passivo formatosi proprio per effetto del meccanismo di imputazione previsto dal principio suddetto)".

In ogni caso, il principio della integrale copertura dell'incarico legale doveva ritenersi principio indefettibile anche con il pregresso regime contabile fondato sulla contabilità finanziaria.

Tale regime, infatti, prevedeva che "i compensi per prestazioni professionali dovessero trovare copertura in bilancio già dal momento del conferimento, in base ad una stima del relativo costo, in modo da evitare il più possibile la formazione di debiti fuori bilancio (Principio contabile n. 2 per gli enti locali formulato

dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli Enti Locali)”).

4. Il limite “civilistico” dell’obbligazione

Il dubbio manifestato dall’ente circa la possibilità di limitare il vincolo derivante dal detto rapporto obbligatorio all’importo dell’impegno di spesa originario ovviamente non ha nessuna persuasività perché si risolverebbe in un danno del (nel caso di specie) legale incaricato e - simmetricamente - in un arricchimento senza causa per l’ente.

E’ cura pertanto del responsabile del procedimento effettuare una stima iniziale possibilmente corretta dell’impegno e, inoltre, svolgere quella azione di controllo monitoraggio per verificare la necessità di eventuali incrementi (per, evidentemente, aumento degli adempimenti/intensità dell’incarico e del lavoro) semplicemente chiedendo dati al legale incaricato durante lo svolgimento dello stesso incarico.

In questo senso, sempre nella deliberazione si legge che “la carenza iniziale nella stima del costo della prestazione, che espone l’ente al rischio (o anche certezza) della formazione di oneri a carico del bilancio privi della necessaria copertura, in contrasto con i canoni della sana gestione finanziaria, **non può influire sulla esistenza ed entità dell’obbligazione sorta per effetto dell’espletamento dell’incarico, che deve trovare, ovviamente nei limiti della effettiva spettanza e nel rispetto delle norme e dei principi che regolano il riconoscimento dei debiti fuori bilancio, la dovuta rappresentazione contabile nelle scritture dell’ente, allo scopo di consentirne il regolare adempimento”**.

Ove la stima (come già rilevato costantemente dalle varie sezioni regionali di controllo) non sia stata adeguata ai compensi ed i compensi maturati dal legale eccedano l’impegno assunto, l’alternativa è il riconoscimento del debito secondo la procedura disciplinata dall’art. 194 TUEL ovvero, nell’ipotesi di non riconoscibilità del rapporto obbligatorio per la accertata assenza dei presupposti ivi previsti, l’imputazione diretta del rapporto medesimo all’amministratore, funzionario o dipendente che abbiano consentito l’acquisizione della prestazione in assenza dell’impegno e della necessaria copertura (art. 191, 4° comma, TUEL). E’ chiaro poi che nell’istruttoria per il riconoscimento del debito fuori bilancio, il responsabile del procedimento ha l’obbligo di condurre una azione di controllo corretta “nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento”, atteso che la responsabilità diretta del o dei dipendenti che hanno consentito la fornitura sorge soltanto per la (e se vi sia una) “parte non riconoscibile ai sensi dell’articolo 194, 1° comma, lett. e)” del TUEL (art. 191, 4° comma, cit.)”.

Sul passaggio dalla gestione in economia ad una gestione (con commistione) tramite appalto del servizio di raccolta, smaltimento rifiuti solidi urbani

1. Il quesito

Il Sindaco di un comune lucano si rivolge al Collegio prospettando una peculiare situazione in cui pur assicurando in economia (con gestione diretta) il servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei rifiuti solidi urbani -, compresi il servizio di giardinaggio e i servizi manutentivi del patrimonio comunale, con proprio personale assunto a tempo pieno e indeterminato -, avendo carenza di attrezzature per la raccolta differenziata dei rifiuti anche per il loro conferimento presso centri autorizzati di recupero chiede lumi circa la possibilità di esternalizzare il servizio con assorbimento del proprio personale, utilizzo dei propri beni con oneri retributivi e connessi a carico del bilancio comunale.

A fondamento di tale richiesta nel parere si puntualizzava che "il servizio finora assicurato presenta (...) criticità sul piano qualitativo e quantitativo e, d'altra parte, è sorta la necessità di provvedere alla raccolta differenziata dei rifiuti".

Pertanto, il comune ipotizzava di abbandonare il modello della gestione diretta in economia per conferire il servizio a ditte specializzate mediante appalto. Tale soluzione, tuttavia, presentava il problema che il personale adibito per la raccolta rifiuti, pulizia e giardinaggio e manutenzione, risultava eccedente rispetto ai mutati fabbisogni dell'Ente istante.

Il quesito, pertanto, si sostanziava nella richiesta se fosse o meno possibile affidare i servizi della raccolta rifiuti e connessi "mediante appalto, prevedendo che l'appaltatore, oltre ai mezzi, alle attrezzature e al personale aziendale, **utilizzi anche le attrezzature, i mezzi**

e il personale già nella disponibilità del Comune, che si farebbe carico degli oneri retributivi, assistenziali e assicurativi del proprio personale impiegato, delle spese di conferimento in discarica, nonché delle spese di bollo e di assicurazione dei mezzi propri forniti, oltre ad altre voci di spesa”.

A carico dell'appaltatore sarebbero residuati – si evidenzia nel parere – tutti “gli altri costi per la raccolta e il trasporto dei rifiuti, gli oneri per i dispositivi di protezione individuale, ed altre spese relative al funzionamento e alla manutenzione ordinaria dei mezzi di trasporto comunali”.

2. La ricostruzione delle competenze in materia ed i limiti rispetto al richiesto parere

Trattandosi di scelte gestionali, la sezione avverte che nella fattispecie, l'istanza poteva essere esaminata solo in quanto volta a ottenere un chiarimento, da un punto di vista astratto, “circa l'utilizzo delle risorse pubbliche necessarie all'espletamento di funzioni istituzionali/fondamentali dell'Ente, modalità che possono incidere sulla sana gestione finanziaria dell'Ente nel settore dei rifiuti solidi urbani”.

In definitiva, con il quesito si chiedevano elementi a sostegno della correttezza del passaggio di gestione (da un servizio gestito in economia ad uno esternalizzato) **ma con oneri a carico della stazione appaltante** relativamente alle “tre unità di personale di categoria A, assunte a tempo indeterminato, adibite al servizio di raccolta e trasporto rifiuti, al servizio di spazzamento strade, ai servizi di giardinaggio e manutentivi e di pulizia del patrimonio comunale”.

La sezione, prima del riscontro vero e proprio, si sofferma sulla configurazione giuridica del servizio (anche per individuare la normativa primaria di riferimento).

Per “gestione” dei rifiuti solidi urbani, si legge nel parere, si deve intendere:

- i) per “gestione” la raccolta, il trasporto, il recupero e lo smaltimento dei rifiuti, compresi il controllo di tali operazioni;
- ii) per “raccolta”, il prelievo dei rifiuti, compresi la cernita preliminare e il deposito preliminare alla raccolta, ivi compresa la gestione dei centri di raccolta, ai fini del loro trasporto in un impianto di trattamento;
- iii) per “raccolta differenziata”, la raccolta in cui un flusso di rifiuti è tenuto separato in base al tipo ed alla natura dei rifiuti al fine di facilitarne il trattamento specifico;
- iv) per “gestione integrata dei rifiuti”, il complesso delle attività, ivi compresa quella di spazzamento delle strade volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti;
- v) per “spazzamento delle strade”, le modalità di raccolta dei rifiuti mediante operazione di pulizia delle strade, aree pubbliche e aree private ad uso pubblico escluse le operazioni di sgombero della neve dalla sede stradale e sue pertinenze, effettuate al solo scopo di garantire la loro fruibilità e la sicurezza del transito (art. 183, D.Lgs. n. 152/2006).

Tali attività, ai sensi dell'art. 177 del D.Lgs. ult. cit., costituiscono “attività di pubblico interesse” (comma 2) e per conseguire le finalità e gli obiettivi previsti dalla normativa, “lo Stato, le regioni, le province autonome e gli enti locali esercitano i poteri e le funzioni di rispettiva competenza in materia di gestione dei rifiuti in conformità alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto, adottando ogni opportuna azione ed avvalendosi, ove opportuno,

mediante accordi, contratti di programma o protocolli d'intesa anche sperimentali, di soggetti pubblici o privati (comma 5)".

Più nello specifico, ai comuni è attribuito, tra gli altri, il compito di concorrere, "nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati.

Quindi, per prima cosa, il Comune istante – secondo la Corte - deve procedere con la verifica, per il rispetto dei principi di legittimità e di sana gestione, **se il modello di servizio e di affidamento della raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani, di trasporto e di spazzamento, che intende adottare sul proprio territorio, sia conforme e coerente con le prescrizioni – eventualmente esistenti – assunte dall'Ente di gestione attuale o da quelli che l'hanno preceduto e ai quali è subentrato.**

3. Il riscontro alla richiesta

Con riguardo all'intenzione di affidare a ditta privata il servizio di raccolta (differenziata) dei rifiuti, di spazzamento e di trasporto, la sezione ricorda che l'appalto evidentemente deve seguire in ogni caso le regole della evidenza pubblica contenute nelle vigenti disposizioni, anche con riferimento alle soglie di rilevanza del valore dell'appalto.

La raccolta, lo spazzamento e il trasporto dei rifiuti solidi urbani **è un servizio ad alta intensità di manodopera, dove cioè è maggiore la spesa per il personale impiegato rispetto agli investimenti richiesti in mezzi e infrastrutture.**

Pertanto l'intenzione del comune committente di mantenere a proprio carico la spesa del personale dipendente già adibito al servizio, unitamente al costo del materiale, agli oneri di manutenzione straordinaria dei mezzi dati in comodato gratuito all'appaltatore, **manifesta alcuni aspetti critici che la sezione evidenzia immediatamente.**

In primo luogo, se il valore dell'appalto viene determinato soltanto dal corrispettivo pattuito, al netto delle spese che restano a carico del committente, **il rischio è quello di distorcere artificialmente il valore complessivo dell'appalto ai fini di determinarne la soglia di rilevanza.** A questo proposito la sezione richiama l'attenzione del comune istante sulla disposizione di cui al comma 6 dell'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016, per il quale "la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee".

Inoltre, il conferimento da parte del committente, con oneri a proprio carico, di risorse di personale e di mezzi destinati ad essere impiegati dall'impresa appaltatrice nel servizio, **ingenera il dubbio che si possa in realtà simulare una "sorta di società di fatto tra il comune e l'impresa affidataria" o, quanto meno, che anche il committente partecipi all'esercizio dell'impresa nella misura in cui ne sopporta una parte dei costi di esercizio o, ancora, che vi sia, più in generale, una qualche cointeressenza.**

In questo senso, la circostanza che il comune denunci che in caso contrario si troverebbe a gestire personale in esubero, rende – secondo la sezione - condivisibilmente "ancora più evidente l'esistenza di un interesse concorrente e convergente della stazione appaltante al modello si

affidamento che si vorrebbe utilizzare "che, tuttavia, di per sé non si qualifica senz'altro come conforme alla sana gestione".

In ogni caso non risulta chiaro, rileva il collegio come l'impresa affidataria possa utilizzare personale alle dipendenze altrui, non solo economicamente, ma anche in termini contrattuali e di disciplina, senza poter esercitare i poteri propri del datore di lavoro. Neppure è apparso chiaro, altresì come l'impresa, in una situazione così ibrida, possa organizzare autonomamente il lavoro per adempiere gli obblighi contrattuali assunti, rispondendone per l'inadempimento.

In termini più generali, l'art. 6-*bis* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "consente alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, tra cui gli Enti Locali, purché nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, di acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica".

Rimane ferma però la competenza dei collegi dei revisori dei conti e agli organi di controllo interno delle amministrazioni nel caso di attivazione dei processi di esternalizzazione, vigilare sull'applicazione dell'articolo appena citato, "dando evidenza, nei propri verbali, dei risparmi derivanti dall'adozione dei provvedimenti in materia di organizzazione e di personale, anche ai fini della valutazione del personale con incarico dirigenziale di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".

4. Costo del servizio e clausola sociale

L'attenta esposizione, in delibera, delle questioni principale – a sommosso avviso – omette alcune rilevanti considerazioni. In primo luogo, la circostanza per cui il costo del servizio raccolta e smaltimento rifiuti deve essere coperto integralmente dal cittadino, compreso anche il costo del personale. Rimangono fuori da questo concetto, evidentemente, aspetti relativi a servizi collaterali di tipo manutentivo e/o altri servizi che non sono riconducibili al servizio principale. Altra questione di rilievo è che anche nell'ipotesi specifica, probabilmente, può essere utilizzata la clausola sociale che prevede il riassorbimento del personale precedentemente utilizzato e, pertanto, non con oneri a carico del bilancio comunale che, a parere di chi scrive – come anche si evidenzia nel parere - pare problematica difficilmente superabile.

La questione degli incentivi e delle attività di manutenzione

1. Premessa

Il sindaco di un comune ligure sottoponeva alla sezione regionale uno specifico quesito in tema di incentivi per le funzioni tecniche al fine di ottenere chiarimenti circa la "possibilità o meno di riconoscere l'incentivo di cui all'art.113 del D.Lgs. n.50/2016 anche alle manutenzioni ordinarie e/o straordinarie in ordine a fasi diverse dalla progettazione e dal coordinamento della sicurezza, comunque previste dal citato articolo".

E' interessante la considerazione della deliberazione per il preciso inquadramento della nuova norma (art. 113) del codice e le sostanziali differenze rispetto al dettato del pregresso codice degli appalti.

Ha rilievo, inoltre, anche il puntuale richiamo sui vari precedenti in materia.

2. La portata del nuovo articolo 113 del codice

La questione viene risolta con la deliberazione n. 5/2017.

Secondo il collegio, l'art.113 del D.Lgs. n.50/2016 avrebbe modificato in modo sostanziale il precedente sistema degli incentivi ai dipendenti tecnici interni delle Pubbliche amministrazioni determinando il passaggio dall'istituto del "fondo per la progettazione e l'innovazione" (art.93, co. 7-bis, del D.Lgs. n.163/2006) all'istituto degli "incentivi per funzioni tecniche".

Con la nuova normativa, viene abrogata la precedente disciplina sugli incentivi per la progettazione (a sua volta più volte modificata nel corso degli anni) ed introdotta una nuova fattispecie di incentivi "per funzioni tecniche" volti a premiare attività, "prima non incentivate,

tese ad assicurare l'efficacia della spesa e la corretta realizzazione dell'opera".

Sia il previgente istituto del "fondo per la progettazione e l'innovazione" (art.93, co. 7-bis, del D.Lgs. n.163/2006) che il nuovo istituto degli "incentivi per funzioni tecniche" (art.113 del D.Lgs. n.50/2016) costituiscono eccezioni al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico.

Questo aspetto viene considerato di estremo rilievo ai fini di una "esatta determinazione del perimetro di applicazione della disciplina (...) non essendo disponibile spazio per interpretazioni analogiche."

Da ciò consegue, evidentemente, che gli "incentivi per funzioni tecniche potranno quindi essere riconosciuti solo per le attività espressamente previste dalla legge".

In particolare, il nuovo articolo 113 del decreto legislativo 50/2016 (comma 2) stabilisce che "le amministrazioni pubbliche destinano a un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento ... per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti pubblici esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, per la verifica preventiva dei progetti di predisposizione e di controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di responsabile unico del procedimento, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti".

Come disposto dall'art.1, lettera rr), della legge delega n.11/2016, - si legge ancora nella deliberazione - "con la nuova normativa, il legislatore ha quindi voluto dare spazio alla fase di programmazione ed esecuzione dell'appalto, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione".

L'incentivo in parola non può, pertanto, essere applicato nel caso di progettazione interna (in questo senso già la deliberazione ANAC n.973 del 14 settembre 2016).

3. Gli orientamenti in tema delle varie sezioni

E' interessante poi la ricognizione dei vari orientamenti espressi in materia chiaramente sintetizzati nella deliberazione.

Alla luce di questi orientamenti ermeneutici espressi, la nuova disciplina riconosce gli incentivi anche in relazione ad appalti per forniture e servizi, a prescindere da ogni collegamento con l'esecuzione di lavori, sempre che siano rispettate le condizioni richieste dall'art.113 del D.Lgs. n.50/2016 (Sez. controllo Lombardia n. 333/PAR/2016; Sez. controllo Emilia Romagna n.118/2016/QMIG).

Il compenso incentivante non spetta per la progettazione e il coordinamento della sicurezza (Sez. controllo Lombardia n.333/PAR/2016).

Gli incentivi riguardano in via esclusiva e tassativa le attività indicate nel comma 2 (Sez. controllo Puglia n. 204/2016/PAR).

Inoltre, l'adozione del regolamento "continua ad essere una condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo" (Sez. controllo Veneto

n.353/2016/PAR).

4. L'incentivo e le manutenzioni

La questione della possibilità di corrispondere i nuovi incentivi per funzioni tecniche nelle ipotesi di manutenzione ordinaria e/o straordinaria è stata recentemente affrontata anche da altra Sezione della stessa Corte.

In tale occasione è stato espresso l'orientamento secondo il quale anche se le attività di manutenzione non sono espressamente escluse dalla nuova disposizione, per il carattere tassativo delle attività incentivabili tra le quali non è espressamente ricompresa l'attività di manutenzione e considerato che l'allegato I del D.Lgs. n.50/2016 (al quale fa riferimento l'art.3, lettera II, n.1, relativo alle definizioni) non indica le attività di manutenzione tra gli appalti pubblici di lavori, il predetto emolumento non può essere corrisposto per remunerare le predette attività (Sez. controllo Emilia Romagna n.118/2016/QMIG).

La sezione ritiene tassativo l'elenco delle attività incentivabili dalla normativa in esame e, quindi, non può che confermare l'orientamento secondo il quale gli incentivi per funzioni tecniche riguardano, in via esclusiva, le attività indicate al comma 2 dell'art.113 del D.Lgs. n.50/2016 (Sez. controllo Puglia n. 204/2016/PAR). Il suddetto emolumento, in virtù del principio di onnicomprensività del trattamento economico, può essere corrisposto solo in presenza di una espressa previsione legislativa.

In definitiva, alla luce di quanto riportato, con specifico riferimento al quesito "gli incentivi per funzioni tecniche previsti dall'art.113 del D.Lgs. n.50/2016 non possono essere corrisposti in rapporto ad attività di manutenzione ordinaria e straordinaria".

Sulla posizione del collaudatore e del progettista nella giurisdizione contabile

1. Premessa

Sono interessanti alcuni incisi in tema di appalti contenuti nelle recenti relazioni di inaugurazione dell'anno giudiziario (2017) della Corte dei Conti da parte del Presidente, dott. Martucci di Scarfizzi e del Procuratore Generale, dott. Galtieri.

Di seguito si riportano alcune annotazioni circa la sottoposizione alla giurisdizione contabile del collaudatore di opere pubbliche e dei progettisti (questi ultimi non soggetti alla giurisdizione della Corte).

Infine, si riportano alcune sottolineature su importanti indagini delle procure regionali il cui tratto comune sembrerebbe la scarsa considerazione sull'utilità delle opere realizzande e sulla scarsa attenzione rispetto alla esecuzione. Compiti di coordinamento/controllo che, come noto competono al RUP che "muove" e guida gli altri attori del processo di esecuzione del contratto.

2. La giurisdizione contabile nei confronti del collaudatore

In materia di appalti pubblici, è stata confermata la sussistenza della giurisdizione contabile nei confronti del collaudatore di opere pubbliche ancorché soggetto estraneo alla compagine dell'Ente committente.

La sottoposizione di un soggetto "estraneo" alla p.a. e comunque soggetto a controllo dalla Corte dei Conti viene ancorata – si legge nella relazione – all'esistenza di una relazione funzionale tra (l'eventuale) l'autore dell'illecito causativo di danno patrimoniale e l'ente pubblico che subisce il danno, "quale presupposto per la formulazione di un addebito di responsabilità amministrativa, è individuabile non solo quando tra i due soggetti intercorra un rapporto di impiego in senso proprio e ristretto, ma anche quando sia comunque individuabile un rapporto di servizio in senso lato, tale cioè da collocare il soggetto preposto in posizione di attivo compartecipe dell'attività amministrativa dell'ente pubblico preponente".

Pertanto, qualora la P.A. abbia affidato in appalto l'esecuzione di un'opera pubblica, il predetto rapporto di servizio sussiste nei confronti tanto del direttore dei lavori quanto del collaudatore, senza che rilevi in contrario la circostanza che le relative funzioni siano state affidate a privati estranei agli uffici tecnici della stazione appaltante, atteso che costoro, in considerazione dei compiti e delle funzioni loro devoluti, comportanti l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dell'appaltatore e l'assunzione della veste di agente dell'amministrazione, devono ritenersi funzionalmente e temporaneamente inseriti nell'apparato organizzativo della P.A. che ha conferito loro l'incarico, quali organi tecnici e straordinari della stessa (in questo senso Sez. Un. 6022/2016 che richiama tra le varie, Sez. Un. n. 16240/14, n. 1376/06).

Nel caso in cui, evidentemente, si sia in presenza di un soggetto esterno ciò avviene grazie ad un appalto di servizi.

Tale rapporto lega indissolubilmente il soggetto alla p.a. connaturando, in certi casi, il tipo di attività svolta come "amministrativa". In sostanza, i soggetti in questione assumono la veste di "agente" e sono funzionalmente e temporaneamente inseriti nell'apparato organizzativo della PA che ha conferito l'incarico, quale organo tecnico e straordinario della stessa.

In tema di giurisdizione sul direttore dei lavori si veda anche la più recente sent. 1398/2017 resa il 20.12.2016, che ha precisato l'irrilevanza della qualità di pubblico ufficiale dell'interessato affermata od esclusa in sede penale, "posto che diversi sono gli ambiti operativi delle due giurisdizioni, ma prima ancora i presupposti per la ricorrenza del reato e di quella dell'illecito amministrativo di cui conosce il giudice contabile, il quale non presuppone certo che il soggetto rivesta alcuna formale qualifica nell'ambito della p.a., essendo sufficiente in proposito lo svolgimento, a qualsiasi titolo, di attività riconducibili all'ente pubblico."

3. Non esiste giurisdizione contabile nei confronti del progettista

È stata ribadita, sempre nelle relazioni, l'assenza della giurisdizione contabile nei confronti del mero progettista di un'opera pubblica, non essendo configurabile un rapporto di servizio tra questi e la stazione appaltante considerato "che l'elaborato progettuale deve essere fatto proprio dall'amministrazione mediante specifica approvazione".

In questo caso, infatti, non si "versa in ipotesi di inserimento del soggetto nell'organizzazione dell'amministrazione, ma di contratto d'opera professionale, con la conseguenza che, con riferimento alla responsabilità per danni cagionati all'amministrazione comunale dal progettista,

sussiste la giurisdizione del giudice ordinario”.

4. La casistica di intervento – in tema di appalti – delle procure contabili

Nelle relazioni – compresa quella del procuratore generale Galtieri – emergono gli ambiti, in tema di appalti, di maggiore frequentazione per danni erariali.

In questo senso, si rammenta l'intervento della Procura Regionale per l'Emilia-Romagna che ha chiamato in giudizio ex amministratori comunali e di una azienda consortile di trasporti pubblici in relazione ad una procedura di appalto per la realizzazione, del sistema di trasporto pubblico a guida vincolata.

L'attività istruttoria, nel caso di specie, ha consentito di far emergere ipotesi di condotte illecite, individuate nell'aver appaltato un sistema di trasporto che già ex ante appariva, sotto plurimi profili, di incerta realizzazione e di pressoché certa inutilizzabilità finale in quanto non esistente "in nessun'altra applicazione", foriere di un rilevantissimo danno erariale lesivo delle finanze del comune degli altri enti pubblici coinvolti in qualità di cofinanziatori del progetto (per oltre 98 milioni di euro, allo stato liquidati) insito nella stipulazione di un contratto pubblico apparso aleatorio, così gravando la collettività del rischio economico connesso alla realizzazione del sistema di trasporto.

Ulteriore intervento, segnalato in relazione, è quello della Procura per la Sardegna in relazione "all'illecita esecuzione di un pubblico appalto, di oltre 5 milioni di euro, avente ad oggetto la sostituzione e la messa a norma di tutti gli infissi di una struttura ospedaliera, con il quale è stato contestato ai Dirigenti dell'Ufficio tecnico p.t. di aver consentito, all'impresa di fornire materiale di valore notevolmente inferiore rispetto a quello contrattualmente stabilito, e pagato dall'azienda pubblica”.

La procura della regione Lazio ha invece condotto una indagine, con citazione in giudizio dei presunti responsabili, in relazione alla costruzione del parcheggio multipiano di una importante città della regione, per irregolarità nella realizzazione del progetto con la formula del project-financing, con un danno stimato in circa 1,5 milioni di euro.

Da notare, che nelle relazioni si dà anche ampio spazio ad alcune novità del nuovo codice degli appalti ed in particolare alla questione dell'applicazione dei criteri ambientali.

